

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ

НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ  
«ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»

**КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ  
КОДЕКС 2012 РОКУ: ІДЕОЛОГІЯ  
ТА ПРАКТИКА  
ПРАВОНАСТОСУВАННЯ**

Колективна монографія

Одеса 2018

УДК 343.13(477)(2012)(063)  
К 82

Рекомендовано до друку Вченою радою  
Національного університету «Одеська юридична академія»  
(протокол № 4 від 16.02.2018 р.)

**Рецензенти:**

**І.А. Тітко** – доктор юридичних наук, доцент, завідувач кафедри кримінального та адміністративного права і процесу Полтавського юридичного інституту Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого;

**О.В. Острогляд** – кандидат юридичних наук, доцент, проректор з наукової роботи ПВНЗ «Університет Короля Данила».

**Редакційна колегія:**

**Г.О. Ульянова** – доктор юридичних наук, віце-президент, проректор з наукової роботи;

**Ю.П. Аленін** – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України (відповідальний редактор);

**В.В. Тіщенко** – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України;

**Л.І. Аркуша** – доктор юридичних наук, професор;

**І.В. Гловюк** – доктор юридичних наук, доцент (відповідальна за випуск);

**М.І. Смирнов** – кандидат юридичних наук, доцент;

**М.І. Пашковський** – кандидат юридичних наук, доцент;

**В.К. Волошина** – кандидат юридичних наук, доцент;

**М.М. Стоянов** – кандидат юридичних наук, доцент;

**А.В. Підгородинська** – кандидат юридичних наук, доцент;

**Д.В. Шилін** – кандидат юридичних наук, доцент;

**В.Г. Пожар** – кандидат юридичних наук, доцент;

**О.О. Торбас** – кандидат юридичних наук;

**О.В. Малахова** – кандидат юридичних наук.

К 82 Кримінальний процесуальний кодекс 2012 року: ідеологія та практика правозастосування: колективна монографія / За заг. ред. Ю.П. Аленіна; відпов. за вип. І.В. Гловюк. – Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2018. – 1148 с.

**ISBN 978-966-916-494-0**

Для науковців, практичних працівників, викладачів, студентів та широкого кола читачів.

УДК 343.13(477)(2012)(063)

ISBN 978-966-916-494-0  
2018

© НУ «Одеська юридична академія»,

## ЗМІСТ

*Ківалов С.В.*

**Передмова**..... 9

### **КОНЦЕПТУАЛЬНІ ПИТАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА**

*Гловюк І.В.*

**Пропорційність та механізм  
кримінально-процесуального регулювання:  
теорія і практика** ..... 12

*Галаган В.І., Удовенко Ж.В.*

**Засада невторчання у приватне життя:  
законодавче унормування та напрями забезпечення  
під час кримінального провадження** ..... 40

*Наумова А.О.*

**Теоретичні основи інституту реабілітації  
в кримінально-процесуальному праві** ..... 73

*Сиза Н.П.*

**Правосуддя в кримінальному провадженні:  
доктринальне визначення поняття  
та функціональний аналіз**..... 96

*Дрішлюк К.В.*

**Принципи верховенства права  
та законності в кримінальному процесі України** ..... 124

### **АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ СУБ'ЄКТІВ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ**

*Галаган В.І., Калачова О.М.*

**Процесуальне унормування діяльності керівника  
дипломатичного представництва  
чи консульської установи України  
у кримінальному провадженні**..... 146

*Дідківська Г.В.*

**Міжнародний досвід правового положення потерпілого  
у кримінальному провадженні..... 177**

*Коваль М.В.*

**До питання про законодавче врегулювання  
в Україні загальноправового статусу  
«працівник правоохоронного органу»..... 199**

*Волошина В.К., Ковальов А.Г.*

**Реалізація права на професійну правничу допомогу  
у кримінальному провадженні..... 236**

*Комарницька О.Б.*

**Актуальні питання процесуального керівництва  
прокурором під час видачі особи (екстрадиції) ..... 261**

*Пожар В.Г.*

**Юридичні особи у сучасному кримінальному провадженні  
України: процесуальний статус  
та особливості реалізації ..... 295**

*Мудрак І.В.*

**Потерпілий у кримінальному провадженні:  
щодо забезпечення права  
на процесуальну комунікацію ..... 321**

*Демидова Є.Є.*

**Судовий експерт у кримінальному судочинстві:  
сучасні виклики та нові завдання..... 346**

*Марченко Т.Ю.*

**Деякі аспекти реалізації права підозрюваного мати час  
та можливості, необхідні для підготовки  
свого захисту в Україні..... 368**

## **ДОКАЗИ І ДОКАЗУВАННЯ: РОЗВИТОК КОНЦЕПТІВ**

*Луцюк П.С., Цехан Д.М.*

**Недопустимість доказів у кримінальному провадженні  
(за матеріалами практики) ..... 395**

*Ковальчук С.О.*

**Депонування речових доказів: доктринальна модель  
нового субінституту кримінального  
процесуального права .....425**

*Степаненко А.С.*

**Стандарт доказування «поза розумним сумнівом»  
у кримінальному провадженні:  
теорія та практика правозастосування .....443**

*Шилін Д.В.*

**Проблеми застосування кримінальної процесуальної  
преюдиції у кримінальному провадженні  
та шляхи їх вирішення .....466**

**ЗАХОДИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ:  
ДОТРИМАННЯ БАЛАНСУ ПРИВАТНИХ  
ТА ПУБЛІЧНИХ ІНТЕРЕСІВ**

*Андрушко О.В.*

**Примус та юридична відповідальність  
у кримінальному процесі:  
проблеми визначення та взаємозв'язку .....491**

*Мурзановська А.В.*

**Теоретико-методологічні та практичні аспекти дослідження  
сутності, значення та тенденцій розвитку  
кримінально-процесуальної відповідальності .....520**

*Завертайло І.О.*

**Роль прокурора в доказуванні обставин  
під час затримання підозрюваного та обрання  
запобіжних заходів під час досудового розслідування .....551**

*Завтур В.А.*

**Розгляд та вирішення слідчим суддею клопотань  
про застосування заходів забезпечення  
кримінального провадження: сучасні проблеми  
формування судово-контрольного провадження .....574**

*Зіньковський І.П.*

**Повноваження слідчого під час обрання, зміни та скасування заходів забезпечення кримінального провадження..... 597**

*Соловйов В.О.*

**Проблемні питання визначення процесуального статусу тимчасово вилученого майна та його арешту за Кримінальним процесуальним кодексом України 2012 року ..... 631**

## **ПРОБЛЕМИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЕФЕКТИВНОСТІ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ**

*Аленін Ю.П.*

**Напрями удосконалення законодавства з метою підвищення ефективності діяльності органів досудового розслідування ..... 656**

*Аркуша Л.І.*

**Поняття та особливості використання негласних слідчих (розшукових) дій у розслідуванні злочинів..... 680**

*Лукашкіна Т.В.*

**Деякі проблеми визначення підстав для зупинення досудового розслідування в кримінальному провадженні України ..... 702**

*Волошина В.К., Немчинов Є.С.*

**Деякі питання щодо порядку обчислення та продовження строків досудового розслідування ..... 730**

*Калиновський О.В., Школьніков В.І.*

**Процесуальний порядок здобуття відомостей з електронних інформаційних систем, доступ до яких не обмежується, та їх статус у кримінальному судочинстві..... 753**

*Стоянов М.М., Малахова О.В.*

**Особливості участі сторони захисту  
в проведенні слідчих (розшукових) дій.....774**

*Мисюра А.М.*

**Подолання протидії здійснення  
кримінального провадження з боку  
злочинних угруповань, причетних до торгівлі людьми .....795**

*Торбас О.О.*

**Аналіз категорії «закриття кримінального провадження»  
як форми закінчення досудового розслідування .....816**

*Пономаренко Д.В.*

**Тактика захисту та повідомлення про підозру:  
проблемні практичні питання.....837**

## **ВДОСКОНАЛЕННЯ СУДОВОГО ПРОВАДЖЕННЯ В АСПЕКТІ СУДОВОЇ РЕФОРМИ В УКРАЇНІ**

*Дроздов О.М.*

**Провадження за нововиявленими або виключними  
обставинами в кримінальному судочинстві  
за європейськими стандартами.....860**

*Гуртієва Л.М.*

**Види судових рішень суду першої інстанції  
в кримінальному провадженні України.....888**

*Підгородинська А.В.*

**Теоретико-правові аспекти визнання вироків судів  
іноземних держав на території України .....914**

*Кавецька В.С.*

**Допит неповнолітнього в стадії судового розгляду  
за участі педагога, психолога,  
захисника та законного представника.....936**

*Маїлунц Б.Е.*

**Прокурор як суб'єкт кримінального переслідування  
під час визначення меж судового розгляду .....958**

*Дидич О.Ю.*

**Поняття апеляційного провадження  
та його місце в системі стадій  
кримінального судочинства ..... 980**

**ОСОБЛИВІ ПОРЯДКИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ  
В КОНТЕКСТІ ДИФЕРЕНЦІАЦІЇ  
КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ ФОРМИ**

*Неледва Н.В.*

**Угода про визнання винуватості:  
сучасний стан та перспективи вдосконалення ..... 1003**

*Нестор Н.В.*

**Кримінальне провадження на підставі угоди  
про примирення: правова регламентація  
та практика застосування..... 1025**

*Кириченко В.Л.*

**Підстави здійснення кримінального провадження  
щодо застосування примусових заходів  
медичного характеру в особливій процесуальній формі... 1049**

**КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНАЛЬНЕ  
ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО: ПИТАННЯ ВЗАЄМОЗВ'ЯЗКІВ**

*Демидова Л.М.*

**Кримінальний проступок  
як кримінально-процесуальна новела  
і кримінально-правова проблема..... 1071**

*Коломиец Ю.Ю.*

**Идеологические основы разрешения  
криминальных конфликтов ..... 1094**

*Навроцька В.В.*

**Кримінальний процесуальний та кримінальний закон:  
взаємозв'язки й колізії..... 1117**



## ПЕРЕДМОВА

Сучасний етап розвитку України характеризується динамічними соціальними, економічними, політичними змінами. Правова система нашої держави є особливо чутливою до цих перетворень. Унаслідок цього перед вітчизняними правниками постало надзвичайно складне завдання з ґрунтовного й докорінного реформування її ключових елементів, що, з одного боку, має перейняти провідні міжнародні та європейські стандарти, а з іншого – зберегти найкращі традиції вітчизняної правової традиції.

Одеська школа права ніколи не стояла осторонь цих процесів. Працюючи в різних галузях правничої діяльності, провідні фахівці сприяють утвердженню України як правової, демократичної, європейської держави.

13 квітня 2017 року виповнилось 5 років із дня прийняття Кримінального процесуального кодексу України. Процес реформування кримінального процесуального законодавства, що тривав більше 20 років, супроводжувався численними законопроектними пропозиціями, науковими дискусіями, громадськими слуханнями, які були спрямовані на пошук оптимальної моделі кримінального судочинства, що гарантує дотримання прав і свобод людини.

Новий Кримінальний процесуальний кодекс України є людиноорієнтованим законом, який спрямований на захист особи, суспільства й держави від кримінальних правопорушень, забезпечення застосування належної правової процедури до кожного учасника кримінального провадження, недопущення необґрунтованого та свавільного застосування примусу в кримінальному провадженні. Саме ці завдання, визначені законом, окреслюють нову ідеологію кримінального провадження, в основі

якої закладений принцип пропорційності в проведенні процесуальних дій та обмеженні прав осіб, що залучені до кримінального судочинства.

Таке докорінне реформування кримінального процесуального закону потребує фундаментального наукового осмислення, що дасть змогу змінити уявлення про основоположні категорії кримінально-процесуальної доктрини, розробити нові підходи до вирішення найважливіших теоретичних і практичних проблем кримінального процесу, що забезпечить єдине й одноманітне застосування відповідних норм у правозастосовній діяльності, а також визначити перспективні напрями вдосконалення кримінального процесуального права.

Наявний досвід застосування Кримінального процесуального кодексу України показав певні недоліки його положень та необхідність змін і доповнень низки його норм, введення нових та оновлення діючих інститутів, у зв'язку із чим до нормативно-правового акта вже внесені численні зміни й доповнення. Великий блок таких доповнень, пов'язаних із судовою реформою та фундаментальними змінами щодо проведення досудового розслідування, внесено Законом 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. Ефективність їх застосування покаже час.

П'ятирічний ювілей набуття чинності Кримінальним процесуальним кодексом України припав на 170-річчя Одеської школи права та 20-річчя Національного університету «Одеська юридична академія». З нагоди цих свят колективом кафедри кримінального процесу Національного університету «Одеська юридична академія» разом із колегами з усієї України було підготовлено колективну монографію «Кримінальний

процесуальний кодекс 2012 року: ідеологія та практика правозастосування». Видання містить наукові праці, що торкаються найважливіших питань сучасної кримінально-процесуальної доктрини, які пов'язані з концептуальними засадами кримінального процесуального законодавства, актуальними проблемами кримінально-процесуальної діяльності учасників кримінального провадження, розвитком концептів кримінально-процесуального доказування, дотриманням балансу приватних і публічних інтересів під час застосування заходів забезпечення кримінального провадження, проблематикою забезпечення ефективності досудового розслідування, удосконаленням судового провадження у світлі судової реформи в Україні, нормативною регламентацією особливих порядків здійснення кримінального провадження, дослідженням взаємозв'язків кримінального та кримінально-процесуального права.

Викладений матеріал ґрунтується на основі положень оновленого кримінального процесуального законодавства, міжнародних договорів, практики Європейського суду з прав людини. Всеосяжний розгляд основних проблем кримінального процесу забезпечує фундаментальність праці та свідчить про її суттєвий внесок у вітчизняну кримінально-процесуальну науку.

президент Національного університету  
«Одеська юридична академія»,  
доктор юридичних наук, професор,  
академік Національної академії правових наук України,  
заслужений юрист України  
**С.В. Ківалов**

## **КОНЦЕПТУАЛЬНІ ПИТАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА**

***Гловюк І.В.,***

*доктор юридичних наук, доцент,*

*завідувач кафедри кримінального процесу*

*Національного університету «Одеська юридична академія»*

### **ПРОПОРЦІЙНІСТЬ ТА МЕХАНІЗМ КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО РЕГУЛЮВАННЯ: ТЕОРІЯ І ПРАКТИКА**

#### **Вступ**

Принцип пропорційності на сучасному рівні розвитку юриспруденції обґрунтовано розглядається як основоположний принцип права [1, с. 70; 2, с. 317; 3, с. 373]. Актуалізація його досліджень у царині кримінально-процесуальної доктрини викликана необхідністю забезпечення ефективної реалізації у кримінальному провадженні засади верховенства права (ст. 8), застосування якого вимагає врахування практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ). А пропорційність визнається складовою частиною верховенства права [1, с. 70].

Теоретичною основою досліджень пропорційності у механізмі кримінально-процесуального регулювання є праці А. Барака, А. Данькова, Ю. Євтошук, М. Коен-Елія, М. Козюбри, М. Косли, І. Кретової, Р. Майданика, І. Панкевича, С. Погребняка, І. Порат, П. Рабіновича, М. Савчина, Б. Тоцького, Т. Фулей, С. Цакиракиса, Л. Цвігун, С. Шевчука, Б. Шлінка, Г. Юдківської тощо. Проблематиці пропорційності саме у кримінальному прова-

дженні присвячені деякі дослідження Ю. Аленіна, О. Банчука, К. Волкова, В. Волошиної, С. Деревянкіна, С. Ковальчука, Л. Лобойка, Т. Лоскутова, Д. Макбрайда, О. Марочкіна, Д. Михайленка, А. Михайлова, В. Тертишника, І. Тітка, В. Уварова та інших науковців, проте комплексно питання пропорційності як універсального елемента у механізмі кримінально-процесуального регулювання у цих дослідженнях не розглядалися.

Розглядаючи пропорційність у контексті кримінального провадження, звернемо увагу на доцільність її дослідження саме у межах механізму кримінально-процесуального регулювання, який у літературі тлумачиться як такий, що складається з норм кримінального процесуального права, кримінально-процесуальних відносин, застосування кримінально-процесуальних норм, кримінально-процесуальних правозастосовних актів, що забезпечують ефективне правове регулювання і вплив у сфері кримінального судочинства [4]. Відповідно, функціональне призначення пропорційності у механізмі кримінально-процесуального регулювання має бути розглянуто на таких рівнях: 1) на рівні кримінально-процесуального нормотворення; 2) на рівні кримінально-процесуального правозастосування та інтерпретації норм кримінального процесуального права. На обох цих рівнях втручання є права людини має бути виправданим. Втручання в права людини буде виправданим, якщо воно має легітимну мету та здійснено на підставі закону, а закон, у свою чергу, має бути чітким та передбачуваним. І це втручання має бути пропорційним його меті. Оцінка пропорційності є завжди трикроковим тестом: належність, необхідність, розумність. Належність означає, що використані засоби мають бути належними для досягнення мети. Необхідність використаних засобів повинна мати найменш обтяжуючий ефект для тієї чи

іншої цінності. І, зрештою, тест на розумність означає, що використані засоби мають бути пропорційними очікуваним результатам, тобто тягар, який несе особа, не має бути надмірним [5, с. 118].

### **Пропорційність як елемент механізму кримінально-процесуального регулювання: проблеми ідентифікації**

На рівні кримінально-процесуального нормотворення пропорційність впливає на визначення предмета кримінально-процесуального регулювання (концептуальний рівень нормотворення): як зазначає Т. О. Лоскутов, лише пропорційність у можливості задоволення людських потреб у безпеці та свободі має визначати загальний обсяг предмету правового регулювання у кримінальному процесі [6, с. 78]; пропорційність кримінального процесуального регулювання передбачає розробку норм кримінального процесуального законодавства, що уможливають (унеможливають) обмеження процесуальних прав з огляду на порушені кримінальні права людини [6, с. 13]. І хоча термін «кримінальні права» може бути підданий критиці, основна ідея «процесуалізації» суспільних відносин є логічною та виваженою, а виділений критерій – таким, що здатний виділити та пояснити обсяг кримінально-процесуального регулювання. На рівні кримінально-процесуального нормотворення, а саме під час формулювання конкретних норм кримінального процесуального права (базовий рівень нормотворення) пропорційність використовується для формулювання завдань й засад кримінального провадження та норм-правил поведінки регулятивного та охоронного характеру. У КПК України до прийняття 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 р. не вживався термін «пропорційність», який нині вживається уст. 234 КПК у формулюванні «заходом, пропорційним втручанню в особисте і сімейне життя особи», проте ряд положень КПК вказує на імпліцитне його врахування, крім вживання у ст. 234 в редакції від 03.10.2017 р. Зокрема, це ст. 2, ч. ч. 2, 3 ст. 14, ч. ч. 2, 6 ст. 27, ч. 3, 4 ст. 132, ч. 2 ст. 152, ч. ч. 5, 6 ст. 163, ч. ч. 8, 10 ст. 170 КПК, ч. 4 ст. 173, ч. 4 ст. 182, ч. 1 ст. 194, ч. 3 ст. 233, ч. 2 ст. 236, ч. 2 ст. 246, ст. 255, ч. 3 ст. 271, ч. 5 ст. 290, ст. 297<sup>1</sup>, ст. 299, ст. 300, ст. 323 КПК тощо. Це, без сумніву, неповний перелік прикладів врахування пропорційності при обмеженні прав людини у кримінальному провадженні, проте він є достатнім для ілюстрації можливості виділення пропорційності як засади сучасного кримінального провадження України, що і відстоюється у літературі [7, с. 86-87; 8, с. 24; 9, с. 149; 10]. Зауважимо, що Звіт щодо оцінки впровадження Кримінального процесуального кодексу України [11] містить зауваження щодо забезпечення пропорційності втручання за деякими кримінально-процесуальними інститутами: необґрунтоване проведення обшуку замість отримання тимчасового доступу до речей та документів або інших подібних заходів суперечить принципу пропорційності, представленому в ст. 8 Європейської конвенції, у випадках, коли такий обшук суперечить праву на повагу до приватної власності, сімейного життя та іншим правам на невтручання в приватне життя (п. 102); необхідно посилити судовий контроль та розвинути сталу судову практику, що просуватиме принцип пропорційності та запровадить правові обмеження щодо неправомірного проведення негласних чи схожих слідчих дій (п. 209); обмеження, з якими стикається

захист, можуть бути мінімізовані, якщо переглянути процедуру, що не дозволяє захисту мати доступ до рішень суду щодо проведення негласних слідчих дій, оцінювати пропорційність обмежень доступу до записів, матеріалів та документів негласних слідчих дій, а також взяти до уваги передовий досвід запровадження таких положень в інших країнах (п. 218).

Враховуючи розгляд пропорційності як складової частини верховенства права [1, с. 70; 3, с. 373; 12, с. 61], принципу, що забезпечує дію верховенства права [2, с. 333], логічною є думка, що на рівні кримінального провадження цей принцип також належить до загальноправових [7, с. 86]. Враховуючи наведені у кримінально-процесуальній науці визначення цього принципу [7, с. 87; 8, с. 24; 10, с. 214], які викладені на високому рівні узагальнення його змісту, що загалом є логічним, враховуючи його загальноправовий характер, виникає питання щодо того, на яких учасників кримінального провадження поширюється вимога врахування пропорційності обмеження прав людини. Зауважимо, що більшість наведених норм КПК, які передбачають врахування пропорційності під час прийняття кримінально-процесуальних рішень та проведення кримінально-процесуальних дій, звернені до слідчого судді та суду. Це логічно, адже підсумкову оцінку пропорційності потенційно можливого обмеження прав людини у кримінальному провадженні має надати саме носій судових функцій як незалежний та неупереджений арбітр. Проте під час виконання судових рішень, зокрема у досудовому провадженні, учасники з боку обвинувачення також не мають допускати надмірного обмеження прав людини, застосовуючи примус у тому обсязі, який мінімально необхідний для досягнення мети процесуальної дії. Крім того, при складанні клопотання та погодженні його



слідчий, прокурор також мають оцінити співмірність бажаного обмеження прав людини і «судову перспективу» отримання на це судового дозволу з урахуванням вимог КПК щодо пропорційності при прийнятті слідчим суддею, судом процесуального рішення за поданим клопотанням. Крім того, звернемо увагу і на те, що у ст. 29 Законі України «Про Національну поліцію» до поліцейського заходу, який являє собою дію або комплекс дій превентивного або примусового характеру, що обмежує певні права і свободи людини та застосовується поліцейськими відповідно до закону для забезпечення виконання покладених на поліцію повноважень, встановлено вимогу пропорційності. Таким чином, засада пропорційності у кримінальному провадженні поширюється як вимога на кримінально-процесуальну діяльність тих суб'єктів кримінального провадження, які є носіями владних повноважень.

На рівні кримінально-процесуального правозастосування та інтерпретації норм кримінального процесуального права пропорційність має значення для оцінки наявності підстав обмеження прав людини, а також подолання прогалин у кримінально-процесуальному регулюванні та вирішення колізій. Зауважимо, що у судовій практиці наявна велика кількість посилок на цю засаду при реалізації судових повноважень, зокрема, що стосуються арешту майна [13; 14; 15], розгляду угод [16], повернення тимчасово вилученого майна [17; 18], розгляду клопотання про дозвіл на обшук [19; 20], огляд [21], питань тримання під вартою [22], про зміну умов утримання під вартою в залі судового засідання [23], про проведення позапланової перевірки у кримінальному провадженні [24] тощо.

## **Тест на пропорційність та кримінальне процесуальне законодавство й практика слідчих суддів**

Проілюструємо можливість застосування тесту на пропорційність слідчим суддею при розгляді клопотань на прикладі найбільш поширених інтрузивних заходів у кримінальному провадженні – заходів забезпечення кримінального провадження, у тому числі запобіжних заходів, обшуку та негласних слідчих (розшукових) дій.

Заходи забезпечення кримінального провадження. Ст. 132 КПК містить правило, що застосування заходів забезпечення кримінального провадження не допускається, якщо слідчий, прокурор не доведе, що: 1) існує обґрунтована підозра щодо вчинення кримінального правопорушення такого ступеня тяжкості, що може бути підставою для застосування заходів забезпечення кримінального провадження; 2) потреби досудового розслідування виправдовують такий ступінь втручання у права і свободи особи, про який ідеться в клопотанні слідчого, прокурора; 3) може бути виконане завдання, заради виконання якого слідчий, прокурор звертається з клопотанням. Для оцінки потреб досудового розслідування слідчий суддя або суд зобов'язаний врахувати змогу без застосованого заходу забезпечення кримінального провадження отримати речі і документи, які можуть бути використані під час судового розгляду для встановлення обставин у кримінальному провадженні. Зауважимо, що у ФРН загальною передумовою допустимості будь-примусового заходу є його відповідність (заборона перевищення певних меж). Кожен захід має бути придатний для роз'яснення підозри; він зумовлюється передумовою необхідності, що означає відсутність більш м'якого засобу, що дає змогу з тією самою дієвістю домогтися бажаного

результату. Крім того, такий захід не має бути неспівмірним щодо значущості злочинного діяння (або злочинних діянь), розслідуванню якого (яких) він має сприяти [25, с. 42-43].

Належність обмеження визначається тим, що може бути виконане завдання, для виконання якого слідчий, прокурор звертається з клопотанням; необхідність зобов'язує врахувати змогу без застосованого заходу забезпечення кримінального провадження отримати речі і документи, які можуть бути використані під час судового розгляду для встановлення обставин у кримінальному провадженні; розумність об'єктивується у встановленні, що потреби досудового розслідування виправдовують такий ступінь втручання у права і свободи особи, про який ідеться у клопотанні слідчого, прокурора (що іноді в літературі ототожнюється з правилом пропорційності втручання загалом [26, с. 106]) у кореляції з обґрунтованою підозрою щодо вчинення кримінального правопорушення такого ступеня тяжкості, що може бути підставою для застосування заходів забезпечення кримінального провадження. Зауважимо, що для тимчасового доступу до речей і документів, який у КПК прописаний як інструзивний захід, бо включає в себе можливість вилучення (виїмки), особливо враховуючи те, що законодавець зрівняв усі форми тимчасового доступу, передбачено, що слідчий суддя, суд постановляє ухвалу про надання тимчасового доступу до речей і документів, які містять охоронювану законом таємницю, якщо сторона кримінального провадження, крім обставин, передбачених ч. 5 ст. 163 КПК, доведе можливість використання як доказів відомостей, що містяться в цих речах і документах, та неможливість в інший спосіб довести обставини, які передбачається довести за допомогою цих речей і документів.

Варто звернути увагу на те, що у ст. 132 КПК закладено формулювання «для оцінки потреб досудового розслідування слідчий суддя або суд зобов'язаний врахувати можливість без застосованого заходу забезпечення кримінального провадження отримати речі і документи, які можуть бути використані під час судового розгляду для встановлення обставин у кримінальному провадженні». Як зазначається у літературі, «із точного тлумачення формулювань ч. 4 ст. 132 КПК можна зробити висновок, що це положення застосовується лише до одного виду ЗЗКП – тимчасового доступу до речей і документів. Однак <...>, за аналогією, воно має застосовуватися також до інших заходів» [27, с. 307], що тим не менш потребує деякого уточнення відповідних формулювань.

Запобіжні заходи. Під час розгляду клопотання про застосування запобіжного заходу слідчий суддя зобов'язаний встановити, чи доводять надані сторонами кримінального провадження докази обставини, які свідчать про: 1) наявність обґрунтованої підозри у вчиненні підозрюваним кримінального правопорушення; 2) наявність достатніх підстав вважати, що існує хоча б один із ризиків, передбачених ст. 177 цього Кодексу і тих, на які вказує слідчий, прокурор; 3) недостатність застосування більш м'яких запобіжних заходів для запобігання ризику або ризикам, зазначеним у клопотанні. Належність обмеження визначається тим, що може бути виконане завдання, для виконання якого слідчий, прокурор звертається з клопотанням, а саме досягнення мети запобіжного заходу, що полягає у забезпеченні виконання підозрюваним покладених на нього процесуальних обов'язків, а також запобіганні спробам: 1) переховуватися від органів досудового розслідування та/або суду; 2) знищити, сховати або спотворити будь-яку з речей чи

документів, які мають істотне значення для встановлення обставин кримінального правопорушення; 3) незаконно впливати на потерпілого, свідка, іншого підозрюваного, експерта, спеціаліста у цьому ж кримінальному провадженні; 4) перешкоджати кримінальному провадженню іншим чином. Необхідність зобов'язує врахувати наявність ризиків, які дають достатні підстави слідчому судді вважати, що підозрюваний може здійснити дії, передбачені ч. 1 ст. 177 КПК. Розумність об'єктивується у встановленні, що слідчий суддя має оцінити достатність / недостатність застосування більш м'яких запобіжних заходів для запобігання ризику або ризикам, зазначеним у клопотанні, а також врахування обставин, передбачених п. п. 2-11 ст. 178 КПК. Як зазначає Т. О. Лоскутов, вимога пропорційності передбачає збалансоване кримінальне процесуальне правозастосування. Обмеження конституційних, конвенційних, суто процесуальних прав особи шляхом застосування заходів кримінального процесуального примусу не може перевищувати майбутнє можливе обмеження прав цієї особи внаслідок притягнення її до кримінальної відповідальності за порушення кримінальних прав інших осіб. Саме тому кримінальна процедура щодо застосування заходів кримінального процесуального примусу має врегульовуватися залежно від ступеня тяжкості злочину, в якому підозрюється особа. Ця «приблизна пропорційність» не може ігноруватися навіть у разі підтвердження матеріалами кримінального провадження кількох ризиків неналежної поведінки особи [6, с. 92]. Разом із тим ця рекомендація може бути застосована лише щодо застосування примусу до підозрюваного, обвинуваченого та застосування запобіжних заходів, бо саме при вирішенні питання про їх обрання ст. 178 КПК прямо передбачає

врахування тяжкості покарання, що загрожує відповідній особі у разі визнання підозрюваного, обвинуваченого винуватим у кримінальному правопорушенні, у вчиненні якого він підозрюється, обвинувачується. Зауважимо для порівняння, що у доктрині ФРН зазначається, що застосування тримання під вартою, за § 112 I 2 КПК, є недопустимим, якщо воно неспівмірне зі значущістю справи та очікуваним покаранням. Співмірність не є позитивною передумовою взяття під варту, однак за її відсутності застосування цього заходу виключено [28, с. 175]. Відповідність принципу співмірності встановлюється шляхом всебічної порівняльної оцінки наслідків цього втручання в приватну сферу життя обвинуваченого, значення цієї кримінальної справи й очікуваної тяжкості покарання [25, с. 45].

Обшук. Ч. 5 ст. 234 передбачає, що слідчий суддя відмовляє у задоволенні клопотання про обшук, якщо прокурор, слідчий не доведе наявності достатніх підстав вважати, що: 1) було вчинено кримінальне правопорушення; 2) відшукувані речі і документи мають значення для досудового розслідування; 3) відомості, які містяться у відшукуваних речах і документах, можуть бути доказами під час судового розгляду; 4) відшукувані речі, документи або особи знаходяться у зазначеному в клопотанні житлі чи іншому володінні особи; 5) за встановлених обставин обшук є найбільш доцільним та ефективним способом відшукування та вилучення речей і документів, які мають значення для досудового розслідування, а також встановлення місцезнаходження розшукуваних осіб, а також заходом, пропорційним втручанням в особисте і сімейне життя особи.

Належність означає, що може бути досягнута мета обшуку, що полягає у виявленні та фіксації відомостей про обставини вчинення кримінального правопорушення, відшукування знаряддя

кримінального правопорушення або майна, яке було здобуте у результаті його вчинення, а також встановлення місцезнаходження розшукуваних осіб, і проявляється у оцінці того, що відшукувані речі і документи мають значення для досудового розслідування, та того, що відомості, які містяться у відшукуваних речах і документах, можуть бути доказами під час судового розгляду, а також відшукувані речі, документи або особи знаходяться у зазначеному в клопотанні житлі чи іншому володінні особи, а не в іншому місці. Необхідність обшуку полягає у тому, що у конкретному кримінальному провадженні при розгляді клопотання слід довести, що за встановлених обставин обшук є найбільш доцільним та ефективним способом відшукування та вилучення речей і документів, які мають значення для досудового розслідування, а також встановлення місцезнаходження розшукуваних осіб, а також заходом, пропорційним втручанню в особисте і сімейне життя особи. Клопотання має містити обґрунтування того, що доступ до речей, документів або відомостей, які можуть у них міститися, неможливо отримати органом досудового розслідування у добровільному порядку шляхом витребування речей, документів, відомостей за ч. 2 ст. 93 КПК, або за допомогою інших слідчих дій, передбачених КПК, а доступ до осіб, яких планується відшукати, – за допомогою інших слідчих дій, передбачених КПК (п. 8 ч. 3 ст. 234 КПК у редакції від 03.10.2017 р.).

Зауважимо при цьому, що натепер, до набрання чинності зазначеними змінами до ст. 234 КПК, на рівні судової практики пріоритет віддається саме проведенню обшуку порівняно із застосуванням заходів забезпечення кримінального провадження. Зокрема, зазначається: поза увагою слідчого, прокурора, слідчого судді залишається та обставина, що

збирання доказів, зокрема і речових, відбувається через інститут слідчих дій (зокрема, вилучення в процесі огляду, проведення обшуку). У таких випадках неправильне розуміння органами досудового розслідування, слідчими суддями положень кримінального процесуального закону фактично зумовлює підміну слідчих дій заходом забезпечення кримінального провадження. Слідчим суддям необхідно враховувати, що згідно з ч. 4 ст. 132 КПК для оцінки потреб досудового розслідування слідчий суддя зобов'язаний врахувати змогу без застосовуваного заходу забезпечення кримінального провадження отримати речі і документи, які можуть бути використані під час судового розгляду з метою встановлення обставин у кримінальному провадженні. У цьому контексті потрібно враховувати, що речі і документи могли би бути отримані шляхом проведення слідчих дій, тобто без застосування заходів забезпечення кримінального провадження [29]. Якщо розглядати це питання з позицій застосування примусу, то обшук являє собою більш інтрузивний захід, ніж тимчасовий доступ до речей і документів, який є заходом забезпечення кримінального провадження. Тому прямо протилежний підхід закладений у Звіті щодо оцінки впровадження Кримінального процесуального кодексу України [11], в якому вказано: необґрунтоване проведення обшуку замість отримання тимчасового доступу до речей та документів або інших подібних заходів суперечить принципу пропорційності, представленому в ст. 8 Європейської конвенції, у випадках, коли такий обшук суперечить праву на повагу до приватної власності, сімейного життя та іншим правам на невтручання в приватне життя (п. 102); необхідно розробити сталу судову практику, яка наголошуватиме на дотриманні принципу пропорційності та створюватиме юридичні перешкоди використанню обшуку



замість інших заходів, передбачених Кодексом, які не настільки зачіпають право на невтручання у приватне життя (п. 103). Зауважимо, що у ФРН визнається, що виїмка має перебувати у співмірному співвідношенні із тяжкістю злочину і ступенем підозри в скоєнні злочину і необхідна для розслідування злочину. При цьому пріоритетне значення мають інтереси потерпілого та інших осіб, а не інтереси обвинуваченого [28, с. 205].

Враховання «розумності» щодо обшуку детально не прописано у КПК, але її можна розглядати у тому сенсі, що в ухвалі слідчого судді мають бути вказані речі, документи або осіб, для виявлення яких проводиться обшук, тобто ухвала не має містити невизначене коло об'єктів, тобто необхідна конкретизація меж обшуку; крім того, має бути врахована тяжкість вчиненого кримінального правопорушення і чи є за встановлених обставин обшук заходом, пропорційним втручанням в особисте і сімейне життя особи.

Така лаконічна регламентація у КПК розумності втручання не відповідає практиці ЄСПЛ щодо тлумачення та застосування ст. 8 Конвенції. За прецедентного права Суду, поняття «необхідність» означає, що втручання відповідає нагальній суспільній потребі, тобто що воно є пропорційним переслідуваній законній меті. З'ясовуючи, чи було втручання «необхідним у демократичному суспільстві», Суд бере до уваги певну свободу розсуду, якою володіють договірні держави. Проте винятки, передбачені п. 2 ст. 8 Конвенції, мають тлумачитися вузько, а необхідність в їх застосуванні має бути переконливо встановлена (див. рішення від 25 лютого 1993 р. у справі «Функе проти Франції», № 10828/84, п. 55) (Справа «Бук проти Німеччини»). Суд оцінюватиме, чи підстави, наведені на обґрунтування проведення обшуку житла та виїмки з нього, були належними та

достатніми і чи принцип пропорційності був дотриманий. Що ж до останнього пункту, то Суд, по-перше, має переконатися, що у відповідному національному законодавстві та на практиці особи забезпечені належними гарантіями від зловживань. По-друге, Суд має розглянути обставини кожної справи, щоб з'ясувати, чи в конкретній справі відповідне втручання було пропорційним цілі, яку воно переслідувало (див. зазначене рішення у справі «Камензінд проти Швейцарії», п. 45). Критерії, які Суд враховує при з'ясуванні останнього питання, – це тяжкість правопорушення, у зв'язку з яким проводилися обшук та виїмка, обставини, за яких ухвалено відповідну постанову, зокрема наявність інших доказів на той момент, зміст і обсяг постанови, статус приміщення, яке підлягало обшуку, заходи, вжиті з метою обмежити в розумних рамках вплив обшуку і можливі наслідки для репутації особи, в приміщенні якої ці дії здійснювалися (див. рішення у справі «Чаппел проти Сполученого Королівства», п. 60; «Німіц проти Німеччини», п. 37 тощо, Справа «Бук проти Німеччини») [30].

Таким чином, на основі тесту на пропорційність пропонуємо таку алгоритмізацію встановлення обставин локального предмету доказування при розгляді слідчим суддею клопотання про обшук: 1) встановлення, що відшукувані речі і документи мають значення для досудового розслідування; відомості, які містяться у відшукуваних речах і документах, можуть бути доказами під час судового розгляду; відшукувані речі, документи або особи перебувають у зазначеному в клопотанні житлі чи іншому володінні особи (належність); 2) встановлення можливості / неможливості досягнення мети виявлення та фіксації відомостей про обставини вчинення кримінального правопорушення, відшукування знаряддя кримінального

правопорушення або майна, яке було здобуте у результаті його вчинення, а також встановлення місцезнаходження розшукуваних осіб іншими способом (необхідність); 3) у разі неможливості досягнення мети виявлення та фіксації відомостей про обставини вчинення кримінального правопорушення, відшукання знаряддя кримінального правопорушення або майна, яке було здобуте у результаті його вчинення, а також встановлення місцезнаходження розшукуваних осіб – визначення, чи є за встановлених обставин обшук заходом, пропорційним втручанню в особисте і сімейне життя особи, а також допустимих меж обшуку (житло чи інше володіння особи або частину житла чи іншого володіння особи, які мають бути піддані обшуку; речі, документи, а також осіб, для виявлення яких надається дозвіл) (розумність). Разом із тим у цьому контексті варто звернути увагу на деякі термінологічні неточності формулювань щодо пропорційності при вирішенні питання про надання дозволу на обшук, а саме: «слідчих дій, передбачених цим Кодексом», при тому, що КПК вживає термінологічне сполучення «слідчі (розшукові) дії», та «доступ до осіб, яких планується відшукати» – логічніше було б вказати на встановлення їх місцезнаходження; крім того, це формулювання не враховує можливість доступу за допомогою інших процесуальних дій.

Негласні слідчі (розшукові) дії. Негласні слідчі (розшукові) дії проводяться у разі, якщо відомості про злочин та особу, яка його вчинила, не можна отримати в інший спосіб. Негласні слідчі (розшукові) дії, передбачені ст. ст. 260, 261, 262, 263, 264 (у частині дій, що проводяться на підставі ухвали слідчого судді), 267, 269, 269-1, 270, 271, 272, 274 цього Кодексу, проводяться виключно у кримінальному провадженні щодо тяжких або

особливо тяжких злочинів (ст. 246 КПК). Слідчий суддя постановляє ухвалу про дозвіл на проведення негласної слідчої (розшукової) дії, якщо прокурор, слідчий доведе наявність достатніх підстав вважати, що: 1) вчинений злочин відповідної тяжкості; 2) під час проведення негласної слідчої (розшукової) дії можуть бути отримані докази, які самостійно або в сукупності з іншими доказами можуть мати суттєве значення для з'ясування обставин злочину або встановлення осіб, які вчинили злочин (ст. 248 КПК). Належність означає, що може бути досягнута мета негласної слідчої (розшукової) дії, що виводиться з нормативно встановленої мети слідчої (розшукової) дії і полягає в отриманні (збиранні) доказів або перевірці вже отриманих доказів у конкретному кримінальному провадженні. Необхідність проявляється у тому, що негласні слідчі (розшукові) дії проводяться у разі, якщо відомості про злочин та особу, яка його вчинила, не можна отримати в інший спосіб (ст. 246 КПК), і в клопотанні слідчого, прокурора обов'язково має бути обґрунтування неможливості отримання відомостей про злочин та особу, яка його вчинила, в інший спосіб. Як зазначається в Узагальненні судової практики щодо розгляду слідчим суддею клопотань про дозвіл на проведення негласної слідчої (розшукової) дії, негласні слідчі (розшукові) дії проводяться у випадках, якщо відомості про злочин та особу, яка його вчинила, неможливо отримати в інший спосіб, тобто проведення гласних слідчих (розшукових) дій не забезпечує змогу отримати фактичні дані, що можуть використовуватися у розслідуванні злочину. Однак, як вбачається з матеріалів судової практики щодо розгляду клопотань про дозвіл на проведення негласної слідчої (розшукової) дії, з такими клопотаннями звертаються слідчі за погодженням із прокурором чи прокурори до слідчого судді

буквально наступного дня або за кілька днів після внесення відомостей про кримінальне правопорушення до ЄРДР, не здійснивши фактично жодної слідчої (розшукової) дії, передбаченої главою 20 КПК, що прямо суперечить вимогам ст. 246 КПК (Апеляційний суд Дніпропетровської області) [31, с. 269-270]. Це ознака винятковості цих дій, яка виділяється у доктрині [32, с. 38]. Розумність проявляється у тому, що досягається розумний баланс між потребами досудового розслідування та втручанням у право на приватність, з урахуванням тяжкості вчиненого злочину. Ця вимога прямо передбачена у Рекомендації № Res (2005) 10 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам «Про «особливі методи розслідування» тяжких злочинів, а також у разі терористичних актів» [33]: особливі методи розслідування мають використовуватися, тільки якщо є підстави вважати, що тяжкий злочин вчинено, підготовлено або готується одним або кількома конкретними особами або ще не встановленою особою або групою осіб. Необхідно забезпечити відповідність між наслідками використання особливих методів розслідування і поставленою метою. У цьому відношенні під час ухвалення рішення про їх використання необхідно оцінити серйозність правопорушення та врахувати, що особливі методи розслідування мають характер втручання. У КПК зазначено можливість проведення негласних слідчих (розшукових) дій, передбачених ст. ст. 260, 261, 262, 263, 264 (в частині дій, що проводяться на підставі ухвали слідчого судді), 267, 269, 269-1, 270, 271, 272, 274 КПК виключно у кримінальному провадженні щодо тяжких або особливо тяжких злочинів (ст. 246 КПК). На необхідність врахування можливості досягнення інтересів розслідування за допомогою менш інтрузивних заходів вказує і ЄСПЛ. У справі «Матановіч проти Хорватії» (Заява № 2742/12) Суд зазначив, що в

цій справі, як і в справі Драгоєвіч, рішення слідчого судді про застосування таємних заходів спостереження стосувалися заяви про використання таємного спостереження компетентною державною прокуратурою і вказували на встановлений законом вислів «розслідування не могло проводитися за допомогою інших засобів або це було б надзвичайно складно». Проте вони не надавали відповідного обґрунтування щодо особливих обставин справи, а також, зокрема, чому слідство не могло бути проведене за допомогою інших менш суворих (інтрузивних) засобів. Суд встановив у справі Драгоєвіч, що відсутність обґрунтування в рішенні слідчого судді, разом з обходом національними судами цієї відсутності обґрунтування за допомогою ретроспективного обґрунтування використання таємного спостереження, суперечила відповідному національному законодавству і тому не забезпечувала на практиці належні гарантії проти різних можливих зловживань. Зокрема, Суд наголошував, що відповідне національне законодавство в тлумаченні та застосуванні компетентними судами не надавало достатньої чіткості щодо обсягу та способу здійснення дискреційних повноважень, наданих органам державної влади, і, зокрема, не забезпечило на практиці відповідні гарантії проти різних можливих зловживань. Відповідно, процедура призначення та нагляду за здійсненням прослуховування телефону заявника не повністю відповідала вимогами законності, а також не була достатньою для того, щоб втручання в право заявника на повагу до його особистого життя та листування було «необхідним у демократичному суспільстві» [34]. Для прикладу, у ФРН вимоги, що пред'являються кримінальним процесуальним законодавством до прослуховування і запису розмов, які ведуться у житлі непублічно, пов'язані з фактичними підставами вважати, що за допомогою застосовуваних заходів

будуть зафіксовані висловлювання обвинуваченого, що мають значення для розслідування фактичних обставин справи або встановлення місцезнаходження іншого обвинуваченого в тому самому кримінальному провадженні, і застосуванням інших заходів досягнення цих цілей було б непропорційно ускладнено або не мало б шансів на успіх (сувора субсидіарність) [25, с. 59].

### **Висновки**

Аналіз Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, практики ЄСПЛ, національного законодавства та практики його застосування дає змогу зробити висновок про те, що врахування пропорційності у кримінальному провадженні має здійснюватися у подвійному аспекті: по-перше, на нормативному рівні, де однозначно мають враховуватися належність та необхідність обмеження та розумність у тих межах, в яких це можливо на рівні норми як загального правила поведінки, по-друге, на правозастосовчому рівні мають враховуватися належність та необхідність та розумність обмеження у контексті конкретного життєвого випадку з урахуванням обставин кримінального провадження та аргументів його учасників. Обмеження прав людини у кримінальному провадженні має здійснюватися виключно з метою досягнення дієвості кримінального провадження (мета) засобами, які є мінімально необхідними (необхідність) та релевантними меті (належність) з дотриманням балансу публічних та приватних інтересів (пропорційність).

Тест на пропорційність дає змогу запропонувати алгоритм встановлення обставин локального предмета доказування у разі вирішення питань про можливість застосування інтрузивних заходів у кримінальному провадженні.

1. Алгоритм встановлення обставин локального предмета доказування при розгляді клопотання про обрання заходу забезпечення кримінального провадження: 1) встановлення можливості забезпечити ефективність кримінального провадження шляхом виконання завдання, для виконання якого слідчий, прокурор звертається з клопотанням (належність); 2) оцінка можливості без застосованого заходу забезпечення кримінального провадження отримати речі і документи, які можуть бути використані під час судового розгляду для встановлення обставин у кримінальному провадженні; 3) встановлення, чи потреби досудового розслідування виправдовують такий ступінь втручання у права і свободи особи, про який йдеться в клопотанні слідчого, прокурора у кореляції з обґрунтованою підозрою щодо вчинення кримінального правопорушення такого ступеня тяжкості, що може бути підставою для застосування заходів забезпечення кримінального провадження (розумність).

2. Алгоритм встановлення обставин локального предмету доказування при розгляді слідчим суддею клопотання про обрання запобіжного заходу: 1) встановлення змоги забезпечити належну поведінку підозрюваного шляхом застосування запобіжного заходу (належність); 2) встановлення необхідності застосування запобіжного заходу – за умови наявності обґрунтованої підозри та ризиків, неможливості забезпечити належну поведінку підозрюваного іншими способами (необхідність); 3) оцінка співмірності застосування запобіжного заходу у кореляції з наявністю обґрунтованої підозри у вчиненні підозрюваним кримінального правопорушення відповідного ступеню тяжкості з урахуванням об'єктивного критерію – характеру обмежень, передбачених для конкретного запобіжного



заходу, тяжкості покарання, що загрожує відповідній особі у разі визнання підозрюваного винуватим у кримінальному правопорушенні, у вчиненні якого він підозрюється, обвинувачується, розміру майнової шкоди, у завданні якої підозрюється особа, або розміру доходу, в отриманні якого внаслідок вчинення кримінального правопорушення підозрюється особа, та суб'єктивного критерію – характеристики особи підозрюваного, його поведінки у комплексі обставин, передбачених п.п. 3-10 ст. 178 КПК (розумність).

3. Алгоритм встановлення обставин локального предмету доказування при розгляді слідчим суддею клопотання про обшук: 1) встановлення, що відшукувані речі і документи мають значення для досудового розслідування; відомості, які містяться у відшукуваних речах і документах, можуть бути доказами під час судового розгляду; відшукувані речі, документи або особи знаходяться у зазначеному в клопотанні житлі чи іншому володінні особи (належність); 2) встановлення можливості / неможливості досягнення мети виявлення та фіксації відомостей про обставини вчинення кримінального правопорушення, відшукання знаряддя кримінального правопорушення або майна, яке було здобуте у результаті його вчинення, а також встановлення місцезнаходження розшукуваних осіб іншими способом (необхідність); 3) визначення, чи є за встановлених обставин обшук заходом, пропорційним втручанню в особисте і сімейне життя особи, а також допустимих меж обшуку (житло чи інше володіння особи або частину житла чи іншого володіння особи, які мають бути піддані обшуку; речі, документи, а також осіб, для виявлення яких надається дозвіл) (розумність).

4. Алгоритм встановлення обставин локального предмета доказування при розгляді слідчим суддею клопотання про дозвіл

на проведення негласної слідчої (розшукової) дії: 1) встановлення, що за допомогою проведення негласної слідчої (розшукової) дії, про дозвіл на проведення якої подане клопотання, можуть бути отримані (зібрані) докази або перевірені вже отримані докази у конкретному кримінальному провадженні (належність); 2) встановлення, що відомості про злочин та особу, яка його вчинила, не можна отримати в інший спосіб, і що застосовувалися інші способи отримання таких відомостей (необхідність); 3) встановлення ступеню тяжкості злочину, визначення меж та строків проведення негласної слідчої (розшукової) дії; у випадках, передбачених ст. 250 КПК – наявність виняткових невідкладних випадків, пов'язаних із врятуванням життя людей та запобіганням вчиненню тяжкого або особливо тяжкого злочину, передбаченого розділами I, II, VI, VII (статті 201 та 209), IX, XIII, XIV, XV, XVII Особливої частини Кримінального кодексу України (розумність).

Чинне кримінальне процесуального законодавство, хоча і містить норми, які скеровані на забезпечення пропорційності втручання, потребує у цьому контексті деякого вдосконалення. Для врахування необхідності обмеження як елементу тесту на пропорційність у КПК та правозастосовчій діяльності необхідно уточнити формулювання ч. 4 ст. 132 КПК і викласти його у редакції: «4. Для оцінки потреб досудового розслідування слідчий суддя або суд зобов'язаний врахувати можливість без застосованого заходу забезпечення кримінального провадження отримати відомості, які можуть бути використані під час судового розгляду для встановлення обставин у кримінальному провадженні, забезпечити виконання учасником кримінального провадження його процесуальних обов'язків чи досягти дієвості кримінального провадження іншим чином». Формулювання

п. 8 ч. 3 ст. 234 КПК варто дещо змінити і викласти так: «8) обґрунтування того, що доступ до речей, документів або відомостей, які можуть у них міститися, неможливо отримати органом досудового розслідування у добровільному порядку шляхом витребування речей, документів, відомостей відповідно до частини другої статті 93 цього Кодексу, або за допомогою інших слідчих (розшукових) та інших процесуальних дій, передбачених цим Кодексом, а місцезнаходження осіб, яких планується відшукати, неможливо встановити за допомогою інших слідчих (розшукових) та інших процесуальних дій, передбачених цим Кодексом. Крім того, для дотримання розумності як складової частини пропорційності варто дещо змінити формулювання п. 6 ст. 235 КПК щодо змісту ухвали про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи, зазначивши замість «речі, документи або осіб, для виявлення яких проводиться обшук», положення «речі, документи, для виявлення та вилучення яких надається дозвіл, а також осіб, для встановлення місцезнаходження яких надається дозвіл».

### **Список використаних джерел:**

1. Тоцький Б.А. Принцип пропорційності: історичний аспект і теоретичні складові. Часопис Київського університету права. 2013. № 3. С. 70-74.
2. Погребняк С.П. Основоположні принципи права: дис.... д-ра юрид. наук: 12.00.01. Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого. Х., 2009. 433 с.
3. Загальна теорія права: Підручник / За заг. ред. М.І. Козюбри. К.: Ваіте, 2015. 392 с.
4. Бахта А.С. Механізм уголовно-процессуального регулювання: автореферат дис.... докт. юрид. наук: 12.00.09. Москва,

2011. 49 с. URL: <http://vak1.ed.gov.ru/common//img/uploaded/files/BakhtaAS.doc>.

5. Юдківська Г. Принцип пропорційності в системі захисту прав людини. Слово Національної школи суддів України. 2015. № 4 (13). С. 118-123.

6. Лоскутов Т.О. Предмет правового регулювання у кримінальному процесі: дис. ... докт. юрид. наук: спец. 12.00.09. Київський національний університет ім. Т. Шевченка. К., 2016. 443 с.

7. Аленін Ю.П. Поняття та система принципів кримінального провадження / Ю.П. Аленін, В.К. Волошина. Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія»: зб. наук. праць / редкол.: С.В. Ківалов (голов. ред.), В.М. Дрьомін (заст. голов. ред), Ю.П. Аленін та ін.; відп. за вип. В.М. Дрьомін; МОН України, НУ «ОЮА». Одеса: Юрид. л-ра, 2014. Т. 14. С. 78-89.

8. Тertiшник В.М. Принципи права та стратегія і практика судової реформи. Право і суспільство. 2016. № 6. С. 20-26.

9. Деревянкін С.Л. Публічність та диспозитивність у кримінальному судочинстві: монографія. Одеський держ. ун-т внутрішніх справ. О.: ОЮІ НУВС, 2008. 174 с.

10. Уваров В.Г. Принцип верховенства права та пропорційності в кримінальному провадженні з урахуванням правових позицій Європейського Суду з прав людини. Право і суспільство. 2014. № 6.2. С. 210-214.

11. Звіт щодо оцінки впровадження Кримінального процесуального кодексу України. URL: <https://rm.coe.int/168044f56b>.

12. Євтошук Ю.О. Принцип пропорційності як необхідна складова верховенства права: дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2015. 214 с.

13. Ухвала слідчого судді Київського районного суду м. Одеси від 05.10.2016 р. (справа № 520/11946/16-к). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/61810202>.

14. Ухвала слідчого судді Дніпровського районного суду м. Києва від 31.05.2016 р. (справа № 755/6615/16-к). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/58536551>.

15. Ухвала слідчого судді Дніпровського районного суду м. Києва від 15.12.2016 р. (справа № 755/18292/16-к). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/63490270>.

16. Ухвала слідчого судді Галицького районного суду м. Львова від 09.03.2016 р. (справа № 461/661/16-к). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/56294589>.

17. Ухвала слідчого судді Володимирецького районного суду Рівненської області від 14.04.2017 р. (провадження № 1-кк/556/107/2017). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/65986136>.

18. Ухвала слідчого судді Березнівського районного суду Рівненської області від 17.02.2017 р. (справа № 555/303/17). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/64846586>.

19. Ухвала слідчого судді Дніпровського районного суду м. Києва від 07.09.2016 р. (справа № 755/13470/16-к). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/61120532>.

20. Ухвала слідчого судді Орджонікідзевського районного суду м. Запо-ріжжя від 08.07.2014 р. (справа № 335/7738/14-к 1). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/52494716>.

21. Ухвала слідчого судді Підгаєцького районного суду Тернопільської області від 26.06.2016 р. (справа № 605/378/16-к). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/59514096>.

22. Ухвала судді Печерського районного суду м. Києва від 06.01.2016 р. (справа № 757/30323/15-к). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/54842402>.

23. Ухвала слідчого судді Артемівського міськрайонного суду Донецької області від 14.06.2017 р. (справа № 219/6240/17). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/67227523>.

24. Ухвала слідчого судді Дніпровського районного суду м. Києва від 23.08.2017 р. (справа № 755/7227/17). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/68490968>.

25. Головненков П. Уголовно-процессуальный кодекс Федеративной Республики Германия – Strafprozessordnung (StPO): науч.-практ. коммент. и пер. текста закона / П. Головненков, Н. Спица; со вступ. ст. Уве Хелльманна. Potsdam: Universitätsverlag Potsdam, 2012. 404 с. URL: <http://opus.kobv.de/ubp/volltexte/2012/6177/pdf/sdrs02.pdf>.

26. Фаринник В.І. Застосування заходів забезпечення кримінального провадження: теорія та практика: монографія. К.: Алерта, 2017. 548 с.

27. Науково-практичний коментар до Кримінального процесуального кодексу України від 13 квітня 2012 року / за ред. О.А. Банчука, Р.О. Куйбіди, М.І. Хавронюка. Харків: Фактор, 2013. 1072 с.

28. Габриэлэ Розэ. Введение в немецкое уголовно-процессуальное право: Учебное пособие / Научный перевод: А. Килина, Ю. Степанова. Красноярск. Красноярский государственный университет, 2001. 219 с.

29. Узагальнення судової практики щодо розгляду слідчим суддею клопотань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/n0001740-14/print1454339640976824>.

30. Рішення від 28 квітня 2005 р. у справі «Бук проти Німеччини». URL: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/81b1cba59140111fc2256bf7004f9cd3/3b61febc6ff9a28ec22574f6005436c3?OpenDocument>.

31. Негласні слідчі (розшукові) дії та використання результатів оперативно-розшукової діяльності у кримінальному провадженні: навч.-практ. Посібник / С.С. Кудінов, Р.М. Шехавцов,

О.М. Дроздов, С.О. Гриненко. 2-е вид., розшир. й допов. Харків: Оберіг, 2015. 424 с.

32. Багрій М.В. Процесуальні аспекти негласного отримання інформації: вітчизняний та зарубіжний досвід: монографія / М.В. Багрій, В.В. Луцик. Харків: Право, 2017. 376 с.

33. Рекомендація № Rec (2005) 10 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам «Про «особливі методи розслідування» тяжких злочинів, а також у разі терористичних актів». URL: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994\\_670](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_670).

34. Переклад рішення «Матановіч проти Хорватії» (Заява № 2742/12) О. Дроздова та О. Дроздової. URL: [http://unba.org.ua/assets/uploads/publications/Pereklad\\_rishennya\\_evr\\_sudu\\_130720.17.pdf](http://unba.org.ua/assets/uploads/publications/Pereklad_rishennya_evr_sudu_130720.17.pdf).

**Галаган В.І.,**  
*доктор юридичних наук, професор,  
завідувач кафедри кримінального  
та кримінального процесуального права  
Національного університету «Києво-Могилянська академія»*

**Удовенко Ж.В.,**  
*кандидат юридичних наук, доцент,  
професор кафедри криміналістичного забезпечення  
та судових експертиз  
Національної академії внутрішніх справ*

**ЗАСАДА НЕВТРУЧАННЯ У ПРИВАТНЕ ЖИТТЯ:  
ЗАКОНОДАВЧЕ УНОРМУВАННЯ ТА НАПРЯМИ  
ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПІД ЧАС  
КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ**

**Вступ**

Невтручання у приватне життя є одним з основних міжнародних та конституційних прав людини і громадянина, що відображає право кожного мати свій власний світ сімейних, інтимних, ділових та інших інтересів, що не підлягають контролю з боку держави, суспільства та окремих громадян. У жодній державі світу це право не є абсолютним. Будь-яка, навіть демократична правова система передбачає випадки, коли можливе обґрунтоване і обмежене законодавчими межами втручання в особисте і сімейне життя. Під час кримінальної процесуальної діяльності постійно виникає дилема: що важливіше – примусити людину до розкриття її особистих і сімейних таємниць чи захистити особу всупереч інтересам встановлення достовірних даних у кримінальному провадженні. Саме тому у ч. 2 ст. 15 Кримінального процесуального кодексу (КПК) України визначено, що ніхто не може збирати, зберігати, використовувати та поширювати інформацію про приватне



життя особи без її згоди, крім випадків, передбачених цим Кодексом, а у ч. 3 цієї ж процесуальної норми йдеться про те, що інформація про приватне життя особи, отримана в порядку, передбаченому цим Кодексом, не може бути використана інакше як для виконання завдань кримінального провадження [1].

Проблемам гарантування засади невтручання у приватне життя присвячена належна увага в Конституції України, КПК України, низці законів України, а також міжнародних договорах із питань кримінального провадження, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України і які, за ст. 9 Конституції України, є частиною національного законодавства України.

Суттєвий внесок у дослідження цих питань теми зробили українські науковці Ю. П. Аленін, В. П. Бахін, І. В. Гловюк, Ю. М. Грошевий, А. Я. Дубинський, А. В. Іщенко, О. В. Капліна, Є. Г. Коваленко, Н. І. Клименко, В. К. Лисиченко, Л. М. Лобойко, Є. Д. Лук'янчиков, В. Т. Маляренко, М. М. Михеєнко, В. В. Назаров, В. Т. Нор, М. А. Погорецький, С. М. Стахівський, В. М. Тертишник, Л. Д. Удалова, П. В. Цимбал, В. Ю. Шепітько, М. Є. Шумило, О. Г. Яновська та інші. Ці питання розглядали у своїх працях юристи зарубіжних країн Т. В. Авер'янова, Р. С. Белкін, В. О. Гавріков, Н. І. Долженко, В. А. Жбанков, В. Н. Калінін, Ю. Г. Корухов, О. А. Леві, Є. Є. Подголін, О. Р. Росинська, О. Г. Філіпов, С. А. Шейфер та інші.

Водночас у роботах зазначених авторів здебільшого звернено увагу на охорону прав та свобод громадянина, їх поняття та завдання. Натомість ступінь можливого втручання в особисте і сімейне життя з боку держави для досягнення завдань кримінального провадження висвітлено недостатньо повно і докладно, а вирішення зазначених існуючих проблем має винятково важливе значення під час розслідування кримінальних правопорушень.

## **Врегулювання засади невтручання у приватне життя за законодавством України**

Серед чинних міжнародно-правових актів у сфері дотримання прав і свобод людини, зокрема, невтручання в особисте і сімейне життя осіб, що мають безпосереднє відношення до кримінального провадження, учасниками яких є Україна, варто назвати Міжнародний пакт про громадянські і політичні права, прийнятий Генеральною Асамблеєю ООН 16 грудня 1966 р. на основі Загальної декларації прав людини від 10 грудня 1948 р., Декларацію про захист усіх осіб від катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання, прийняту Генеральною Асамблеєю ООН 9 грудня 1975 р., Конвенцію проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання, прийняту Генеральною Асамблеєю ООН 10 грудня 1984 р., Мінімальні стандартні правила поводження з в'язнями, прийняті Конгресом ООН із попередження злочинності і поводження з правопорушниками 30 серпня 1955 р. і схвалені резолюцією Економічної і Соціальної поради 18 травня 1957 р., Кодекс поведінки посадових осіб з підтримання правопорядку, прийнятий Генеральною Асамблеєю ООН 17 грудня 1979 р., Декларацію основних принципів правосуддя для жертв злочину та зловживання владою, прийняту Генеральною Асамблеєю ООН 29 листопада 1985 р., Мінімальні стандартні правила ООН, що стосуються відправлення правосуддя щодо неповнолітніх («Пекінські правила»), затверджені Генеральною Асамблеєю ООН 29 листопада 1985 р. тощо.

Зокрема, у ст. 3 Загальної декларації прав людини (Декларація) від 10 грудня 1948 р. закріплене право кожної людини на життя, свободу і особисту недоторканість. Згідно зі

ст. 9 Декларації, ніхто не може бути підданий арешту, затриманню або вигнанню, а у ст. 12 Декларації закріплено норму, що ніхто не може піддаватися втручанню в його особисте і сімейне життя, посягати на недоторканість його житла, таємницю його кореспонденції або на його честь і репутацію. Кожна людина має право на захист закону від такого втручання або таких посягань [2].

Проголошені в Декларації права особи на невтручання в особисте і сімейне життя не лише визначені також в Європейській конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (Конвенція) від 4 листопада 1950 р. та Міжнародному пакті про громадянські і політичні права (Пакт) від 16 грудня 1966 р., а й розкривають їх зміст більш детально та передбачають можливі обмеження й гарантії цих прав у контексті боротьби із злочинністю загалом і здійснення кримінального провадження зокрема. Для прикладу, згідно з ч. 2 ст. 8 Конвенції, не допускається втручання державних органів у здійснення права людини на повагу до її особистого і сімейного життя, недоторканості її житла і таємниці кореспонденції, за винятком випадків, коли це передбачено законом і необхідно в демократичному суспільстві на користь державної безпеки, громадського порядку і запобігання злочинам, із метою запобігання безладам або злочинам, охорони здоров'я або захисту моральності або захисту прав і свобод інших осіб. Натомість у ч. 2 ст. 19 Пакту зазначено, що кожна людина має право на свободу шукати, отримувати і поширювати всякого роду інформацію усно, письмово або за допомогою друку. Водночас, за ч. 3 ст. 19 Пакту, це право може бути пов'язане зі встановленими законом обмеженнями, необхідними для поваги прав і репутації інших осіб.

Як видно, право особи на невтручання в її особисте і сімейне життя визначене у міжнародно-правових документах поряд із такими правами, як право на недоторканість її житла, на таємницю кореспонденції, на недоторканість її честі та репутації (ст. 12 Декларації, ст. 17 Пакту, ст. 8 Конвенції).

Таким чином, права особи, що охоплені правом на особисте і сімейне життя, отримали своє належне закріплення і досить детально регламентовані у зазначених та інших нормах міжнародно-правових документів, що є складовою частиною правової системи України.

До системи законодавчого унормування правовідносин у сфері приватного життя особи належить низка положень Конституції України, що дають змогу виокремити деякі нормативні складові частини щодо змісту зазначеної засади кримінального провадження. Ці складові елементи утворюють такі положення:

- таємниця листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції;
- ознайомлення в органах державної влади, місцевого самоврядування, установах і організаціях із відомостями про себе, які не є державною або іншою захищеною законом таємницею;
- спростування у судовому порядку недостовірної інформації про себе і членів своєї сім'ї;
- вимагання вилучення будь-якої недостовірної інформації;
- відшкодування матеріальної та моральної шкоди, завданої збиранням, зберіганням та поширенням недостовірної інформації про себе та членів своєї сім'ї (ст. ст. 31-32 Конституції України) [3].

Системний аналіз положень ч. ч. 1, 2 ст. 24, ч. 1 ст. 32 Конституції України, як зазначено в рішенні Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Жашківської районної ради Черкаської області щодо офіційного тлумачення положень ч. ч. 1, 2 ст. 32, ч.ч. 2, 3 ст. 34 Конституції України, дає підстави вважати, що реалізація права на невтручання в особисте і сімейне життя гарантована кожній особі незалежно від політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками [4]. Перелічені конституційні права є нормами прямої дії, що стосуються переважно інформаційного аспекту права на недоторканість приватного життя, але, незважаючи на це, потребують подальшої деталізації у галузевому законодавстві України.

Зокрема, такі заходи процесуального примусу, як затримання і арешт, зазіхають на недоторканість приватного життя не безпосередньо, а внаслідок того, що факт їх застосування, стаючи надбанням гласності, позначається на честі й доброму імені людини. Тому законодавчі гарантії свободи й особистої недоторканості особи у кримінальному провадженні одночасно варто розглядати і як гарантії права особи на захист її честі та гідності.

Засада невтручання в особисте і сімейне життя означає надану людині і гарантовану державою можливість контролювати інформацію про себе, перешкоджати розголошуванню відомостей особистого, інтимного характеру. Реалізація цього права забезпечує громадянину можливість перебувати поза службою, роботою, суспільним оточенням у стані незалежності від держави і суспільства, а також надає йому юридичні гарантії невтручання в реалізацію цього права, виражається в свободі

спілкування між людьми в неформальній обстановці, в сфері сімейного життя, родинних і дружніх зв'язків, інтимних та інших особистих стосунків, симпатій і антипатій. Образ думок, політичний і соціальний світогляд, захоплення і творчість також належать до проявів особистого і сімейного життя.

Предметом особистої і сімейної таємниці є біографічні відомості, дані про стан здоров'я, філософські, релігійні, політичні погляди і переконання, майнове положення, професійні заняття, стосунки в сім'ї тощо. До особистих таємниць належать також таємниця спілкування і творчості, таємниця інтимних взаємин, щоденників, особистих паперів. У кожному конкретному випадку особа сама визначає межі такої таємниці.

Відомості про вчинені особою правопорушення або інша інформація, що має значення для вирішення питання про кримінальну відповідальність, не підлягають охороні як особиста або сімейна таємниця. Проте ні особа, яка володіє таємницею, ні її близькі родичі не можуть бути примушені до її розкриття, а необхідні для правосуддя відомості мають бути з'ясовані шляхом використання наявних процесуальних можливостей. Причини, що примушують людину тримати в таємниці певні відомості індивідуального буття, кореняться в соціально-психологічній сфері. Перш за все, це небажання поширення певної інформації, адже людина прагне зберегти від сторонніх осіб деякі сторони свого життя. У свідомості людей ще існують етичні постулати щодо приховування певних сторін свого індивідуального буття, що мають і прагматичну сторону: їх розголошення може завдати реальної шкоди людині, поставити під сумнів її репутацію.

Особисте і сімейне життя можна визначити як фізичну і духовну сферу, яка контрольована самим індивідом, тобто вільна від зовнішнього втручання. Законодавство не може врегулю-

увати цю сферу, воно покликане захищати особу від будь-якого незаконного втручання. Іншими словами, в поняття «особисте і сімейне життя» включають ту область життєдіяльності людини, яка стосується лише окремої особи та не підлягає контролю з боку суспільства і держави, якщо вона не має протиправного характеру чи їх потрібно використати з метою захисту публічних інтересів суспільства для виконання завдань кримінального провадження.

*Особисте життя*, як визначено в літературі, «це функціонування людини в особливій сфері сімейних, побутових, інтимних відносин, що не підлягають безпосередньому контролю з боку держави, громадських організацій, окремих осіб, це свобода особи, думок, листування, ведення щоденників і інших записів; воля контакту з іншими людьми, воля висловлень і вчинків за межами службових відносин; це стан обґрунтованої впевненості в тому, що таємниці особи не будуть виявлені і розголошені» [5, с. 36]. Особистим життям фізичної особи є її поведінка у сфері особистісних, сімейних, побутових, інтимних, товариських, професійних, ділових та інших стосунків поза межами суспільної діяльності, яка здійснюється, зокрема, під час виконання особою функцій держави або органів місцевого самоврядування.

Як об'єкт правової охорони, особисте життя містить у собі як реальні явища та відносини, так й інформацію про них. Саме через це завдання правової охорони особистого життя виглядатиме дещо специфічним, оскільки право, з одного боку, має забезпечити вираз свободи власного розсуду в індивідуальній життєдіяльності, яка виключає будь-яке неправомірне втручання в особисте життя, а з іншого – забезпечити недопущення поширення будь-якої інформації про

особисте життя людини та збереження таємниці її приватного існування. Тому правова охорона цих аспектів особистого життя зводиться до забезпечення свободи власне особистого життя (матеріальний аспект) та свободи на збереження таємниці про особисте життя (інформаційний аспект).

Матеріальний аспект особистого життя, на думку О. М. Готіна, включає в себе реальні особистісні, майнові, сімейні, побутові та інші відносини, що виникають у цій сфері буття людини. Однак ці відносини не завжди врегульовані нормами права, а їх охорона від втручання ззовні відбувається за допомогою моральних, звичаєвих, традиційних правил та норм поведінки у певний соціально-історичний період існування суспільства. Але публічні вияви особистого життя, що стосуються прав і свобод інших людей (звички, засоби відпочинку тощо), перебувають під правовим впливом, а їх охорона, залежно від соціального рівня розвиненості суспільства, може звужуватися або розширюватися.

Інформаційний аспект особистого життя, продовжує цей автор, передбачає неприпустимість розголошення, без згоди самої людини, відомостей про її приватне життя та особу. Саме цей аспект є найбільш врегульованим правом і охороняється за допомогою юридичних засобів і, перш за все, завдяки конституційним гарантіям. Ці гарантії містять два взаємозумовлені юридичні категорії – «таємниця» і «невтручання», які є сутністю інституту гарантій цього права і за якими держава не має втручатися у приватне життя людини, вивідувати її особисті таємниці та контролювати її поведінку поза службовим часом, крім випадків, передбачених Конституцією України. Якщо розглянути матеріальний та інформаційний аспекти особистого життя як сукупність зазначених двох категорій, то матеріальний аспект будуть становити особисті таємниці, які нікому не можуть



бути довірені, а інформаційний – професійні таємниці, які довірені представникам деяких професій для захисту прав і законних інтересів особи і в основі яких також перебувають особисті таємниці, захищені від розголошення правовими заборонами, що адресовані тим, кому ці таємниці, за необхідності, довірені [6, с. 44].

В аспекті розглянутих проблем цікавим є визначення співвідношення понять «особисте життя» та «приватне життя», які в рішеннях Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ) фактично ототожнені. Водночас ЄСПЛ дотепер не дав його чіткого визначення.

Зокрема, як зазначає Довідас Віткаускас, у справах «Ментес та інші проти Туреччини» (16) і «Кіпр проти Туреччини» (17) цей Суд вирішив, що навмисне знищення спецслужбами житла і майна заявників торкається всієї сфери прав особистості, які захищаються ст. 8 Конвенції: сімейне життя, приватне життя і житло. Суд ухвалив, що немає потреби в їх розподілі. Вислання осіб, які тривалий час проживали у країні, Суд також визначив як втручання у приватне життя за ст. 8 (18).

Якщо вивчати судові прецеденти, можна побачити, що концепція «приватного життя» належить сфері безпосередньої особистої автономії. Сюди належать аспекти фізичної і моральної недоторканності (19). Концепція виходить за вузькі межі гарантій життя, вільного від небажаної публічності. Вона забезпечує поле, в межах якого кожен може вільно займатися розвитком своєї особистості. Сюди входить право на самоідентифікацію, а також право / змога розвивати взаємостосунки з іншими особами, у тому числі емоційні і сексуальні.

Зважаючи на цю концепцію, зазначений автор продовжує, що Суд ухвалив, що право на повагу до приватного життя включає фізичну і психологічну недоторканність людини. Гарантії ст. 8 Конвенції, у першу чергу, покликані забезпечити розвиток особистості без втручання ззовні (20). Сексуальне життя будь-якої людини, без сумнівів, можна віднести до приватного життя (21). Під дію ст. 8 потрапляють також право на прізвище (22) і на ім'я (23), тому що прізвище та ім'я є засобом ідентифікації особи всередині родини і співтовариства.

Збереження персональних даних, що мають відношення до приватного життя, потрапляє під дію ст. 8 (24). Сюди ж належить захист медичних даних (25).

Такий підхід Суду, на переконання Довідаса Віткаускаса, наштовхує читача на думку, що «приватне життя» – не суворо окреслене захищене коло, а велика зона з доволі розмитими кордонами. Вони стають дедалі більш туманними через те, як приватне життя зближується з громадською діяльністю. Страсбурзькі інститути, починаючи з рішень за найпершими справами, підкреслювали, що існують обмеження щодо приватного життя. Багато дій держави прямо чи побічно торкаються можливості людини у самореалізації, але не всі вони можуть вважатися втручанням у приватне життя за змістом ст. 8. Зокрема, у рішенні від 1972 р. знайшла відображення точка зору, що вимагає поваги до приватного життя автоматично знижується через те, як людина дедалі більше займається суспільною діяльністю чи торкається інтересів третіх осіб. Серед розглянутих випадків було рішення про відсутність втручання в приватне життя у разі фотографування людей, що брали участь у публічному заході (26), і щодо заяв, зроблених у процесі

публічних слухань (27). Можна стверджувати, що «приватне життя» закінчується там, де починається суспільна діяльність [7].

Заслуговує на увагу та обставина, що у ч. 1 ст. 32 Конституції України використане поняття особистого життя людини, а у міжнародно-правових актах проголошене право на недоторканість приватного життя, що зумовлює потребу дослідження проблеми співвідношення понять «особисте життя» і «приватне життя».

Досліджуючи це питання, О. В. Стогова наводить позицію В. О. Серьогіна про необхідність використання у нормативних документах терміна «приватне життя» та пропозицію Ю. Кириченка щодо внесення змін до ст. 32 Конституції України, замінивши термін «особисте» на «приватне» [8, с. 7]. Погоджуючись із висловленою позицією, вважаємо, що принципової відмінності між приватним і особистим немає, обидва поняття трактуються як належність особі. Таким чином, у подальшому будемо вживати термін «особисте життя», використаний нині у ст. 32 Конституції України.

До особистого життя людини належать: можливість усамітнюватися, розмірковувати, спілкуватися з іншими людьми, вести листування, недоторканість житла, таємність листування і переговорів. Спосіб мислення, світогляд, творчість також належать до сфери особистого. Таким чином, невтручання в особисте життя можна визначити як стан упевненості, що обставини життя не будуть розголошені. Англійському слову «privacy» відповідає українське «приватне». Термін «privacy» вживається у значенні права людини на автономію і волю у приватному житті, права на захист від втручання інших фізичних осіб, органів влади, громадських організацій, державних інститутів. Це поняття ще тлумачиться як: принцип, що полягає у доступності лише власнику; який належить окремій особі,

недержавний, несупільний; який стосується окремої особи; який обслуговує окрему особу [9, с. 1110].

Поняття «особисте життя» та «приватне життя», на наш погляд, є рівнозначними, і ця обставина має бути відображена у ст. 15 КПК України. Натомість «сімейне життя» варто розглядати як різновид приватного (особистого) життя.

Право на особисте життя більше за все піддано випробуванням у сфері кримінального провадження, коли з метою розслідування кримінальних правопорушень можуть бути застосовані різноманітні, передбачені КПК України, заходи процесуального примусу. Але ці заходи не мають абсолютного характеру. Наприклад, потерпілий, підозрюваний мають право відмовитися від дачі показань. Свідок, за ч. 1 ст. 63 Конституції України, не несе відповідальності за відмову давати показання або пояснення щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів, коло яких визначається законом.

Отже, таємне в розумінні приватного має залишатися невідомим для органів держави, а збереження цього таємного забезпечується через невтручання у нього і його непорушення, крім випадків, чітко визначених у законі.

Натомість *сімейне життя* – це особисті майнові та немайнові відносини між подружжям, іншими членами сім'ї, які здійснюються на засадах, визначених у Сімейному кодексі України: кожна особа має право на повагу до свого сімейного життя (ч. 4 статті 4 цього Кодексу); ніхто не може зазнавати втручання в його сімейне життя, крім випадків, встановлених Конституцією України (ч. 5 ст. 5); регулювання сімейних відносин здійснюється з урахуванням права на таємницю особистого життя їх учасників, їхнього права на особисту свободу та недопустимості свавільного втручання у сімейне життя (ч. 4 ст. 7)

тощо. Сімейне життя є частиною особистого життя кожної людини, отже, охорона особистого життя припускає й охорону сімейних відносин. Щодо поширення інформації про сімейне життя особи, вона зазвичай стосується не лише однієї особи, а й інших осіб, зокрема членів її сім'ї, яким Конституція України теж гарантує право на невтручання в їх особисте і сімейне життя, крім випадків, визначених законом.

Визначаючи поняття «сімейне життя», ЄСПЛ зважає на те, що його зміст є здебільшого питанням факту, що залежить від реальності існування на практиці близьких особистих зв'язків. До сфери сімейного життя ЄСПЛ відносить: природний зв'язок між матір'ю та дитиною, дитиною та близькими родичами, питання опіки, усиновлення, імміграції дитини, спільного проживання без оформлення шлюбу, відносини у шлюбі, що укладений не відповідно до національного законодавства тощо.

Отже, поняття «особисте життя» і «сімейне життя» є близькими за значенням. Зокрема, поняття «особиста таємниця» та «сімейна таємниця» у науці використовують як сполучний термін і включають сукупність інформації про: освіту, сімейний стан, релігійність, стан здоров'я, дату і місце народження, майновий стан та інші персональні дані про особу [10; 11].

Водночас, на наше переконання, особиста і сімейна таємниця – поняття не тотожні, хоча вони і тісно пов'язані між собою. Відмінним, категоріальним означенням виступають тут поняття «особа» та «сім'я». Різниця між ними полягає, насамперед, у тому, що особисте життя безпосередньо стосується інтересів окремого індивіда, а сімейне життя – інтересів кількох осіб, які створили сім'ю і перебувають у відносинах, врегульованих Сімейним кодексом України. У зв'язку з викладеним, змістом особистої таємниці є відомості про

приватне життя конкретної особи, які вона не бажає поширювати серед інших осіб. Ними можуть бути відомості про її здоров'я, інтимне життя (зокрема, наявність позашлюбних інтимних стосунків), хобі, особливості сімейних стосунків (народження дитини поза шлюбом тощо). Натомість сімейна таємниця – це відомості про приватне життя члена (членів) окремої сім'ї чи кількох сімей, які він (вони) бажають зберегти у таємниці від сторонніх осіб.

До елементів права на особисту та сімейну таємницю належать такі: право на таємницю кореспонденції, право на таємницю усиновлення (удочеріння), право на таємницю голосування, а також група «професійних» таємниць – право на медичну таємницю, право на адвокатську таємницю, право на нотаріальну таємницю, право на банківську таємницю та право на таємницю сповіді [12, с. 103], з чим ми повною мірою погоджуємося. Це таємниці, довірені представникам певних професій із метою здійснення (захисту) своїх прав та законних інтересів. Їх зміст становить особиста таємниця, що довірена їхніми носіями особам певної професії: лікареві, священикові тощо. Тому відмінною ознакою професійної таємниці від особистої є наявність суб'єкта, який через виконання своїх посадових обов'язків має доступ до відповідних відомостей. Зауважимо, що кримінальний процесуальний закон не передбачає ані підстав одержання певними учасниками кримінального провадження відомостей, що становлять професійну таємницю, ані підстав одержання даних про особисте життя від громадянина – власника цієї інформації.

До загальних підстав отримання відомостей, що становлять особисту, сімейну й професійну таємницю, на наш погляд, належить група формальних підстав, серед яких: а) наявність

матеріалів кримінального провадження; б) обґрунтована вимога уповноваженої особи з посиланнями на норми законодавства України, що мають бути унормовані в КПК України. Вважаємо за доцільне запропонувати їх унормувати у чинному КПК України.

Право на приватне життя як юридична категорія, про яку зазначено, зокрема, у ч. 1 ст. 15 КПК України, складається із низки прав. Передусім, йдеться про надання громадянину права перебувати поза службою у стані деякої відособленості від держави, суспільства, колективу. З огляду на те, що кримінальне процесуальне законодавство України застосовують з урахуванням практики ЄСПЛ (ч. 5 ст. 9 КПК України), буде корисним ознайомитися з практикою цього Суду з окресленого питання.

ЄСПЛ у своїх рішеннях зазначає, що не існує вичерпного визначення «приватне життя», це дуже широкий термін, який охоплює такі сфери:

а) фізична та психологічна цілісність особи, зокрема, медичне обслуговування, психіатричні огляди, психічне здоров'я;

б) аспекти фізичної (функціональні властивості організму – вік, стан здоров'я, швидкість реакції, зріст, сила та ін.) та соціальної особистості людини (як члена суспільства, який перебуває у сфері впливу різних відносин, що складаються під час виробництва та споживання матеріальних благ, – національність, сімейний стан, професія тощо), включаючи конфіскацію документів, необхідних для ідентифікації людини;

в) прізвище особи, її репутація;

г) фотографія;

г) гендерна ідентифікація (усвідомлення індивідом своєї статевої належності та готовність виконувати визначену статеву роль), транссексуальність, сексуальна орієнтація, сексуальне життя;

д) право на особистий розвиток (процес формування особистості у напрямках адаптації, індивідуалізації та інтеграції в суспільстві) та створення і розвиток відносин з іншими людьми та зовнішнім світом;

е) право на самовизначення (гарантована можливість саморозвитку та самореалізації людини) та особиста автономія;

є) діяльність професійного та ділового характеру, а також обмеження на зайняття професійною діяльністю;

ж) досьє чи дані, що складаються службами безпеки чи іншими державними органами;

з) інформація про ризики для здоров'я людини;

и) обшуки та конфіскації;

і) стеження за комунікаціями та телефонними розмовами тощо [13].

Приватне життя може включати не лише засоби його охорони у житлі чи інших приватних приміщеннях, а й стосуватися середовища взаємодії людини з іншими особами, навіть у публічному контексті

Варто також мати на увазі, що право на приватність ЄСПЛ тлумачить розширено, а можливості для його обмеження – навпаки, звужено.

Наприклад, ЄСПЛ було наголошено, що зберігання даних, які стосуються приватного життя особи, належить до сфери застосування п. 1 ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (Рішення у справі *Leander v. Sweden* від 26 березня 1987 р.). З цього приводу Суд зазначає, що поняття «приватне життя» не може тлумачитися в обмежувальному значенні.

Зокрема, повага до приватного життя передбачає право на встановлення і розвиток стосунків з іншими людьми. Крім цього,



немає принципових підстав вважати, що поняття «приватне життя» не може охоплювати діяльність професійного чи ділового характеру (Рішення у справі Niemietz v. Germany від 16 грудня 1992 р.) [14].

Водночас ч. 2 ст. 32 Конституції України передбачена можливість обмеження прав і свобод людини і громадянина з метою захисту прав та законних інтересів інших осіб лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини. Заради досягнення вказаних цілей здійснюють досудове розслідування кримінальних правопорушень і судовий розгляд кримінальних справ, під час яких компетентні органи змушені втручатися у сферу прав і свобод осіб, яких залучають до кримінального провадження. Таким обмеженням піддане й право особи на таємницю її особистого і сімейного життя.

### **Процесуальні гарантії дотримання засади невтручання у приватне життя під час кримінального провадження**

Завданням слідчого, прокурора є організація розслідування кримінального правопорушення щодо встановлення його важливих обставин таким чином, щоб при цьому не страждали права, свободи і законні інтереси громадян – учасників кримінального провадження. Тому актуальними для науки питаннями є:

– по-перше, встановлення в КПК України оптимальних меж втручання державних та інших органів і посадових осіб у приватне життя громадян;

– по-друге, розробка процедури застосування заходів забезпечення кримінального провадження та оптимального порядку проведення слідчих (розшукових), негласних слідчих

(розшукових) та інших процесуальних дій, що обмежують права підозрюваного, обвинуваченого та інших осіб;

– по-третє, розробка рекомендацій щодо процесуальних та етичних засад проведення зазначених дій із метою найбільш ефективного забезпечення прав людини у кримінальному провадженні.

Таким чином, поняття приватного життя стає не лише важливою соціологічною категорією, пов'язаною з проблематикою автономної життєдіяльності людини, де рушійною силою виступають її приватні інтереси, але й набуває чіткого правового й, перш за все, конституційного значення. Адже людина може сама вирішувати, чи передавати посадовій особі інформацію, особливо у разі її належності до конфіденційної. Саме таким видом є інформація з обмеженим доступом, якою володіли одні учасники процесу (свідок, потерпілий), а під час розслідування кримінального правопорушення вона стала відома іншим учасникам (слідчий, прокурор, суддя) і яку вони використовують під час проведення процесуальних дій. Що стосується режиму використання конфіденційної інформації у кримінальній процесуальній діяльності, то у разі її одержання під час проведення невідкладних слідчих (розшукових) дій (наприклад, огляду місця події, обшуку, допиту), вона захищена таємницею досудового розслідування, обмеженням гласності в суді та чіткою регламентацією обов'язків учасників кримінального провадження. Якщо конфіденційна інформація була отримана слідчим під час проведення слідчих (розшукових) дій, зокрема невідкладних, то посадові особи в цих випадках мають використовувати цю інформацію так, щоб не порушувати основоположні права і засади, закріплені в Конституції України.

Конституційний Суд України у своєму рішенні від 30 жовтня 1997 р. № 5-зп у справі щодо офіційного тлумачення ст. ст. 3, 23, 31, 47, 48 Закону України «Про інформацію» та ст. 12 Закону України «Про прокуратуру» відніс до конфіденційної інформації про особу відомості про її освіту, сімейний стан, релігійність, стан здоров'я, дату і місце народження, майновий стан та інші персональні дані. Надаючи неповний перелік відомостей, віднесених до конфіденційних, Конституційний Суд України зважає на те, що «неможливо визначити абсолютно всі види поведінки фізичної особи у сферах особистого та сімейного життя, оскільки особисті та сімейні права є частиною природних прав людини, які не є вичерпними, і реалізуються в різноманітних і динамічних відносинах майнового та немайнового характеру, стосунках, явищах, подіях тощо. Право на приватне та сімейне життя є цінністю, необхідною для повного розквіту людини в демократичному суспільстві, та розглядається як право фізичної особи на автономне буття незалежно від держави, органів місцевого самоврядування, юридичних і фізичних осіб» [4]. Ця теза доводить важливість права на приватність для кожної особи та акцентує на небезпеках, які можуть бути викликані його порушенням.

У ч. 4 ст. 15 КПК України наразі визначено, що кожен, кому наданий доступ до інформації про приватне життя особи в рамках кримінального провадження, зобов'язаний запобігати розголошенню такої інформації. Зазначене положення конкретизоване у ст. 222 цього Кодексу, де йдеться про можливість розголошення відомостей досудового розслідування лише з письмового дозволу слідчого або прокурора і в тому обсязі, в якому вони визнають можливим, зокрема й тих, в яких є дані про приватне життя особи. Крім цього, у ст. 254 КПК України

визначені заходи щодо захисту інформації, отриманої під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій. Установлене правило забезпечене певними санкціями, зокрема, кримінально-правовими (ст. 182 КК України «Порушення недоторканності приватного життя»), цивільно-правовими (можливість подання позову про відшкодування шкоди внаслідок незаконних дій органів досудового розслідування або позову про відшкодування моральної шкоди за поширення недостовірної інформації чи інформації, що порочить честь, гідність, ділову репутацію) тощо.

Загальне визнання і законодавче закріплення прав людини і громадянина є важливим фактором, але важливішим є ефективний механізм їх охорони. Проте про реальність охорони прав людини можна говорити лише тоді, коли вони будуть реалізовані за допомогою спеціального механізму їх забезпечення. Цей механізм являє собою комплексну взаємодію систему нормативно-правових підстав, юридичних засобів, загальних соціальних умов, а також діяльність уповноважених на те органів і посадових осіб, що у сукупності забезпечують правомірну реалізацію прав учасників кримінального провадження, а в необхідних випадках – їх охорону, захист або відновлення.

Забезпечення прав і законних інтересів людини в кримінальному провадженні відбувається крізь призму системи кримінальних процесуальних гарантій – передбачених процесуальним законом умов, засобів і способів щодо забезпечення прав суб'єктів кримінального процесу, захисту їх законних інтересів, забезпечення реалізації їх прав, а також здійснення правосуддя та виконання завдань кримінального провадження. Отже, предметом кримінальних процесуальних

гарантій є законні інтереси особи, яка є учасником кримінального провадження.

Законодавча регламентація правового статусу учасників кримінального провадження сама по собі не вирішує питань забезпечення права на невтручання в їх особисте і сімейне життя. Записане на папері, але не забезпечене системою гарантій, це право є лише декларацією. Як наслідок, однією з причин прийняття незаконних та необґрунтованих процесуальних рішень, що порушують права особи і завдають шкоду її охоронюваним законом інтересам, є недостатність процесуальних гарантій, відсутність відпрацьованого механізму їх реалізації.

Потреба у приватному житті зумовлена самою сутністю людського існування, оскільки жити в суспільстві і бути вільним від суспільства неможливо. Прагненню людини до приватності протистоїть соціальний контроль – невід’ємний елемент соціального життя. Його потреба є очевидною, без такого нагляду суспільство не могло б забезпечити виконання санкціонованих норм поведінки або захист своїх громадян. Чим більше ускладнюється соціальне життя, тим пильнішим і витонченішими стає контроль за нею, беручи на озброєння величезний арсенал науково-технічних досягнень [12]. Телефонне та електронне прослуховування, візуальне спостереження, збирання, накопичення і зіставлення з допомогою комп’ютерних інформаційних систем величезної кількості персональних даних – всі ці сучасні засоби процесуального контролю, образно кажучи, створюють величезну «замкову щілину», через яку за людиною спостерігають.

Для прикладу, в січні 2017 р. під час розслідування кримінального правопорушення щодо подій в Україні у січні-березні 2014 р. Печерський районний суд м. Києва зобов'язав оператора «Київстар» відкрити доступ для Генеральної прокуратури України до дзвінків своїх клієнтів із метою отримання будь-якої інформації про телефонні розмови й листування та арешт обладнання.

У лютому 2017 р. оператор «Київстар» звернувся до Печерського районного суду м. Києва із проханням роз'яснити цю ухвалу, оскільки в ній чітко не визначено перелік об'єктів, на які було накладено арешт, та містилася вимога щодо арешту інформації, що не передбачено чинним законодавством України. На це рішення була подана апеляційна скарга, яку 19 липня 2017 р. задовольнив Апеляційний суд м. Києва [15].

Водночас доступ слідчим до всього обладнання «Київстар» із метою отримання будь-якої інформації про телефонні розмови й листування всіх його абонентів залишився. Таке обмеження права на приватність у частині телефонних розмов, поза сумнівом, є протиправним.

Питання про встановлення меж контролю за окремими особами і групами осіб із боку державних, релігійних або економічних інститутів завжди було одним із центральних в історії боротьби про невторчання в особисте і сімейне життя. По суті, традиційні права, закріплені в конституціях демократичних держав, – свобода совісті, недоторканність житла, гарантії від несанкціонованого обшуку і від самовикриття – покликані захистити прагнення влади до занадто пильного соціального контролю над особою.

Відомості про особисте життя, що не є таємницею, кримінальний процесуальний закон не визнає об'єктом охорони.

Натомість для інформації з обмеженим доступом, що становить зміст лікарської таємниці, таємниці усиновлення, нотаріальної, банківської таємниць, таємниці листування, поштових й інших повідомлень, телефонних розмов та для інформації, закритої у вільному доступі, законодавство України визначає межі їх охорони, встановлюючи специфічний правовий режим доступу.

Зокрема, законним прослуховування особи буде лише під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій. Проте вони мають проводитися виключно згідно з чинним КПК України у разі, якщо відомості про злочин та особу, яка його вчинила, неможливо отримати в інший спосіб.

У Цивільному кодексі України особисті немайнові права тісно пов'язані з фізичною особою; вона не може відмовитися від особистих немайнових прав, а також не може бути позбавлена цих прав. Право ж на приватність віднесено цим Кодексом до особистих немайнових прав, які забезпечують соціальне буття фізичної особи. Зокрема, за ст. 301 цього Кодексу, фізична особа має право на особисте життя та сама визначає своє особисте життя і можливість ознайомлення з ним інших осіб. Фізична особа також має право на збереження у таємниці обставин свого особистого життя. Такі обставини можуть бути розголошені іншими особами лише за умови, що вони містять ознаки правопорушення, що підтверджено рішенням суду, а також за її згодою [16]. Фізична особа також має право на таємницю листування, телеграм, телефонних розмов, телеграфних повідомлень та інших видів кореспонденції.

Лише інформація, отримана з дотриманням зазначених положень, може бути використана як доказ. Будь-які інші дії щодо прослуховування особи самі по собі можуть утворювати склад окремого кримінального правопорушення.

Іншим важливим питанням є зберігання та використання інформації, отриманої під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій, зокрема прослуховування. Це питання врегульоване, передусім, ст. ст. 254, 255 та 257 КПК України.

До важливих положень належать такі:

– відомості про факт та методи проведення негласних слідчих (розшукових) дій, осіб, які їх проводять, а також інформація, отримана в результаті їх проведення, не підлягають розголошенню. Якщо протоколи про проведення негласних слідчих (розшукових) дій містять інформацію щодо приватного (особистого чи сімейного) життя інших осіб, захисник, а також інші особи, які мають право на ознайомлення з протоколами, попереджаються про кримінальну відповідальність за розголошення отриманої інформації щодо інших осіб;

– відомості, речі та документи, отримані в результаті проведення негласних слідчих (розшукових) дій, які прокурор не визнає необхідними для подальшого проведення досудового розслідування, мають бути невідкладно знищені на підставі його рішення.

Якщо в результаті проведення негласної слідчої (розшукової) дії, як зазначено у ч. 1 ст. 257 КПК України, виявлено ознаки кримінального правопорушення, яке не розслідується у цьому кримінальному провадженні, то отримана інформація може бути використана в іншому кримінальному провадженні тільки на підставі ухвали слідчого судді, яка постановляється за клопотанням прокурора. Передання інформації, одержаної внаслідок проведення негласних слідчих (розшукових) дій, здійснюється тільки через прокурора.

Крім цього, за ч. 1 ст. 259 КПК України, якщо прокурор має намір використати під час судового розгляду як доказ



інформацію, отриману внаслідок втручання у приватне спілкування, або певний її фрагмент, він зобов'язаний забезпечити збереження всієї інформації або доручити слідчому забезпечити збереження.

Таким чином, будь-який представник правоохоронних органів України, який використовує прослуховування в особистих цілях (зокрема, для стеження за третіми особами), має нести відповідальність згідно з чинним законодавством.

Для прикладу, прокуратурою м. Києва здійснювалося досудове розслідування за підозрою колишнього начальника 5-го відділу Управління оперативної служби ГУ МВС України в Київській області у вчиненні злочину, передбаченого ч. 3 ст. 368 КК України. Слідством встановлено, що підполковник міліції 18 липня 2015 р. запропонував своєму знайомому послуги з негласного збору й обробки інформації на окремих громадян за грошову винагороду.

У перелік послуг, які пропонувалися цією особою, входило:

- зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж протягом трьох місяців (інформація за з'єднаннями з номерами мобільних операторів), за розцінками – від 600 доларів за один номер;

- прослуховування особистого спілкування за вказаним номером мобільного оператора – від 2 800 доларів на добу;

- аудіо-, відео-контроль особи – від 50 доларів на годину [17].

Цей приклад наочно показує злочинність таких дій, за які настає кримінальна відповідальність. Проте такі випадки, швидше, є частиною системних проблем, не вирішених в Україні, особливо за умови їхнього використання владними структурами.

Крім цього, неправомірним є зберігання матеріалів, які були отримані під час проведення слідчих (розшукових) дій та містили

особисту та сімейну інформацію про особу (щодо її стилю життя, стосунків, особистих переконань), із метою подальшого їх оприлюднення чи тиску на відповідну особу, якщо ця інформація набуде публічного розголосу.

Великого значення для забезпечення охорони таємниці приватного життя набуває жорстке обмеження підстав і процедури проведення будь-яких процесуальних дій, ухвалення будь-яких процесуальних рішень, які можуть спричинити порушення цього особистого немайнового права, що охороняється Конституцією України.

Втручання у приватне життя громадян тією чи іншою мірою відбувається під час проведення більшості процесуальних дій: обшуку, огляду, слідчого експерименту, проведення експертизи, тимчасового доступу до речей і документів тощо. Зокрема, у КПК України конкретно зазначено, що проведення слідчого експерименту допускається за умови, якщо при цьому не створюється небезпека для життя і здоров'я осіб, які беруть у ньому участь, чи оточуючих, не принижуються їхні честь і гідність, не завдається шкода (ч.4 ст.240 КПК України). У ч.4 ст.241 КПК України вперше з часу процесуальної регламентації проведення освідування передбачено, що зображення, демонстрація яких може розглядатись як образлива для освідуваної особи, зберігаються в опечатаному вигляді і можуть надаватися лише суду під час судового розгляду. Тож законодавець приділяє увагу питанню забезпечення невтручання у приватне життя в основному під час проведення конкретних слідчих (розшукових) дій.

Водночас заходи, спрямовані на збереження в таємниці обставин приватного життя, обов'язково мають прийматися не лише під час провадження обшуку, слідчого експерименту,

освідування, а й під час допиту, огляду, пред'явлення для впізнання тощо. Будь-яка слідча (розшукова) дія має бути проведена так, щоб не піддавати небезпеці життя і здоров'я осіб, які беруть участь в її проведенні, та інших громадян. Вимога поважати честь і гідність, охороняти інші етичні інтереси особи пронизує всі без винятку стадії кримінального провадження, поширюється на всі процесуальні дії, стосується всіх осіб, що беруть у них участь.

Нерідкісними є порушення використання інформації, що міститься в медичних документах громадянина. Зокрема, відомості про наявність у громадянина психічного розладу, про факти звернення за психіатричною допомогою і про лікування в установі, що надає таку допомогу, а також інші відомості про стан психічного здоров'я становлять лікарську таємницю і можуть бути надані без згоди громадянина лише за запитом органів досудового розслідування, прокурора і суду у зв'язку з проведенням розслідування або судового розгляду.

Натомість позитивною новелою є акумуляція низки загальних правил щодо провадження слідчих (розшукових) дій в окремій ст. 223 КПК України, спеціально присвяченій загальним вимогам їх проведення. Саме у цій нормі, на наш погляд, доцільно передбачити правила поведінки, які мають бути дотримані під час проведення усіх без винятку слідчих (розшукових) дій незалежно від того, йдеться про допит, обшук чи освідування.

З огляду на зазначене, пропонуємо доповнити ст. 223 КПК України ч. 4 у такій редакції:

«Слідчий, прокурор вживає належних заходів щодо нерозголошення встановлених під час провадження слідчих (розшукових) дій обставин приватного життя осіб, які беруть у них участь, та інших осіб, права та законні інтереси яких можуть

бути порушені». При цьому ч.ч. 5, 6, 7 і 8 ст. ст. 223 КПК України вважатимуться, відповідно, ч. ч. 6, 7, 8 і 9.

Проведення експертизи, зокрема судово-медичної і судово-психіатричної, поміщення підозрюваного у медичну установу, отримання зразків для експертизи, на наш погляд, у багатьох випадках безпосередньо пов'язані з обґрунтованою необхідністю отримання відомостей про приватне життя людини (дефекти фізичного або психічного розвитку, виявлені під час проведення експертизи тощо).

За ч. 4 ст. 69 КПК України, експерт не має права за власною ініціативою збирати матеріали для проведення експертизи. Якщо було б інакше, під час збирання додаткових матеріалів існувала б реальна небезпека розголошення ним даних не лише досудового розслідування, а й відомостей про приватне життя учасників кримінального провадження та осіб, які до нього залучалися. У зв'язку з цим слідчому необхідно конкретно визначити, які матеріали кримінального провадження можуть бути надані експерту для ознайомлення і які дослідження на їх підставі можуть бути проведені. При цьому необхідно врахувати належність таких матеріалів до предмета експертизи і питань, винесених на розгляд експерта.

Із метою нерозголошення обставин особистого та сімейного життя людини під час проведення експертизи вважаємо за доцільне попереджати експерта про передбачену КК України відповідальність не лише за злісне ухилення від явки до органів досудового розслідування, прокурора і суду або за відмову без поважних причин від виконання покладених на нього обов'язків, а також за розголошення даних особистого характеру, які містяться у наданих йому матеріалах кримінального

провадження, самому висновку і його змісті, проведених з особою дій, за допомогою яких був отриманий цей висновок.

З огляду на зазначене пропонуємо ст.15 КПК України викласти у такій редакції:

«Ст. 15. Невтручання у *особисте і сімейне* життя.

1. Під час кримінального провадження кожному гарантується невторування в *особисте і сімейне* життя.

2. Ніхто не може збирати, зберігати, використовувати та поширювати інформацію про *особисте і сімейне* життя особи без її згоди, крім випадків, передбачених цим Кодексом.

*Отримання відомостей, що становлять особисту, сімейну та професійну таємницю від підприємств, установ, організацій незалежно від форми власності здійснюється у кримінальному провадженні на підставі обґрунтованої вимоги.*

*Вимога відповідного державного органу на отримання інформації, яка містить особисту, сімейну та професійну таємницю, має:*

1) бути викладена на офіційному бланку державного органу, що здійснює досудове розслідування;

2) бути надана за підписом службової особи, уповноваженої на витребування цієї інформації;

3) містити передбачені цим Кодексом підстави для отримання цієї інформації;

4) містити посилання на норми закону, відповідно до яких уповноважена службова особа має право на отримання такої інформації.

3. Інформація про *особисте і сімейне* життя особи, отримана в порядку, передбаченому цим Кодексом, не може бути використана інакше як для виконання завдань кримінального провадження.

4. Кожен, кому наданий доступ до інформації про *особисте і сімейне* життя, зобов'язаний запобігати розголошенню такої інформації».

### **Висновки**

Таким чином, порушення права на приватність стали системними проблемами для України. Тож врахування у КПК України висловлених нами пропозицій слугуватиме додатковою гарантією від порушення конституційних прав і свобод осіб у кримінальному провадженні, зокрема права на невторчання в їх особисте і сімейне життя під час досудового розслідування.

Загалом викладені обставини щодо засади невторчання в особисте і сімейне життя дають змогу зробити такі висновки:

– приватність є необхідною для розвитку кожної людської особистості та є необхідною для нормального життя кожної людини;

– право на приватність гарантується як українським законодавством, так і міжнародним правом;

– обмеження права на приватність можуть мати місце лише у виключних випадках, і відповідати трьом критеріям: законність, належна мета та необхідність у демократичній державі;

– обмеження права на приватність однієї особи не можуть негативно впливати на відповідне право членів її родини чи третіх осіб;

– поняття «приватне життя» іноді охоплює діяльність професійного чи ділового характеру;

– прослуховування має відбуватися за визначеною процедурою і з законною метою (не з особистою метою);

– матеріали прослуховування мають надійно зберігатися, не можуть передаватися третім особам;

– матеріали, які не стосуються справи, мають бути негайно знищені, якщо вони не стосуються іншого кримінального правопорушення.

Порушення таємниці приватного життя в кримінальному провадженні повинне мати вагомі підстави і чітко обкреслені межі, бути виправданим, мати спрямування на виконання завдань кримінального провадження, захист публічних інтересів суспільства та держави.

### **Список використаних джерел:**

1. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 р. Харків: Право, 2017. 392 с.
2. Загальна декларація прав людини від 10 грудня 1948 р. URL: [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995\\_015](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_015).
3. Конституція України від 28 червня 1996 р. URL: [zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр).
4. Рішення КСУ у справі за конституційним поданням Жашківської районної ради Черкаської області щодо офіційного тлумачення положень частин першої, другої статті 32, частин другої, третьої статті 34 Конституції України (справа № 1-9/2012 від 20 січня 2012 р. № 2-пп/2012). URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-12>.
5. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / За заг. ред. проф. В.Г. Гончаренка, В.Т. Нора, М.Є. Шумили. Київ: Юстініан, 2012. 1224 с.
6. Готін О.М. Злочини проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина: навч. посібник. 2-е вид. Луганськ: РВВ ЛДУВС, 2006. 192 с.
7. Віткаускас Довідас. Право на повагу до приватного життя відповідно до ст. 8 Європейської Конвенції захисту прав людини

та основних свобод. URL: <http://khp.org/index.php?id=1094815937>.

8. Стогова О.В. Особисте життя людини: проблема визначення поняття. Правовий вісник Української академії банківської справи. 2014. № 1 (10). С. 6-10.

9. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. Київ; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. 1728 с.

10. Петрухин И.Л. Личная жизнь: пределы вмешательства. М.: Юрид. лит., 1989. 192 с.

11. Маленина М.Н. Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление, защита. М.: МЗ-Пресс, 2000. 241 с.

12. Ємчук Л.В. Конституційно-правове регулювання особистого та сімейного життя людини і громадянина: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.02. Ужгород, 2015. 223 с.

13. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар: у 2 т. / [Бандурка О.М., Блажівський Є.М., Бурдоль Є.П. та ін.; за заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, А.В. Портнова. Харків: Право, 2012. Т. 1. URL: <https://zakon.osmark.com.ua/918-2/>.

14. Позиція Європейського Суду з прав людини щодо несанкціонованого прослуховування поліцією телефонів. URL: <http://police-access.info/2015/05/pozytsiya-evropejskoho-sudu-z-prav-lyudyny-schodo-nesanktsionovanoho-prosluhovuvannya-politsijeyu-telefoniv>.

15. Офіційне спростування неправдивої інформації щодо надання доступу Генпрокуратурі до усіх даних клієнтів. URL: <https://kyivstar.ua/uk/mm/news-and-promotions/oficiyne-sprostuvannya-neppravdyvoyi-informaciyi-shchodo-nadannya-dostupu>.



16. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. URL: zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15.

17. Київський полковник МВС заробляв на шпигунстві за людьми. URL: <https://www.pravda.com.ua/news/2015/12/8/7091804>.

**Наумова А.О.,**  
*кандидат юридичних наук,  
доцент кафедри кримінально-правових дисциплін  
Харківського національного університету внутрішніх справ*

## **ТЕОРЕТИЧНІ ОСНОВИ ІНСТИТУТУ РЕАБІЛІТАЦІЇ В КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ ПРАВІ**

### **Вступ**

Згідно з вимогами ст. 3 Конституції України, найвищою соціальною цінністю в державі є права людини, її життя, здоров'я, честі і гідності, недоторканості і безпеки. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави, вона відповідає перед людиною за свою діяльність. Ця конституційна норма пов'язує й обмежує дії держави, її органів та посадових осіб, зокрема у сфері кримінального судочинства.

Як свідчить правозастосовча практика і результати наших досліджень, держава сучасному етапі розвитку не забезпечує на належному рівні захист прав і свобод людини і громадянина у сфері кримінального процесу. Так, кожен третій засуджений не визнавав себе винуватим на досудовому слідстві та в суді, а тому, відбуваючи покарання, вважає себе незаконно засудженим. Кожен сьомий опитаний не скоював злочин, за який був засуджений, але визнав вину у зв'язку із застосуванням до нього під час слідства засобів психічного і фізичного впливу.

Офіційна статистика внаслідок її недосконалості не дає змоги достовірно визначити як кількість осіб, конституційні права і свободи яких були порушені або обмежені органами слідства, прокуратури, так і кількість реабілітованих осіб. На жаль, лише незначна кількість таких осіб (0,4%) зверталася до суду з приводу поновлення порушених прав і свобод, відшкодування шкоди, завданої незаконним і необґрунтованим кримінальним переслідуванням, незаконним засудженням. У зв'язку з цим розробка правових механізмів, теоретичних положень кримінально-процесуального інституту реабілітації є актуальною для науки і практики.

### **Поняття реабілітації в кримінальному процесі**

Правові та процесуальні аспекти поновлення прав особи, не винуватої у вчиненні злочину, розглядалися в роботах: С. І. Вікторського, П. І. Люблінського, І. Я. Фойницького, Б. Т. Безлепкіна, І. Л. Петрухіна, М. І. Пастухова, М. С. Строговича, Л. В. Бойцова, Р. В. Гаврилюка, А. М. Глибіної, О. О. Корнеєва, О. М. Матвєєва, О. О. Подопрігори, О. В. Капліної, М. Р. Мазур, В. Т. Нора, М. Є. Шумило. Вони внесли ряд пропозицій щодо поняття, підстав реабілітації, удосконалення правового механізму захисту прав реабілітованого.

Безумовно, правова реабілітація потребує комплексного наукового дослідження і законодавчого визначення. В юридичній літературі відсутній єдиний підхід до визначення поняття реабілітації: одні дослідники термін «реабілітація» тлумачать широко, інші її зводять тільки до винесення уповноваженим органом процесуального акта щодо виправдання особи або закриття справи за обставин відсутності події чи складу злочину.

Так, Т. Т. Таджиров вважає, що реабілітація включає тільки рішення уповноваженого правоохоронного органу відповідно до кримінального процесуального закону, в якому констатується

відсутність події чи складу злочину або недоведеність участі в скоєнні злочину, і не включає інших елементів реабілітації [1, с. 15]. Вважаємо, що з цим науковим підходом не можна погодитися, тому що вказані дослідники не визначають коло осіб, які мають право на реабілітацію та право на відшкодування шкоди, поновлення прав і свобод.

Б. Т. Безлепкін визначає реабілітацію як «виправдання судом підсудного або закриття кримінальної справи стосовно засудженого, обвинуваченого, а також підозрюваного, за відсутністю події або складу злочину, за недоведеністю участі обвинуваченого у вчиненні злочину, та з інших підстав [2, с. 145]. На наш погляд, суттєвим недоліком цього поняття є відсутність у визначенні права невинуватої особи на поновлення порушених прав та відшкодування шкоди.

Слушною є наукова позиція М. Є. Шумило, який вважає, що реабілітація у кримінальному процесі – це діяльність суду зі встановлення факту незаконності кримінально-процесуального провадження щодо конкретної особи та визначення розміру завданої їй майнової і моральної шкоди, а також її відшкодування за участю інших посадових осіб, організацій, підприємств і установ та поновлення в раніше обмежених правах у встановленому процесуальному порядку з метою повернення її до соціального і правового статусу, який вона мала до вчинення щодо неї незаконних дій чи рішень [3, с. 294-295].

Науковий аналіз юридичної літератури, результати дослідження свідчать про те, що в теорії кримінально-процесуального права недостатньо досліджені та обґрунтовані елементи реабілітації. Вважаємо, що дослідження основних елементів реабілітації дасть змогу розкрити її сутність, удосконалити понятійний апарат. Основними елементами реабілітації доцільно вважати:

1) факт незаконного і необґрунтованого здійснення кримінального переслідування, незаконного засудження, незаконного застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру. Це означає, що особа не вчиняла злочин або її винуватість не було доведено, або обвинувачення ґрунтувалося на доказах, одержаних незаконним шляхом, припущеннях і, незважаючи на це, слідчий, прокурор здійснювали кримінальне переслідування і суд постановив обвинувальний вирок;

2) визнання слідчим, прокурором факту незаконності і необґрунтованості кримінального переслідування особи, не винуватої у вчиненні злочину, шляхом прийняття акта реабілітації, тобто процесуального рішення про закриття кримінальної справи за реабілітуючими підставами;

3) визнання суддею (судом) факту незаконності і необґрунтованості кримінального переслідування особи, не винуватої у вчиненні злочину, шляхом прийняття акта реабілітації, тобто прийняття постанови (ухвали) про закриття провадження у справі за реабілітуючими підставами при попередньому судовому розгляді, по закінченню судового слідства, у зв'язку з відмовою прокурора підтримувати державне обвинувачення (потерпілий не вимагає продовження розгляду справи); постановлення виправдувального вироку; скасування апеляційною, касаційною інстанцією вироку, постанови (ухвали) суду та закриття кримінальної справи за реабілітуючими підставами;

4) визнання судом факту недоведеності вчинення суспільно-небезпечного діяння особою шляхом прийняття акту реабілітації, а саме: скасування незаконної і необґрунтованої постанови суду про застосування до особи примусових заходів медичного чи виховного характеру і закриття справи;

5) правопоновлювальні і компенсаційні наслідки прийняття акта реабілітації;

6) відповідальність держави за незаконність і необґрунтованість кримінального переслідування, незаконне засудження шляхом поновлення порушених прав і свобод і відшкодування коштом держави у повному обсязі майнової та моральної шкоди.

7) відповідальність держави за спричинену невинуватій особі фізичну шкоду та відшкодування її реабілітованому коштом держави у повному обсязі. Поняття фізичної шкоди у кримінально-процесуальному праві, її наслідки та порядок відшкодування реабілітованому не були предметом наукових досліджень. Право на здоров'я не залежить від наявності певного статусу особи в державі. Здоров'я людини – особисте нематеріальне благо і найвища соціальна цінність у державі. Аналіз медичної та юридичної літератури дав змогу дійти висновку, що шкода здоров'ю – це порушення анатомічної цілісності, фізіологічної функції органів або тканин людини, що виявляється у тілесних ушкодженнях, захворюваннях чи патологічному стані. Пропонуємо визначити поняття *фізичної шкоди у кримінально-процесуальному праві як шкоду, завдану здоров'ю внаслідок незаконного і необґрунтованого кримінального переслідування, незаконного застосування запобіжного заходу, незаконного затримання, незаконного засудження, яка визначається як порушення анатомічної цілісності або фізіологічної функції органів або тканин і виявляється в тілесному ушкодженні, захворюванні, патологічному стані, інвалідності.*

Зазначені елементи реабілітації розкривають її сутність і дають змогу визначити її поняття. У зв'язку з цим вважаємо, що *реабілітація – це встановлений законом порядок визнання невинуватості особи у вчиненні злочину, поновлення її порушених прав і свобод, відшкодування коштом держави у повному обсязі фізичної, майнової, моральної шкоди, завданої особі незаконним і необґрунтованим кримінальним переслідуванням, незаконним*

*засудженням, неправосудним судовим рішенням про застосування примусового заходу медичного чи виховного характеру.*

Від правильного розуміння сутності реабілітації, визначення поняття реабілітації значною мірою залежить розроблення теоретичних положень інституту реабілітації та удосконалення норм КПК України.

### **Теоретичні засади інституту реабілітації в кримінально-процесуальному праві**

Інститут реабілітації як складова частина кримінально-процесуальної діяльності був предметом наукового дослідження Т. А. Алмазової, Д. Н. Бахраха, М. В. Бойцової, Т. М. Добровольської, Н. В. Ільютченко, І. С. Касумова, О. Н. Маріна, М. І. Пастухова, І. Л. Петрухіна, М. С. Строговича, Н. Я. Шило та інших дослідників, які у своїх працях визначили юридичні підстави реабілітації, види завданої шкоди особі, не винуватій у вчиненні злочину, та механізм її відшкодування, процедуру поновлення порушених прав і свобод. Розроблені науковцями теоретичні положення інституту реабілітації були враховані законодавчими органами Республіки Азербайджан, Республіки Білорусь, Республіки Казахстан, Російської Федерації, інших держав і унормовані у кримінально-процесуальних кодексах цих держав.

В юридичній літературі інститут розглядається як складова частина, блок, ланка галузі права. В кожній галузі права виокремлюється значна кількість правових інститутів. Правові інститути мають порівняну автономність, тому що стосуються певною мірою самотійних питань. Деякі науковці визначають інститут права як уособлену групу правових норм, які регулюють однорідні суспільні відносини конкретного виду. Інститут права є першим рівнем поєднання правових норм. Інститут права характеризується тим, що: а) регулює певний вид (окрему ділянку, фрагменти, сторону) однорідних суспільних відносин;

б) є складовою частиною однієї або кількох галузей права; в) є логічно замкнутою, виокремленою сукупністю норм; г) функціонує автономно, відносно самостійно в межах галузі права, тобто регулює суспільні відносини незалежно від інших інститутів права [4, с. 250].

Науковий аналіз різних підходів щодо визначення правового інституту дає змогу погодитися з точкою зору В. М. Хропанюка, який правовий інститут у теорії держави і права розглядає як відокремлений комплекс правових норм, котрі є частиною галузі права і регулюють різновид певного виду суспільних відносин [5, с. 292].

Зазначені загальні підходи до поняття правового інституту та розкриття його юридичних критеріїв мають певне наукове значення для подальшого дослідження інституту реабілітації в кримінально-процесуальному праві. Суспільні відносини, що складаються в процесі захисту особи від необґрунтованого і незаконного притягнення до кримінальної відповідальності, необґрунтованого і незаконного засудження, мають бути врегульовані комплексом відповідних кримінально-процесуальних норм та об'єднані єдністю змісту. Зазначена єдність норм має базуватися на використанні загальних норм кримінального судочинства. Доцільно погодитися з точкою зору тих дослідників, які вважають, що «для кожної основної галузі властивий свій своєрідний набір галузевих принципів, загальних положень, які складають загальну частину галузі [6, с. 607-611].

У теорії кримінально-процесуального права є дискусійними питання щодо завдання і галузевої належності інституту реабілітації. Варто зазначити, що більшість дослідників правильно визначає призначенням «кримінального судочинства» захист прав і законних інтересів особи у сфері кримінально-процесуальних відносин. Особа, її права визнаються найвищою соціальною цінністю (ч. 1 ст. 3 Конституції України), а тому право

має забезпечити захист людини, її життя, здоров'я, честі і гідності, недоторканності і безпеки. Зазначена конституційна норма є загальною для усіх інститутів кримінально-процесуального права, зокрема реабілітації. Тому вважаємо, що захист осіб, не винуватих у вчиненні злочину, є загальним завданням інституту реабілітації.

В юридичній літературі дискусійними є питання щодо юридичної природи інституту реабілітації. Так, досліджуючи реабілітацію як міжгалузевий інститут, О. М. Матвєєв визначає процесуальні і непроцесуальні його компоненти. На його думку, процесуальна частина інституту реабілітації включає: постановлення правового акта про визначення обвинуваченого невинуватим; письмове повідомлення про наявність у особи прав вимагати відшкодування шкоди; звернення реабілітуємого з відповідною вимогою до суду чи в інший орган, який визначає її наявність, щодо нарахування суми завданої шкоди; звернення реабілітованого до суду за правилами виконання вироку щодо постановлення постанови про відшкодування завданої шкоди. Непроцесуальна складова частина інституту реабілітації – це звернення реабілітованого з постановою суду до фінансових, житлових, інших органів [7, с.16-17]. Вважаємо, що запропонована О. М. Матвєєвим теоретична доктрина інституту реабілітації є дискусійною. Виокремлення автором непроцесуальної складової частини інституту реабілітації є штучним у зв'язку з тим, що підставою поновлення порушених прав, відшкодування шкоди є процесуальним рішенням слідчого, прокурора, суду, виконання якого покладається на орган виконавчої служби.

Вважаємо доцільним проаналізувати точку зору Р. В. Гаврилюка, який зазначає, що сутність інституту реабілітації в поновленні придатності особи, підданої незаконному кримінальному переслідуванню і засудженню, стати повноправним



носієм загальнолюдських прав і свобод, які раніше були обмежені процесуальними органами, та утворення ефективного компенсаційного механізму поновлення її майнових, соціальних та інших прав, захист інтересів, які були порушені діями чи рішеннями публічних процесуальних органів [8, с. 11]. Загалом можна погодитися з цим визначенням. Водночас Р. В. Гаврилук не розкриває правовідносини між особою, яка була піддана незаконному і необґрунтованому кримінальному переслідуванню, незаконно засуджена, і державою, яка несе відповідальність за свою діяльність.

О. В. Веретенникова, досліджуючи поняття інституту реабілітації, визначила такі його ознаки: 1) норми, які мають самостійний загальний предмет правового регулювання; 2) єдина функція – поновлююча; 3) реабілітаційні норми входять до загального блоку правових норм; 4) реабілітаційні норми мають своє оформлення і законодавчу особливість. У зв'язку з цим автор вважає, що реабілітація – це кримінально-процесуальний інститут права, який побудований на конституційних принципах і визначає порядок поновлення незаконно порушених прав особи на підставах, визначених КПК РФ у формі юридичної відповідальності держави у вигляді відшкодування майнової шкоди, компенсації моральної шкоди і поновлення в соціальних, трудових та інших правах, а також публічне вибачення прокурора [9, с. 13].

Слушною є наукова позиція М. В. Орлової, яка зазначає, що інститут реабілітації являє собою сукупність правових норм, що регулюють правовідносини, які виникають у зв'язку з прийняттям акта про реабілітацію (виправдувального вироку чи постанови про закриття кримінальної справи або кримінального переслідування з реабілітуючих підстав) і здійсненням на його основі компенсаційно-поновлюючих заходів, спрямованих на відшкодування шкоди і поновлення прав особи, яка незаконно і необґрунтовано чи помилково піддана кримінальному

переслідуванню [10]. Водночас не можна погодитися з М. В. Орловою, що особа, не винувата у скоєнні злочину, може бути «помилково» піддана кримінальному переслідуванню. На наш погляд, кримінальне переслідування має бути законним і обґрунтованим. У разі, коли має місце незаконне і необґрунтоване кримінальне переслідування, то невинувата особа буде незаконно і необґрунтовано засуджена.

Питання про галузеву належність інституту реабілітації є дискусійним серед науковців. Так, на думку одних дослідників, інститут реабілітації належить до комплексного правового інституту (Л. В. Бойцова, М. І. Пастухов, Л. І. Петрухін), інші – до міжгалузевого (Б. Т. Безлепкін), міждисциплінарного (О. М. Матвеев), до комплексного інституту міжнародно-правового характеру (Р. В. Гаврилюк), цивільно-правового (О. Н. Войтенко, Т. М. Медведєва, М. М. Скворцов, К. В. Ярошенко). Проблеми вирішення галузевої належності мають певне теоретичне і практичне значення.

В юридичній літературі викладені різні судження про правову природу правовідносин, пов'язаних із відшкодуванням особі шкоди, завданої незаконними діями, рішеннями у сфері кримінального судочинства. Зазначена проблема концептуально викладена в наукових працях окремих дослідників. Так, дослідники проблем цивільного права О. Н. Войтенко, Т. М. Медведєва, М. М. Скворцов, К. В. Ярошенко вважають, що відносини, пов'язані з відшкодуванням особі майнової та моральної шкоди, заподіяної незаконними діями у сфері кримінального судочинства, мають цивільно-правову природу, тому що їх регулюють норми цивільного права. При цьому вони посилаються на предмет і метод правового регулювання відносин, пов'язаних із відшкодуванням шкоди, які традиційно регулюються нормами цивільного права [11-14]. Зазначена точка зору є спірною. Вважаємо, що суспільні відносини, які регулюють

норми цивільного права, – це майнові та особисті немайнові відносини, властивою ознакою яких є те, що вони засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників (ст. 1 ЦК України). Варто зазначити, відносини, пов'язані з відшкодуванням особі шкоди, завданої незаконним і необґрунтованим кримінальним переслідуванням, незаконним засудженням, мають кримінально-процесуальну природу, тому що передують їм скасування незаконних процесуальних рішень щодо особи, не винуватої у вчиненні злочину. Водночас визначальною ознакою методу цивільно-правового регулювання суспільних відносин є юридична рівність сторін, тобто учасники цивільно-правових відносин не можуть примушувати іншого учасника до певної поведінки за формою і суттю [15, с. 10]. Варто зазначити, що, на відміну від цивільно-правових відносин, у кримінальному процесі відносини врегульовано із застосуванням імперативного методу правового регулювання (методу влади і підкорення), що має примусовий характер. Відносини сторін правовідносин при ньому будуються «по вертикалі» (слідчий – обвинувачений). Метод обирається за схемою «обов'язок + відповідальність» [16, с. 26].

В юридичній літературі Л. В. Бойцова, М. І. Пастухов, Л. І. Петрухін виклали іншу позицію. Вони вважають, що реабілітаційні відносини з відшкодування шкоди, завданої незаконним і необґрунтованим кримінальним переслідуванням, незаконним засудженням, мають комплексний характер, бо шкода спричиняється у кримінальному процесі, а відшкодовується в рамках цивільного, фінансового, трудового, пенсійного права [17-19]. Так, Л. В. Бойцова вважає, що предметом регламентації правового інституту реабілітації є матеріальні реабілітаційні та процесуальні реабілітаційні відносини. Перші «народжуються» з моменту заподіяння громадянину шкоди в період кримінального переслідування; інші виникають із моменту винесення рішення

про визнання невинуватості особи. Матеріальні реабілітаційні правовідносини спрямовані на відшкодування майнової, моральної шкоди особам, відновлення порушених прав, усунення обмежень в їх правоздатності. Зазначені права захищаються різноманітними галузями права: трудовим, пенсійним, житловим, цивільним, державним правом. Водночас, на думку автора, регулювання державної відповідальності спеціальними нормативно-правовими актами (указом, положенням, інструкцією) має специфіку, що пояснюється особливими відносинами реабілітанта з державою (зокрема нерівністю індивіда і влади в матеріальному і процесуальному плані), наявністю негативних наслідків в результаті необґрунтованого притягнення особи до кримінальної відповідальності. Л. В. Бойцова зазначає, що норми трудового, житлового, цивільного, пенсійного права, не втрачаючи своєї належності до вказаних галузей права, входять до комплексного правового інституту відповідальності держави перед особою за завдану їй шкоду у сфері правосуддя [17, с. 29-30].

Дослідники теорії права поділяють правові інститути, з урахуванням їх змісту, на: прості інститути – невеликі інститути, що не містять жодних інших структурних утворень (крім природно-правових норм) та комплексні інститути – порівняно великі інститути, що містять більш дрібні структурні утворення – субінститути. Слушною є думка Я. Ф. Фархтдинова, який об'єднує норми в інститути за предметом і функціональною ознакою. Інститути, що визначають і регулюють основоположні загальні питання (загальна частина КПК), мають функціональний характер. Тому Я. Ф. Фархтдинов виділяє загальні (основні) і спеціальні інститути. Завдання, принципи судочинства включаються до основного інституту. Спеціальні інститути формуються з норм особливої частини права і регулюють окремі ділянки процесуальних правовідносин [20, с. 31-32].

Зазначене дає змогу зробити висновки, що інститут реабілітації не може бути комплексним інститутом через відсутність у його структурі дрібних структурних утворень, тобто субінститутів.

Як слушно зазначали Б. Т. Безлепкін, М. Ф. Поляков і Л. О. Прокудин, правовідносини, пов'язані з відшкодуванням шкоди, завданої незаконним та необґрунтованим кримінальним переслідуванням чи незаконним засудженням, мають кримінально-процесуальну природу [21-23]. Так, Б. Т. Безлепкін вважає, що однією з ознак нецивільної природи правовідносин щодо відшкодування шкоди є «нетиповість для цивільного права підстав виникнення в них взаємних прав і обов'язків, а також суб'єктний склад». Ці відносини, пов'язані з відшкодуванням шкоди невинуватій особі, не тільки похідні, але й невід'ємні від попередніх їм кримінально-процесуальних відносин, які складаються з приводу кримінального переслідування громадянина. У зв'язку з цим Б. Т. Безлепкін вказує на те, що відновлювальні та компенсаційні відносини виводяться з центральних кримінально-процесуальних правовідносин [21, с. 72]. Викладене свідчить про те, що дослідник обґрунтував галузеву належність інституту реабілітації, зважаючи на правовідносини, пов'язані з відшкодуванням шкоди.

Дискусійною є точка зору О. М. Матвєєва, який вважає, що реабілітація закріплює тільки процедуру визначення права на реабілітацію, а не фактичну реабілітацію фізичної чи юридичної особи, котра проходить із використанням інших правових механізмів. У зв'язку з цим, на думку автора, інститут реабілітації належить до міждисциплінарного правового інституту учасників кримінально-процесуальної діяльності, тому що у відносинах застосовуються заходи соціального захисту, які дають змогу поновити (або компенсувати) порушені права осіб [7, с. 17-18]. Ця точка зору є спірною, тому що О. М. Матвєєв не досить чітко

розмежував елементи реабілітації і відносить його до міжгалузевого правового інституту.

Не можна погодитися з Р. В. Гаврилюк, які в контексті міжнародно-правових актів про права людини інститут реабілітації визначає як комплексний інститут міжнародно-правового характеру, який поєднує норми різних галузей права [8]. По-перше, як зазначено в юридичній літературі, комплексні інститути – це порівняно великі інститути, що містять більш дрібні структурні утворення, тобто субінститути. По-друге, конституційні норми з питань захисту прав і свобод людини і громадянина та міжнародні нормативно-правові документи становлять правову основу інституту реабілітації

Варто погодитися з М. В. Орловою, яка зазначила, що акт реабілітації і поновлювально-компенсаційні наслідки такого акта базуються на різних за своєю галузевою належністю правових нормах, у практичному аспекті вони застосовуються в межах одного інституту – інституту реабілітації [10, с. 6].

Слушною є позиція Б. Т. Безлепкіна, який вважає, що відносини, пов'язані з відшкодуванням шкоди невинуватій особі, «не тільки похідні, але невід'ємні від попередніх їм кримінально-процесуальних відносин, що складаються з приводу кримінального переслідування громадянина. Незалежно від того, в чому виражається шкода, обмеженням волі або правового статусу, приниженням честі або зменшенням майна, відносини, пов'язані з відновленням або компенсацією вказаних благ, – це замикаючі ланки ланцюга кримінально-процесуальних відносин, який бере початок від стержня кримінального судочинства, тобто від офіційної підозри чи обвинувачення у вчиненні злочину. Відновлювальні та компенсаційні відносини виводяться із центральних кримінально-процесуальних правовідносин, зумовлюються ними, і є, по суті, <...> кримінально-процесуальними» [21, с. 66-72].

Аналіз вищевказаних наукових позицій щодо галузевої належності інституту реабілітації дає змогу зробити висновок про те, що інститут реабілітації є самостійним галузевим інститутом кримінально-процесуального права, норми якого мають самостійний предмет правового регулювання правовідносин, що виникають між особою, визнаною не винуватою у вчиненні злочину, і державою, яка відповідає перед особою за незаконні процесуальні рішення органу досудового розслідування і суду.

Таким чином, інститут реабілітації не є комплексним, міжгалузевим, міждисциплінарним, цивільно-правовим, комплексним інститутом міжнародно-правового характеру, а є самостійним інститутом кримінально-процесуального права. Про це свідчить наведене нижче:

1) норми інституту реабілітації мають самостійний предмет правового регулювання;

2) норми регулюють кримінально-процесуальну діяльність органу дізнання, слідства, прокурора, суду щодо визначення факту незаконного і необґрунтованого кримінального переслідування особи, не винуватої у вчиненні злочину, і скасування незаконного процесуального рішення, постановлення виправдувального вироку;

3) норми інституту мають певні особливості, а саме регулюють правовідносини, які виникають у зв'язку з правопоновлювальними і компенсаційними наслідками прийняття акту реабілітації;

4) кримінально-процесуальна форма інституту реабілітації закріплена в чинному кримінально-процесуальному законодавстві;

5) специфіка реабілітаційних правовідносин, які виникають між особою, не винуватою у вчиненні злочину, і державою. Держава відповідає за діяльність посадових осіб державних органів і відшкодовує в повному обсязі майнову, фізичну і моральну шкоду, завдану реабілітованому;

б) взаємодія кримінально-процесуальної норми з нормами інших галузей права. У зв'язку з цим, як правильно зазначає С. С. Алексєєв, кожна галузь права з притаманною їй порівняною самостійністю взаємодіє з іншими галузями як у плані обслуговування, так і в субсидіарному порядку [24, с. 132].

Дослідження інститут реабілітації як самостійного галузевого інституту кримінально-процесуального права потребує визначення завдань цього інституту. Так, Т. Т. Таджйєв окрім загальних завдань визначає специфічні завдання, притаманні тільки інституту реабілітації. Такими, на думку Т. Т. Таджйєва, є своєчасне виявлення судових та слідчих помилок, що призвело до неправильного притягнення до кримінальної відповідальності і засудженню, поновлення доброго імені необґрунтовано притягнутої чи засудженої особи, задоволення її почуття справедливості, а також максимальне, наскільки це можливо за обставинами справи, усунення моральних, майнових та інших наслідків неправильного обвинувачення [1, с. 23]. Вважаємо, що точка зору Т. Т. Таджйєва про те, що завданням кримінально-процесуального інституту реабілітації є своєчасне виявлення слідчих і судових помилок, не безспірна. Доцільно зазначалося у ст. 4 КПК України 1960 р. про те, що суд, прокурор, слідчий, орган дізнання зобов'язані в межах своєї компетенції порушувати кримінальну справу в кожному випадку виявлення ознак злочину, вжити передбачених законом заходів до встановлення події злочину, осіб, винуватих у вчиненні злочину, і до їх покарання. Таким чином, виконання вимог кримінально-процесуального закону – обов'язок слідчого, прокурора і судді. Всебічне, повне й об'єктивне дослідження обставин справи, додержання норм КПК у досудовому і судовому провадженні сприятиме недопущенню слідчих і судових помилок. Зазначене дає змогу визначити специфічні завдання інституту реабілітації. Такими є: поновлення порушених прав і свобод особи, не



винуватої у вчиненні злочину, компенсація шкоди, завданої незаконним і необґрунтованим кримінальним переслідуванням, незаконним засудженням.

На підставі викладеного вважаємо, що кримінально-процесуальний інститут реабілітації – це самостійний кримінально-процесуальний інститут, який являє собою сукупність правових норм, які мають самостійний предмет правового регулювання правовідносин між особою, визнаною невинуватою у вчиненні злочину, шляхом скасування процесуального рішення про незаконне і необґрунтоване кримінальне переслідування, незаконне засудження, незаконне застосування примусових заходів медичного та виховного характеру або постановлення виправдувального вироку, і державою, яка відповідає перед особою за незаконні процесуальні рішення органу досудового розслідування і суду, усуває негативні наслідки, здійснює правопоновлювальні й компенсаційні заходи, відшкодовує завдану фізичну, майнову та моральну шкоду.

Актуальним для дослідження кримінально-процесуального інституту реабілітації є розкриття його основних положень. В юридичній літературі відсутні єдині підходи щодо розкриття змісту інституту реабілітації. Вважаємо, що розроблення основних положень цього інституту розкриває його зміст і має певне теоретичне і практичне значення.

Так, М. Є. Шумило виокремлює лише засади інституту реабілітації, до яких відносить: 1) включення до завдань кримінального процесу положення про те, що встановлений законом порядок провадження у кримінальних справах має забезпечувати захист від необґрунтованого обвинувачення і засудження, від незаконного обмеження прав і свобод людини і громадянина, а у разі необґрунтованого обвинувачення чи засудження невинного – швидко і повну його реабілітацію; 2) запровадження в кримінально-процесуальному законодавстві

інституту недопустимості доказів, отриманих з порушенням вимог Конституції України, Кримінально-процесуального кодексу, які шляхом позбавлення або обмеження гарантованих законом прав учасників процесу вплинули або могли вплинути на достовірність доказів у кримінальній справі; 3) встановлення судового порядку закриття кримінальної справи; 4) право на реабілітацію виникає у разі встановлення відсутності кримінально-правових відносин, а також відмови держави від покарання особи, що вчинила злочин, з огляду на закон про амністію, збігу строків притягнення до кримінальної відповідальності і набранням чинності закону, який відміння карність діяння, коли кримінальна справа не була припинена, або була порушена, незважаючи на наявність обставин, що виключають провадження по справі; 5) запровадження в кримінально-процесуальному законодавстві вимог до оперативного-розшукових матеріалів, на підставі яких порушуються кримінальні справи тощо [3, с. 293-294]. На наш погляд, зазначені автором засади не розкривають зміст інституту реабілітації як самостійного правового інституту кримінально-процесуального права.

О. О. Подопрігора визначає такі основні положення інституту реабілітації: підстави виникнення права на реабілітацію; суб'єкти реабілітації; зміст реабілітації; процесуальний порядок реабілітації [25, с. 21].

Аналіз наукових досліджень, чинного кримінально-процесуального законодавства України, держав СНД, проведені наукові дослідження дають змогу визначити основні положення кримінально-процесуального інституту реабілітації, а саме:

– кримінально-процесуальні норми, які мають самостійний предмет правового регулювання, законодавче закріплення і регулюють правовідносини, що виникають у зв'язку з визнанням особи не винуватою у вчиненні злочину;

– кримінально-процесуальні норми, які регулюють діяльність слідчого, прокурора у зв'язку із закриттям кримінального провадження за реабілітуючими підставами;

– кримінально-процесуальні норми, які на попередньому розгляді регулюють діяльність судді у зв'язку із закриттям кримінального провадження за реабілітуючих підстав;

– кримінально-процесуальні норми, які регулюють діяльність слідчого, прокурора у зв'язку із закриттям кримінального провадження в частині пред'явленого обвинувачення, якщо воно не знайшло свого підтвердження під час досудового слідства;

– кримінально-процесуальні норми, які регулюють порядок постановлення виправдувального вироку;

– кримінально-процесуальні норми, які регулюють діяльність судді (суду) у зв'язку із закриттям кримінального провадження, якщо не було доведено вчинення суспільно небезпечного діяння особою, щодо якої розглядається провадження про застосування примусового заходу медичного чи виховного характеру;

– кримінально-процесуальні норми, що регулюють порядок постановлення суддею (судом) вироку, в якому підсудний виправдовується в частині пред'явленого обвинувачення, якщо воно не знайшло свого підтвердження в процесі судового розгляду;

– кримінально-процесуальні норми, які регулюють діяльність суду щодо перегляду і скасування судових рішень за нововиявленими обставинами за наявності зловживання та застосування неправомірних методів на досудовому, слідстві, які примусили обвинуваченого, підсудного до самообмови;

– кримінально-процесуальні норми, які регулюють діяльність слідчого, прокурора, суду щодо роз'яснення особі порядку поновлення її порушених прав і вжиття заходів по відшкодуванню шкоди, завданої особі внаслідок незаконного і

необґрунтованого кримінального переслідування, незаконного засудження;

– кримінально-процесуальні норми, які регулюють діяльність слідчого, прокурора, судді (суду) у зв'язку з поновленням прав і свобод реабілітованого;

– кримінально-процесуальні норми, які регулюють відповідальність держави перед реабілітованим та відшкодування фізичної, майнової та моральної шкоди коштом держави у повному обсязі.

Основні положення кримінально-процесуального інституту реабілітації доцільно унормувати в КПК України. Пропонуємо доповнити КПК України главою «Реабілітація», в положеннях якої викласти поняття реабілітації, завдання, принципи інституту реабілітації, правовий механізм поновлення порушених прав і свобод та відшкодування фізичної, майнової та моральної шкоди.

### **Висновки**

Здійснено теоретичне узагальнення та запропоновано нове вирішення наукового завдання, що полягає у розробленні теоретичних положень кримінально-процесуального інституту реабілітації як самостійного галузевого інституту та внесено пропозиції щодо удосконалення чинного кримінально-процесуального законодавства. В результаті проведеного дослідження сформульовано ряд висновків: 1) розроблено поняття фізичної шкоди в кримінально-процесуальному праві як шкоди, завданої здоров'ю внаслідок незаконного і необґрунтованого кримінального переслідування, незаконного застосування запобіжного заходу, незаконного затримання, незаконного засудження, яка визначається як порушення анатомічної цілісності або фізіологічної функції органів або тканин і виявляється в тілесному ушкодженні, захворюванні, патологічному стані, інвалідності; 2) визначено основні елементи

реабілітації та сформульовано її поняття як встановлений законом порядок визнання невинуватості особи у вчиненні злочину, поновлення її порушених прав і свобод, відшкодування коштом держави у повному обсязі фізичної, майнової, моральної шкоди, завданої особі незаконним і необґрунтованим кримінальним переслідуванням, незаконним засудженням, неправосудним судовим рішенням про застосування примусового заходу медичного чи виховного характеру; 3) доведено галузеву належність інституту реабілітації, його основні положення та визначено, що інститут реабілітації – це самостійний кримінально-процесуальний інститут, який являє собою сукупність правових норм, що мають самостійний предмет правового регулювання правовідносин між особою, визнаною невинуватою у вчиненні злочину, шляхом скасування процесуального рішення про незаконне і необґрунтоване кримінальне переслідування, незаконне засудження, незаконне застосування примусових заходів медичного та виховного характеру або постановлення виправдувального вироку, і державою, яка відповідає перед особою за незаконні процесуальні рішення органу досудового розслідування і суду, усуває негативні наслідки, здійснює правопоновлювальні й компенсаційні заходи, відшкодовує завдану фізичну, майнову та моральну шкоду; 4) запропоновано доповнити КПК України главою «Реабілітація», в положеннях якої викласти поняття реабілітації, завдання, принципи інституту реабілітації, правовий механізм поновлення порушених прав і свобод та відшкодування фізичної, майнової та моральної шкоди.

### **Список використаних джерел:**

1. Таджиев Т.Т. Проблемы реабилитации в советском уголовном процессе: автореф. дис. ... докт. юрид. наук. 12.00.09. Ташкент, 1991. 37 с.

2. Безлепкин Б.Т. Имущественные правоотношения в стадии предварительного расследования: лекция. Горький: Изд-во ГВШ МВД СССР, 1976. 40 с.

3. Шумило М.Є. Реабілітація в кримінальному процесі України: монографія. Х.: Арсіс, 2001. 320 с.

4. Загальна теорія держави і права: [підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів] / М.В. Цвік, О.В. Петришин, Л.В. Авраменко та ін.; за ред. д-ра юрид. наук, проф., акад. АПрН України М.В. Цвіка, д-ра юрид. наук, проф., акад. АПрН України О.В. Петришина. Х.: Право, 2009. 584 с.

5. Хропанюк В.Н. Теория государства и права. Учебное пособие для высших учебных заведений / под редакцией проф. В.Г. Стрекозова. 2-е изд. доп. и испр. М.: «Дабахов, Ткачѐв, Димов», 1995. 384 с.

6. Люблинский П.И. Свобода личности в уголовном процессе. СПб, 1906. 703 с.

7. Матвеев А.Н. Правовой институт реабилитации в Российском уголовном процессе: автореф.дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. М., 2009. 25 с.

8. Гаврилюк Р.В. Реабилитация в российском уголовном процессе (вопросы теории и практики): дис.... канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2008. 189 с.

9. Веретенникова Е.В. Компенсация морального вреда реабилитированным в уголовном судопроизводстве России: автореф. дис.... канд. юрид. наук. М., 2008. 27 с.

10. Орлова М.В. Институт реабилитации в уголовном процессе: автореф. дис.... канд. юрид. наук: 12.00.09. М., 2006. 26 с. URL: <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1286075>.

11. Войтенко О.Н. Гражданско-правовая ответственность за вред, причиненный незаконными действиями должностных лиц

органов дознання и предварительного следствия: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001. 14 с.

12. Медведева Т.М. Возмещение вреда, причиненного правоохранительными органами: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Саратов, 1984. 20 с.

13. Савицкий В.М. Новый закон о возмещении вреда. Суд и применение закона. М., 1982. С. 3-15.

14. Ярошенко К.В. Возмещение вреда, причиненного гражданам действиями должностных лиц. Советское государство и право. 1982. № 8. С. 135-142.

15. Шевченко Я.М. Цивільне право України: Академічний курс: підруч. у двох томах / за заг. ред. Я.М. Шевченко. К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. 520 с.

16. Лобойко Л.М. Кримінально-процесуальне право. Курс лекцій: навч. посібник. К.: Істина, 2007. 456 с.

17. Бойцова Л.В. Уголовная юстиция: гражданин – государство. Тверь, 1994. 101 с.

18. Пастухов М.И. Оправдание подсудимого. Минск: Изд-во «Университетское», 1985. 112 с.

19. Петрухин И.Л. Реабилитация. Законодательство. 2004. № 3. С. 74-84.

20. Фархтдинов Я.Ф. Источники гражданского процессуального права. Казань, 1986. 174 с.

21. Безлепкін Б.Т. Возмещение вреда, причиненного гражданину судебными-следственными органами. М.: Юридическая литература, 1979. 204 с.

22. Полякова М.Ф. Возмещение имущественного ущерба в случаях реабилитации – одна из гарантий прав личности в советском уголовном процессе. М., 1986. 35 с.

23. Прокудина Л.А. Возмещение ущерба, причиненного незаконными действиями правоохранительных органов: научно-практический комментарий. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Городец, 1998. 144 с.

24. Алексеев С.С. Структура советского права. М.: Юрид. лит., 1975. 264 с.

25. Подопригора А.А. Реабилитация в уголовном процессе России: дисс.... канд. юрид. наук. Ростов-на-Дону, 2004. 179 с. URL: <http://kalinovsky-k.narod.ru/b/podopri/index.htm>.

**Сиза Н.П.,**

*кандидат юридичних наук, доцент,  
доцент кафедри правосуддя  
Київського національного університету  
імені Тараса Шевченка*

## **ПРАВОСУДДЯ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ: ДОКТРИНАЛЬНЕ ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ ТА ФУНКЦІОНАЛЬНИЙ АНАЛІЗ**

### **Вступ**

У Конституції України від 28 червня 1996 р. закріплені основоположні норми про здійснення правосуддя судом, суддями і присяжними, що визначають призначення та основний зміст їх діяльності та водночас її мету.

Конституцією України проголошено здійснення правосуддя в Україні виключно судами (ч. 1 ст. 124). Зазначене положення конкретизується стосовно сфери кримінального процесу в ст. 30 Кримінального процесуального кодексу України від 13 квітня 2012 р. (далі – КПК), яка передбачає здійснення правосуддя у



кримінальному провадженні лише судом згідно з правилами, передбаченими КПК, та містить заборону відмови у здійсненні правосуддя. Зважаючи на фундаментальність цих положень для кримінально-процесуальної діяльності та відсутність нормативного визначення поняття правосуддя, є необхідність його доктринального дослідження з урахуванням багатоаспектності, соціальної і правової природи правосуддя, а також співвідносно з елементами права на справедливий суд.

Варто зазначити, що вагомий внесок у розроблення питань поняття правосуддя зроблений такими вченими, як: А. С. Альперт, А. М. Бернюков, В. С. Бігун, В. Д. Бринцев, І. В. Гловюк, Ю. М. Грошевий, Х. А. Джавадов, В. М. Коваль, В. О. Лазарева, Ю. П. Лобода, Б. В. Малишев, В. Т. Маляренко, Л. П. Нестерчук, С. П. Погребняк, С. П. Рабінович, М. Є. Савенко, В. С. Смородинський, О. В. Стівба, Є. А. Таликін, О. С. Ткачук, С. М. Тимченко, О. Г. Шило, М. І. Шевчук та інші.

Разом із тим поняття правосуддя потребує також функціонального аналізу стосовно сфери кримінально-процесуальної діяльності. Питання кримінально-процесуальних функцій є одним із концептуальних у науці кримінального процесу, оскільки пов'язане із визначенням повноважень, призначенням та змістом діяльності суб'єктів, здійсненням кримінального провадження як в окремих стадіях, так і побудовою моделі, типу та виду кримінального процесу загалом. Чітка регламентація та належне виконання основних кримінально-процесуальних функцій спрямовані на забезпечення і збалансування інтересів держави та особи й відповідну реалізацію завдань кримінального провадження.

Тому цілком обґрунтовано проблеми функцій та функціонального призначення різних видів діяльності в кримінальному

процесі були предметом наукових досліджень багатьох відомих вітчизняних та зарубіжних вчених, а саме: С. А. Альперта, Д. М. Берової, В. М. Бозрова, Т. В. Варфоломеевої, І. В. Гловюк, Л. В. Головка, В. Г. Гончаренка, В. О. Гринюка, Ю. М. Грошевого, П. С. Елькінд, В. С. Зеленецького, З. З. Зіна-тулліна, О. Ф. Кістяківського, К. Б. Калиновського, О. В. Капліної, М. О. Колоколова, О. П. Кучинської, О. М. Ларіна, Л. М. Лобойка, О. Р. Михайленка, М. М. Михеєнка, Я. О. Мотовіловкера, В. П. Нажимова, В. Т. Нора, М. А. Погорецького, В. О. Попелюшко, В. М. Савицького, М. С. Строговича, Д. Г. Тальберга, Ф. Н. Фаткулліна, І. Я. Фойницького, В. П. Шибіко, О. Г. Шило, М. Є. Шумило, М. Л. Якуба, О. Г. Яновської та ін.

Значний науковий вклад зазначених вчених у науку кримінального процесу є важливою теоретичною основою для подальших досліджень. Зокрема, спеціального наукового вивчення та розроблення на сучасному етапі судово-правової реформи в Україні потребує одна з основних кримінально-процесуальних функцій – функція правосуддя, яка, як відомо, займає центральне і найважливіше місце в системі кримінально-процесуальної діяльності.

Метою цього дослідження є визначення поняття правосуддя та його сутнісних ознак у кримінальному провадженні з урахуванням наявних доктринальних підходів та у взаємозв'язку з інституційними елементами права на справедливий суд і засадами кримінального провадження, а також з'ясування змісту структурних елементів кримінально-процесуальної функції правосуддя та меж дії цієї функції у кримінальному провадженні.

## **Поняття та сутнісні ознаки правосуддя у кримінальному провадженні**

Термін «правосуддя» має міжгалузевий характер і застосовується для всіх видів судочинства. Так, в Юридичній енциклопедії правосуддя визначається як «правозастосовна діяльність суду з розгляду і вирішення у встановленому законом процесуальному порядку віднесених до його компетенції цивільних, господарських, кримінальних і адміністративних справ з метою охорони прав та свобод людини і громадянина, прав і законних інтересів юридичних осіб та інтересів держави» [1, с. 50].

На правозастосовному характері діяльності суду акцентують також інші вчені, зазначаючи при визначенні поняття правосуддя про «застосування судом норм відповідного матеріального закону» [2, с. 25], «застосуванні на підставі закону і відповідно до правосвідомості покарання» [3, с. 4], «реалізації норм права» [4, с. 4], у зв'язку з чим необхідно з'ясувати зміст правозастосування, як однієї з форм реалізації права.

У загальній теорії права процес правозастосування визначається як діяльність, що реалізується у певній послідовності дій, які отримали назву стадій правозастосування: 1) встановлення фактичних обставин справи; 2) підбір та аналіз правових норм як юридичної основи справи; 3) вирішення юридичної справи та оформлення прийнятого рішення [5, с. 454]. Зазначені елементи, безспірно, присутні в діяльності суду зі здійснення правосуддя, що дає підстави для ототожнення змісту правозастосовної функції, у вузькому значенні, з правосуддям [6, с. 399].

Окрім того, в юридичній літературі стверджується і про виконання судом правотворчої (нормотворчої) функції, оскільки, «здійснюючи правосуддя, суди загальної юрисдикції реалізують

норми права і своєю діяльністю сприяють створенню норм права» [6, с. 400].

Проте більш прийнятною є позиція вчених, які заперечують здійснення судом правотворчої (нормотворчої) функції. Так, О. С. Ткачук зазначає: «Суди, розглядаючи справи, лише аналізують конкретні життєві обставини, відшуковуючи норму права, яка може бути до них застосована, й, вживаючи її, вказують, яким чином необхідно діяти в конкретній ситуації персоніфікованим особам» [7, с. 94]. Є. А. Таликін вказує: «Функцію правотворчості суду важко вкласти в поняття «правосуддя», адже безпосередньо на захист прав, свобод та законних інтересів вона не спрямована» [8, с. 167].

Погоджуючись із зазначеною аргументацією, варто також взяти до уваги теоретичні положення про те, що «метою правотворчості є створення єдиної, внутрішньоузгодженої системи норм, яка регулює різноманітні за змістом суспільні відносини» [5, с. 355], а за допомогою правозастосовної діяльності «здійснюються завдання щодо організації виконання приписів правових норм та забезпечення реакції з боку державних органів за порушення приписів норм права» [5, с. 453]. Тому можна зробити висновок, що правосуддя є правозастосовною, але не правотворчою діяльністю суду.

Предметно зміст діяльності суду по здійсненню правосуддя розкриває С. М. Тимченко, зазначаючи, що вона «проходить у визначених законом процесуальних формах у судових засіданнях за участю сторін та інших учасників процесу й полягає у встановленні фактичних обставин справи та з'ясуванні істини у розглянутій справі шляхом дослідження доказів, що закінчується ухваленням рішення в справі із застосуванням норм відповідного матеріального закону» [2, с. 25]. Можна зауважити, що загалом у цьому визначенні мова йде про правозастосування, здійснюване

судом у визначеній законом процесуальній формі. При цьому вказується предмет, зміст, мета та засоби діяльності суду.

Враховуючи предмет кримінально-правового регулювання, завдання та призначення кримінально-процесуальної діяльності, можна визначити такі етапи правозастосування, що здійснюється судом у кримінальному провадженні: встановлення обставин, що підлягають доказуванню, та інших обставин, які мають значення для кримінального провадження; кримінально-правова кваліфікація діяння; ухвалення та оформлення судового рішення.

При характеристиці діяльності зі здійснення правосуддя зазначають також, що це найвища юрисдикційна діяльність компетентних державних органів, які розглядають спори [9, с. 50].

Конституційний Суд України висловив таку позицію: «Відповідно до статті 124 Конституції України правосуддя – це самостійна галузь державної діяльності, яку суди здійснюють шляхом розгляду і вирішення в судових засіданнях в особливій, встановленій законом процесуальній формі цивільних, кримінальних та інших справ» [10].

Багато науковців при визначенні поняття правосуддя також наголошують, що ця діяльність здійснюється судом в «особливій правовій формі» [3, с. 4], «особливій, встановленій законом, процесуальній формі» [11, с. 9], «строго визначеній процесуальній формі» [12, с. 281; 13, с. 373].

Разом із тим процесуальна форма мала бути гарантією прав особи і правосуддя, на що слушно звертали увагу окремі вчені під час формулювання поняття правосуддя.

Так, Ю. М. Грошевий зазначав: «Правосуддя передбачає законодавче регулювання всього порядку діяльності суду шляхом встановлення процесуальної процедури, що гарантує

права і свободи особи, законність і справедливість рішень суду» [14, с. 688].

М. Є. Савенко висловив свою думку: «Правосуддям у кримінальному судочинстві є лише така діяльність суду, процесуальна форма якої забезпечує обов'язкову участь зацікавлених учасників процесу у судових засіданнях, наділених необхідними процесуальними гарантіями, що дають можливість правильного вирішення справи по суті» [12, с. 281].

Варто також звернути увагу й на термінологічний зв'язок між правосуддям та справедливістю. Згідно з етимологічним дослідженням, слово «правосуддя» в українську мову запозичене з церковнослов'янської й означає «правий, правильний, справедливий суд» [15, с. 552]. В англійській мові слово «justice» позначає також «справедливість», «правосуддя» та «юстицію». У німецькій мові слово «Gerechtigkeit» позначає водночас «справедливість» і «правосуддя» [16, с. 32].

В історичному процесі виникнення й розвитку права, держави та її основних інституцій правосуддя і справедливість розглядали як невід'ємні категорії, що мають єдину соціальну і правову природу. Про це свідчать численні відомі пам'ятки права та висловлені думки видатних мислителів античних часів та Середньовіччя, епохи Відродження, Просвітництва та Нового часу. Варто згадати хоча б відомий вислів визначного російського юриста і судового оратора А. Ф. Коні: «Правосуддя не може бути відділеним від справедливості».

Конституційний Суд України у Рішенні № 3-рп/2003 від 30 січня 2003 р. (справа про розгляд судом окремих постанов слідчого і прокурора) сформулював визначальне положення щодо характеристики правосуддя: «Правосуддя за своєю суттю визнається таким лише за умови, що воно відповідає вимогам

справедливості і забезпечує ефективне поновлення в правах» (абзац 6 пункту 9) [17].

Така позиція поділяється і розвивається науковцями під час дослідження поняття правосуддя.

Так, В. С. Бігун стверджує: «Зазначені правові положення дають підстави стверджувати про наявність формальних і змістовних сутнісних ознак правосуддя. Формальною ознакою правосуддя є його здійснення в формі судочинства судами як державними органами, а змістовною – відповідність вимогам справедливості і забезпечення ефективного поновлення в правах. Якщо перше акцентує увагу на правосудді як процесі, здійснюваному судами, то друге – на результаті, яким воно може визначатися як мета» [18, с. 38-39].

Б. В. Малишев також зазначає: «Правосуддям є лише та діяльність суду з вирішення спору, яка не тільки відповідає вимогам закону, а й відповідає вимогам справедливості, рівності, свободи та гуманізму» [19, с. 28].

На змістовних характеристиках правосуддя акцентує Є. А. Таликін: «Правосуддя невід’ємно пов’язане з утвердженням права, покликане визначати не просто діяльність суду, але й діяльність «правого» суду, поєднуючи ознаки, що вказують на необхідний рівень судової діяльності: справедливість, ефективність, своєчасність, доступність та інші риси, що пов’язуються в суспільстві з уявленнями про ідеальний суд» [8, с. 166].

В юридичній літературі при характеристиці діяльності зі здійснення правосуддя також зазначається, що правосуддя здійснюється судом на демократичних засадах [3, с. 4], «із дотриманням принципу змагальності та інших принципів кримінального судочинства» [12, с. 281; 13, с. 373], «на підставі закону та принципів справедливості, рівності, свободи і гуманізму» [19, с. 304]. Враховуючи основоположну і

спрямовуючу роль принципів (засад) судочинства, варто погодитись, що дотримання судом у своїй діяльності засад кримінального провадження, є суттєвою ознакою при визначенні поняття правосуддя в кримінальному процесі. Тож правосуддя як багатоаспектну категорію варто розглядати в тісному взаємозв'язку зі справедливістю, інституційними елементами права на справедливий суд, а також як процесуальну діяльність, що здійснюється судом у встановленій формі з дотриманням засад кримінального провадження.

Основні організаційні та функціональні засади судоустрою та судочинства в Україні визначені Конституцією України та Законом України від 2 червня 2016 р. № 1402-VIII «Про судоустрій і статус суддів» (далі – Закон). Цими актами проголошено здійснення правосуддя виключно судами, а також заборону делегування функцій судів та привласнення цих функцій іншими органами чи посадовими особами (ч. ч. 1, 2 ст. 124 Конституції України та ч. ч. 1, 2 ст. 5 Закону), що спрямовано на забезпечення законності суду. Згідно з ч. 2 ст. 6 Конституції України, органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених Конституцією межах і відповідно до законів України. Судова влада в Україні відповідно до конституційних засад поділу влади здійснюється незалежними та безсторонніми судами, утвореними законом (ч. 1 ст. 1 Закону).

Як одну із засад організації судової влади проголошено право на повноважний суд, що передбачає розгляд справи в суді, до юрисдикції якого вона віднесена процесуальним законом (ч. 1 ст. 8 Закону). Суддя розглядає справи, одержані згідно з порядком розподілу судових справ, установленим відповідно до закону (ч. 2 ст. 8 Закону). Окрім того, у ст. 15 Закону та у ст. 31 КПК встановлені вимоги до складу суду та його визначення.



У сукупності ці правила забезпечують розгляд справи законним судом.

Нормами Конституції України проголошено безпосередню участь народу у здійсненні правосуддя через присяжних (ч. 5 ст. 124, ч. 1 ст. 127). Статус присяжного, вимоги до присяжного, підстави і порядок увільнення від виконання обов'язків присяжного, залучення присяжних до виконання обов'язків у суді та гарантії їх прав визначені статтями 63-68 Закону, а особливості здійснення правосуддя у кримінальному провадженні судом присяжних – нормами КПК.

Незалежність і недоторканність суддів гарантуються Конституцією і законами України (ч. 1 ст. 126 Конституції України). Основний зміст засади незалежності судів визначено у ст. 6 Закону, а організаційно-правові гарантії забезпечення незалежності судді передбачено у ст. 48 Закону. Функціональний аспект цієї засади забезпечується порядком здійснення правосуддя у кримінальному провадженні, визначеним КПК, який має гарантувати незалежність суддів, а також таємницею ухвалення судового рішення.

Гарантією недоторканності судді є встановлений Конституцією України особливий порядок затримання, тримання під вартою чи арешту судді до винесення обвинувального вироку судом за згодою Вищої ради правосуддя (ч. 3 ст. 126). Законом також передбачено тимчасове відсторонення судді від здійснення правосуддя Вищою радою правосуддя у зв'язку з притягненням до кримінальної відповідальності на підставі вмотивованого клопотання Генерального прокурора або його заступника (ч. ч. 5-8 ст. 49 Закону, ч. 1 ст. 155-1 КПК).

Під час здійснення правосуддя суддя керується верховенством права (ч. 1 ст. 129 Конституції України). Суд, здійснюючи правосуддя на засадах верховенства права, забезпечує кожному право на справедливий суд (ст. 2 Закону). Принцип верховенства

права у кримінальному провадженні застосовується з урахуванням практики Європейського суду з прав людини (ч. 2 ст. 8 КПК).

Рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом (п. 1 ч. 2 ст. 129 Конституції України, ст. 10 КПК) є однією з основних засад судочинства та елементом права на справедливий суд. Закон покладає на суд обов'язок створення таких умов, за яких кожному учаснику судового процесу гарантується рівність у реалізації наданих процесуальних прав та у виконанні процесуальних обов'язків, визначених процесуальним законом (ч. 2 ст. 9 Закону).

Засада забезпечення доведеності вини (п. 2 ч. 2 ст. 129 Конституції України, ст. 17 КПК) взаємопов'язана з презумпцією невинуватості, яка є однією з гарантій справедливого судового розгляду в кримінальному провадженні. Згідно з ст. 62 Конституції України та ст. 17 КПК, особа вважається невинуватою у вчиненні злочину (кримінального правопорушення) і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку (порядку, передбаченому КПК) і встановлено обвинувальним вироком суду, що набрав законної сили.

Змагальність сторін та свобода в наданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості (п. 3 ч. 2 ст. 129 Конституції України) є основною засадою судочинства, яка має міжгалузевий характер. У кримінальному провадженні ця засада передбачає, зокрема, створення судом необхідних умов для реалізації сторонами їхніх процесуальних прав та виконання процесуальних обов'язків (ч. 6 ст. 22 КПК). Її реалізація забезпечується також ще однією засадою судочинства – підтриманням публічного обвинувачення в суді прокурором (п. 4 ч. 2 ст. 129 Конституції України).

Забезпечення обвинуваченому права на захист (п. 5 ч. 2 ст. 129 Конституції України, ст. 20 КПК) передбачає наділення підозрюваного і обвинуваченого законом такою сукупністю прав, реалізація яких дасть їм змогу ефективно відстоювати свої законні інтереси у кримінальному провадженні, та залучення захисника для надання правової допомоги, що у випадках, визначених законом, є обов'язковим. Уповноважені посадові особи, які здійснюють кримінальне провадження, зобов'язані роз'яснити підозрюваному і обвинуваченому їх процесуальні права, зокрема, конституційне право особи не давати показання проти себе (ч. 1 ст. 63 Конституції України), та не перешкоджати їх реалізації.

Право на професійну правничу допомогу, що є складовою частиною права на справедливий суд, проголошене у ст. 59 Конституції України та ст. 10 Закону, передбачає вільний вибір особою захисника своїх прав, а також безоплатне надання такої допомоги у випадках, передбачених законом. У ч. 1 ст. 131-2 Конституції України передбачено, що для надання професійної правничої допомоги в Україні діє адвокатура.

Гласність судового процесу та його повне фіксування технічними засобами (п. 6 ч. 2 ст. 129 Конституції України, ст. 27 КПК) гарантує сторонам у справі, що правосуддя не здійснюватиметься таємно, без публічного контролю і є важливим засобом підтримання довіри до судів. Ніхто не може бути обмежений у праві на отримання в суді усної або письмової інформації про результати розгляду його судової справи. Розгляд справи у закритому судовому засіданні допускається за вмотивованим рішенням суду виключно у випадках, визначених законом (ч. ч. 1, 5 ст. 11 Закону).

Розумні строки розгляду справи судом (п. 7 ч. 2 ст. 129 Конституції України) є однією з основних засад судочинства та

складовою частиною права на справедливий суд. Розумність строків тривалості кримінального провадження оцінюється з урахуванням складності кримінального провадження, поведінки учасників кримінального провадження та способу здійснення слідчим, прокурором і судом своїх повноважень (ч. 3 ст. 28 КПК).

Забезпечення права на апеляційний перегляд справи та у визначених законом випадках – на касаційне оскарження судового рішення (п. 8 ч. 2 ст. 129 Конституції України) є гарантією здійснення правосуддя у кримінальному провадженні. Нормами КПК визначаються об'єкт і предмет оскарження та перегляду, суб'єкти, порядок і строки оскарження, а також інші питання провадження в суді апеляційної та касаційної інстанцій.

Обов'язковість судового рішення (п. 9 ч. 2 ст. 129 Конституції України, ст. 21 КПК) передбачає необхідність виконання судових рішень, що набрали законної сили, усіма органами державної влади, органами місцевого самоврядування, їх посадовими та службовими особами, фізичними і юридичними особами та їх об'єднаннями на всій території України (ч. 2 ст. 13 Закону). Контроль за виконанням судового рішення здійснює суд (ч. 3 ст. 129-1 Конституції України) у межах повноважень, наданих йому законом (ч. 3 ст. 13 Закону). Висновки щодо застосування норм права, викладені у постановках Верховного Суду, враховуються іншими судами під час застосування таких норм права. Суд має право відступити від правової позиції, викладеної Верховним Судом, тільки з одночасним наведенням відповідних мотивів (ч. 6 ст. 13 Закону).

Таким чином, конституційно-правовими основами здійснення правосуддя у кримінальному провадженні є відповідні положення Конституції України, Закону України «Про судоустрій і статус суддів» та Кримінального процесуального кодексу України, які визначають організаційні та функціональні засади

судоустрою і судочинства, спрямовані на забезпечення права на справедливий суд.

Особливістю поняття правосуддя є взаємопов'язаність його формальних і змістовних сутнісних ознак, які дають підстави розглядати його одночасно і як діяльність, і як мету. Здійснення правосуддя передбачає справедливий процес судочинства та його справедливий результат. Правосуддя як мета судової діяльності є тотожним справедливості.

Так, О. С. Ткачук вважає: «Правосуддя може розглядатися і як мета (в цьому разі зміст правосуддя пов'язується з поняттям справедливості), і як сама діяльність для досягнення цієї мети» [7, с. 83].

Х. А. Джавадов також стверджує: «Правосуддя – це належна діяльність і необхідний її результат, який відповідає цінностям, що склалися в суспільстві» [21, с. 180]. Розділення процесу і результату здійснення правосуддя, на його думку, має штучний характер, а понятійне виокремлення статичних моментів (судових рішень) із загального контексту процесуальної діяльності є невиправданим [21, с. 179].

Погоджуючись загалом із зазначеною позицією вчених, необхідно зауважити, що правосуддя у формальному розумінні, як і будь-яка інша діяльність, має свою мету.

У наукових джерелах висловлені різні погляди щодо мети правосуддя та мети судової діяльності загалом. Так, метою правосуддя як правозастосовної діяльності визначають «охорону прав та свобод людини і громадянина, прав і законних інтересів юридичних осіб та інтересів держави» [1, с. 50]. Проте таке трактування мети правосуддя є досить широким, оскільки охорона прав та свобод здійснюється не тільки судом, а й іншими державними органами, тому потребує конкретизації відповідно до предмету діяльності суду.

Метою судової діяльності у суспільстві та державі цілком обґрунтовано вважають судовий захист [22, с. 239]. Разом із тим судовий захист визначають і як діяльність, і як результат діяльності [22, с. 239; 23, с. 19], а правосуддя розглядають як форму його реалізації [23, с. 21-22].

Беззаперечно, правосуддя як судова діяльність спрямоване на захист прав, свобод та законних інтересів осіб. Проте мета правосуддя у кримінальному процесі має особливий зміст, враховуючи специфіку галузевого предмету регулювання.

У науці кримінального процесу зміст діяльності суду зі здійснення правосуддя традиційно пов'язували з розглядом та вирішенням кримінальних справ [3, с. 4; 11, с. 9; 12, с. 281].

Враховуючи ідеологію та термінологію нового КПК, І. В. Гло-вюк обґрунтувала необхідність відмовитися від термінологічного звороту «вирішення кримінальної справи» [22, с. 480-482]. На основі аналізу наявних точок зору та положень чинного КПК вчена робить висновок: «Правосуддям є така процесуальна діяльність, кінцевим рішенням якої є вирішення питання по суті висунутого обвинувачення / підозри, твердження про вчинення особою іншого суспільно-небезпечного діяння, передбаченого законом України про кримінальну відповідальність» [22, с. 483-485].

На нашу думку, вирішення обвинувачення по суті можна розглядати як мету правосуддя у кримінальному процесі, яка реалізується в судовому провадженні судом першої інстанції.

У наукових джерелах поняття правосуддя пов'язують також із діяльністю щодо вирішення спорів (конфліктів) у суспільстві [8, с. 168], справедливим і неупередженим вирішенням судами конфліктів [4, с. 4], розглядають як засіб вирішення кримінально-правового конфлікту [20, с. 52].

М. А. Погорецький обґрунтовано визначає «вирішення соціально-правового конфлікту, що виник у зв'язку із завданням

злочином шкоди особі, суспільству та державі» метою кримінального процесу [24, с. 167]. Оскільки здійснення правосуддя у кримінальному провадженні спрямоване на досягнення мети кримінального процесу, можна погодитися, що правосуддя є засобом вирішення соціально-правового конфлікту.

Мета правосуддя у судовому процесі реалізується ухваленням законного, обґрунтованого, вмотивованого й справедливого судового рішення, що вирішує соціально-правовий конфлікт і забезпечує захист прав, свобод та інтересів осіб.

Судове рішення є втіленням позиції суду, заснованої на сприйнятті та аналізі конкретної правової ситуації (фактичних обставин), дослідженні й оцінці доказів та застосуванні норм матеріального і процесуального права. Додержання вимог законності, обґрунтованості і справедливості судового рішення дає підстави стверджувати про його правосудність та реалізацію мети правосуддя.

Отже, правосуддя як багатоаспектну категорію варто розглядати у тісному взаємозв'язку зі справедливістю, інституційними елементами права на справедливий суд, а також як процесуальну діяльність, що здійснюється судом у встановленій формі з додержанням засад судочинства, та як мету судової діяльності, що реалізується ухваленням правосудного рішення.

### **Правосуддя як основна кримінально-процесуальна функція**

У науці кримінального процесу висловлено різні думки щодо розуміння поняття кримінально-процесуальних функцій. Відомий радянський вчений М. С. Строгович визначав їх як «окремі сторони кримінально-процесуальної діяльності» [25, с. 123-124] та як «окремі види, окремі напрями кримінально-процесуальної діяльності» [26, с. 188-189].

Оригінальні і такі, що заслуговують на окрему увагу, підходи щодо розгляду поняття кримінально-процесуальних функцій були запропоновані П.С. Елькінд (як виражені у відповідних напрямках діяльності спеціальне призначення і роль її учасників) [27, с. 55] та В. С. Зеленецьким (як результат сумісної дії позиції суб'єкта і спрямованої на її реалізацію діяльності) [28, с. 20].

Варто погодитись із позицією вчених, які визначають кримінально-процесуальні функції як «виражені в законі основні напрями процесуальної діяльності» [3, с. 13], а також як «закріплені в законі основоположні підсистемні види (частини, компоненти, напрямки) кримінально-процесуальної діяльності» [29, с. 67].

У науці кримінального процесу по-різному визначають також і систему кримінально-процесуальних функцій та функції суб'єктів кримінального провадження. Поділяючи позицію тих вчених, які розглядають процесуальні функції як «закріплені в законі основні напрями кримінально-процесуальної діяльності», можна стверджувати про існування трьох основних кримінально-процесуальних функцій: обвинувачення, захисту і правосуддя.

Так, нормами ст. 22 КПК передбачено здійснення трьох функцій під час кримінального провадження: державного обвинувачення, захисту та судового розгляду. Хоча, як слушно звернуто увагу в наукових джерелах, у ст. 22 КПК не зовсім коректно зазначено про функцію «судового розгляду», яку варто було б назвати функцією «правосуддя», адже «судовий розгляд» – це традиційне найменування центральної частини кримінального процесу [22, с. 480, 488-489], один з етапів судового провадження в суді першої інстанції [30, с. 67].

Погоджуючись із висловленою аргументацією, також звернемо увагу, що найменування функції має вказувати водночас і на



процес діяльності, і на її результат. Тому було б цілком слушно у тріаді кримінально-процесуальних функцій, здійснення яких уповноваженими суб'єктами є умовою реалізації засади змагальності, зазначати функцію правосуддя, а не судовий розгляд.

На підтвердження позиції про необхідність вести мову саме про функцію правосуддя, а не про функцію судового розгляду, свідчать і положення ст. 124 Конституції України, якими проголошено здійснення правосуддя в Україні виключно судами, а також ст. ст. 127 та 129, де йдеться про здійснення правосуддя суддями. Також і у ст. 30 КПК зазначено про здійснення правосуддя у кримінальному провадженні лише судом. Тож, відповідні зміни щодо назви функції, яка виконується судом, мають бути внесені і до ст. 22 КПК.

Правосуддя, як і інші кримінально-процесуальні функції, має свої структурні характеристики.

Варто погодитися із позицією В. О. Попелюшка, який включає до поняття функції у кримінальному провадженні такі змістовні елементи: 1) суб'єкт виконання функції; 2) предмет його діяльності та її змісту; 3) мета (завдання), на досягнення якої спрямована діяльність цього суб'єкта. На думку вченого, за такою структурно-змістовною схемою у чинному КПК України вписані основні кримінальні процесуальні функції кримінального процесу України, які визначають змагальну побудову його судового провадження – функції обвинувачення, захисту та судового розгляду (правосуддя) [31, с. 146].

На відміну від інших основних кримінально-процесуальних функцій (обвинувачення та захисту), правосуддя здійснюється лише одним уповноваженим суб'єктом – судом, про що є чітка нормативно визначена вимога (ст. 124 Конституції України, ст. 30 КПК). Нормами КПК також передбачені положення щодо складу

суду, який уповноважений здійснювати судовий розгляд кримінальних проваджень одноособово, колегіально та з участю присяжних (ст. 31 КПК).

Беручи до уваги розглянуті у попередньому параграфі доктринальні визначення поняття правосуддя, можемо з'ясувати предмет діяльності суду під час здійснення функції правосуддя, її зміст та мету, на досягнення якої спрямована ця діяльність.

Враховуючи наведені позиції, можна стверджувати, що до предмету діяльності суду зі здійснення правосуддя належить встановлення обставин, що підлягають доказуванню, та інших обставин, які мають значення для кримінального провадження, шляхом дослідження доказів; кримінально-правова кваліфікація діяння; ухвалення та оформлення судового рішення. Така діяльність відбувається у судових засіданнях за участю сторін та інших учасників судового провадження, а її змістом є розгляд і вирішення у встановленому законом процесуальному порядку обвинувачення по суті.

Метою функції правосуддя у кримінальному провадженні можна вважати ухвалення законного, обґрунтованого й справедливого (правосудного) судового рішення, що вирішує соціально-правовий конфлікт і забезпечує захист прав, свобод та інтересів осіб.

Окрім зазначених елементів функції правосуддя, треба акцентувати також на передбаченій законом процесуальній формі реалізації кримінально-процесуальної функції та засобах її реалізації (повноваженнях).

Ю. М. Грошевий обґрунтовано вказував на важливість для здійснення правосуддя встановлення законом процесуальної процедури, що гарантує права і свободи особи, законність і справедливість рішень суду [14, с. 688]. Дійсно, процесуальна

форма є однією з процесуальних гарантій і має забезпечувати досягнення мети правосуддя.

Також варто зазначити, що кримінально-процесуальні функції реалізуються шляхом здійснення прав і обов'язків (повноважень) суб'єктів, які закріплені у кримінально-процесуальному законодавстві. Суд наділений повноваженнями як щодо здійснення основної функції – правосуддя, так і інших функцій, які виконуються у різних стадіях кримінального провадження.

Щоб з'ясувати межі дії функції правосуддя у кримінальному провадженні, перш за все, варто звернутися до питання про її співвідношення з функцією судового контролю.

Чимало вчених, які досліджують зазначену проблематику, не виокремлюють судовий контроль як самостійну функцію, а розглядають її як елемент правосуддя [32, с. 54-55] чи вид правосуддя [33, с. 8]. Зокрема, І. С. Дікар'єв обґрунтовує точку зору, що функція правосуддя охоплює собою не тільки діяльність суду, спрямовану на вирішення кримінальних справ по суті, а й контрольну діяльність, яка є гарантією дотримання прав і законних інтересів особи [34, с. 51].

Звичайно, є також багато прибічників обґрунтування самостійності функції судового контролю у кримінальному процесі [29, с. 63; 31, с. 151; 35, с. 27; 36, с. 19, 20; 37, с. 90; 38, с. 90].

М. Є. Савенко висловив позицію, що в досудовому провадженні роль і спеціальне призначення суду можна визначити як забезпечення здійснення правосуддя у майбутній стадії судового розгляду [12, с. 284].

Із прийняттям КПК 2012 р. у стадії досудового розслідування повноваження по здійсненню судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні покладено законом на спеціального суб'єкта – слідчого суддю

(п. 18 ч. 1 ст. 3 КПК), що дає додаткові аргументи для обґрунтування твердження про відокремленість функції судового контролю від функції правосуддя.

Заслуговує на підтримку позиція І.В. Гловюк, яка розглядає функцію судового контролю як самостійну кримінально-процесуальну функцію, що «здійснюється слідчим суддею (у досудовому провадженні) та судом (у підготовчому судовому провадженні, судовому розгляді, судово-контрольних стадіях кримінального провадження)» [22, с. 120].

На нашу думку, повноваження, які надані слідчому судді для здійснення судового контролю, спрямовані на упередження незаконного чи необґрунтованого обмеження прав і свобод особи у кримінальному провадженні, що водночас створює умови для належного здійснення правосуддя в подальшому судовому провадженні.

Про початок здійснення функції правосуддя можна стверджувати, беручи до уваги момент офіційного звернення сторони обвинувачення (прокурора) до суду з обвинувальним актом. Це покладає на суд обов'язок вирішити обвинувачення по суті у вирок, за відсутності формальних перешкод та підстав для ухвалення іншого рішення.

За нормами КПК, суд у стадії підготовчого провадження виконує повноваження щодо здійснення судового контролю (відмова в затвердженні угоди, закриття кримінального провадження, повернення обвинувального акта прокурору чи його направлення для визначення підсудності) або ж повноваження забезпечувального характеру щодо здійснення правосуддя (призначення судового розгляду на підставі обвинувального акта, вирішення питань, пов'язаних із підготовкою до судового розгляду), а в окремих випадках – функцію правосуддя

(затвердження вироком угоди про визнання винуватості чи про примирення).

У судовому розгляді під час судового провадження в суді першої інстанції відбувається з'ясування обставин та перевірка їх доказами (дослідження доказів) в обсязі й порядку, визначених ухвалою суду. За результатами судового розгляду суд ухвалює вирок, в якому вирішує обвинувачення по суті, що є актом правосуддя і реалізацією відповідної функції. Визначена КПК процесуальна форма судового розгляду в суді першої інстанції передбачає найбільш повну реалізацію функції правосуддя саме у цій стадії кримінального провадження шляхом здійснення судом повноважень щодо з'ясування обставин, що підлягають доказуванню, та інших обставин, які мають значення для кримінального провадження, і ухвалення законного, обґрунтованого і справедливого судового рішення.

У разі постановлення ухвали про закриття кримінального провадження здійснюється функція судового контролю, за винятком ухвал про закриття кримінального провадження у зв'язку зі звільненням особи від кримінальної відповідальності (за п. 1 ч. 2 ст. 284 КПК) та за п. 5 ч. 1 ст. 284 КПК, які також відносять до актів правосуддя [22, с. 487].

Разом із тим і у разі ухвалення вироку, й у разі постановлення ухвали про закриття кримінального провадження у зазначених випадках здійснюється вирішення кримінального позову та може бути досягнута мета кримінального процесу – «вирішення соціально-правового конфлікту, що виник у зв'язку із завданням злочинном шкоди особі, суспільству та державі» [24, с. 167].

Щодо стадії провадження в суді апеляційної інстанції можна погодитись із думкою О. С. Кашки, яка вважає: «За формою діяльність суду апеляційної інстанції щодо перевірки вироків та

ухвал суду першої інстанції про застосування чи відмову у застосуванні примусових заходів медичного або виховного характеру є перевіркою-контрольною, а за змістом вона може бути або здійсненням судового розгляду та вирішенням справи (правосуддям), або судового контролю» [30, с. 83].

Спірним є питання про здійснення правосуддя у стадії провадження в суді касаційної інстанції, зважаючи на перевіркою характер дій суду та нормативні обмеження щодо дослідження доказів у цій стадії (ч. 1 ст. 433 КПК). Хоча законом і передбачені відмінності у процесуальній формі касаційного розгляду, все ж таки можна стверджувати про здійснення в цій стадії функції правосуддя, оскільки тут вирішуються питання по суті обвинувачення.

Що ж до провадження за нововиявленими або виключними обставинами, то в цій стадії суд під час ухвалення нового судового рішення користується повноваженнями суду відповідної інстанції (ч. 1 ст. 467 КПК). Отже, функція правосуддя буде здійснюватися при перегляді за нововиявленими або виключними обставинами судового рішення судом першої, апеляційної чи касаційної інстанції.

### **Висновки**

Правосуддя в кримінальному провадженні – це правозастосовна діяльність суду, яка здійснюється у встановленій законом процесуальній формі з дотриманням засад кримінального провадження, спрямована на вирішення обвинувачення по суті й ухвалення законного, обґрунтованого і справедливого судового рішення.

Сутнісними ознаками правосуддя у кримінальному процесі є: 1) здійснення правосуддя лише судом; 2) правозастосовний

характер діяльності суду, яка включає: встановлення обставин, що підлягають доказуванню, та інших обставин, які мають значення для кримінального провадження; кримінально-правову кваліфікацію діяння; ухвалення та оформлення судового рішення; 3) здійснення правосуддя у встановленій законом процесуальній формі, яка передбачає проведення судового засідання з дотриманням засад кримінального провадження; 4) правосуддя є засобом вирішення соціально-правового конфлікту; 5) правосуддя є формою реалізації судового захисту в кримінальному процесі; 6) метою правосуддя є ухвалення законного, обґрунтованого і справедливого судового рішення, що вирішує обвинувачення по суті.

Правосуддя є основною кримінально-процесуальною функцією, яку здійснює суд через реалізацію у встановленій законом процесуальній формі повноважень щодо з'ясування обставин, що підлягають доказуванню, та інших обставин, які мають значення для кримінального провадження, і вирішення обвинувачення по суті з ухваленням законного, обґрунтованого і справедливого судового рішення. Функція правосуддя здійснюється у судових стадіях кримінального провадження, де вирішується питання про обвинувачення: у підготовчому судовому провадженні, судовому розгляді у першій інстанції, апеляційному та касаційному розгляді та при перегляді судових рішень за нововиявленими обставинами.

### **Список використаних джерел:**

1. Юридична енциклопедія: в 6 т. / Редкол. Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. К.: Видавництво «Українська енциклопедія» імені М.П. Бажана, 1998. Т. 5: П-С. 2003. 736 с.

2. Тимченко С.М. Судові та правоохоронні органи України: Навч. посіб. К.: Центр навчальної літератури, 2004. 304 с.
3. Альперт С.А. Субъекты уголовного процесса. Х: Нац. юрид. акад. им. Ярослава Мудрого. 1997. 60 с.
4. Коваль В.М. Апеляційні суди в Україні: становлення і розвиток: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.10. Одеса, 2004. 20 с.
5. Теорія держави і права. Академічний курс: Підручник / За ред. О.В. Зайчука, Н.М. Оніщенко. К.: Юрінком Інтер, 2006. 688 с.
6. Нестерчук Л.П. Система функцій, що здійснюють суди загальної юрисдикції України. Актуальні проблеми держави і права. 2014. Вип. 71. С. 396-402.
7. Ткачук О.С. Функції судової влади та сфера цивільного судочинства. Часопис цивільного і кримінального судочинства. 2016. № 3 (30). С. 77-96.
8. Таликін Є.А. Зміст поняття «правосуддя» у контексті функцій господарського суду. Університетські наукові записки. 2011. № 4 (40). С. 164-169.
9. Алексеев С.С. Право: азбука – теория – философия. Опыт комплексного исследования. М.: Статут, 1999. 712 с.
10. Ухвала Конституційного Суду України № 44-з від 14 жовтня 1997 року про відмову у відкритті конституційного провадження у справі за конституційним зверненням державного зовнішньоекономічного підприємства «Славутич-Сталь» щодо тлумачення статті 124 Конституції України і Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж». URL: <http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/ndf/44-z.pdf> (дата звернення: 18.01.2018).
11. Грошевий Ю. Проблеми реформування кримінального судочинства. Право України. 2009. № 2. С. 4-10.



12. Савенко М.Є. Процесуальні функції суду у кримінальному судочинстві на стадіях досудового слідства та судового розгляду. Університетські наукові записки. 2006. № 2 (18). С. 279-284.

13. Шевчук М.І. Функції суду в сучасному кримінальному провадженні України. Вісник Львівського університету. 2014. № 59. С. 370-378.

14. Грошевий Ю.М. Проблеми удосконалення законодавства, що регулює кримінально-процесуальну діяльність. Вісник Академії правових наук України. 2003. № 2/3 (33/34). С. 686-698.

15. Етимологічний словник української мови: у 7 т. / Редкол.: О.С. Мельничук (голов. ред.) та ін. К.: Наук. думка, 1983. Т. 4: Н-П / Уклад. Р.В. Болдирєв та ін.; Ред. тому: В.Т. Коломієць, В.Г. Скляренко. 2003. 656 с.

16. Бігун В.С. Філософія правосуддя: ідея та здійснення: Монографія. Київ, 2011. 303 с. (Бібліотека Міжнародного часопису «Проблеми філософії права»).

17. Рішення Конституційного Суду України № 3-рп/2003 від 30 січня 2003 року у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини третьої статті 120, частини шостої статті 234, частини третьої статті 236 Кримінально-процесуального кодексу України (справа про розгляд судом окремих постанов слідчого і прокурора). URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-03> (дата звернення: 18.01.2018).

18. Бернюков А.М., Бігун В.С., Лобода Ю.П., Малишев Б.В., Погребняк С.П., Рабінович С.П., Смородинський В.С., Стовба О.В. Правосуддя: філософське та теоретичне осмислення: Колективна монографія / Відп. ред. В.С. Бігун. К., 2009. 316 с.

19. Малишев Б.В. Судовий прецедент у правовій системі Англії: Монографія. К.: Праксіс, 2008. 344 с.

20. Лазарева В.А. Право на судебную защиту и проблемы его реализации в досудебном производстве по уголовному делу: Монография. М.: Юрлитинформ, 2010. 168 с.

21. Джавадов Х.А. Некоторые вопросы определения содержания понятия «правосудие» в контексте характеристики судебной деятельности. Часопис Київського університету права. 2014. № 2. С. 178-182.

22. Гловюк І.В. Кримінально-процесуальні функції: теорія, методологія та практика реалізації на основі положень Кримінального процесуального кодексу України 2012 р.: Монографія. Одеса: Юридична література, 2015. 712 с.

23. Шило О.Г. Теоретико-прикладні основи реалізації конституційного права людини і громадянина на судовий захисту досудовому провадженні в кримінальному процесі України: Монографія. Х.: Право, 2011. 472 с.

24. Погорецький М.А. Функціональне призначення оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі: Монографія. Х.: Арсіс, ЛТД, 2007. 576 с.

25. Строгович М.С. Природа советского уголовного процесса и принцип состязательности. Москва: Юрид. изд-во НКЮ Союза ССР, 1939. 149 с.

26. Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса: в 2-х томах. Москва: Наука, 1968. Т. 1. 470 с.

27. Элькинд П.С. Сущность советского уголовно-процессуального права. Л.: Изд-во ЛГУ, 1963. 172 с.

28. Зеленецкий В.С. Функциональная структура прокурорской деятельности: Учебное пособие. Х.: Изд-во ХЮИ, 1978. 78 с.

29. Попелюшко В.О. Функція захисту в кримінальному судочинстві України: правові, теоретичні та прикладні проблеми: Монографія. Острого: Видавництво Національного університету «Острозька академія», 2009. 634 с.

30. Кашка О.С. Повноваження суду апеляційної інстанції з перегляду судових рішень у кримінальному процесі України: Монографія / За ред. О.Ю. Костюченко. К.: Алерта, 2015. 630 с.

31. Попелюшко В. Слідчий суддя у кримінальному провадженні: процесуальний статус та процесуальні функції. Право України. 2013. № 11. С. 145-153.

32. Петрухин И.Л. Теоретические основы реформы уголовного процесса России: в 2 ч. М.: Проспект, 2004. Ч. 1. 221 с.

33. Лебедев В.М. Судебная защита свободы и личной неприкосновенности граждан на предварительном следствии: Учебное пособие. М., 2001. 158 с.

34. Дикарев И.С. Правосудие и судебный контроль в уголовном процессе: соотношение понятий. Государство и право. 2008. № 2. С. 45-51.

35. Химичева О.В. Концептуальные основы процессуального контроля и надзора на досудебных стадиях уголовного судопроизводства: Монография. М.: ЮНИТИ ДАНА, Закон и право, 2004. 287 с.

36. Зинатуллин З.З., Зезянов В.В. Судебная власть и правосудие по уголовным делам: соотношение с судебным контролем. Российский судья. 2005. № 5. С. 18-20.

37. Рябцева Е.В. Судебная деятельность в уголовном процессе России: учебное пособие. Ростов-на-Дону: Феникс, 2006. 315 с.

38. Кримінальний процес: Підручник / За ред. В.Я. Тація, Ю.М. Грошевого, О.В. Капліної, О.Г. Шило. Х.: Право, 2013. 824 с.

**Дрішлюк К.В.,**  
*старший викладач кафедри кримінального процесу  
Національного університету «Одеська юридична академія»*

## **ПРИНЦИПИ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА ТА ЗАКОННОСТІ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ**

### **Вступ**

Черговий етап судової реформи в Україні завершився прийняттям змін до процесуального законодавства, що регулює всі форми судової процесуальної діяльності, та ліквідацією старої і утворенням нової системи судів. Принципові зміни до процесуального законодавства, що відбулися, в частині визначення принципів судового провадження певною мірою лише «наздогнали» новели, що були визначені в кримінальному процесуальному законодавстві досить давно. Згідно з п. п. 1, 2 ч. 1 ст. 7 Кримінального процесуального кодексу України, зміст та форма кримінального провадження мають відповідати загальним засадам кримінального провадження, до яких, зокрема, належать: 1) верховенство права; 2) законність.

Якщо принцип законності є добре відомим у кримінальному процесі, то принцип верховенства права лише нещодавно з'явився в КПК України. Варто також зазначити, що принцип законності в Господарському процесуальному кодексі, Цивільному процесуальному кодексі, Кодексі адміністративного судочинства не визначений серед засад здійснення відповідного судочинства. Одночасно принцип верховенства права присутній у всіх процесуальних кодексах України.

У світлі прагнення України до інтеграції в європейське співтовариство реальне затвердження та дотримання дії принципу верховенства права є одним із першочергових завдань

та пріоритетів у діяльності державних органів, підприємств, установ та організацій, фізичних та юридичних осіб і особливо органів досудового розслідування, прокуратури та суду. Одночасно варто дотримуватися й принципу законності, чітко визначати його зміст та відмежовувати його від принципу верховенства права.

Кримінальне правопорушення є негативним соціальним явищем, в результаті якого завдається шкода як інтересам суспільства і держави, так і приватним інтересам певної юридичної чи фізичної особи.

За ст. 8 КПК України, кримінальне провадження здійснюється з додержанням принципу верховенства права, відповідно до якого людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Принцип верховенства права у кримінальному провадженні застосовується з урахуванням практики Європейського суду з прав людини.

Суд як державний орган, на який покладена функція вирішення всіх правових спорів у державі, є головним органом, який здатний і має захищати права й інтереси всіх без винятку осіб в Україні. Саме суд є органом, який надає остаточну оцінку діям або бездіяльності конкретної особи, вирішує питання про наявність у таких діях або бездіяльності складу кримінального правопорушення та інші питання, пов'язані з призначенням покарання, звільненням від відповідальності тощо. У контексті судової діяльності в кримінальному процесі особливої уваги набуває саме ч. 2 ст. 8 КПК України, в частині застосування і урахування практики Європейського суду з прав людини.

Одночасно принцип законності, що визначений у ст. 9 КПК України, передбачає, що під час кримінального провадження суд,

слідчий суддя, прокурор, керівник органу досудового розслідування, слідчий, інші службові особи органів державної влади зобов'язані неухильно додержуватися вимог Конституції України, цього Кодексу, міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, вимог інших актів законодавства. І хоча зміст принципу законності цим положенням не вичерпується, дотримання приписів законодавства під час здійснення правосуддя має вирішальне значення не тільки для майбутнього конкретної особи, але також й для авторитету судової влади та держави загалом.

У зв'язку з цим набуває актуальності питання дослідження змісту принципів верховенства права та законності в кримінальному судочинстві, визначення особливостей їх застосування, що сприятиме реалізації державних функцій охорони та захисту прав та інтересів особи, що залучається до кримінального провадження.

### **Принципи права від теорії права до кримінального процесу**

Згідно зі ст. 124 Конституції України, юрисдикція судів поширюється на будь-який юридичний спір та будь-яке кримінальне обвинувачення. У передбачених законом випадках суди розглядають також інші справи [1].

За чинним Кримінальним процесуальним кодексом України, завданнями кримінального провадження є захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, а також забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду, щоб кожен, хто вчинив кримінальне правопорушення, був

притягнутий до відповідальності мірою своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений, жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу і щоб до кожного учасника кримінального провадження була застосована належна правова процедура (ст. 2 КПК України) [2].

Питання про принципи процесуального права є одним із центральних у багатьох галузях права, як у вітчизняній, так і зарубіжній правовій науці. Так, серед досягнень юридичної науки в цьому напрямі варто виділити роботи таких відомих правників, як Ю. П. Аленін, М. І. Гошовський, І. В. Гловюк, Ю. М. Groшевий, М. М. Михеєнко, В. Т. Нор, М. С. Строгович, В. Т. Маляренко, Т. І. Присяжнюк, а також учених-правників в інших галузях права О. А. Беяневич, Ю. В. Білоусова, О. М. Вінник, В. М. Дем'яка, О. В. Дзери, Л. Є. Зуєвої, Н. С. Кузнецової, С. О. Короеда, О. П. Подцерковного, Д. М. Притики, В. С. Щербини тощо.

Термін «принцип» (лат. *principes* – главенство, первоначало) набув багатьох значень. Разом із тим, перш за все, він сприймається та трактується як керівна ідея, первинна ідея якої-небудь теорії, вчення, основне правило діяльності [3, с. 28].

На думку В. Л. Синюкова, під принципами права розуміються основні, вихідні положення, ідеї права як специфічного соціального регулятора. Принципи права можна розглядати як найважливіші, ключові установки законодавця, що виражають юридичну політику держави в основних сферах суспільних відносин. Принципи права визначають устрій і механізм функціонування конкретних галузей та інститутів права [4, с. 66].

У найбільш загальному вигляді фахівці у галузі теорії права принципи права визначають як керівні засади (ідеї), які визначають зміст і спрямованість правового регулювання суспільних відносин. При цьому зазначається, що значення

принципів права полягає у тому, що вони в стислому вигляді концентровано відображають найсуттєвіші риси права, є його квінтесенцією, «обличчям» [5, с. 27].

У теорії юридичної науки під принципами права розуміють загальнообов'язкові вихідні нормативно-юридичні положення, що відрізняються універсальністю, загальною значимістю, вищою імперативністю, визначають зміст правового регулювання і виступають критерієм правомірності поведінки і діяльності учасників урегульованих відносин. Принципи права по своїй сутності є узагальненим відображенням об'єктивних закономірностей розвитку суспільства, ідеологічною основою походження, утворення, становлення і функціонування правових явищ. Вони визначають нормотворчу і правозастосовчу діяльність, координують функціонування механізму правового регулювання, є критеріями оцінки правомірності (правової природи) рішень органів державної влади і дій громадян, формують правове мислення і правову культуру, зміцнюють систему права. Принципи права виникають за наявності відповідних об'єктивних умов, мають історичний характер або відображають результати раціонального, наукового осмислення закономірностей розвитку об'єктивної дійсності. Принципи права можна розглядати, як правові орієнтири суб'єктів права, зміст правових норм або їхніх груп, вимоги правового регулювання, правові цінності тощо. Принципи права у формально-юридичному аспекті знаходять висвітлення в нормах права, завдяки їхньому формулюванню в статтях нормативно-правових актів або деталізації в групі норм права [29, с. 134].

Під принципами господарського процесу розуміють основні засади (загальні керівні положення), що визначають характер



організації господарського суду та його діяльності щодо здійснення правосуддя в господарських відносинах [6, с. 23].

Принципи цивільного процесуального права – це основні ідеї, положення, керівні основи з питань здійснення правосуддя у цивільних справах, які закріплені нормами цієї галузі [7, с. 31].

Роль принципів права визначена тим, що вони забезпечують одноманітне формулювання норм права, а також здійснюють інформаційний, ціннісно-орієнтаційний, психологічний, системоутворюючий їх вплив на суспільні відносини у формі правового регулювання. Крім того, принципи права безпосередньо впливають на виникнення, розвиток, зміну та припинення конкретних правовідносин, а також закріплюють природні права людини. Системоутворююче значення принципів права виявляється у тому, що у сучасних правових системах вони відіграють роль проміжної ланки від суспільних відносин до правового регулювання [30, с. 12].

В юридичній літературі висловлена точка зору, що принципи кримінального процесу – це основні, керівні засади, що мають нормативно-правовий характер. Вони відображають найбільш істотні сторони кримінального судочинства, його завдання, характер і систему процесуальних форм, стадій і інститутів [31, с. 88; 32, с. 1; 33, с. 22].

На думку М. С. Строговича, основними принципами кримінального процесу є такі найважливіші та визначальні правові положення, на яких побудований радянський кримінальний процес, які характеризують радянський кримінальний процес як дієвий засіб активної боротьби з кримінальними посяганнями. І хоча у відповідному курсі М. С. Строгович окремо не характеризує принцип законності чи верховенства права він відзначає, що у

принципах кримінального процесу виражається соціалістична законність [8, с. 125].

Тертишник В. М. визначає принципи кримінального процесу як найзагальніші положення, правила поведінки, головні ідеї, начала, що визначають зміст та сутність діяльності суб'єктів процесу, процесуальну форму здійснення правосуддя, створюють систему гарантій установлення істини, захисту прав і свобод людини та забезпечення справедливості правосуддя та отримали закріплення в законі, звернення своїми правовими вимогами до всіх учасників процесу, мають загальнообов'язковий характер, забезпечується заходами процесуального примусу і мають правовий механізм реалізації [9, с. 83].

М. М. Михеєнко дає таке визначення принципів кримінального процесу: це закріплені в законі панівні в державі політичні та правові ідеї щодо завдань і способу здійснення судочинства в кримінальному провадженні [10, с. 168].

На думку Т. Н. Добровольської, принципи кримінального судочинства – це зумовлені суспільним і державним устроєм, а також закріплені законодавством основні вихідні положення, що окреслюють сутність організації та діяльності державних органів із порушення, розслідування, розгляду та вирішення кримінальних справ [11, с. 16].

Інші автори трактують принципи кримінального процесу як: закріплені у правових нормах положення, що визначають найбільш важливі сторони і напрями діяльності органів слідства, прокуратури і суду, а також зміст всіх інших норм кримінально-процесуального права [34, с. 48]; закріплені в конституційному і процесуальному законодавстві основні правові ідеї, що визначають побудову кримінального процесу, його сутність і демократизм [35, с. 49; 36, с. 58].

Видається, що, незважаючи на певне різноманіття поглядів на принципи права, кримінального процесуального права зокрема, визначення їх як основних ідей, що визначають зміст та особливості діяльності суб'єктів кримінального процесу, не викликає заперечень.

Усі принципи кримінального процесу є взаємопов'язаними і являють собою єдину систему, направлену на реалізацію загальних завдань кримінального судочинства (на сьогодні провадження – *К. Д.*), які сформульовані в ст. 2 Кримінально-процесуального кодексу України. Саме через досягнення цих завдань варто оцінювати ефективність кожного з принципів та взаємозв'язок між ними [37, с. 489].

У літературі висловлена й інша позиція, зокрема М. П. Давидов, розуміє під системою принципів, насамперед, їхню сукупність і порядок розташування [38, с. 4].

А. В. Агутін і С. С. Єрашов вважають: «Система принципів кримінального процесу – це функціонування взаємодіючих принципів кримінального процесу і їхніх зв'язків, один з одним та із середовищем функціонування, наділених певними властивостями» [39, с. 58].

А. В. Гриненко відзначає, що система кримінально-процесуальних засад (принципів) – це інтегровані в структурно упорядковану єдність нормативні розпорядження, що наділені порівняною самостійністю, стабільністю, автономністю функціонування і можливістю взаємодії з іншими елементами усередині системи й інших правових систем із метою найбільш повного врегулювання питань, що виникають у зв'язку з порушенням, розслідуванням, розглядом і вирішенням кримінальних справ [40, с. 182].

Не вдаючись детально до питання про систему або класифікацію принципів кримінального процесу, видається, що їх побудова відображає таку сучасну їх систему, де прослідковується не тільки їх взаємозв'язок і вплив на діяльність суб'єктів кримінального провадження, але також і певне їх розташування за значимістю, де принципи верховенства права та законності є визначальними у діяльності вищезазначених суб'єктів.

### **Принцип верховенства права в кримінальному провадженні**

Ст. 8 Конституції України визначає, що в Україні визнається і діє принцип верховенства права. Конституція України має найвищу юридичну силу. Закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і мають відповідати їй.

На думку А. В. Кочури, в суспільстві мають існувати правові норми, яких дотримують всі суб'єкти, зокрема й держава. А тому цей аспект верховенства права передбачає виконання ряду таких вимог: по-перше, у суспільстві має існувати система права як сукупність норм (ані зміст, ані зовнішня форма матеріалізації яких не має принципового значення); по-друге, ці норми мають бути зрозумілими, чіткими, ясними і несуперечливими; по-третє, вказані норми права мають бути доступними і зазвичай не мати зворотної дії у часі; по-четверте, право має бути розумно стабільним, а правотворчість послідовною; по-п'яте, має існувати усталена практика реалізації норм права, що підтримується гарантією їх однакового застосування [41, с. 163-165]. Таким чином, у разі визначення принципу верховенства права відповідно до цієї концепції, не має значення його змістовна характеристика, навпаки, на перший план виходить саме формальна сторона

названого принципу, що, по суті, зводить право до закону. Другий, матеріальний аспект верховенства права, навпаки, полягає у тому, що мають існувати доволі чіткі змістовні стандарти, які визначають сутність позитивного права. Основними вимогами цього аспекту є те, що норми права мають відповідати стандартам основоположних прав і свобод людини та громадянина, а також загальним засадам права і іншим принципам природного права [41, с. 167-169]. Інакше кажучи, щоб якийсь закон був легітимним, він обов'язково має відповідати певним засадам моралі та справедливості. А самі критерії моральної справедливості та добра жодним чином не залежать від позитивного права [42, с. 516].

На думку П. М. Рабіновича, принцип верховенства права не тотожний принципу верховенства закону. Відмінність між ними пов'язана з розбіжністю у розумінні права і закону. Принцип верховенства закону є більш конкретним. Панування закону означає, насамперед, верховенство правового закону, бо не кожен закон є таким. Відповідність змісту закону праву є ще однією ознакою принципу верховенства права, важливим показником правової держави [14, с. 212].

Одні дослідники вважають, що під верховенством права треба розуміти панування права, пріоритетність у суспільстві, насамперед, прав людини [15, с. 12], другі – це кодекс правил, які легітимізовані суспільством і базуються на досягнутому рівні соціальної етики [16, с. 3], треті вважають ідеальною характеристикою принципу верховенства права верховенство розуму [17, с. 15].

Ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод закріплює право на справедливий суд. У ч. 1 цієї статті встановлено, що кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і

безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру або встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення. Судове рішення проголошується публічно, але преса і публіка можуть бути не допущені в зал засідань протягом усього судового розгляду або його частини в інтересах моралі, громадського порядку чи національної безпеки в демократичному суспільстві, якщо того вимагають інтереси неповнолітніх або захист приватного життя сторін, або тією мірою, що визнана судом суворо необхідною, – коли за особливих обставин публічність розгляду може зашкодити інтересам правосуддя [18, с. 358].

У тому значенні, в якому його варто розуміти, «*rules of law*» («верховенство права») є невід'ємною частиною будь-якого демократичного суспільства. У рамках цього поняття вимагається, щоб усі, хто наділений повноваженнями ухвалювати рішення, ставилися до кожного з виявом поваги, на основі рівності та розумності й відповідно до закону, і щоб кожен мав змогу оскаржити незаконність рішень у незалежному та безсторонньому суді, де кожен має бути забезпечений справедливими процедурами. Отже, предметом верховенства права є здійснення влади і стосунки між особою та державою. Варто також зазначити про необхідність відмежування цього принципу від принципу законності та верховенства закону. До речі, в цьому ж джерелі зазначалося про певне спотворення принципу верховенства права і ототожнення з верховенством закону або заміною на владарюванням за законом та ін. Стосовно необхідності відмежування верховенства права від верховенства закону варто також зазначити підходи, вироблені ОБСЄ, серед яких верховенство права треба відмежовувати від формальної законності, яка забезпечує введення і дотримання

демократичних процедур у суспільстві, але означає також справедливість, засновану на сприйнятті людини як найвищої цінності і гарантуванні інститутами держави її найповнішого розвитку [19, с. 173].

У рішенні Конституційного Суду України від 2 листопада 2004 р. зазначено: «Верховенство права – це панування права в суспільстві. Верховенство права вимагає від держави його втілення у правотворчу та правозастосовну діяльність, зокрема, у закони, які за своїм змістом мають бути просякнуті, передусім, ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо. Одним із проявів верховенства права є те, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема, норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства. Усі ці елементи права об'єднуються якістю, що відповідає ідеології справедливості, ідеї права, яка значною мірою дістала відображення в Конституції України» [43].

Як зазначає В. Г. Гончаренко, засада верховенства права не має конкретного нормативного наповнення етико-правовою вимогою справедливості в регулюванні суспільних відносин. Намагання законодавця в ст. 8 КПК України дати принципу верховенства права визначення правової основи, відповідно до якої людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави, є нічим іншим, як відтворенням ст. 3 Конституції України, яка ніяк не кореспондується зі ст. 8 цієї ж Конституції, в якій зазначається: «В Україні визнається і діє принцип верховенства права». Крім того, в ч. 2 ст. 8 КПК України недвозначно вказується, що принцип верховенства права у кримінальному провадженні застосовується з урахуванням практики Європейського Суду з прав людини, а ми

вже встановили, що справедливість судового розгляду, як уособлення засади верховенства права, в інтерпретації Європейського Суду з прав людини передбачає дотримання принципу рівності процесуальних засобів сторін. Посилання на верховенство права як засаду кримінального провадження в змагальному процесі можливе лише для загальної характеристики досудового розслідування чи судового розгляду, яка матиме емоціонально-етичний вимір, що без обґрунтування наявності конкретних заборонених законом порушень сторонами чи судом, особливо в плані будь-яких проявів нерівності обвинувачення і захисту, не може тягти за собою ніяких юридичних суттєвих наслідків [20, с. 6].

На думку Т. І. Фулей, важливо усвідомлювати, що принцип верховенства права охоплює не лише змістовний аспект (правового відношення між людиною і державою на засадах визнання людини вищою соціальною цінністю), але й процедурний аспект, який базується на вимогах відповідності правотворчої та правозастосовної практики певним стандартам, як-от: заборона зворотної дії закону, вимога ясності та несуперечності закону, вимога щодо однакового застосування закону, застосування покарання виключно на підставі закону та ін [21, с. 10].

### **Співвідношення принципу законності**

#### **та верховенства права в кримінальному провадженні**

Якщо абстрагуватися від приватних, пов'язаних із типом праворозуміння, розбіжностей у численних дефініціях, законність розуміють як фундаментальну юридичну категорію, що є критерієм правового життя суспільства і громадян. Це «комплексне політико-правове явище, що відображає правовий



характер організації суспільного життя, органічний зв'язок права і влади, права і держави» [22, с. 274]; законність також розглядають як «принцип, метод та режим суворого, неухильного дотримання, виконання норм права всіма учасниками суспільних відносин» [23, с. 209]. У законності концентровано виражена властивість права щодо протистояння сваволі у процесі впорядкування суспільних відносин [24, с. 156].

М. В. Баглай і В. О. Туманов визначають законність як неухильне дотримання конституції і законів, а також виданих відповідно до них інших правових актів усіма органами державної влади, місцевого самоврядування, посадовими особами, громадянами та їх об'єднаннями [25, с. 167].

Принцип законності визначається, по-перше, тим, що суд у своїй діяльності при вирішенні справ повинен правильно застосовувати норми матеріального права до конкретних правовідносин. По-друге, здійснення правосуддя неможливе без додержання норм процесуального права. Вся діяльність суду підпорядкована чинному процесуальному законодавству і здійснюється у визначеному ним процесуальному порядку. Прийняте судом рішення по справі має бути законним і обґрунтованим [26, с. 22].

Визначаючи поняття і сутність законності як загальної засади кримінального провадження законодавець зобов'язує суд, слідчого, суддю, прокурора, керівника органу досудового розслідування, слідчого, інших службових осіб органів державної влади дотримуватися вимог міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України (ч. 1 ст. 9 КПК України), зокрема і Конвенції [27, с. 7].

Єдність справедливості й законності в кримінальному провадженні виражається в тому, що вони мають загальну нормативну природу, входять у єдину систему, урегульовану

соціальними нормами, формуються в рамках того самого суспільства і є регуляторами суспільних відносин у кримінальному провадженні, визначаючи межі дозволеного й обов'язкового, створюють умови, які становлять основи для кримінального провадження на принципах гуманізму, дотримання прав і свобод людини [20, с. 7].

Як принцип права законність є основоположною загальноприйнятою нормою імперативного характеру, що втілюється в безперечних вимогах правомірної діяльності та поведінки, які висуваються до державних органів, суспільних організацій, юридичних осіб та громадян. Принцип законності включає в себе принцип верховенства права, який закріплений у ст. 8 Конституції України: «В Україні визнається і діє принцип верховенства права. Конституція України має найвищу юридичну силу. Закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції і мають відповідати їй». Принцип законності має ширше значення, оскільки включає в себе не стільки ієрархію нормативно-правових актів, скільки необхідність дотримання громадянами, юридичними особами та посадовими особами правил поведінки, встановлених Конституцією, законами України й іншими нормативно-правовими актами відповідно до їхньої юридичної сили. Цей принцип має першочергове значення для процесуального права, оскільки здійснення правосуддя є найбільш поширеною формою правозастосування в державі [12, с. 19].

На думку Л. В. Мединської, ст.ст. 8 та 9 КПК України визначають засади верховенства права та законності як загальні засади кримінального провадження. Вказані принципи є загальноправовими, однак у кримінальному судочинстві вони мають специфічний зміст. Аналізуючи законодавчий зміст обох засад, варто зазначити, що законність є обов'язковим елементом

принципу верховенства права. Крім законності, виділяють ще й такі обов'язкові елементи як: 1) правова визначеність; 2) заборона на свавілля; 3) доступ до правосуддя, забезпечений незалежними та неупередженими судами; 4) дотримання прав людини; 5) недискримінація та рівність перед законом. Крім того, практика Європейського суду з прав людини, про врахування якої йдеться як у ч. 2 ст. 8, так і в ч. 5 ст. 9 КПК України, є складовою частиною як принципу верховенства права, так і законності. Незважаючи на багатогранність та складність поняття «верховенство права», усі визначення зводяться до пріоритетності прав людини, особливо у кримінальному провадженні, оскільки саме в цій сфері вони можуть бути суттєво обмежені. Саме на це намагався звернути увагу законодавець, закріплюючи принцип верховенства права як загальну засаду кримінального провадження. У той же час сфера діяльності законності як засади також надзвичайно широка. Вона стосується всіх стадій кримінального процесу, всіх його суб'єктів, поширюється на всі дії і процесуальні рішення, пронизує всі інші засади і сприяє їх фактичній реалізації, забезпечуючи при цьому пріоритетність прав людини [13, с. 483].

Визначаючи сутність та побудову всієї правової системи, принцип верховенства права є базовим принципом і для кримінального процесу. Тим не менш кримінальний процес являє собою специфічну правоохоронну діяльність, яка здійснюється спеціально уповноваженими на те органами та виникає у зв'язку зі злочином, який відбувся або готується, при виявленні ознак злочину. А тому важливо зазначити, що діяльність органів дізнання, слідства, прокуратури та суду може бути повноцінною лише за умови наявності різноманітних засобів впливу на поведінку суб'єктів, що залучаються до провадження по

кримінальній справі, зокрема можливості обмеження конституційних прав і свобод осіб, у випадках, передбачених законом. А це означає, що реалізація принципу верховенства права вимагає такої побудови системи кримінального процесу, за якої встановлюється оптимальний режим розслідування і судового розгляду та вирішення кримінальних справ, що одночасно забезпечує як захист прав особи, так і дієвість правових заходів боротьби зі злочинністю. Існування цього оптимального режиму забезпечується за допомогою системи процесуальних гарантій, однією зі складових частин якої є процесуальна форма [42, с. 517].

Порівняння концепцій верховенства права і законності приводить до висновку, що законність, на відміну від верховенства права, зосереджено на формальному аспекті – відповідності дій (актів) закону. Останніми роками науковці намагаються подолати цю однобічність законності за допомогою ідеї правозаконності. Зазначено, що ідея правозаконності означає безумовний пріоритет права стосовно влади і держави. Зрозуміло, що це зближує її з концепцією верховенства права. Верховенство права і законність є взаємодоповнюючими правовими феноменами. Закон є владою держави, а право є владою народу через управління державою. Не викликає жодного сумніву, що верховенство права може бути практично реалізовано тільки тоді, коли правові закони поєднані з певною формою організації державної влади. Ця взаємна зумовленість пояснюється тим, що навіть найкращі й найдосконаліші закони мають реалізовуватися і супроводжуватися існуванням таких механізмів, які стали би запобіжними заходами щодо можливості прийняття «неправових» законів [44, с. 9].

## Висновки

Проведене дослідження дає змогу стверджувати, що принципи верховенства права та законності є одними з найбільш важливих принципів кримінального процесу, що пояснюється не тільки розташуванням їх у системі принципів в ст. 7 КПК України, але також увагою, яку приділяє Європейський Суд із прав людини зазначеним принципам, особливо в контексті дотримання ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. Видається, що зміст зазначених принципів є різним і їх не можна ототожнювати. З точки зору завдань кримінального процесу верховенство права під час здійснення кримінальної процесуальної діяльності означає здійснення своїх функцій всіма її суб'єктами у дусі визнання людини вищою соціальною цінністю, поваги до неї. Принцип законності передбачає здійснення функцій суб'єктами кримінальної процесуальної діяльності з дотриманням чинного законодавства у суворій відповідності до процедур, що встановлені законом. Інші принципи кримінального судочинства мають узгоджуватися з вищезазначеними принципами та враховувати їх визначальний для всієї галузі зміст. Не можна підмінювати зміст одного принципу іншим та виправдовувати домінування принципу законності необхідністю дотримання суворої кримінальної процесуальної форми. З тих самих міркувань видається неправильним применшувати значення принципу верховенства права через його нібито абстрактність, ототожнення з моральними засадами справедливості та доцільність існування тільки через призму рішень Європейського Суду з прав людини.

### **Список використаних джерел:**

1. Конституція України від 28.06.1996 р. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.
2. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13.04.2012 р. Відомості Верховної Ради України. 2013. № 9-13. Ст. 88.
3. Вязов А.Л. Принцип справедливости в современном российском праве и правоприменении (теоретико-правовое исследование) [Текст]: дис. ...канд. юрид. наук. 12.00.01 / В.Л. Вязов. М., 2001. 191 с.
4. Синюков В.Н. Понятие и принципы права: Курс лекций по теории государства и права [Текст] / Под ред. Н.Т.Разгельдеева и А.В. Малько. Саратов, 1993. Ч. 1. 356 с.
5. Сидоренко М.В. Судовий захист цивільного права та інтересу як загальна засада цивільного законодавства України: дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.03. Одеса, 2011. 212 с.
6. Господарське процесуальне право України: підручник / За ред. О.І. Харитонової. К., 2009. 360 с.
7. Юдельсон К.С. Советский гражданский процесс. М.: Юридическая литература 1956. 234 с.
8. Строгович М.С. Курс радянського кримінального процесу. Т. І. М., 1968. 468 с.
9. Тертишник В.М. Кримінально-процесуальне право. К., 2003. 1120 с.
10. Михеєнко М.М. Кримінальний процес України. К., 1999. 536 с.
11. Добровольская Т.Н. Принципы советского уголовного процесса. М.: Юрид. лит., 1971. 138 с.
12. Цивільний процес України: Підручник. Х., 2012. 496 с.
13. Мединська Л.В. Система засад кримінального провадження за новим КПК України. Правове життя сучасної України:

матеріали Міжнар. наук. конф. проф.-викл. та аспірант. складу (м. Одеса, 16–17 травня 2013 р.) / відп. за вип. В.М. Дрьомін; НУ «ОЮА». Півд. регіон. центр НАПрН України. Одеса: Фенікс, 2013. Т. 2. С. 483-485.

14. Рабінович П.М. Верховенство права. Юридична енциклопедія: в 6 томах. К.: Українська енциклопедія, 1998. С. 212-213.

15. Рабінович П.М. Права людини і громадянина у Конституції України (до інтерпретації вихідних конституційних положень). Х.: Право, 1997. С. 12.

16. Заєць А.П. Принцип верховенства права (теоретично-методологічне обґрунтування). Вісник Академії правових наук України. 1998. № 1. С. 3-7.

17. Шевчук С. Основи конституційної. К.: Український центр правничих студій, 2001. 214 с.

18. Трегубов Е.Л. Право на справедливий суд у практиці Європейського суду прав людини. Форум права. 2010. № 1. С. 358–363. URL: <http://www.nbu.gov.ua/e-journals/FP/2010-1/10telzpl.pdf>.

19. Верховенство права (Доповідь схвалена Венеціанською Комісією на 86 пленарному засіданні 25-26 березня 2011 р.). Право України. 2011. № 10. С. 170-181.

20. Гончаренко В.Г. Засади верховенства права та законності кримінального провадження в плані здійснення захисту. Вісник академії адвокатури України. 2013. № 3 (28). С. 6-7.

21. Фулей Т.І. Застосування практики Європейського суду з прав людини при здійсненні правосуддя: Науково-методичний посібник для суддів. 2-ге вид. випр., допов. К., 2015. 208 с.

22. Бобровник С.В. Законність. Великий енциклопедичний юридичний словник / За ред. акад. НАН України Ю.С. Шемшученка. К.: Юридична думка, 2007. С. 274.

23. Теория права и государства: Учебник / Под ред. В.В. Лазарева. М.: Новый юрист, 1996. 345 с.

24. Явич Л.С. Сущность права. Л.: Изд-во ЛГУ, 1985. 215 с.

25. Баглай М.В. Малая энциклопедия конституционного права [Текст] / М.В. Баглай, В.А. Туманов. М.: БЕК, 1998. 519 с.

26. Цивільний процес: навч. посібник / А.В. Андрушко, Ю.В. Білоусов, Р.О. Стефанчук, О.І. Угриновська та ін. За ред. Ю.В. Білоусова. К., 2006. 293 с.

27. Зеленський С.М. Утвердження принципів верховенства права і законності у кримінальному судочинстві України. Часопис національного університету «Острозька академія». Серія Право. 2012. № 2 (6). С. 7.

28. Гончаренко В.Г. Засади верховенства права та законності кримінального провадження в плані здійснення захисту. Вісник академії адвокатури України. 2013. № 3 (28). С. 7–11.

29. Лазарев В.В. Общая теория права и государства. М., 1999. 232 с.

30. Зуєва Л.Є. Принципи господарського процесу: дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.04. Одеса, 2012. 197 с.

31. Уголовный процесс: Учебник для вузов / Под общей ред. проф. П.А. Лупинской. М., 1995. 368 с.

32. Ларин А.М., Мельникова Э.Б., Савицкий В.М. Уголовный процесс России. Лекции-очерки / Под ред. проф. В.М. Савицкого. М., 1997. 314 с.

33. Маляренко В.Т. Конституційні засади кримінального судочинства. К., 1999. 318 с.



34. Советский уголовный процесс / Под ред. М.И. Бажанова и Ю.М. Грошевого. К., 1978. 471 с.

35. Уголовный процесс: Учебник для студентов юридических вузов и факультетов / Под ред. К.Ф. Гуценко. М., 1996. 259 с.

36. Уголовный процесс / Под ред. В.П. Божьева. М., 1997. 311 с.

37. Кузнецова Н.В. Принципы российского уголовного процесса: система, взаимосвязь и пределы. Пятьдесят лет кафедре уголовного процесса УрГЮА (СЮИ): Материалы Международ. науч.-практ. конф. В 2-х ч. Екатеринбург, 2005. Ч. 1. С. 489-494.

38. Давыдов М.П. Принципы советского уголовного процесса. Свердловск, 1957. 52 с.

39. Агутин А.В., Ерашов С.С. Понятие, структура и свойства системы принципов Российского уголовного процесса. Адвокатская практика. 2000. № 3. С. 58-62.

40. Гриненко А.В. Система принципов и цель производства по уголовному делу. Правоведение. 2000. № 6. С. 182-186.

41. Погребняк С.П. Основоположні принципи права (змістовна характеристика): монографія. Х.: Право, 2008. 240 с.

42. Кочура А.В. Принцип верховенства права як базовий принцип кримінального процесу. Форум права. 2010. № 4. С. 516-521. URL: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2010-4/10kavpkr.pdf>.

43. Рішення Конституційного Суду України від 2 листопада 2004 року № 15-рп у справі про призначення судом більш м'якого покарання. Офіц. вісн. України. 2004. № 45. Ст. 2975.

44. Савенко Д.Л. Верховенство права і законність в організації та діяльності прокуратури України: загальнотеоретичне дослідження: автореф. дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.01. Одеса, 2015. 20 с.

## **АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ СУБ'ЄКТІВ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ**

***Галаган В.І.,***

*доктор юридичних наук, професор,  
завідувач кафедри кримінального та кримінального  
процесуального права*

*Національного університету «Києво-Могилянська академія»*

***Калачова О.М.,***

*кандидат юридичних наук, доцент,  
детектив*

*Національного антикорупційного бюро України*

### **ПРОЦЕСУАЛЬНЕ УНОРМУВАННЯ ДІЯЛЬНОСТІ КЕРІВНИКА ДИПЛОМАТИЧНОГО ПРЕДСТАВНИЦТВА ЧИ КОНСУЛЬСЬКОЇ УСТАНОВИ УКРАЇНИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ**

#### **Вступ**

Кримінальний процесуальний кодекс (КПК) України від 13 квітня 2012 р., що набрав чинності 20 листопада 2012 р., не лише істотно змінив процесуальну форму кримінального провадження в Україні, а й містить нові положення, що раніше не були врегульовані на рівні окремих розділів чи глав. Зокрема, у ст. ст. 519-523 глави 41 КПК України звернено особливу увагу на диференціацію процесуальної форми кримінального провадження на території дипломатичних представництв, консульських установ України, на повітряному, морському чи річковому судні, що перебуває за межами України під прапором або розпізнавальним знаком України, якщо це судно приписано до порту, розташованого

в Україні [1]. Специфіка процесуальної діяльності з розслідування кримінальних правопорушень за цих умов очевидна – у КПК України має бути чітко визначено, який орган чи службова особа, крім слідчого і прокурора, уповноважені приймати рішення щодо початку кримінального провадження, проведення окремих процесуальних дій, у тому числі тих із них, що передбачають складання погодженого з прокурором клопотання перед слідчим суддею, залучення захисника та інших осіб до участі у провадженні, здійснення заходів процесуального примусу, прийняття проміжних чи підсумкових процесуальних рішень за матеріалами кримінального провадження. На жаль, більшість серед зазначених питань щодо діяльності керівника дипломатичного представництва чи консульської установи України за кордоном залишилися або неврегульованими, або суперечливими і такими, що не узгоджуються з окремими нормами КПК України, іншими нормативно-правовими актами України. Тож метою статті є аналіз процесуальних норм, що врегульовують кримінальну процесуальну діяльність службових осіб, уповноважених на вчинення процесуальних дій на території дипломатичного представництва чи консульської установи України, та обґрунтування пропозицій щодо вдосконалення норм КПК України з цих та інших нагальних питань.

### **Суб'єкти здійснення кримінального провадження на території дипломатичного представництва чи консульської установи України**

Найважливішим питанням, що потребує свого вирішення, є законодавче визначення, яка саме службова особа уповноважена *розпочати* досудове розслідування кримінального правопорушення на території дипломатичного представництва чи

консульської установи України за кордоном. Для відповіді на нього, насамперед, підлягає ґрунтовному аналізу ст. 520 КПК України, в якій визначені окремі процесуальні повноваження керівника дипломатичного представництва чи консульської установи України. Зі змісту цієї статті вбачається, що вказана службова особа уповноважена негайно провести необхідні процесуальні дії після того, як із заяви, повідомлення, самостійного виявлення або з іншого джерела їй стали відомі обставини, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення (ч. 1 вказаної статті); застосувати заходи забезпечення кримінального провадження у вигляді тимчасового вилучення майна (пункт 1 ч. 2 ст. 520 КПК України); провести слідчі (розшукові) дії у вигляді обшуку житла чи іншого володіння особи і особистого обшуку без ухвали суду, огляду місця вчинення кримінального правопорушення в порядку, передбаченому цим Кодексом (пункт 2 ч. 2 ст. 520 цього Кодексу).

Системне дослідження ч. ч. 1 та 2 ст. 520 КПК України та аналіз їх співвідношення з іншими нормами цього Кодексу, положеннями нормативно-правових актів у сфері кримінального провадження свідчать про наявність низки питань, що потребують свого детального врегулювання.

Зокрема, у разі вчинення щодо працівників закордонної дипломатичної установи України<sup>1</sup>, наприклад, умисного завдання тілесних ушкоджень (ст. ст. 121, 122, 125 Кримінального кодексу (КК) України, захоплення заручників (ст. 147 КК України), умисного знищення або пошкодження майна (ст. 194 КК України) або погрози знищення майна (ст. 195 КК України), хуліганства (ст. 296 КК України), наруги над державними символами (ст. 338

---

<sup>1</sup> Саме такий термін вживається у ст. 1 Закону України «Про дипломатичну службу» – закордонні дипломатичні установи України – дипломатичні представництва та консульські установи України в інших державах, представництва при міжнародних організаціях. Цей термін в межах статті будемо вживати як синонім використаного в КПК України поняття «дипломатичне представництво чи консульська установа України».

КК України) чи інших кримінальних правопорушень, передбачених Законом України про кримінальну відповідальність уповноважені службові особи мають належним чином відреагувати на них із метою захисту особи, суспільства та держави. Однак, на жаль, процесуальне унормування питань щодо початку досудового розслідування, проведення необхідних процесуальних дій, прийняття підсумкових чи проміжних процесуальних рішень є суперечливим.

Зокрема, відповідно до п. 1 ч. 2 ст. 36, п. 1 ч. 2 ст. 40, ч. 1 ст. 214 КПК України, слідчий, прокурор зобов'язані внести відповідні відомості про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань (ЄРДР) та розпочати розслідування. Крім цього, п. 6 ч. 2 ст. 39 КПК України передбачені повноваження керівника органу досудового розслідування здійснювати досудове розслідування, користуючись при цьому повноваженнями слідчого.

Натомість невирішеним залишається питання про те, ким саме має починатися досудове розслідування кримінального правопорушення, вчиненого на території закордонної дипломатичної установи України. У ч. 2 ст. 4 КПК України, що регламентує дію КПК України в просторі, лише зазначається, що кримінальне процесуальне законодавство України застосовується у разі здійснення провадження щодо кримінальних правопорушень, вчинених на території дипломатичного представництва чи консульської установи України за кордоном. Така територія, відповідно до міжнародної практики зносин між державами, є складовою частиною держави, представництво чи установа якої розташовані на території іноземних держав. У ч. 1 ст. 22 Віденської конвенції про дипломатичні зносини від 18 квітня 1961 р., підписаної Україною, на підтвердження цього положення зазначено, що приміщення представництва недоторканні. Влада держави перебування не

може заходити в ці приміщення інакше, як за згодою голови представництва [2].

За КПК України, розпочати кримінальне провадження можуть слідчий, керівник органу досудового розслідування і прокурор, а керівник закордонної дипломатичної установи України до цього переліку не належить. Відповідно до ч. 1 ст. 523 КПК України, досудове розслідування кримінального правопорушення, вчиненого на території дипломатичного представництва чи консульської установи України за кордоном, здійснюється слідчим органу досудового розслідування, юрисдикція якого поширюється на територію місцезнаходження центрального органу виконавчої влади у сфері закордонних справ України. Оскільки Міністерство закордонних справ України нині розташовується на Михайлівській площі, 1, у м. Києві, логічно передбачити, що досудове розслідування кримінальних правопорушень, вчинених на території закордонних дипломатичних установ України, в межах визначеної ст. 216 КПК України підслідності мають здійснювати слідчі органів досудового розслідування Шевченківського району м. Києва, на території якого розташоване вказане Міністерство. Однак у ч. 1 ст. 523 КПК України невирішеним залишилося інше питання: ці слідчі мають *розпочати* досудове розслідування кримінального правопорушення чи *прийняти* матеріали кримінального провадження, надіслані з дипломатичного представництва чи консульської установи України за кордоном і здійснювати за ними подальше досудове розслідування?

Як нами зазначалося раніше, керівник дипломатичного представництва чи консульської установи України нині не визначений як процесуальна особа, уповноважена розпочати кримінальне провадження. Такий висновок вбачається з аналізу КПК України, Закону України «Про дипломатичну службу» [3], Консульського статуту України [4], Інструкції про порядок

ведення єдиного обліку в органах поліції заяв і повідомлень про вчинені кримінальні правопорушення та інші події, затвердженої Наказом МВС України від 6 листопада 2015 р. № 1377 [5], Положення про порядок ведення Єдиного реєстру досудових розслідувань, затвердженого наказом Генерального прокурора України від 6 квітня 2016 р. № 139 (Положення) [6]. Наприклад, частиною першою ст.12 Консульського статуту України визначено, що консул виконує функції, передбачені цим Статутом і законодавством України. Консул за дорученням Міністерства закордонних справ України або глави дипломатичного представництва України в державі перебування може виконувати й інші функції, якщо вони не суперечать законодавству України, законодавству держави перебування і міжнародним договорам України.

До таких функцій можуть належати необхідні процесуальні дії, передбачені, зокрема, адміністративним чи кримінальним процесуальним законодавством України. За ч.ч. 1, 2 ст. 89 Кодексу адміністративного судочинства України, працівниками дипломатичного представництва чи консульської установи України у відповідній державі можуть бути виконані судові доручення про вручення документів громадянину України, який проживає на території іноземної держави, про виконання певних процесуальних дій стосовно такого громадянина України, якщо це передбачено міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України. У разі вчинення певних процесуальних дій складається протокол, що підписується особою, стосовно якої вчинено процесуальні дії, та особою, яка вчинила процесуальні дії, і скріплюється печаткою відповідної закордонної дипломатичної установи України. У протоколі зазначаються день, час і місце виконання доручення. Відповідно до ч.3 цієї ж норми зазначеного Кодексу, під час виконання судового доручення застосовується процесуальний закон

України. Для виконання доручення не можуть застосовуватися примусові заходи [7].

У ст. 28 Консульського статуту України вказано ще про одну функцію консула по виконанню доручень слідчих або судових органів України щодо громадян України, якщо це не заборонено законами держави перебування. Ці доручення виконують із додержанням процесуального законодавства України. Однак варто зазначити, що така діяльність не визначена ні серед завдань (ст. 5), ні серед функцій (ст. 6 Закону України «Про дипломатичну службу») дипломатичних працівників України.

Щодо початку досудового розслідування, у вказаних нормативно-правових актах України про такі повноваження службової особи закордонної дипломатичної установи України взагалі не йдеться. Водночас ч. 1 ст. 22 Віденської конвенції про дипломатичні зносини не лише визначено, що приміщення представництва недоторкані, а й вказано, що влада держави перебування не може заходити в ці приміщення інакше, як *за згодою* голови представництва. На державу перебування, відповідно до ч. 2 ст. 22 вказаного міжнародно-правового документа, покладено спеціальний обов'язок вживати усіх необхідних заходів для *захисту* приміщень представництва від будь-якого вторгнення або завдання шкоди та для попередження всякого порушення спокою представництва або образи його гідності. Про можливість звернення консулу до властей держави перебування в межах свого консульського округу *з усіх питань*, пов'язаних із діяльністю консульської установи, засвідчують також норми ст. 17 Консульського статуту України.

Наведені положення нормативно-правових актів України та міжнародно-правових документів підтверджують наявність, на наш погляд, двох варіантів вирішення питання щодо кримінальної процесуальної діяльності керівників закордонних дипломатичних представництв.



*Перший варіант* – виключення з назви глави 41, ст. ст. 519–523, а також ч. 2 ст. 4 КПК України, словосполучень «територія дипломатичного представництва чи консульської установи України за кордоном» та «керівник дипломатичного представництва чи консульської установи України» у відповідних відмінках. Таке вирішення цього питання звільнить зазначених керівників від невластивої для них кримінальної процесуальної діяльності з розслідування кримінальних правопорушень, враховуючи відсутність у них відповідних професійних знань, навичок, засобів, неможливість погодження процесуальних рішень із прокурором чи одержання дозволу суду у випадках, передбачених КПК України відповідно до процесуальної форми. У випадку вчинення кримінального правопорушення на території закордонного дипломатичного представництва України її керівник, за наявності міжнародно-правового договору, може звернутися до органів влади держави перебування з проханням відреагувати на цей факт і провести розслідування на підставі і у порядку, визначених кримінальним процесуальним законодавством цієї держави. Цей варіант має право на існування ще й тому, що приміщення та будівлі, ділянки місцевості, а також інше майно, як рухоме (меблі, обладнання тощо), так і нерухоме, здебільшого орендовані у держави перебування чи її структур і належать саме їм.

*Другий варіант* вирішення питання, що розглядається, пов'язаний із внесенням до глави 41 КПК України низки змін і доповнень, спрямованих на вдосконалення визначених у ній процесуальних норм щодо кримінальної процесуальної діяльності працівників закордонних дипломатичних установ України.

Зокрема, відповідно до п.1 ч.1 ст.519 КПК України, службовою особою, уповноваженою на вчинення процесуальних дій, є керівник дипломатичного представництва чи консульської установи України – у разі вчинення кримінального

правопорушення на території дипломатичного представництва чи консульської установи України за кордоном. Якщо такий керівник є потерпілим внаслідок вчинення відповідного кримінального правопорушення, він, згідно з ч. 2 цієї ж процесуальної норми, зобов'язаний призначити іншу службову особу, уповноважену на вчинення процесуальних дій.

На наш погляд, положення ч.ч. 1 та 2 ст. 519 КПК України містять між собою суттєві розбіжності. Зокрема, у п. 1 ч. 1 цієї статті вказується лише про *керівника* дипломатичного представництва чи консульської установи, але ці терміни не знайшли своєї деталізації ні в Законі України «Про дипломатичну службу», ні в Консульському статуті України. За таких умов вважаємо, що керівником дипломатичного представництва України є Надзвичайний і Повноважний Посол України (п. 1 ч. 2 ст. 12 Закону України «Про дипломатичну службу»). Щодо консульської установи України, логічно визначити, що її керівником є Генеральний консул України (п. 2 ч. 2 вказаної ст. 12) або консул (п. 5 ч. 2 ст. 12 зазначеного Закону України). Однак у ст. 12 Консульського статуту України термін «консул» розглядається у більш розширеному і узагальненому значенні – генеральний консул, консул, віце-консул або консульський агент, який є главою консульської установи. Суперечність у врегулюванні цих положень полягає у тому, що за п. 1 ч. 1 ст. 519 КПК України лише керівник дипломатичного представництва чи консульської установи України уповноважений на вчинення процесуальних дій щодо кримінального правопорушення на території дипломатичного представництва чи консульської установи України за кордоном. Натомість відповідно до ч. 2 ст. 519 КПК України, якщо керівник цих установ є потерпілим, він зобов'язаний призначити *іншу службову особу*, уповноважену на вчинення процесуальних дій. При цьому виникають два питання: по-перше, чи може керівник призначати іншу службову

особу, якщо у ч. 1 ст. 519 КПК України наведений вичерпний перелік службових осіб, уповноважених на вчинення процесуальних дій. За таких обставин, на наш погляд, умови щодо вчинення процесуальних дій іншими службовими особами, якщо керівник є потерпілим, також мають передбачатися у ч. 1 вказаної процесуальної норми. По-друге, яка саме службова особа уповноважена проводити процесуальні дії при вчиненні кримінального правопорушення щодо керівника дипломатичного представництва чи консульської установи України. Вважаємо доречним у цьому разі застосувати у нормі ст. 519 КПК України визначений в абз. 2 ст. 1 Закону України «Про дипломатичну службу» термін «дипломатичний працівник» – державний службовець, який виконує дипломатичні або консульські функції в Україні чи за кордоном та має відповідний дипломатичний ранг. Зважаючи на таке значення, дипломатичним працівником рівною мірою визначаються і Надзвичайний і Повноважний Посол України, і Генеральний консул України або консул, а також віце-консул або консульський агент, який є главою консульської установи.

Продовжуючи аналіз ст. 519 чинного КПК України, не можна повною мірою погодитися з диспозицією ч. 3 цієї норми, відповідно до якої службові особи, які здійснювали процесуальні дії, залучаються як свідки до кримінального провадження після його продовження на території України. Вони зобов'язуються надавати пояснення слідчому, прокурору щодо проведених процесуальних дій.

Вказане питання є неоднозначним й суперечливим. У кримінальному процесуальному законодавстві України всі особи, які беруть участь у кримінальному провадженні, розподілені на сторони і учасників. Зокрема, до сторони обвинувачення належать слідчий, керівник органу досудового

розслідування і прокурор (п. 19 ч. 1 ст. 3 КПК України), уповноважені особисто здійснювати розслідування кримінальних правопорушень. На наш погляд, керівника закордонної дипломатичної установи України, уповноваженого проводити процесуальні дії у разі вчинення кримінального правопорушення на території дипломатичного представництва чи консульської установи України, враховуючи специфіку його повноважень щодо здійснення кримінального провадження, визначених у ст. ст. 519-522 КПК України, у такому разі варто також віднести до сторони обвинувачення. Адже у цих випадках вказана службова особа виконує повноваження слідчого, спрямовані на збирання доказів визначеним у ч. 2 ст. 93 КПК України шляхом проведення окремих слідчих (розшукових) та інших процесуальних дій.

Водночас, згідно з ч. 1 ст. 65 КПК України, свідком є фізична особа, якій відомі або можуть бути відомі обставини, що підлягають доказуванню під час кримінального провадження, і яка викликана для давання показань. Керівник дипломатичного представництва чи консульської установи України за кордоном, будучи фізичною й одночасно службовою особою, наділений відповідно до спеціальної норми п. 1 ч. 1 ст. 519 КПК України специфічними повноваженнями на вчинення процесуальних дій у межах кримінального провадження, проведення яких спрямоване саме на встановлення обставин, що підлягають доказуванню, визначених у ч. 1 ст. 91 КПК України. Натомість свідок належить до учасників кримінального провадження (п. 25 ч. 1 ст. 3 КПК України), а його процесуальний статус деталізовано у ст. ст. 65-67, структурно розташованих у § 5 глави 3 КПК України «Інші учасники кримінального провадження». Отже, можемо констатувати недоречність та неприпустимість допиту як свідка службової особи, яка відповідно до процесуальної форми

кримінального провадження має повноваження сторони обвинувачення.

До того ж, в абз. 2 ч. 2 ст. 520 КПК України визначено, що процесуальні дії під час кримінального провадження, що проводиться згідно з цією статтею, докладно описуються у відповідних процесуальних документах, а також фіксуються за допомогою технічних засобів фіксування кримінального провадження, крім випадків, коли таке фіксування неможливе з технічних причин. Ця норма відповідає загальним вимогам ст. 104 КПК України, що унормовує обов'язкове фіксування у протоколі ходу та результатів проведення процесуальної дії. Відповідно до п. 3 ч. 2 ст. 99 КПК України, протоколи процесуальних дій, у тому числі складені керівником дипломатичного представництва чи консульської установи України, є документами, що, згідно з ч. 2 ст. 84 КПК України, належать до процесуальних джерел доказів. Тож, на нашу думку, взагалі відсутня необхідність отримання одних і тих самих фактичних даних із різних процесуальних джерел: спочатку з протоколів процесуальних дій, що є документами, а потім – із показань свідка.

Викликає заперечення також передбачений у ч. 3 ст. 519 КПК України *обов'язок* службових осіб закордонної дипломатичної установи України надавати пояснення слідчому, прокурору щодо проведених процесуальних дій. Адже, по-перше, згідно з нормою ч. 1 ст. 65 КПК України, свідок викликається для давання показань, а не пояснень. Суттєва відмінність між цими термінами полягає у тому, що саме показання, відповідно до ч. 2 ст. 84 та ч. 1 ст. 95 КПК України, є джерелом доказів, на яких суд може обґрунтовувати свої висновки. Натомість пояснення на досудовому розслідуванні до таких джерел не належать, тож і не можуть бути використані під час доказування у кримінальному провадженні.

По-друге, передбачений у ч. 3 ст. 519 КПК України обов'язок керівника закордонної дипломатичної установи України надавати пояснення слідчому, прокурору щодо проведених процесуальних дій суперечить ч. 1 ст. 63 Конституції України, відповідно до якої особа не несе відповідальності за відмову давати показання або пояснення щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів, коло яких визначається законом.

З огляду на зазначене, пропонуємо ч. 3 ст. 519 КПК України виключити.

Інша парадоксальна ситуація виникає у разі, коли керівник дипломатичного представництва чи консульської установи України може проводити процесуальні дії як із власної ініціативи, так і за дорученням слідчих або судових органів України, однак не має повноважень щодо *внесення* даних до ЄРДР і початку досудового розслідування. При цьому, з однієї сторони, якщо керівник закордонної дипломатичної установи України виявив обставини, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення, він, за чинним КПК України, зобов'язаний як уповноважена на те особа провести необхідні процесуальні дії: огляди, обшуки тощо; з іншої сторони – ці та інші процесуальні дії можуть бути проведені лише після початку досудового розслідування, за винятком передбаченого ч. 3 ст. 214 КПК України огляду місця події.

Вважаємо, що можливих напрямів вирішення цього питання три. По-перше, це законодавче визначення обов'язку керівника дипломатичного представництва чи консульської установи України починати досудове розслідування відповідно до ч. ч. 1, 2 ст. 214 КПК України. Однак така пропозиція передбачає доповнення п. 8 Положення та надання вказаному керівникові як реєстратору ЄРДР носія з електронним ключем доступу. Нині слідчі усіх відомств України мають такий електронний ключ, завдяки чому вносять відомості до ЄРДР щодо кримінальних

правопорушень, розслідування яких перебувають в їх провадженні. Але, на наш погляд, надання коду доступу до ЄРДР керівникам дипломатичних представництв чи консульських установ України нині не є необхідним через дві причин: по-перше, значної кількості таких установ поза межами України; по-друге, відносної нерозповсюдженості необхідності прийняття процесуального рішення щодо початку досудового розслідування кримінального правопорушення на території закордонної дипломатичної установи України.

Другим варіантом вирішення проблеми, що розглядається, може бути внесення змін до ч.3 ст.214 КПК щодо початку досудового розслідування при вчиненні кримінальних правопорушень на території дипломатичних представництв чи консульських установ України. У цій правовій нормі наразі зафіксовано необхідність розпочинати досудове розслідування негайно у разі виявлення ознак кримінального правопорушення на морському чи річковому судні, а відомості про нього вносять до ЄРДР за першої можливості. Однак така пропозиція також не позбавлена низки недоліків. Зокрема, якщо капітан судна, що перебуває за межами України, має графік руху судна і приблизний час повернення в Україну, то приїзд в Україну дипломатичних працівників у основному залежить від службової необхідності. Натомість спеціальний приїзд в Україну, особливо з віддалених зарубіжних держав із метою внесення відомостей у ЄРДР, доставки затриманого тощо, є досить дорогим у прямому розумінні заходом для Державного бюджету України.

Третім, найбільш реальним, на наш погляд, варіантом вирішення цього питання є покладення обов'язку щодо початку досудового розслідування на уповноважених осіб, вичерпний перелік яких визначений КПК України. Як зазначалося раніше, у главі 41 КПК України унормовані особливості кримінального провадження не лише на території дипломатичних

представництв, консульських установ України, а й на повітряному, морському чи річковому судні, що перебуває за межами України під прапором або з розпізнавальним знаком України, якщо це судно приписано до порту, розташованого в Україні. При цьому останньому положенню у законодавстві України приділено значно більше уваги, ніж здійсненню кримінального провадження на території закордонних дипломатичних установ України. Зокрема, ч. 3 ст. 214 КПК України визначено, що у разі виявлення ознак кримінального правопорушення на морському чи річковому судні, що перебуває за межами України, досудове розслідування розпочинається негайно; відомості про нього вносяться до ЄРДР за першої можливості. Про негайність початку досудового розслідування і внесення відомостей про нього до зазначеного Реєстру за першої можливості вказується також у п. 3 розділу 2 Положення – у разі виявлення правопорушення на морському, річковому судні чи військовому кораблі, а також у миротворчому контингенті та персоналі, що перебуває за межами України, під час виконання міжнародних миротворчих місій поза межами України.

У питанні щодо *початку* кримінального провадження на території дипломатичних представництв чи консульських установ України врегулювання процесуального порядку таких дій відсутнє. На наш погляд, за наявності ознак кримінального правопорушення досудове розслідування має розпочинатися негайно, а відомості про нього вносяться до ЄРДР за першої можливості. Тож вважаємо за можливе запропонувати такий процесуальний порядок вирішення цього питання:

1. До внесення відомостей до ЄРДР керівник дипломатичного представництва чи консульської установи України відповідно до ч. 3 ст. 214 КПК України може провести у невідкладних випадках лише огляд місця події.



2. Про обставини, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення, вказаний керівник негайно по дипломатичних каналах повідомляє Міністерство закордонних справ України, а також Генеральну прокуратуру України. Саме цей державний орган є одним з уповноважених (центрального) органів України, що відповідно до ч. 1 ст. 545 КПК України здійснює діяльність при наданні міжнародної правової допомоги у кримінальному провадженні під час досудового розслідування. Крім цього, згідно з п. 5.11 наказу Генерального прокурора України «Про організацію роботи органів прокуратури України у галузі міжнародно-правового співробітництва» від 18 вересня 2015 р. № 223, одним із головних напрямів органів прокуратури України є, зокрема, забезпечення зв'язків із міжнародними установами та організаціями, засобами масової інформації, дипломатичними представництвами України за кордоном та іноземними посольствами в Україні з питань, що належать до компетенції органів прокуратури. Тож, на наш погляд, логічно було б покласти обов'язок прийняття повідомлення від керівника закордонної дипломатичної установи України про вчинення кримінального правопорушення саме на Генеральну прокуратуру України. Однак звернення вказаного керівника по дипломатичних каналах до Генеральної прокуратури України з повідомленням про вчинене кримінальне правопорушення та отримання зворотної інформації про внесення даних в Єдиний реєстр досудових розслідувань потребують певного часу, що є досить небажаним за умови необхідності проведення окремих процесуальних дій: затримання, обшуку тощо. Тому, враховуючи специфіку діяльності дипломатичних працівників за межами України, направлення офіційного повідомлення про вчинення кримінального правопорушення, на наш погляд, *може бути саме тим документом, який, зважаючи на диференціацію процесуальної форми, дасть змогу провести невідкладні*

процесуальні дії на території дипломатичного представництва чи консульської установи України.

3. Отримавши повідомлення про вчинення кримінального правопорушення і внісши дані до ЄРДР, Генеральна прокуратура України негайно повідомляє про це вказаного керівника закордонної дипломатичної установи України та визначає орган досудового розслідування в Україні для проведення подальшого досудового розслідування. Під час вирішення цього питання, на наш погляд, доцільно керуватися не ч. 1 ст. 523 КПК України, де вказується, що розслідування здійснюється слідчим органу досудового розслідування, юрисдикція якого поширюється на територію місцезнаходження центрального органу виконавчої влади у сфері закордонних справ України, а ч. 3 ст. 218 КПК України. За цією процесуальною нормою, якщо кримінальне правопорушення вчинене за межами України, місце проведення досудового розслідування визначає відповідний прокурор з урахуванням місця виявлення ознак кримінального правопорушення, місця перебування підозрюваного чи більшості свідків, місця закінчення кримінального правопорушення або настання його наслідків тощо. Тож у цьому разі досудове розслідування може бути доручене прокурором не лише слідчим Шевченківського району м. Києва, на території якого знаходиться Міністерство закордонних справ України, а й будь-якому іншому органу досудового розслідування.

4. Керівник дипломатичного представництва чи консульської установи України, отримавши повідомлення Генеральної прокуратури України щодо внесення відомостей до ЄРДР і початку досудового розслідування, за необхідності проводить передбачені ч. 2 ст. 520 КПК України процесуальні дії, після чого через Генеральну прокуратуру України направляє матеріали кримінального провадження органу досудового розслідування.

5. Визначений прокурором орган досудового розслідування на підставі письмового доручення прокурора, відповідно до п. 3 ч. 2 ст. 36 КПК України, після надходження до нього матеріалів кримінального провадження продовжує по них досудове розслідування.

### **Особливості проведення окремих процесуальних дій на території дипломатичного представництва чи консульської установи України за кордоном**

У ч. 1 ст. 520 КПК України нині передбачені приводи для проведення необхідних процесуальних дій – заява, повідомлення, самостійне виявлення або інше джерело, з яких керівникові дипломатичного представництва чи консульської установи України стали відомі обставини, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення. Така редакція зазначеної процесуальної норми не повною мірою відповідає визначенням у ч. 1 ст. 214 КПК України приводом до початку кримінального провадження, до яких належать заява, повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення або самостійне виявлення з будь-якого джерела обставин, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення. Наведена норма є загальною для всіх випадків щодо початку досудового розслідування, у тому числі на території закордонної дипломатичної установи України. Тож вважаємо за недоцільне перераховувати у ч. 1 ст. 520 КПК України приводи до початку досудового розслідування, а користуватися при цьому варто нормою ч. 1 ст. 214 КПК України.

Врахування висловлених нами пропозицій передбачає внесення ряду змін і доповнень до ч. 1 ст. 520 КПК України, висвітлення їх у новій редакції, яка в узагальненому вигляді буде

наведена у висновках. При цьому варто зазначити, що процесуальна діяльність капітана судна України, що перебуває за межами України, щодо початку провадження та місця його продовження, проведення ним процесуальних дій, застосування заходів забезпечення кримінального провадження тощо знайшли своє відображення у ч. 3 ст. 214, ч. 2 ст. 520, ст. 521, абз. 2 ч. 1 та ч. 2 ст. 522, ч. 2 ст. 523 КПК України. Тож дублювати у ч. 1 ст. 520 цього Кодексу унормування цих питань щодо діяльності капітана судна України, на наш погляд, немає потреби.

У ч. 2 ст. 520 КПК України наводиться перелік процесуальних дій, які уповноважені провести службові особи, передбачені ч. 1 ст. 519 цього Кодексу. До таких дій належать:

1) застосування заходів забезпечення кримінального провадження у вигляді тимчасового вилучення майна, здійснення законного затримання особи в порядку, передбаченому цим Кодексом;

2) проведення слідчих (розшукових) дій у вигляді обшуку житла чи іншого володіння особи й особистого обшуку без ухвали суду, огляду місця вчинення кримінального правопорушення в порядку, передбаченому цим Кодексом.

Перелік вказаних процесуальних дій є вичерпним. Однак їх ґрунтовний аналіз дає змогу висловити низку пропозицій і рекомендацій, спрямованих на більш оптимальне й доцільне їх проведення керівником закордонної дипломатичної установи України відповідно до визначеної КПК України процесуальної форми кримінального провадження.

Насамперед, звертає на себе увагу законодавче унормування можливості проведення такого заходу забезпечення кримінального провадження, як тимчасове вилучення майна. Така процесуальна дія нині здійснюється відповідно до

ст. ст. 167-169 КПК України з метою вилучення в особи засобів чи знарядь вчинення кримінального правопорушення, предметів злочинного посягання тощо після затримання такої особи (ст. ст. 207-208 КПК України) або під час проведення обшуку чи огляду. За загальним правилом, передбаченим ч. 5 ст. 171 КПК України, клопотання слідчого, прокурора про арешт тимчасово вилученого майна має бути подано не пізніше наступного робочого дня після вилучення майна, інакше майно має бути негайно повернуто особі, в якій його було вилучено. Враховуючи специфіку кримінального провадження за межами України, ч. 1 ст. 521 КПК України визначено інший строк подання клопотання – не пізніше наступного робочого дня після доставлення на територію України особи, затриманої в дипломатичному представництві чи консульській установі України, в якій майно було вилучене.

Водночас не можна повною мірою погодитися з тим, що законодавець України пов'язує арешт тимчасово вилученого майна не лише з затриманням особи, не вказуючи при цьому можливість його вилучення при обшуку або огляді, а й із доставленням такої особи на територію України. Очевидно, що таке доставлення має передбачати строки доставки затриманого в Україну, його перевезення і конвоювання тощо. Такі дії неминуче пов'язані з витратою значних коштів і можуть бути недоцільними у разі вчинення нетяжких чи середньої тяжкості кримінальних правопорушень. Тож, на наше переконання, імперативна норма щодо доставлення затриманого в Україну, у тому числі для накладення арешту на тимчасово вилучене у нього майна, не викликається великою необхідністю, особливо у разі, коли не ставиться питання про обрання запобіжного заходу – тримання під вартою.

Крім цього, у п. 1 ч. 2 ст. 520 КПК України йдеться про здійснення законного затримання особи в порядку, передбаченому цим Кодексом. Такий порядок насправді передбачений, але зовсім в інших випадках. Зокрема, відповідно до ч.ч. 2 та 3 ст. 207 КПК України, яка називається «*Законне затримання*», кожен, хто не є уповноваженою службовою особою (особою, якій законом надано право здійснювати затримання), має право затримати без ухвали слідчого судді, суду будь-яку особу у разі вчинення або замаху на вчинення кримінального правопорушення, а також безпосередньо після вчинення кримінального правопорушення чи під час безперервного переслідування особи, яка підозрюється у його вчиненні. Однак керівник закордонної дипломатичної установи України, навпаки, є уповноваженою на проведення процесуальних дій особою, про що прямо зазначено у ч. 2 ст. 520 КПК України та враховано у переліку осіб, які можуть здійснити *затримання* відповідно до ст. 208 КПК України. Таке затримання саме і відрізняється від законного затримання, врегульованого у ст. 207 КПК України, тим, що проводиться після початку досудового розслідування уповноваженою на те особою. Такою уповноваженою службовою особою, на наш погляд, повною мірою може вважатися керівник закордонної дипломатичної установи України. Тож існує нагальна потреба виключити з п. 1 ч. 2 ст. 520, а також з назви та ч. 2 ст. 522 КПК України слова «законного».

Слід також наголосити на тому, що за конструкцією п. 1 ч. 2 ст. 520 КПК України спочатку зазначено про тимчасове вилучення майна як захід забезпечення кримінального провадження, а потім – про затримання. Такий підхід законодавця підлягає уточненню, оскільки порушує визначений у КПК України порядок проведення процесуальних дій. Адже за

процесуальною формою первинною дією, відповідно до ч. ч. 1 та 2 ст. 168 КПК України, є затримання особи або обшук чи огляд, а наступною дією – тимчасове вилучення майна і вирішення питання про накладення на нього арешту. Тож логічно запропонувати таку редакцію п. 1 ч. 2 ст. 520 КПК України:

«1) застосування заходів забезпечення кримінального провадження у вигляді затримання особи та/або тимчасового вилучення майна в порядку, передбаченому цим Кодексом».

Однак щодо інших важливих положень затримання особи, у нормах КПК України спостерігаються деякі відмінності. Зокрема, за загальним правилом, визначеним у ч. 1 ст. 211 КПК України, строк затримання особи без ухвали слідчого судді, суду не може перевищувати *сімдесяти двох* годин із моменту затримання. Натомість ч. 1 ст. 522 КПК України визначається, що керівник дипломатичного представництва чи консульської установи України має право затримати особу на необхідний строк, але не більше ніж на *сорок вісім* годин. Крім цього, ст. 212 КПК України передбачене призначення однієї або кількох службових осіб, *відповідальних* за перебування затриманих у підрозділі органу досудового розслідування. Водночас при затриманні особи керівником дипломатичного представництва чи консульської установи України питання утримання затриманого в спеціально відведеній для цього кімнаті, його охорони, харчування, доставлення до підрозділу органу державної влади на території України тощо залишилися повністю нерегульованими. Варто також зазначити, що за відсутності потреби у доставленні затриманої особи в Україну вона після закінчення вказаного строку затримання має звільнитися, що обов'язково має визначатися у відповідній процесуальній нормі. Тож викликає

заперечення положення ч. 2 ст. 522 КПК України, де зазначається, що службові особи, передбачені ч. 1 цієї статті, зобов'язані забезпечити доставлення затриманої особи на територію України. Враховуючи викладене, пропонуємо змінити слова «зобов'язані забезпечити» словами «за необхідності забезпечують» і далі по тексту.

П. 2 ч. 2 ст. 520 КПК України передбачене проведення слідчих (розшукових) дій у вигляді обшуку житла чи іншого володіння особи і особистого обшуку без ухвали суду, огляду місця вчинення кримінального правопорушення в порядку, передбаченому цим Кодексом. Ця процесуальна норма також викликає кілька питань.

По-перше, перелік слідчих (розшукових) дій, можливих для проведення керівником закордонної дипломатичної установи України, вичерпний, але досить обмежений і з невідомих причин не включає у себе, наприклад, допит як одну з найбільш поширених процесуальних дій, одночасний допит двох і більше раніше допитаних осіб, пред'явлення для впізнання, слідчий експеримент тощо.

По-друге, проведення обшуку або огляду житла чи іншого володіння особи без ухвали суду дійсно передбачені загальною нормою ст. 233 КПК України, відповідно до ч. 3 якої увійти до житла чи іншого володіння особи можна лише у невідкладних випадках, пов'язаних із врятуванням життя людей та майна чи з безпосереднім переслідуванням осіб, які підозрюються у вчиненні злочину. Але після проведення таких дій слідчий, прокурор зобов'язані невідкладно звернутися з клопотанням про проведення обшуку до слідчого судді. Слідчий суддя розглядає таке клопотання, перевіряючи, крім того, чи дійсно були наявні підстави для проникнення до житла чи іншого володіння особи



без ухвали слідчого судді. Якщо прокурор відмовиться погодити клопотання слідчого про обшук або слідчий суддя відмовить у задоволенні клопотання про обшук, встановлені внаслідок такого обшуку докази є недопустимими, а отримана інформація підлягає знищенню. На наш погляд, із метою забезпечення дієвого судового контролю на досудовому провадженні, доцільно було б передбачити у ст. 521 КПК України необхідність звернення до слідчого судді з клопотанням не лише про арешт тимчасово вилученого майна, а й про проведення обшуку або огляду житла чи іншого володіння особи, а також, за необхідності, про арешт особи. Адже при виконанні у межах міжнародної правової допомоги на території іноземної держави процесуальних дій, для проведення яких в Україні потрібен дозвіл прокурора або суду, як вказується у ч. 2 ст. 562 КПК України, ці дії можуть запитуватися у іноземної держави лише після надання такого дозволу у порядку, встановленому КПК України. Тож, користуючись аналогією, саме про такі дії прокурора має бути зазначено у диспозиції ст. 521 КПК України. Крім цього, у назві вказаної статті доречно було б вказати, до кого саме має подаватися таке клопотання – до *слідчого судді*, уповноваженого його розглянути.

Щодо особистого обшуку, що, як зазначено у п. 2 ч. 2 ст. 520 КПК України, може проводитися керівником закордонної дипломатичної установи України без ухвали суду, то вказаним Кодексом взагалі не передбачена необхідність звернення до слідчого судді. Відповідно до ч. 5 ст. 236 КПК України, обшук осіб, які перебувають у житлі чи іншому володінні особи, якщо є достатні підстави вважати, що вони переховують при собі предмети або документи, які мають значення для кримінального провадження, може бути проведено за рішенням *слідчого чи прокурора*. З дотриманням цих же правил проводять обшук особи

уповноважена службова особа, слідчий, прокурор у разі *затримання особи* за підозрою у вчиненні злочину (ч. 3 ст. 208 КПК України). Тож норма про можливість проведення керівником закордонної дипломатичної установи України особистого обшуку без ухвали суду не відповідає процесуальній формі кримінального провадження і має бути виключена з нині чинної редакції п. 2 ч. 2 ст. 520 КПК України.

Враховуючи, що про законне затримання особи йдеться у п. 1 ч. 2 ст. 520 та у ст. 522 КПК України, а, зважаючи на нашу пропозицію, також у ст. 521 цього Кодексу, вважаємо за необхідне, беручи до уваги запропоновані зміни, з метою систематизації структури Кодексу, поміняти місцями ст. 521 та ст. 522 КПК України.

По-третє, п. 2 ч. 2 ст. 520 КПК України визначається можливість проведення огляду місця вчинення кримінального правопорушення в порядку, передбаченому цим Кодексом. Однак саме такий вид огляду в КПК України наразі не врегульований. У ч. 1 та ч. 2 ст. 237 КПК України йдеться про огляд місцевості, приміщення, речей, документів, житла чи іншого володіння особи. Натомість ч. 3 ст. 214 КПК України визначається, що огляд місця події у невідкладних випадках може бути проведений до внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань. Найчастіше у практичній діяльності з розслідування кримінальних правопорушень складається саме протокол огляду місця події, що відповідно до п. 3 ч. 2 ст. 99 КПК України визначається як джерело доказів – документ і повною мірою використовується у доказуванні. Враховуючи викладене, існує нагальна потреба узгодження термінології, що вживається у різних процесуальних нормах, та замінити у п. 2 ч. 2 ст. 520 КПК

України слова «огляду місця вчинення кримінального правопорушення» словами «огляду місця події» і далі за текстом.

Положення абз. 2 ч. 2 ст. 520 КПК України, в якому йдеться про необхідність процесуальної фіксації проведення процесуальних дій, у тому числі із застосуванням технічних засобів, також викликають певні зауваження. Зокрема, законодавець зобов'язує відповідну службову особу фіксувати результати проведення процесуальних дій за допомогою технічних засобів фіксування кримінального провадження, крім випадків, коли таке фіксування неможливе з технічних причин. Це положення не відповідає вимогам загальної норми ч. 1 ст. 107 КПК України, відповідно до якої рішення про фіксацію процесуальної дії за допомогою технічних засобів під час досудового розслідування, зокрема під час розгляду питань слідчим суддею, приймає особа, яка проводить відповідну процесуальну дію. За клопотанням учасників процесуальної дії застосування технічних засобів фіксування є обов'язковим. Тому вважаємо необхідним узгодити положення абз. 2 ч. 2 ст. 520 КПК України з ч. 1 ст. 107 КПК України. У вказаній нормі має бути зафіксоване право, а не обов'язок щодо застосування технічних засобів під час проведення процесуальної дії службовою особою, яка проводить таку дію.

### **Висновки**

Проведений аналіз положень глави 41 КПК України дає змогу констатувати, що у низці випадків процесуальні норми не врегульовують важливі аспекти процесуальної діяльності керівника дипломатичного представництва або консульської установи України, мають внутрішні суперечності або не відповідають іншим нормам КПК України.

З огляду на зазначене, нами визначені два напрями вирішення розглянутих проблемних питань.

*Першим* із них є звільнення керівника дипломатичного представництва чи консульської установи України від невластивої для нього кримінальної процесуальної діяльності з розслідування кримінальних правопорушень шляхом *виключення* з назви глави 41, ст.ст. 519–523, а також ч. 2 ст. 4 «Дія Кодексу в просторі» КПК України словосполучень «територія дипломатичного представництва чи консульської установи України за кордоном» та «керівник дипломатичного представництва чи консульської установи України» у відповідних відмінках. У такому разі при вчиненні кримінального правопорушення на території закордонного дипломатичного представництва України її керівник може звернутися до органів влади держави перебування з проханням відреагувати на цей факт і провести розслідування на підставі і у порядку, визначених кримінальним процесуальним законодавством цієї держави.

*Другим* напрямом вирішення означених нами проблем є внесення змін до чинних норм КПК України з метою узгодити їх та вдосконалити процесуальну діяльність керівника дипломатичного представництва чи консульської установи при здійсненні ним кримінального провадження. У цьому разі вважаємо за можливе, узагальнивши викладені нами пропозиції та не претендуючи на їх остаточність, викласти главу 41 КПК України у такій редакції (*курсивом виділені запропоновані нами зміни і доповнення*):

«Глава 41. Кримінальне провадження на території дипломатичних представництв, консульських установ України, на повітряному, морському чи річковому судні, що перебуває за межами

України під прапором або з розпізнавальним знаком України, якщо це судно приписано до порту, розташованого в Україні

Стаття 519. Службові особи, уповноважені на вчинення процесуальних дій

1. Службовими особами, уповноваженими на вчинення процесуальних дій, є:

1) керівник дипломатичного представництва чи консульської установи України – у разі вчинення кримінального правопорушення на території дипломатичного представництва чи консульської установи України за кордоном;

2) *інший дипломатичний представник – у разі вчинення кримінального правопорушення щодо керівника дипломатичного представництва чи консульської установи України за кордоном;*

3) капітан судна України – у разі вчинення кримінального правопорушення на повітряному, морському чи річковому судні, що перебуває за межами України під прапором або з розпізнавальним знаком України, якщо це судно приписано до порту, розташованого в Україні.

2. Капітан судна України зобов'язаний призначити іншу службову особу, уповноважену на вчинення процесуальних дій, якщо він є потерпілим внаслідок вчинення відповідного кримінального правопорушення.

Стаття 520. Процесуальні дії під час кримінального провадження на території дипломатичних представництв, консульських установ України, на повітряному, морському чи річковому судні, що перебуває за межами України під прапором або з розпізнавальним знаком України, якщо це судно приписано до порту, розташованого в Україні.

*«1. Службові особи, передбачені пунктами 1-2 частини першої статті 519 цього Кодексу, зобов'язані негайно по дипломатичних*

каналах повідомити Генеральну прокуратуру України про обставини, що стали їм відомі і можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення на території дипломатичного представництва чи консульської установи України. Прокурор негайно вносить відомості до Єдиного реєстру досудових розслідувань і визначає орган досудового розслідування в Україні, про що невідкладно, але не пізніше 24 годин після одержання повідомлення повідомляє про це зацікавлених службових осіб.

2. Службові особи, передбачені частиною першою статті 519 цього Кодексу, уповноважені провести необхідні процесуальні дії:

1) застосування заходів забезпечення кримінального провадження у вигляді затримання особи та/або тимчасового вилучення майна в порядку, передбаченому цим Кодексом;

2) проведення обшуку або огляду житла чи іншого володіння особи без ухвали суду, огляду місця події, допиту чи інших необхідних слідчих (розшукових) дій в порядку, передбаченому цим Кодексом.

Процесуальні дії під час кримінального провадження, що проводиться згідно з цією статтею, докладно описуються у відповідних процесуальних документах, а також фіксуються за допомогою технічних засобів фіксування кримінального провадження за правилами статті 107 цього Кодексу.

Стаття 521. Строк затримання особи.

1. Керівник дипломатичного представництва чи консульської установи України має право затримати особу на необхідний строк, але не більше ніж на сімдесят дві години, і зобов'язаний надати затриманій особі доступ до отримання правової допомоги. Капітан судна України має право затримати особу на строк, необхідний для її доставлення на територію України.

2. Службові особи, передбачені частиною першою цієї статті, *за необхідності, забезпечують* доставлення затриманої особи до підрозділу органу державної влади на території України, уповноваженого на тримання затриманих осіб, і повідомлення про факт затримання слідчому органу досудового розслідування за місцем проведення досудового розслідування в Україні. *За відсутності потреби у доставленні затриманого на територію України він звільняється після закінчення строку затримання.*

Стаття 522. Строк звернення із клопотанням до слідчого судді

1. Клопотання прокурора про арешт тимчасово вилученого майна, *про проведення обшуку житла чи іншого володіння особи, про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою* має бути подане не пізніше наступного робочого дня після доставлення на територію України особи, затриманої в дипломатичному представництві, консульській установі, на судні України, *чи вилученого у неї майна.*

2. *При порушенні строків, вказаних у частині першій цієї статті, майно негайно повертається особі, в якій його було вилучено, а встановлені внаслідок проведення обшуку докази визнаються недопустимими і підлягають знищенню в порядку, передбаченому статтею 255 цього Кодексу.*

Стаття 523. Місце проведення досудового розслідування кримінальних правопорушень, вчинених на території дипломатичних представництв, консульських установ, суден України.

1. Досудове розслідування кримінального правопорушення, вчиненого на території дипломатичного представництва чи консульської установи України за кордоном, здійснюється слідчим органу досудового розслідування, *визначеного прокурором відповідно до частини третьої статті 218 цього*

*Кодексу з урахуванням місця виявлення ознак кримінального правопорушення, місця перебування підозрюваного чи більшості свідків, місця закінчення кримінального правопорушення або настання його наслідків тощо.*

2. Досудове розслідування кримінального правопорушення, вчиненого на повітряному, морському чи річковому судні, що перебуває за межами України під прапором або з розпізнавальним знаком України, якщо це судно приписано до порту, розташованого в Україні, здійснюється слідчим органом досудового розслідування, юрисдикція якого поширюється на територію місцезнаходження порту приписки».

### **Список використаних джерел:**

1. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 р. Харків: Право, 2017. 392 с.

2. Віденська конвенція про дипломатичні зносини від 18 квітня 1961 р. URL: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_048](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_048).

3. Про дипломатичну службу: Закон України від 20 вересня 2001 р. № 2728. Відомості Верховної Ради України. 2002. № 5. Ст. 29.

4. Консульський статут України: затверджений Указом Президента України від 2 квітня 1994 р. № 127/94. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/127/94>.

5. Інструкція про порядок ведення єдиного обліку в органах поліції заяв і повідомлень про вчинені кримінальні правопорушення та інші події: Наказ МВС України від 6 листопада 2015 р. № 1377. Офіційний вісник України. 2015. № 99. С. 236. Стаття 3406.



6. Положення про порядок ведення Єдиного реєстру досудових розслідувань: Наказ Генерального прокурора України від 6 квітня 2016 р. № 139. Офіційний вісник України. 2016. № 46. Стор. 48. Стаття 1674.

7. Кодекс адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 р. Відомості Верховної Ради України. 2005. № 35-37. С. 1358. Ст. 446.

***Дідківська Г.В.,***  
*кандидат юридичних наук, доцент,*  
*професор кафедри кримінального права та кримінології*  
*Університету державної фіскальної служби України*

## **МІЖНАРОДНИЙ ДОСВІД ПРАВОВОГО ПОЛОЖЕННЯ ПОТЕРПІЛОГО У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ**

У більшості демократичних країн світу рівень охорони прав, свобод та законних інтересів громадян вимірюється їх нормативним забезпеченням та кримінально-правовим захистом, який набуває особливого значення при розслідуванні фактів посягання на життя, здоров'я чи майно громадян, оскільки це пов'язано з грубим порушенням природних прав особи, заподіянням моральної, фізичної чи майнової шкоди.

Термін, забезпечення прав та законних інтересів потерпілого в юридичній науці взагалі, в тому числі в кримінальному праві та кримінальному процесуальному законодавстві відсутній. Визначення поняття *забезпечення* за відповідними напрямками діяльності правоохоронних органів давали різні науковці.

Так, В. В. Лисенко визначає поняття «криміналістичне забезпечення розслідування злочинів» як «систему розробки та

впровадження у практику розслідування злочинів криміналістичних рекомендацій, технічно-криміналістичних засобів та інформаційних технологій із метою оптимізації та підвищення ефективності процесу виявлення, розслідування та попередження злочинів» [1, с. 9]

Досліджуючи проблему виконання вироків в частині конфіскації майна, Л. А. Гарбовський дає визначення поняття *забезпечення конфіскації майна* на стадіях кримінального процесу – це система дій та практичного застосування органами дізнання, досудового слідства і судом, передбачених нормативно-правовими актами, заходів і засобів із метою виявлення, арешту, опису, збереження та охорони майна, що підлягає конфіскації, а також подальшого використання результатів цих заходів у доказуванні причетності обвинуваченого до певної злочинної діяльності та зв'язку підданого арешту майна з цією діяльністю [2].

Великий тлумачний словник сучасної української мови визначає поняття, які близькі до забезпечення прав та законних інтересів потерпілого, однак повною мірою не розкриває суті цієї діяльності: *забезпечення позову* – вживання заходів, які забезпечують реальність виконання судового або арбітражного рішення в разі задоволення позову; *забезпечення виконання зобов'язань* – у цивільному праві – спеціальні заходи майнового характеру, що спонукають сторони до точного і реального виконання зобов'язань – неустойка (штраф, пеня), застава, поручительство, банківська гарантія та ін. [3, с. 280-281].

На нашу думку, зазначені вище поняття не розкривають сутності та змісту забезпечення прав та законних інтересів потерпілого в кримінальному процесі, тому пропонується авторське бачення цього поняття, а саме: *це комплекс заходів, спрямованих на створення умов для реального використання*

*потерпілим своїх прав та законних інтересів, а також виявлення викрадених чи іншим способом відчужених у потерпілого матеріальних цінностей, коштів та іншого майна й організація його збереження до прийняття відповідних кримінальних процесуальних заходів.*

Першим в історії правовим актом, який встановлює обов'язки держави у сфері захисту прав людини, був прийнятий англійським парламентом в 1679 році Закон «Про свободу людини». В основу цього Закону було закладено принцип недоторканості особи.

Створюючи свою незалежну державу, колоністи Північної Америки в 1776 р. проголосували за «Декларацію незалежності», а потім конституційний акт, за допомогою якого уряд визначає фундаментальні права та свободи своїх громадян – «Білль про права», який проголосив свободу слова, совісті, зборів, недоторканість особи. Ці документи були в історії першими актами, де мова уже йшла про права і свободи кожної людини. У 1787 р. на їх основі була розроблена і прийнята Конституція США. Філософську основу системи американської демократії склали ідеї англійського юриста Дж. Локка, який «опираючись на англійський досвід, вперше оприлюднює теорію держави і права, засновану на завжди наявних природних законах, однаково обов'язкових як для підданих, так і для правителів. Він один із перших обґрунтував положення про природні права людини, якими вважав право на життя, свободу і володіння майном» [4, с. 25].

Найбільш суперечливим є право володіння майном, це право лягло в основу становлення капіталістичного суспільства і держава зобов'язана оберігати це право від будь-якого посягання, в тому числі і за допомогою кримінального переслідування. До теперішнього часу ці принципи і ідеї відповідають сучасному

розумінню прав і свобод – всі люди рівні, незалежні і мають права, які ніхто не може у них відібрати.

Вважається, що сучасна система захисту прав людини, у тому числі й потерпілих, бере початок із прийняття Загальної декларації прав людини 1948 р., Міжнародного пакту про економічні, соціальні та культурні права та Міжнародного пакту про громадянські та політичні права 1966 р., що разом із Загальною декларацією прийнято називати Міжнародним Біллем про права людини. Подальший розвиток міжнародної системи захисту прав людини відзначений створенням європейських правозахисних механізмів. Рада Європи, Європейський Союз і організація з безпеки та співробітництва в Європі (ОБСЄ) – це ті три організації, які намагаються встановити в усій Європі демократичну та економічну стабільність, без якої неможливий ефективний захист прав людини [6, с. 141].

На думку Т. Л. Сироїд, основним правовим фундаментом у сфері захисту прав потерпілих від злочину є Декларація основних принципів правосуддя для жертв злочинів і зловживання владою 1985 р. (далі – Декларація 1985 р.), резолюції і рекомендації, прийняті у межах ООН і європейських регіональних організацій [7, с. 152].

Метою зазначених нормативно-правових актів є забезпечення належного захисту прав жертв злочинів, гуманне поводження і недопустимість повторної віктимізації щодо них. У всьому світі Декларацію 1985 р. визнають як значне досягнення, своєрідну «Велику Хартію жертв». У цьому документі визначаються категорії осіб, які належать до жертв злочинів, закріплюється їх правовий статус, згідно з яким вони наділені широким спектром прав. Акцентується на формах відшкодування шкоди – реституції і компенсації.

Положення щодо правового статусу потерпілих знайшли своє відображення і в нормативно-правових актах Міжнародного кримінального суду 1998 р. (далі – МКС). Зважаючи на ту обставину, що потерпілі є одним із центральних учасників міжнародного кримінального судочинства, багато приділяється уваги їх правовому статусу в Статуті МКС і його нормативно-правових актах.

Аналізуючи положення Римського статуту МКС та його нормативно-правових актів, варто зазначити, що вони використовують як поняття «потерпілі», так і поняття «жертви». Разом із тим, акцентуємо, що в самому Статуті не має визначення сутності цього поняття [7, с. 61].

Завданням українського законодавства про захист прав жертв злочинів є розширення соціально-правових гарантій жертв злочинів, забезпечення фізичного, інтелектуального, культурного розвитку жертв злочинів, справедливого поводження з ними, створення соціально-економічних і правових інститутів із метою захисту прав і законних інтересів. Одним із таких правових інститутів є створення і функціонування під керівництвом Міністерства юстиції України центрів із надання правової допомоги.

Аналізуючи норми чинного КПК України на стадії реєстрації заяви чи повідомлення, можна виокремити обсяг прав особи, яка постраждала від злочину: право подати заяву чи повідомлення про злочин в усній чи письмовій формі; право на розгляд заяви чи повідомлення прокурором, слідчим, або слідчим суддею; право на забезпечення особистої безпеки чи безпеки членів сім'ї або близьких родичів; право бути поінформованою про результати розгляду заяви чи повідомлення; право бути поінформованою про час розгляду скарги слідчим суддею та брати участь у

розгляді скарги слідчим суддею і висловлювати свої доводи; право апеляційного оскарження рішення слідчого судді, винесеного за результатами розгляду скарги; право бути присутньою під час розгляду апеляційної скарги та висловлювати свої доводи.

Обсяг прав потерпілого під час кримінального провадження визначений у ст. 56, а обов'язки зазначені у ст. 57 КПК України. Слідчий обов'язково має роз'яснити положення цих статей кожній особі, яка визнана потерпілою у кримінальному провадженні. Потерпілий у процесі досудового розслідування реалізовує свої права, надані йому законом, а слідчий, у свою чергу, має забезпечити йому ці права, спираючись саме на цей закон.

Про процесуальні права та обов'язки під час досудового розслідування потерпілого повідомляють шляхом:

- вручення потерпілому пам'ятки про процесуальні права та обов'язки особою, яка прийняла заяву про вчинення кримінального правопорушення або заяву про залучення до справи як потерпілого (ч. ч. 2, 3 ст. 55 КПК України);

- роз'яснення прав перед допитом чи іншою слідчою (розшуковою) дією, в якій потерпілий бере участь (ч. 3 ст. 223, ч. 3 ст. 224 КПК України);

- роз'яснення права на ознайомлення з матеріалами, які сторони відкривають одна одній після закінчення досудового розслідування (ч. 8 ст. 290 КПК України);

- роз'яснення слідчим, прокурором потерпілому права на укладення з підозрюваним угоди про примирення (ч. 7 ст. 469 КПК України) тощо.

Законом передбачено, що потерпілий має право на негайне прийняття і реєстрацію заяви про кримінальне правопорушення та визнання його потерпілим. Права і обов'язки потерпілого

виникають в особи з моменту подання заяви про вчинення щодо неї кримінального правопорушення або заяви про залучення до провадження як потерпілого. Особа, визнана потерпілою від злочину, *має право давати пояснення, показання або відмовитися їх давати*. М. Гошовський та О. Кучинська, підтримуючи це, вважають, що варто було би надати потерпілим право відмовитися відповідати на запитання, а також право відхиляти запитання, заперечувати проти них (як це передбачено у кримінальному процесуальному законодавстві ФРН) [8, с. 80].

Право давати пояснення, показання або відмовитися їх давати – це особисте право потерпілого, що належить лише йому, водночас право потерпілого давати показання має обов'язково задовольнити слідчий. Цей обов'язок слідчого забезпечує потерпілому реалізацію права на охорону особистих прав та охоронюваних законом інтересів. Пояснення потерпілого можуть бути складовою частиною, різновидом його показань, а також використовуватися при здійсненні інших процесуальних прав під час досудового розслідування для обґрунтування своєї позиції, думки з питань, які виникають під час провадження. Відповідно до ст. 29 КПК України, потерпілий має право давати пояснення, показання рідною або іншою мовою, якою він вільно володіє, безоплатно коштом держави користуватися послугами перекладача в разі, якщо він не володіє державною мовою чи мовою, якою ведеться кримінальне провадження. Таким чином, потерпілий, з одного боку, є учасником процесу, відстоюючи свою думку, захищаючи свої права й інтереси у кримінальному провадженні, а з іншого боку – носієм певної інформації про скоєне правопорушення. У результаті він має змогу допомагати слідству встановити істину у кримінальному провадженні.

Одним із найважливіших процесуальних прав потерпілого, передбачених КПК України, є *надання ним доказів* на підтвердження обставин викладених в заяві, а також це своєрідна форма участі потерпілого у доказуванні. Не завжди маючи змогу самостійно збирати докази, потерпілий бере участь в їх збиранні шляхом надання слідчому речових доказів, документів, які є в його розпорядженні та мають відношення до провадження. З цією метою він вправі звернутися до слідчого судді під час досудового розслідування з клопотанням про тимчасовий доступ до речей і документів, що знаходяться у володінні особи, підозрюваної у вчиненні кримінального правопорушення з метою ознайомитися з ними, зробити їх копії або витяги. Якщо у потерпілого буде достатньо підстав вважати, що існує реальна загроза зміни або знищення речей чи документів підозрюваним, потерпілий має право ставити питання про розгляд такого клопотання суддею без виклику особи, у володінні якої вони перебувають. Крім того, він вправі подавати клопотання про витребування доказів особою чи органом, який здійснює провадження, залучення до справи інших осіб, тимчасове вилучення майна та документів і долучення їх до матеріалів кримінального провадження, проведення експертиз чи інших слідчих дій, спрямованих на пошук доказів, всебічне й об'єктивне встановлення всіх обставин події.

Надання потерпілим доказів є добровільним актом, і більшість потерпілих правильно сприймає свій громадянський обов'язок та намагається надати слідчому допомогу щодо збирання доказів та встановлення істини у кримінальному провадженні. Однак є випадки, коли потерпілий ухиляється від надання доказів у зв'язку з тим, що йому не вигідно оприлюднити речі чи документи, особливо коли їх походження є сумнівним або слідчим є підстави вважати, що речові докази, які



знаходяться у потерпілого, може бути втрачено, чи вони втратять своє доказове значення з певних причин. У таких випадках слідчий, з'ясувавши у потерпілого, що в нього є докази щодо кримінального провадження, має роз'яснити йому важливість цих доказів, а також запропонувати надати їх слідству. Слідчий має процесуально оформити цю дію і долучити предмети чи документи, надані потерпілим, до матеріалів кримінального провадження як речові докази. Якщо буде з'ясовано, що надані потерпілим речі чи документи не мають доказового значення у кримінальному провадженні, то слідчий має винести постанову про відмову в задоволенні клопотання потерпілого про залучення доказів до матеріалів кримінального провадження.

Досить важливим процесуальним правом потерпілого є *право заявляти клопотання*. Користуючись цим правом, потерпілий має змогу суттєво впливати на хід і результати досудового розслідування. Коло питань, щодо яких потерпілий може заявляти клопотання, законом не зумовлюються, зазначено, що клопотання подаються про виконання будь-яких процесуальних дій. Так, потерпілий має право заявляти клопотання про проведення додаткових слідчих (розшукових) та інших процесуальних дій із метою перевірки наявних і отримання нових доказів, для з'ясування обставин вчинення щодо нього кримінального правопорушення, про забезпечення майбутнього виконання цивільного позову у кримінальному провадженні, ознайомлення його з матеріалами досудового розслідування як до закінчення, так і після його закінчення у зв'язку з відкриттям матеріалів сторонами одна одній, забезпечення безпеки щодо себе, членів своєї сім'ї, близьких родичів, майна, житла тощо. У разі задоволення клопотання потерпілого слідчий виконує слідчі дії, про які просить потерпілий і при цьому не виносить

ніякої спеціальної постанови, яка б підкреслювала, що ця процесуальна дія виконується на прохання потерпілого. У разі повної або часткової відмови в задоволенні клопотання слідчий має скласти мотивовану постанову із зазначенням підстав відмови у його задоволенні. Ця процесуальна дія слідчого дає підстави потерпілому отримати копію постанови про причини відмови й оскаржити прийняте рішення прокуророві. Законом також зумовлено, що слідчий зобов'язаний розглянути клопотання в строк не більше трьох днів із моменту подання, прийняти по ньому рішення та повідомити потерпілого (ч. 1 ст. 220 КПК України).

Необхідною умовою проведення всебічного, повного і об'єктивного досудового розслідування є неупередженість на досудовому слідстві таких процесуальних фігур, як слідчий суддя, прокурор, слідчий, експерт, спеціаліст, перекладач, захисник підозрюваного чи обвинуваченого. У КПК України передбачені випадки, в яких зазначені особи не можуть бути учасниками конкретної провадження (ст. ст. 75-79 КПК України). У зв'язку з цим потерпілий *має право заявляти їм відводи*. Щоб потерпілий міг реалізувати це право, слідчий під час досудового провадження має повідомити його про те, хто саме виконує функції перелічених учасників процесу. Однак здебільшого слідчому не відомо, хто з експертів буде виконувати ту чи іншу експертизу або хто зі спеціалістів братиме участь у проведенні слідчої дії, тому реально забезпечити право потерпілому заявляти відводи слідчий може лише щодо себе або перекладача, оскільки з ними потерпілий безпосередньо спілкується під час досудового розслідування. Внаслідок цього потерпілий, коли знайомиться з матеріалами кримінального провадження, фактично ставиться перед фактом (експерт і спеціаліст вже

виконали необхідні дії) і своє право заявляти клопотання про відводи він реально реалізувати вже не може.

Ст. 24 КПК України гарантує потерпілому *право на оскарження* процесуальних рішень, дій чи бездіяльності слідчого судді, прокурора, слідчого в порядку, передбаченому цим Кодексом. Це право є однією з найважливіших гарантій захисту громадянами своїх прав та свобод від їх порушення як із боку органів, що здійснюють досудове розслідування та судовий контроль у кримінальному провадженні, так і з боку інших осіб, що беруть участь у ньому. Чинний КПК України дає чіткий перелік кола рішень, дій чи бездіяльності слідчого або прокурора, що можуть бути оскаржені під час провадження досудового розслідування, а також надає вичерпний перелік осіб, що мають право оскаржити те чи інше рішення, дію чи бездіяльність слідчого або прокурора. Скарги на інші рішення, дії чи бездіяльність слідчого або прокурора не розглядаються під час досудового розслідування і можуть бути предметом розгляду під час підготовчого провадження у суді. З метою забезпечення цього права слідчий зобов'язаний забезпечити можливість його реалізації, тобто роз'яснити потерпілому порядок оскарження: яким чином, в яких випадках і до кого може звернутися заявник із вимогою про усунення допущених щодо нього порушень.

Найважливіше право потерпілого, що передбачене чинним КПК України, – це право потерпілого на *відшкодування завданої кримінальним правопорушенням шкоди*. Більшість нами опитаних потерпілих вважає, що законодавче врегулювання прав потерпілого є таким, що не відповідає конституційним гарантіям його прав на відшкодування завданої кримінальним правопорушенням шкоди.

Незадовільний стан забезпечення прав, свобод та законних інтересів потерпілого не тільки в межах нашої держави. За даними Міжнародного огляду з питань злочинності (віктимізації), більше половини жертв злочинів в усьому світі не задоволені ставленням державних органів до їх скарг та розмірами відшкодованих збитків [9]. За даними нашого опитування, 78 потерпілих зі 120 (а це 65%) висловилися за посилення гарантій із боку держави щодо відшкодування шкоди потерпілому. Це право потерпілого гарантоване державою, однак найменш нею захищене.

Якщо існує реальна загроза життю і здоров'ю, житлу чи майну потерпілого, членів його сім'ї та близьких родичів, або робляться спроби вплинути на цих учасників кримінального провадження шляхом погроз чи інших протиправних дій, усі вони мають *право на забезпечення безпеки*. Порядок вжиття заходів для забезпечення безпеки потерпілому, членам його сім'ї, близьким родичам, майна, житла визначено Законом України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві» від 23 грудня 1993 р. (п. 7). За ст. 1 цього Закону, забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, – це здійснення правоохоронними органами правових, організаційно-технічних та інших заходів, спрямованих на захист життя, житла, здоров'я та майна цих осіб від протиправних посягань, із метою створення необхідних умов для належного здійснення правосуддя.

Вважаючи досудове слідство закінченим, а зібрані докази достатніми для складання обвинувального або іншого акта, слідчий зобов'язаний повідомити про це потерпілого та одночасно роз'яснити йому, що він має право *знайомитися з матеріалами справи*. Повідомлення про закінчення досудового розслідування дає змогу потерпілому знати про форму

закінчення досудового розслідування і реагувати на відповідне процесуальне рішення прокурора чи реалізувати інші права, які він має у зв'язку з закінченням досудового розслідування. На цій стадії досудового розслідування потерпілий має право на отримання копій матеріалів провадження, які його безпосередньо стосуються: під час ознайомлення з відкритими сторонами матеріалами після завершення досудового розслідування робити копії або відображення матеріалів; у разі закриття кримінального провадження слідчим чи прокурором на отримання копії постанови слідчого чи прокурора про закриття кримінального провадження. На жаль, більшість потерпілих не розуміє важливості реалізації цього права, а тому з матеріалами знайомиться не кожен потерпілий і саме слідчий повинен це роз'яснити. Якщо потерпілий ознайомився з матеріалами кримінального провадження, то він має підписати спеціально передбачений протокол, де він, якщо вважає за потрібне, може заявити клопотання.

Підсумовуючи, варто визнати, що з прийняттям КПК України (2012 р.) правове становище потерпілого під час досудового розслідування значно покращилося, однак в Україні і надалі необхідно розвивати права потерпілого від кримінального правопорушення та поступово впроваджувати міжнародні стандарти, від цього залежатиме активна протидія злочинності, дотримання правоохоронними органами законності, прав і свобод громадян, які гарантовані Конституцією України.

Водночас на потерпілих покладається низка зобов'язань. Їх завданням є встановлення обставин скоєння кримінального правопорушення, забезпечення доказової інформації, неухильне виконання передбаченої нормативними актами притаманної їм процесуальної функції. Зокрема, як носії доказової інформації

вони зобов'язані чим точніше, повно і правдиво передати її органам досудового розслідування. Тобто своїми правдивими показаннями сприяти встановленню істини у кримінальному провадженні залишеної в їх пам'яті, оскільки вони іноді є єдиними носіями інформації про злочин.

Становлення в Україні правової демократичної держави нерозривно пов'язане з процесом оновлення юридичної бази захисту прав і свобод людини, використання не традиційних для старої системи права елементів.

Особливе значення у системі гарантування цих прав і свобод має Конституція України, норми якої є нормами прямої дії (ч. 3 ст. 8). Конституція гарантує громадянам України можливість захисту їхніх прав та свобод і в міжнародних органах. Кожен має право після використання всіх національних засобів правового захисту звертатися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, учасником яких є Україна (ч. 4 ст. 55). Це вимагає від України додержуватись положень таких міжнародно-правових документів, як Загальна декларація прав людини, проголошена Генеральною Асамблеєю ООН 10 грудня 1948 р., розроблені на основі цього документа та прийняті 16 грудня 1966 р. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права, Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права (ратифіковані Україною 19 жовтня 1973 р.), Конвенція про захист прав і основних свобод людини, підписана в Римі урядами держав-членів Ради Європи 4 листопада 1950 р. (ратифікована Законом України від 17 липня 1997 р. № 475/97-ВР, Декларація основних принципів правосуддя для жертв злочинів і зловживання владою, прийнята Генеральною Асамблеєю ООН 29 листопада 1985 р., інші міжнародні договори, згоду на

обов'язковість яких надано Верховною Радою України (ч. 1 ст. 9 Конституції).

Україна, вступаючи до Ради Європи, взяла на себе зобов'язання не лише визнати, а й закріпити у своєму законодавстві та дотримуватися європейських стандартів прав людини, в тому числі у кримінальному судочинстві. Нині вона узгоджує своє законодавство з європейськими стандартами. Одне з важливих завдань, яке необхідно при цьому вирішити, – гарантування потерпілим надійного захисту від кримінальних правопорушень.

На думку більшості науковців та практичних працівників, правовий статус потерпілого, за КПК України 1960 р., не досконалий, що ставило його в нерівне становище з обвинуваченим. Це виявлялося, зокрема, в неоднаковому обсязі прав цих сторін у кримінальному процесі (у потерпілого він значно вужчий), у труднощах, пов'язаних із відшкодуванням заподіяної злочинцем шкоди, що обмежує змогу реалізації потерпілим своїх прав на вільне розпорядження своїм майном.

Для забезпечення реалізації зазначеного обов'язку держави як в абстрактному, так і в конкретному випадках на наднаціональному рівні були ухвалені документи, що мають стимулювати держави якнайповніше захищати права потерпілих.

До найбільш відомих документів із цього питання належать Європейська конвенція щодо відшкодування збитків жертвам насильницьких злочинів від 24 листопада 1983 р. (далі – Конвенція), а також Рекомендації Комітету міністрів державам-членам стосовно положення потерпілого в межах кримінального права та кримінального процесу від 28 червня 1985 р. № R(85)11.

Право потерпілого від злочину на компенсацію шкоди – невід'ємне право громадян, елемент правового статусу особи.

Згідно з Декларацією основних принципів правосуддя для жертв злочинів і зловживань владою, що була прийнята 29 листопада 1985 р. Генеральною Асамблеєю ООН (далі – Декларація ГА ООН від 29 листопада 1985 р.), Резолюцією ЕКОСОП ООН № 1999/26 від 28 липня 1999 р. про розвиток та імплементацію основ медіації та відновлюваного правосуддя у кримінальне правосуддя, Рекомендацією № R (99)19 від 15 вересня 1999 р. щодо медіації у кримінальних справах, у Кримінальному кодексі України (далі – КК України) було закріплено підстави та умови звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням із потерпілим.

Однак, окрім внесення змін у КК України, далі розвиток відновлювального правосуддя призупинився. Нині на території України діють дві основних організації, що займаються медіацією: це Асоціація Груп Медіації в Україні та Український Центр Порозуміння.

На жаль, ці організації майже не співпрацюють із судами, а що стосується кримінальних проваджень, то вони взагалі не мають таких програм медіації. Для запровадження відновлювального правосуддя у кримінальне судочинство України необхідна державна фінансова підтримка та запроваджено механізм застосування процедур примирення жертви і правопорушника на практиці (порядок вступу у процес медіатора, його процесуальний статус тощо). Законодавством мало бути чітко унормовано деталі угоди, досягнутої у процесі медіації, а також положення щодо справ, які можуть бути вирішені за допомогою медіації, темпоральні рамки здійснення медіації та виконання умов досягнутої реституційної угоди і закріплення результату медіації аналогічно з вироком суду. І тільки реалізація названих обставин дасть правову впевненість у її використанні, зокрема,



йдеться про здійснення виплат та компенсації за досягнутою реституційною угодою.

Загальноєвропейська тенденція до посилення захисту прав потерпілих від злочинів була ініційована ФРН, в якій відповідний Закон про відшкодування шкоди жертвам насильницьких злочинів було ухвалено ще 11 травня 1976 р., а, власне, наукова і громадська ініціативи з цього питання з'явилися вже на початку 70-х рр. Публіцисти зазначали, що політична вимога надання законодавчих гарантій жертвам насильницьких злочинів була обґрунтована, зокрема, політичною волею Німеччини на державному рівні, щоб загладити наслідки діяльності нацистів під час їхнього панування у 1933–1945 рр.

Науковці зважали на те, що держава, яка монополює використовує засоби протидії злочинності, зобов'язана охороняти своїх громадян від шкоди, що може бути спричинена кримінальними діяннями. Наприкінці 70-х рр. ХХ ст. у ФРН був створений спеціальний фонд потерпілих, із коштів якого держава відшкодовувала їм завдану шкоду. ФРН й ініціювала ухвалення Конвенції у 1983 р.

Щодо національних кримінальних процесуальних систем, то, наприклад, у Королівстві Нідерланди урядова Директива піклування про потерпілих була прийнята в 1995 р.

У Королівстві Бельгія закон, який суттєво реформував кримінальне процесуальне право також і в наведеному аспекті, був ухвалений 12 березня 1998 р. Провідною ідеєю прийнятого в Бельгії закону було те, що захист суспільства починається із захисту прав потерпілих та відшкодування спричиненої їм шкоди.

У Французькій Республіці міністр юстиції видав циркуляр від 13 липня 1998 р., в якому дав чітку вказівку правозастосовчим органам про посилення руху в напрямі захисту прав потерпілого

на всіх стадіях кримінального процесу. Цей документ рекомендаційного характеру став основою закону Франції від 15 червня 2000 р. «Про закріплення захисту презумпції невинуватості та прав потерпілого» [10, с. 49].

У 2005 р. під час Європейської конференції міністрів юстиції у м. Гельсінкі щодо посилення захисту прав потерпілих українська сторона приєдналася до Конвенції. Ця Конвенція встановила, що за умови, якщо відшкодування збитків не може бути забезпечено з інших джерел, держава має взяти це на себе. Стосуються ці положення серйозної шкоди (фізичному стану або здоров'ю) і тих, хто перебував на утриманні загиблих у результаті такого злочину. При цьому компенсація має покривати у будь-якому разі такі складники шкоди: втрату заробітку, витрати на ліки та госпіталізацію, витрати на похорон та у випадках, що стосуються утриманців, – власне, утримання [11, с. 71-77]. Згідно з Конвенцією, відшкодування шкоди жертвам насильницьких злочинів здійснюється навіть у тому випадку, коли злочинець не може бути підданий судовому переслідуванню або бути покараним. Це означає, що український уряд, приєднавшись до Конвенції, мав шукати засоби для покриття нових соціальних витрат Державного бюджету України, оскільки стягнути ці кошти зі злочинців здебільшого неможливо.

За роки незалежності України до Верховної Ради України було внесено кілька законопроектів щодо відшкодування коштом держави матеріальної шкоди громадянам, які визнані потерпілими від злочинів. Зокрема, це проект, поданий у 2001 р. Г. А. Васильєвим, та проект, поданий у 2006 р. народними депутатами України В. Ф. Сіренком, В. В. Онопенком, М. В. Оніщуком. У вищевказаних документах було запропоновано створити державний фонд відшкодування збитків як юридичну особу, що

має самостійний баланс, розрахунковий та інші рахунки в установах банку, певні реквізити та символіку. Формування коштів Фонду пропонувалось здійснювати за рахунок: коштів Державного бюджету; коштів, отриманих від реалізації конфіскованого майна; коштів, отриманих за виконавчими листами засуджених; благодійних внесків юридичних або фізичних осіб. Але рішення ВРУ про прийняття цих проектів за основу були скасовані відповідними постановами ще у 2007 р. На цьому ж етапі у ВРУ немає зареєстрованих, подібних до цих документів.

У результаті комплексного дослідження теоретичних розробок вітчизняних вчених та зарубіжного досвіду можна сформулювати пропозиції щодо моделі Державного Фонду допомоги потерпілим від злочинних посягань. Отже, Державний Фонд допомоги потерпілим від злочинних посягань може бути створений як фонд цільового призначення, юридична особа, яка має самостійний баланс, розрахунковий та інші рахунки в установах банку, певні реквізити та символіку, територіальну та внутрішньо організаційну структуру. Щодо Міністерства юстиції України, інших державних органів, наглядові та контрольні повноваження яких закріплені законом, варто передбачити контрольні та розподільні функції щодо акумулювання надходжень та використання їх за призначенням.

Джерелами фінансування Фонду можуть бути:

- суми, стягнені з особи, яка заподіяла шкоду;
- відрахування з державного бюджету частини тих сум, які одержані від використання праці засуджених, реалізації конфіскованого майна, сум штрафів, які стягнені за вчинення злочинів та адміністративних правопорушень;
- внески підприємств (усіх форм власності), організацій, благодійних товариств і громадян;

– частина сум, одержаних митними органами від реалізації вилучених товарів, що незаконно переміщуються через кордон України;

– грошові кошти, отримані від використання тимчасово вільних матеріальних ресурсів Фонду у фінансово-кредитних операціях (позика, кредит та ін.).

Вбачається, що варто також встановити мінімальну шкоду, заподіяння якої надаватиме потерпілому право звернутися до цього фонду, і максимальну суму, яка підлягає відшкодуванню. Причому при кожному разі звернення необхідно встановлювати черги виплати у зворотній пропорції до матеріального стану потерпілого. Якщо звернутися до досвіду зарубіжних країн, то зазначений державний фонд має функціонувати як своєрідна кредитна установа, яка відшкодовує частину коштів одноразовою виплатою з поступовою сплатою всієї належної потерпілому суми, а вже потім стягує витрати з джерел надходження до фонду, вказаних вище.

При цьому доцільним є розмежування двох видів випадків відшкодування шкоди:

– якщо злочин розкрито, то сплачується одноразово 50% належної потерпілому суми, а решта – протягом наступних 2 років. Підставою сплати є заява потерпілого до Фонду та вирок суду;

– якщо злочин не розкрито, то одноразова сплата визначається теж у розмірі 50% від належної суми, але сплата іншої частини здійснюється протягом двох років після встановлення винної особи. У разі припинення розслідування справи потерпіла особа має право заявляти цивільний позов про відшкодування державою нанесеної потерпілому шкоди. Підставою сплати у цьому разі виступатиме заява особи до Фонду, постанова про закриття справи та відповідне рішення суду.

Здійснювати виплату матеріальної допомоги з державного фонду доцільно тільки тим потерпілим, які зазнали шкоди, заподіяної умисними злочинними посяганнями. Ця пропозиція відповідає Декларації «Про основні принципи відправлення правосуддя по відношенню до жертв злочинів та зловживань владою».

Виплата матеріальної допомоги має виключатись, якщо особа, якій заподіяно збитки, раніше уклала договір страхування й отримує страхові виплати, а також коли особа зазнала ушкодження здоров'я чи втратила годувальника, але одержує за це державну допомогу або пенсію.

Отже, на підставі викладеного можна дійти висновку, що створення Державного Фонду допомоги потерпілим від кримінальних правопорушень є дієвим засобом відшкодування шкоди, завданої злочинними посяганнями, навіть коли кримінальне правопорушення не розкрито або коли з винного неможливо здійснити стягнення відповідних сум. Реалізація ж внесених пропозицій під час створення такого фонду сприятиме його ефективному функціонуванню, фінансуванню виплат потерпілим від кримінальних правопорушень та встановленню відшкодування, адекватного спричиненій злочинним посяганням шкоди.

### **Список використаних джерел:**

1. Лисенко В.В. Проблеми криміналістичного забезпечення розслідування податкових злочинів: автореферат дис. ... д.ю.н.: спец. 12.00.09. Київ, 2006. С. 9.
2. Гарбовський Л.А. Процесуальне забезпечення конфіскації майна в кримінальному судочинстві: автореферат дис. ... к.ю.н.: спец. 12.00.09. Київ, 2008. 18 с.

3. Великий тлумачний словник сучасної української мови / Уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. К.; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2003. С. 280-281.

4. Баранов А., Брыжко В., Базанов Ю. Права человека и защита персональных данных. К., Государственный комитет связи и информатизации Украины, 2000. С. 25.

5. Грищук О.В. Основні етапи формування міжнародного механізму захисту прав людини. Актуальні питання реформування правової системи України: Зб. наук. статей за матер. I Міжвуз. наук.-практ. конф. (27–28 травня 2005 р., м. Львів). С. 141.

6. Сыроед Т.Л. Права жертв преступлений: Международные стандарты и национальное законодательство. Х.: Эспада, 2002. 152 с.

7. Сироїд Т.Л. Правове становище потерпілих у міжнародному кримінальному суді. Вісник Харківського національного університету імені В.Н. Каразіна. 2004. № 841. С. 61.

8. Гошовський М.І., Кучинська О.П. Потерпілий у кримінальному процесі України. К.: Юрінком Інтер, 1998. С. 80.

9. Лисенко А. Захист прав потерпілого у кримінальному процесі. Дослідження. URL: [http://uccg.org.ua/bulletin/Articles/01\(5\)/10-Doslidzhennya/051001.pdf/](http://uccg.org.ua/bulletin/Articles/01(5)/10-Doslidzhennya/051001.pdf/).

10. Уголовный процесс западных государств / Под ред. К.Ф. Гуценко. М.: Зерцало, 2001. С. 49.

11. Хуторянський О.В. Потерпілий від злочину, передбаченого статтею 136 Кримінального кодексу України: кримінально-правовий аналіз / О.В. Хуторянський, В.О. Останін. Юридичний часопис Нац. акад. внутр. справ. 2011. С. 71-77.

**Коваль М.В.,**

*кандидат юридичних наук, професор,  
професор кафедри адміністративного права  
і процесу та митної безпеки*

*Університету державної фіскальної служби України*

## **ДО ПИТАННЯ ПРО ЗАКОНОДАВЧЕ ВРЕГУЛЮВАННЯ В УКРАЇНІ ЗАГАЛЬНОПРАВОВОГО СТАТУСУ «ПРАЦІВНИК ПРАВООХОРОННОГО ОРГАНУ»**

### **Вступ**

Складнощі побудови розвинутого цивілізованого суспільства на теренах нині створеної української держави нині зумовлені переорієнтуванням свідомості українського народонаселення з одних координат цінностей на інші, тобто на більш демократичні та людяні. Цей процес пов'язаний зі сповіданням цінностей, що базуються на впровадженні в життєдіяльність державно-організованого суспільства такого стану суспільних відносин особистості і держави, який передбачає пріоритет людини перед державою.

Перехід від сприйняття цінностей, які сповідувало українське суспільство, що функціонувало до отримання незалежності, до цінностей, які в основу життєдіяльності суспільства та держави впроваджують найвищу соціальну цінність, якою є людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканість і безпека, а права і свободи людини та громадянина та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави зумовило прийняття і впровадження в повсякденне життя самостійної і незалежної української держави основоположного базового політико-нормативного, програмного документа, яким є її Конституція – Основний Закон незалежної, демократичної, соціальної, правової держави Україна [1].

Реалізація положень зазначеного політико-нормативного, програмного документа, яким є Конституція України (далі – КУ), мобілізує Український народ, тобто громадян всіх національностей, які населяють територію України на втілення в часи сьогодення і на майбутнє доволі складного і багатоаспектного комплексного застосування принципів, підходів, засобів, способів, методів, заходів, прийомів тощо для побудови на теренах України цивілізованої держави, яка сповідує європейські цінності.

Важлива роль у впровадженні засад основного нормативно-правового акту української держави та забезпеченні його функціонування відводиться її правоохоронним інституціям. Однією з її складових державних інституцій є правоохоронні органи, що входять до механізму держави, та є частиною державного апарату, який являє собою юридично оформлену підсистему державних органів, їх ланок та підрозділів, що уповноважені відправляти державну владу з управління суспільством. Таке управління здійснюється шляхом впливу на його членів посередництвом виконання завдань і функцій держави з застосуванням методів заохочення, а також примусу, які застосовуються в установленому правовими приписами порядку.

Правоохоронні органи в механізмі держави зобов'язані здійснювати діяльність із забезпечення прав та свобод людини і громадянина, охороняти конституційний лад України, права і законні інтереси підприємств, установ та організацій, встановлений правопорядок, зміцнення законності, проведення превентивно-профілактичних заходів із недопущення протиправних діянь, виявлення і попереднього розслідування вчинених правопорушень, охорону і захист усіх форм власності.



Виконання поставлених перед правоохоронними органами завдань та здійснення при цьому наданих повноважень реалізується фізичними (службовими та посадовими) особами, які в установленому законодавством порядку та відповідно до передбачених вимог призначені на ту чи іншу посаду, у ту чи іншу державну правоохоронну інституцію.

Розглядаючи проблемні питання пов'язані з формуванням та функціонуванням «правоохоронної функції держави», «правоохоронної системи», «системи правоохоронних органів», «правоохоронної діяльності», «правоохоронної служби», «працівник правоохоронного органу», яким стає фізична особа, яка, набувши статусу службової і посадової особи, виконує інтелектуально-фізичні дії у процесі здійснення правоохоронної діяльності, які спрямовані на забезпечення виконання завдань, що стоять перед тією чи іншою державною правоохоронною інституцією.

Враховуючи зазначене, нами в цій науковій роботі пропонується викласти свою думку щодо питання, що торкається обґрунтування загальноправового статусу *«працівник правоохоронного органу»*.

### **Теоретико-правові положення, що зумовлюють необхідність унормування загальноправового статусу *«працівник правоохоронного органу»***

Досліджуючи постановочну проблему, яка започаткована в назві наукової роботи, варто зазначити, що її обговорення треба розпочинати з аналізу положень, що зафіксовані в Конституції України і які тим чи іншим чином торкаються цієї проблеми. Перш за все, це положення, які безпосереднє стосуються підходу українського законодавця до регулювання взаємовідносин особи

і держави. Так, у положеннях ст. 1 КУ закріплюються базові концептуальні засад для визначення, оновлення і розвитку української державності в часи сьогодення і на майбутнє. КУ до загальноприйнятих ознак, які притаманні державності взагалі, додає такі фундаментальні засади, на підставах яких на теренах українських земель має будуватись і вже будується таке геополітичне формування, яким є суверенна і незалежна, демократична, соціальна та правова держава Україна.

Прийнята Конституція України суттєво розвиває та збагачує основи конституційного ладу нашої держави, надає їм систематизованого, узгодженого характеру. В Конституції – Основному Законі держави – закріплено, що Україна як держава є не тільки суверенною, незалежною та демократичною, але вона також є і соціальною, і правовою державою [1].

Нині у вченні про державу і право науковці ведуть мову й обстоюють ідею *«правової держави»*. Правова держава є визначальним і найбільш змістовним елементом панівного в сучасних цивілізованих країнах типу державності. Вона являє собою організацію політичної влади, що базується на визнанні та реальному забезпеченні прав і свобод людини та громадянина, верховенстві права, взаємній відповідальності особи і держави тощо [2, с. 11].

Нині досвід політико-правової думки засвідчує, що для правової держави необхідно визнання та дотримання невідчужуваних прав людини (гуманітарно-правовий компонент), верховенство права і правових законів (нормативно-правовий компонент), достовірна правова організація системи державної влади яка розподіляється на законодавчу, виконавчу та судову (інституційно-правовий, організаційно-власний компонент). Науковці зазначають, що всі

зазначені компоненти тісно взаємопов'язані та доповнюють один одного [3, с. 678].

Варто зазначити, що правова держава як поняття є «програмним», для своєї реалізації у життєдіяльність суспільства. Зазначене явище втілюється в життя за допомогою понятійних конструкцій з історично мінливим змістом. Тому, враховуючи викладене і зміст ідеї правової держави, варто мати на увазі, що понятійні конструкції піддаються певним змінам залежно від того, які фактори визнаються найбільш значущими в той чи інший період історії розвитку суспільства та держави.

Становлення України як правової держави пов'язане зі створенням та функціонуванням демократичного і дієздатного громадянського суспільства, посиленням його контролю та впливу на діяльність національних державних інституцій. Демократичне суспільство та правові відносини в ньому не можуть бути антагоністичним за своєю соціальною сутністю. Водночас подолання негативних наслідків у діяльності державних інституцій вимагає усунення причин, які їх породжують і, передусім, тих, що торкаються соціальної нерівності. Однак само по собі громадянське суспільство не спроможне самостійно вирішити це завдання. Тому воно потребує переходу від ліберальної до соціальної моделі державності і покладає на правову державу цей обов'язок, чим і визнає правомірність її існування [2, с. 11].

Досліджуючи основополагаючі засади, які є програмними для українського суспільства та його держави стосовно відносин із людиною і громадянином, варто враховувати передбачені у ст. 3 Конституції України положення, де закріплено, що людина, її життя і здоров'я, честь та гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю, а права і

свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Це положення зумовлює державу відповідати перед людиною за свою діяльність і покладає на неї імператив щодо утвердження та забезпечення прав і свобод людини як головний обов'язок держави [1].

У цьому нормативно-правовому акті зазначений також імператив, який регламентує, що правове життя в Україні та порядок у суспільстві і держави ґрунтується на засадах, за яких ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством. У ч. 2 ст. 3 Конституції України закріплено положення, згідно з яким органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України (ст. 19).

Щодо регламентування діяльності інституцій державної влади КУ передбачає, що державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову. Органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених Конституцією межах та відповідно до законів України (ст. 6 КУ).

Що ж торкається регламентування порядку створення та функціонування окремих спеціальних державних органів, то в КУ закріплено, що захист суверенітету та територіальної цілісності держави України, забезпечення її економічної та інформаційної безпеки є найважливішими функціями держави та є справою усього українського народу. Оборона держави та захист її суверенітету, а також територіальної цілісності і недоторканності покладаються на Збройні сили України (далі – ЗСУ). Забезпечення ж державної безпеки і захист державного кордону України покладаються на відповідні військові формування та

правоохоронні органи держави, організація і порядок діяльності яких визначаються відповідними законами. ЗСУ та інші військові формування, які сформовані в установленому законом порядку, ніким не можуть бути використані для обмеження прав і свобод громадян або ж використані з метою повалення конституційного ладу, усунення органів влади від виконання передбачених Конституцією функцій чи перешкодження здійсненню їх діяльності. У зазначеній статті закріплено, що держава бере на себе соціальний захист громадян України, які перебувають на службі у ЗСУ та в інших військових формуваннях, а також членів їхніх сімей (ст. 17).

Вказані в роботі положення, які взяті нами з редакції Конституції України, торкаються тих прав людини і громадянина, які регламентують взаємовідносини людини з державою під час здійснення органами публічного адміністрування наданих повноважень у життєдіяльності суспільства.

Конституція України як нормативно-правовий акт для всієї правової системи України, зокрема для правоохоронної системи держави, є базовим і таким, що має найвищу юридичну силу.

Закріплені в КУ положення зумовлюють українську державу формувати відповідні механізми впровадження конституційних засад у життєдіяльність суспільства та держави. Для цього держава створює необхідні системні формування, які забезпечують впровадження завдань і функцій держави в процесі реалізації їх в повсякденне життя.

Реалізуючи вказані програмні положення Основного Закону української держави, науковці, практичні працівники, посадовці розробляють і обґрунтовують певні моделі і конструкції, які можуть бути використані під час прийняття відповідних

нормативно-правових актів та вироблення механізму їх втілення в життєдіяльність суспільства, держави.

Зазначене повною мірою стосується також правового регулювання суспільних відносин із застосуванням конституційного терміну «правоохоронні органи». Впровадження цього терміна в поточне законодавство передбачає його зв'язок із низкою інших правоохоронних категорій, які взаємопов'язані з вказаним терміном і зумовлюють їх розуміння в сукупності як певного явища правової дійсності, окремі елементи якого можуть бути поза нормативно-правовим регулюванням.

Вказані конституційні положення мають суттєвий вплив на формування процедури реалізації правоохоронної функції держави. Однак як явище правової дійсності правоохоронна функція держави до цього часу термінологічно не зафіксована в нормативно-правових актах.

Згідно з теоретичними розробками, реалізація правоохоронної функції держави неможлива без існування надійної правоохоронної системи, бо саме на неї покладається основний тягар щодо забезпечення прав, свобод та задоволення потреб і законних інтересів особистості і суспільства загалом.

У теорії права та держави існують напрацювання щодо того, що правоохоронні органи як правова категорія розглядаються в тісному взаємозв'язку з правоохоронною системою, що створюється державою для забезпечення реалізації правоохоронної функції держави [4]. Тому шляхом екстраполяції теоретичних розробок правоохоронної функції держави та її правоохоронної системи можна обґрунтувати положення щодо того, які ж державні інституції варто вважати належними до категорії «правоохоронні органи», а також необхідності і доцільності прийняття нормативно-правового акту, в якому було б

зафіксовано, кого з державних службовців законодавець може вважати «службовою особою», «посадовою особою», а також «працівником правоохоронного органу».

Й. Горінецький визначає правоохоронну функції сучасної держави як самостійний і пріоритетний напрям державної політики, в процесі реалізації якої за допомогою юридичних засобів здійснюється досягнення певного соціального ефекту щодо захисту прав, свобод і законних інтересів людини та громадянина, права взагалі, основ конституційного ладу, зміцнення законності і правопорядку та є правовою формою досягнення інших цілей суспільства і держави [5, с. 8].

Цю точку зору підтримує І. Сажнів, який зазначає, що правоохоронна функція – це напрям діяльності держави, що виражає її сутність на певному історичному етапі, яка спрямована на вирішення основних завдань щодо забезпечення охорони конституційного ладу, прав та свобод громадян, законності і правопорядку, всіх врегульованих правом суспільних відносин, і здійснюється у відповідних формах та особливими методами [6, с. 71].

Теоретики права надають таке визначення поняттю правоохоронна система, яка, на їх думку, являє собою сукупність державно-правових утворень і громадських формувань, які за допомогою притаманних їм засобів, способів, методів, а також із дотриманням відповідних гарантій забезпечують захищеність людини і громадянина від різного роду протиправних діянь [7, с. 23].

Згідно з теорією права, до складу правоохоронної системи науковці включають принципи, мету, завдання, функції, об'єкти і суб'єкти правової охорони, охоронні правові приписи, саму правоохоронна діяльність та правоохоронні відносини [4].

Причому науковці зазначають, що «правоохоронна система» – поняття більш ширше за поняття «система правоохоронних органів». На їх думку, правоохоронна система включає три субстанції: а) цілі та об'єкти охорони права; б) суб'єкти правоохорони; в) правоохоронну діяльність [8, с. 225].

З приводу розуміння поняття «правоохоронна система» В. Боняк виокремлює два підходи до її визначення: *по-перше*, він розглядає її як сукупність правоохоронних органів; *по-друге*, як складне соціально-правове явище, що структурно включає в себе правоохоронні органи та інші її елементи [9, с. 67]. Розглядаючи перший підхід, варто зауважити, що поняття «правоохоронна система» і «система правоохоронних органів» фактично ототожнюються. Такої ж думки, зокрема, дотримується В. Півненко, який прямо характеризує правоохоронну систему як систему правоохоронних органів, що знаходяться в складі всіх гілок державної влади [10, с. 39-42].

На думку О. Соколенко, правоохоронні органи відображають, перш за все, саме інституціональний аспект правоохоронної системи. Функціонування правоохоронних органів неможливе поза зв'язком з іншими елементами правоохоронної системи, зокрема нормативно-правовим забезпеченням побудови правоохоронних органів і реалізації ними відповідної правоохоронної діяльності. Лише єдність та пов'язаність правового регулювання суспільних відносин у сфері правоохорони потребує створення і функціонування правоохоронних органів, які практично здійснюють правоохоронну діяльність в умовах демократичної, соціальної, правової держави та може розглядатись як єдино прийнятний спосіб організації правової охорони [11, с. 92].

Відповідно до ідеї про пріоритет права в правовому регулюванні суспільних відносин, на перше місце варто



поставити нормативну підсистему, правоохоронні органи ж являють собою підсистему, узгоджену за цілями, засобами і методами з підсистемою правоохоронних правових приписів. У свою чергу, правоохоронна система виступає як підсистема щодо системи вищого порядку – «правової системи» [8, с. 225].

Погоджуючись із викладеним, на нашу думку, не варто обмежуватися лише вищерозглянутими правовими приписами та інституціями правоохорони як складовими елементами правоохоронної системи, а необхідно враховувати також «діяльнісний» характер, який є практичною реалізацією компетентними правоохоронними інституціями положень відповідних нормативно-правових актів у життєдіяльність суспільства та держави. Щодо цього питання окремі науковці дотримуються думки, що правоохоронні органи та правоохоронна діяльність взаємопов'язані і взаємозумовлені. Зазначений характер взаємовідносин передбачає, що правоохоронна діяльність безпосередньо залежить від інституцій, які її реалізують. Формування правоохоронних інституцій має відповідати вимогам оптимальної реалізації правоохоронної діяльності. Проте не всі науковці дотримуються зазначеної думки. Так, А. Куліш зазначає, що правоохоронну діяльність не варто включати до інституціональної підсистеми, яка представлена правоохоронними інституціями, а її необхідно виділяти в окрему підсистему правоохоронної системи, що відображає функціональний (дієвий) аспект правоохорони. Згідно з його судженнями, у правоохоронній системі варто виділити, перш за все, саме *нормативну, інституціональну та функціональну* підсистеми [12, с. 6]. Ми цю думку також поділяємо.

Дотримуючись доведеного науковцями та обґрунтованого нами підходу щодо підсистем правоохоронної системи, варто зазначити, що до складу правоохоронної системи входять як нормативна та інституційна, так і функціональна підсистеми. Ведучи мову про нормативно-правове регулювання загалом правоохоронної системи, тобто про її побудову та функціонування, варто зазначити, що нормативно-правове регулювання у правоохоронній сфері стосується правоохоронної діяльності, яка є функціональною підсистемою правоохоронної системи. Узгоджуючи взаємодію підсистем правоохоронної системи, варто формулювати суб'єктний склад її інституціональної складової частини. У зв'язку із цим актуалізується зіставлення інституціональної підсистеми з поняттям суб'єктів правоохоронної діяльності, які виступають об'єднуючими абсолютно всіх інституцій, що тією чи іншою мірою беруть участь у здійсненні правоохорони. Таким чином, якщо під функціональною підсистемою варто розуміти правоохоронну діяльність, то інституціональну підсистему мають утворювати її суб'єкти правоохоронної системи, якими, на думку ряду науковців, є як державні правоохоронні органи, так і інші неправоохоронні державні та муніципальні органи, що наділені окремими правоохоронними повноваженнями, а також залучені до правоохоронної діяльності недержавні громадські формування. Хоч це твердження є дискусійним і підлягає додатковому обґрунтуванню [12, с. 6; 13, с. 48; 14; 15, с. 4].

Таке розуміння суб'єктів правоохоронної системи має розгалужене коло суб'єктів правоохоронної діяльності, які здійснюють охорону права і правовідносин із метою реалізації правоохоронної функції держави та захисту загальносоціальних цінностей. Згідно з думкою Т. Пікулі, такі суб'єкти, як державні установи, господарюючі суб'єкти чи конкретна особа, можуть

належати до суб'єктів правоохоронної системи лише на тій підставі, що вони можуть звертатися за захистом своїх прав до правоохоронних органів або ж іншим чином здійснювати свій самозахист [15, с. 4].

Ми також дотримуємось думки, що правоохоронні органи відіграють провідну роль порівняно з іншими суб'єктами, які здійснюють правоохоронну діяльність. Провідна роль правоохоронних органів при здійсненні правоохоронної діяльності зумовлюється їхньою правоохоронною спеціалізацією, постійністю та професійністю виконання правоохоронних повноважень, можливістю застосування державно-владних засобів впливу. Відповідно до цього система правоохоронних органів як центральний суб'єкт правоохоронної діяльності є також центральним суб'єктом правоохоронної системи. Тому, мабуть, мають під собою підстави до сприйняття висновків, які наводить у своєму дослідженні. А. Куліш, який зазначає, що визначальним у здійсненні правоохоронної діяльності є правоохоронні органи, які є центральним суб'єктом в реалізації правоохоронної функції держави.

Водночас, стаючи загальною на вказану позицію, варто акцентувати що виконавцем діяльнісних дій правоохоронних інституцій є їх працівники, які в установленому законодавством порядку обіймають в них відповідні посади і наділені відповідними повноваженнями зі здійснення від імені держави, через посередництво відповідної правоохоронної інституції державно-владних, юридично-значимих дій. Таким чином, у процесі реалізації правоохоронної функції держави, посередництвом сформованої нею правоохоронної системи, здійснюється діяльність правоохоронних інституцій у сфері правоохорони. Зазначена правоохоронна діяльність від імені

держави виконується фізичною особою, тобто людиною, якою є працівник правоохоронної інституції. Отже, через людські вольові інтелектуальні та фізичні зусилля вчиняються юридично-значимі діяння або ж приймаються відповідні рішення. Тому досліджуючи цей аспект зазначеної проблеми, варто акцентувати на тому, що діяльність фізичної особи в соціумі – це об'єктивний процес взаємодії між людьми в суспільстві та державі й оточуючим людиною природним середовищем.

Представники філософської науки вбачають, що під поняттям «людська діяльність» варто розуміти специфічну людську форму активного ставлення до світу, змістом якої є цілеспрямована, доцільна його зміна, свідоме його перетворення [16].

На думку М. Тарасенка, головною особливістю людської діяльності є об'єктивний процес взаємодії між людьми, а також природою, сутність якого проявляється через колективність та суспільну форму діяльності, яка характеризується предметністю, знарядійністю, цілепокладанням, реалізованістю, вольовим ставленням, універсальністю, контрольованістю та керованістю з боку суб'єкта [17].

Людську діяльність науковці ототожнюють з людською працею, що включає в себе мету, засоби її досягнення, процес діяльності та результат [18, с. 24-25].

Основними моментами людської діяльності, на думку науковців, є: *по-перше*, наявність суб'єкта діяльності, яким в соціумі є тільки людина як носій соціальної діяльності; *по-друге*, мета діяльності, яка заснована на свідомій поведінці людини, що характеризує передбачення в мисленні результату діяльності та шляхів його досягнення за допомогою певних засобів, це не що інше як ідеальний образ бажаного, відповідно до якого

перетворюється предмет; *по-третє*, діяльність людини охоплює засоби, які використовуються нею для прийняття рішень, здійснення дій або утримання від них за допомогою яких відбувається перетворення дійсності; *по-четверте*, це предмет діяльності як об'єкт, на який спрямована дія; *по-п'яте*, це результат діяльності, тобто те, до чого прагнуть; *по-шосте*, це сам процес діяльності, якою є людська активна дія [16, с. 193].

На думку науковців, універсальними предметами людської діяльності є природа та суспільство, а також культура, що пов'язана з ними, а її загальним результатом – «олюднена» природа, культура. Науковці зазначають, що суспільство – це одночасно і стан, і реальний процес людини, тобто особистості, соціальної групи, соціуму, що відбувається в конкретних умовах та за допомогою пізнання і свідомого перетворення дійсності, тобто завдяки здійсненню людиною діяльності. Діяльність людини, з позиції її розуміння науковцями – це специфічно людська форма активного відношення до світу, змістом якої є цілеспрямована, доцільна його зміна, свідомий підхід до його перетворення. Як суб'єкт діяльності людина має, передусім, мислити і діяти, діяти і мислити [16, с. 193].

### **Гене́за застосування в кримінальному законодавстві**

#### **України терміна «працівник правоохоронного органу»**

Досліджуючи питання застосування в кримінальному законодавстві України терміна «працівник правоохоронних органів», варто мати на увазі, що цей термін у кримінальне законодавство Української РСР був введений на підставі указів Президії Верховної Ради Союзу РСР від 15 лютого 1962 р. «Про посилення відповідальності за посягання на життя, здоров'я і гідність працівників міліції та народних дружинників», «Про

посилення кримінальної відповідальності за зґвалтування», від 20 лютого 1962 р. «Про посилення кримінальної відповідальності за хабарництво», від 4 квітня 1962 р. «Про внесення змін і доповнень до статей 22 і 44 Основ кримінального законодавства». Враховуючи практику застосування кримінального та кримінально-процесуального законодавства, Президія Верховної Ради Української РСР 10.09.1962 р. прийняла Указ «Про внесення змін і доповнень до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів Української РСР», яким у редакцію Кримінального кодексу Української РСР були внесені ст. ст. 189-1 та 190, в редакціях яких законодавець ввів термін «працівник правоохоронних органів» [19]. У подальшому у кримінальному законодавстві Української РСР був використаний термін «працівник правоохоронного органу», згідно з положеннями Указу Президії Верховної Ради СРСР від 10 липня 1987 р. «Про кримінальну відповідальність за захоплення заложників». Згідно з положеннями зазначеного Указу ПВС СРСР в Українській РСР був прийнятий Указ Президії Верховної Ради УРСР від 31 липня 1987 р. «Про внесення доповнень і змін до Кримінального і Кримінально-процесуального кодексів Української РСР», яким у Кримінальний кодекс УРСР була внесена ст. 123-1, у п'ятій частині якої був зафіксований термін «працівник правоохоронного органу» [20].

На теренах державного будівництва суверенної України, зокрема, в часи побудови національної держави як незалежного, соціального, правового геополітичного формування в державно-правовий обіг кримінального законодавства був введений термін «працівник правоохоронного органу».

Далі варто зазначити, що у Кримінальний кодекс Української РСР Указом Президії Верховної Ради Української РСР від

18.01.1991 р. «Про посилення правового захисту працівників правоохоронних органів» [21] у чинний тоді Кримінальний кодекс Української РСР були внесені доповнення у вигляді нових редакцій статей, зокрема, були введені в дію ст. ст. 189-2, 189-4, 189-5 в назву та редакціях яких був введений термін «працівник правоохоронного органу», який почав вживаюся поряд із такими термінами, як «суддя», «народний засідатель», «працівник міліції», «працівник органів внутрішніх справ», «прокуратури», «державної безпеки», а також «слідчий». Однак у цьому Указі законодавець не визначив коло органів держави, які він вважає правоохоронними, і не дав поняття, хто є працівником правоохоронного органу.

Законом України від 02.10.1996 р. «Про внесення змін і доповнень до Кримінального, Кримінально-процесуального кодексів України і Кодексу України про адміністративні правопорушення щодо посилення відповідальності за посягання на життя, здоров'я і майно суддів, працівників правоохоронних органів, осіб, які беруть участь в охороні громадського порядку та громадян» введені в дію ст. ст. 189-2, 189-4, 189-5 [22].

Нормативно-правове визначення переліку органів, які законодавець відніс до правоохоронних, було започатковано після прийняття Закону України «Про державний захист працівників суду та правоохоронних органів», де в ст. 2 «Основні положення» зафіксований правовий припис, що у цьому законі, серед інших понять, вживається і таке поняття, як правоохоронні органи, до яких, на думку законодавця, тоді належали: *органи прокуратури, внутрішніх справ, служби безпеки, митні органи, органи охорони державного кордону, органи податкової служби, державної контрольної ревізійної служби, рибоохорони, державної лісової охорони та інші органи, що здійснюють правозастосовні*

або правоохоронні функції. Пізніше у статтю вказаного закону були внесені такі правоохоронні інституції, як Військова служба правопорядку у ЗСУ, органи виконання покарань, органи зовнішньої розвідки [23]. Однак треба зазначити, що це був функціональний закон, спрямований на регулювання не основної, а опосередковуваної функції в державній діяльності, і він не дав ґрунтовної відповіді на питання, кого з працівників державного апарату треба вважати «правоохоронцем».

Ключовим законодавчим актом стосовно терміна «працівник правоохоронних органів» був Закон України від 2 жовтня 1996 р., в якому поряд з іншими доповненнями у ст. 191-1 ККУ була внесена *примітка*, де на законодавчому рівні визначено, що терміном *працівник правоохоронних органів*, який вживається в редакціях ст. ст. 123-1, 189-1, 189-2, 189-4, 189-5, 190-1 ККУ, треба позначати осіб, що вказані у п. 1 ст. 2 ЗУ «Про державний захист працівників суду та правоохоронних органів» [22]. Одночасно варто звернути увагу, що чинний на той час ККУ вживав у своїх редакціях як термін *працівник правоохоронних органів* (зокрема в ст. ст. 189-1, 189-2, 189-3, 189-4, 190-1), так і терміни «*працівник міліції*» (це редакція ст. 188-1), «*працівник прокуратури*», «*...органів внутрішніх справ*», «*...служби безпеки*» (редакція ст. 189-3) [24]. Таким чином, указані законодавчі акти термін *працівник правоохоронного органу* у правовому оформленні конкретизували, і він отримує порівняно однозначне трактування з боку законодавця.

На той час, тобто до прийняття нині чинної редакції Кримінального кодексу України, законодавець для оперування в практичній діяльності певною термінологією ввів у Кримінальний кодекс УРСР термін «*працівник правоохоронного органу*» та подбав про його однозначне розуміння і тлумачення.



Тому, на наш погляд, не зовсім зрозумілою є позиція українського законодавця в подальшому, а саме після прийняття у квітні 2001 р. Кримінального кодексу України, де в редакціях ряду статей вживається термін *працівник правоохоронного органу* (ст. ст. 342, 343, 345, 347, 348, 349, 370), водночас у названому кодексі та і в інших законодавчих актах не дається поняття, кого ж зі службовців державного апарату варто вважати *працівниками правоохоронних органів* [25].

### **Проблемні питання щодо регулювання загальноправового статусу «працівник правоохоронного органу» в законодавстві України**

З огляду на питання, що нами розглядаються та стосуються законодавчого регулювання процедури діяльності працівників правоохоронних органів, виникає проблема визначення статусу «працівник правоохоронного органу» України.

Ця проблема зумовлена тим, що до цього часу така категорія працівників державного апарату в нашій державі, як «*працівник правоохоронного органу*» не має загальноправового закріплення на законодавчому рівні, тобто досі національним законодавцем не прийнятий нормативно-правовий акт, який би на рівні закону України регламентував загальні права та обов'язки працівника правоохоронного органу, умови проходження ними служби, обмеження, що застосовуються щодо них, їх відповідальність та правовий і соціальний захист тощо.

Проблемним питанням у цьому аспекті також є чітке законодавче визначення кола органів, які необхідно вважати правоохоронними, адже це зумовлює, кого ж з їх працівників вказаних держаних інституцій варто вважати працівником правоохоронного органу. Зазначене питання не риторичне, воно

має практичну зумовленість, особливо для працівників слідчих апаратів, що функціонують в органах Національної поліції, Служби безпеки України, Антикорупційного бюро, кримінально-виконавчої служби, прокуратури, податкової міліції, Державного бюро розслідування, які в процесі розслідування кримінальних правопорушень мають кваліфікувати протиправні діяння осіб, які вчинили їх при виконанні службових обов'язків, серед яких чинний Кримінальний кодекс України передбачає такого суб'єкта, як «працівник правоохоронного органу» [26].

Суть цієї проблеми полягає в тому, що зазначений ККУ поряд з іншими суб'єктами, щодо яких можуть бути вчинені протиправні діяння, зафіксував, що таким суб'єктом є також працівник правоохоронних органів. Зазначене положення закріплене у конструкціях таких статей, як ст. ст. 342, 343, 345, 347, 348, 349, 353, законодавець закріплює працівника *правоохоронного органу* як співробітника, що має спеціальний статус, не даючи при цьому тлумачення, кого з державних службовців варто вважати *працівником правоохоронного органу*. Крім того, в ККУ є статті, які передбачають, що суб'єктами притягнення до кримінальної відповідальності за окремі протиправні діяння можуть бути тільки *працівники правоохоронних органів*, а саме це було зафіксовано до 2014 р. в ст. 364 – *зловживання владою або службовим становищем*, де законодавець у ч. 3, поряд зі *службовою особою*, яка вказана у ч. 1 та ч. 2, закріплював суб'єктом кримінальної відповідальності *працівника правоохоронного органу*, який ніс підвищену кримінальну відповідальність за ті ж самі дії, що і *службова особа*, причому у примітці, яка стосувалась ч. 1 і ч. 2 цієї статі дається визначення лише *службової особи*, а визначення терміна *працівник правоохоронного органу* законодавець не дав, тобто законодавець

не визначає при цьому, кого ж зі працівників державного апарату варто вважати *працівниками правоохоронних органів*. Таким чином, законодавець підійшов і до конструювання ст. 370 ККУ, де ним як суб'єкт кримінальної відповідальності за провокацію хабара закріплено *службову особу правоохоронного органу* [27].

Аналіз поточного законодавства дає підстави зробити висновок, що законодавець в ряді нормативно-правових актів неоднозначно підходить до визначення поняття «правоохоронний орган». Зокрема, вводячи в дію законодавчий акт, в якому дається визначення таких державних інституцій, як *воєнна організація держави та правоохоронні органи*, а це червень 2003 р., коли Верховна Рада України прийняла, а Президент України підписав ЗУ «Про демократичний цивільний контроль над воєнною організацією і правоохоронними органами», в якому зафіксовано поняття правоохоронного органу, як *державного органу, якій відповідно до законодавства здійснює правозастосовні або правоохоронні функції* [28], одночасно був прийнятий і ЗУ «Про основи національної безпеки України», в якому поняття правоохоронного органу дається в іншій інтерпретації, зокрема *це орган державної влади, на який Конституцією і законами України покладено здійснення уже тільки правоохоронних функцій* [29]. Як бачимо, ці законодавчі акти досить аморфно і нетотожно (підкреслено нами) формулюють поняття *правоохоронного органу*.

Аналіз поточних нормативно-правових актів дає підстави зробити висновок, що законодавець не зовсім чітко і однозначно в різних законах фіксує поняття *правоохоронного органу* взагалі та їх кола зокрема, а це ускладнює питання, кого варто вважати *працівником правоохоронного органу*.

Конституція України і поточні законодавчі акти, вводячи для вживання у правому полі держави терміни *воєнна організація держави* і *правоохоронні органи*, не ставлять знак рівності у правових статусах цих державних інституцій, і це прослідковується в інших нормативно-правових актах, які фіксують положення, що стосуються питань *правового статусу працівників вказаних державних інституцій*. А тому це дає підстави вести мову про те, що працівники воєнної організації і працівники правоохоронних органів мають кожен свій правовий статус у нашій державі. Відмінність між правовими статусами працівник воєнної організації і працівник правоохоронних органів знаходить своє відображення, наприклад, у ЗУ «Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей» [30], де дія цього Закону не поширюється на регулювання відносин щодо соціального і правового захисту працівників Національної поліції МВС України [31], водночас під його регулятивну дію потрапляють військовослужбовці Національної гвардії МВС України [32]. Варто зазначити, що не підпадає під регулятивну дію цього Закону також рядовий та начальницький склад Кримінально-виконавчої служби [33], посадові і службові особи податкової міліції Державної фіскальної служби України [34], а також працівники ряду інших органів, що є правоохоронними [35; 36]. В той же час працівники окремих правоохоронних органів є за своїм статусом військовослужбовцями, вони також одночасно є працівниками правоохоронного органу, бо мають законодавче закріплення. Так, у ЗУ «Про Службу безпеки України» зазначено, що ця інституція є *державним правоохоронним органом спеціального призначення*, який забезпечує державну безпеку [37], а її співробітники є військовослужбовцями правоохоронцями. Аналогічне положення

із законодавчим визначенням правового статусу співробітників прослідковується і в такому органі, як Управління державної охорони України, яке є *державним правоохоронним органом спеціального призначення* [38], та у Державній прикордонній служби України, яка є *правоохоронним органом спеціального призначення* [39], а також у Військовій службі правопорядку у Збройних силах України як *спеціальному правоохоронному формуванню у складі ЗСУ* [40].

У статті Закону «Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей», де йдеться про сферу дії вказаного нормативно-правового акта, зафіксовано, що його дія поширюється на військовослужбовців, які проходять службу у Збройних силах України, інших утворених відповідно до законів України про військові формування та *«правоохоронні органи спеціального призначення»* [30]. В той же час у правоохоронній системі держави створені та функціонують державні інституції, що здійснюють правоохоронну діяльність і отримали назву «правоохоронні органи», але в них працюють не військовослужбовці, а працівники, що мають спеціальні звання. Зокрема, це Національне антикорупційне бюро України, що є державним правоохоронним органом, на який покладається попередження, виявлення, припинення, розслідування та розкриття корупційних правопорушень, віднесених до його підслідності, а також запобігання вчиненню нових [35], Державне бюро розслідувань, яке є центральним органом виконавчої влади, що здійснює правоохоронну діяльність із метою запобігання, виявлення, припинення, розкриття та розслідування злочинів, віднесених до його компетенції [36].

ЗУ «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів» [23] встановлює систему особливих заходів державного

захисту не тільки суддів, а і працівників правоохоронних органів від перешкоджання виконанню покладених на них законом обов'язків і здійсненню наданих прав, а так само від посягань на життя, здоров'я, житло і майно зазначених осіб та їх близьких родичів у зв'язку зі службовою діяльністю цих осіб.

Цим Законом був започаткований перелік державних інституцій, яких законодавець відніс до правоохоронних органів: це органи прокуратури, Національної поліції, служби безпеки, Військової служби правопорядку у ЗС України, Національне антикорупційне бюро України, органи охорони державного кордону, органи доходів і зборів, органи і установи виконання покарань, слідчі ізолятори, органи державного фінансового контролю, рибоохорони, державної лісової охорони, інші органи, які здійснюють *правозастосовні* або *правоохоронні* функції (ч. 1 Закону). У ч. 2 названого Закону зафіксовано, що, за цим Законом, захисту підлягають як судді, так і працівники апаратів судів, а також працівники правоохоронних органів, які зазначені у ч. 1 цього пункту, та співробітники кадрового складу розвідувальних органів України, працівники Антимонопольного комітету України, а також уповноважені особи Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку, які беруть безпосередню участь, відповідно, у: а) конституційному провадженні; б) розгляді справ у судах, кримінальному провадженні та провадженні у справах про адміністративні правопорушення; в) у здійсненні оперативно-розшукової, розвідувальної та контррозвідувальної діяльності; г) охороні громадського порядку і громадської безпеки; ґ) виконанні вироків, рішень, ухвал і постанов судів, постанов органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування та прокурорів; д) контролі за переміщенням

людей, транспортних засобів, товарів та інших предметів чи речовин через державний і митний кордон України; е) нагляді і контролі за виконанням законів [23].

Цей Закон називає правоохоронними органами різні за правовим статусом державні інституції: це, зокрема, інституції воєнної організації, які безпосередньо іменуються як спеціальні правоохоронні інституції, інші органи державної влади, які законодавчо отримали статус правоохоронних, та державні органи, які не мають законодавчо визначеного статусу правоохоронних, але здійснюють правоохоронні та правозастосовні функції. Останніми є, наприклад, органи прокуратури, Національної поліції, державної фіскальної служби, кримінально-виконавчої служби, фінансового контролю, рибоохорони, державної лісової охорони та інші, що здійснюють правозастосовні і правоохоронні функції в нормативно-правових актах, які закріплюють їх правовий статус правоохоронними вони не іменуються. Вони називаються по-різному, але в них не фіксується посилання на використання терміну правоохоронний орган.

Отже, законодавець у ряді нормативно-правових актів, які визначають статус державних, як-то органи фінансового контролю, рибоохорони, державної лісової охорона, розвідувальних та контррозвідувальних органів України в статусних законах про ці органи, установи або ж служби не зовсім чітко і однозначно, а то і взагалі не фіксує приналежності них до системи правоохоронних органів. Це стосується також Антимонопольного комітету України [41] та Фонду держаного майна України [42], а також інших аналогічних державних формувань, що здійснюють правозастосовні і правоохоронні функції.

Наведені нормативно-правові акти по-різному підходять до переліку органів, що одержали найменування правоохоронні,

звідси і до самого поняття «правоохоронного органу» та поняття «працівника правоохоронного органу». На нашу думку, це може привести до порушення законності в їх правозастосовній діяльності.

Досліджуючи ці питання, варто акцентувати, що ця проблема періодично вникає в правозастосовчій практиці. Наприклад, у рішенні Конституційного Суду України (далі – КСУ) за № 10-рп/2012 від 18 квітня 2012 р. (справа № 1-13/2012) щодо конституційного звернення громадянина Кузьменка Віталія Борисовича щодо офіційного тлумачення положення ч. 3 ст. 364 ККУ (справа щодо застосування кваліфікуючої ознаки «працівник правоохоронного органу» до працівника державної виконавчої служби) та офіційного тлумачення положень підпункту «д» абз. 2 п. 1 ст. 2 ЗУ «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів» від 23.12.1993 р. № 3781-XII з наступними змінами, що були внесені згідно з його положеннями у ч. 3 ст. 364 ККУ [43].

Проаналізувавши положення поточного законодавства КСУ дійшов висновку, що положення ч. 3 ст. 364 ККУ кодексу *не поширюється на державних виконавців та інших працівників державної виконавчої служби.*

Водночас варто зазначити, що цю проблему досі не вирішив законодавець, у жодному із законодавчих актів чітко не визначив, кого варто вважати «працівником правоохоронного органу», її також відмовився вирішувати і Конституційний Суд України, якій в ухвалі № 19-у/2014 від 05.02.2014 р. (справа № 2-23/2014) відмовив у відкритті конституційного провадження у справі за конституційним зверненням громадянина Богуна Юрія Володимировича щодо офіційного тлумачення положень п. 1 ч. 1 ст. 2 Закону України «Про



державний захист працівників суду і правоохоронних органів», ч. 3 ст. 364 Кримінального кодексу України [44].

Обґрунтовуючи виказане, варто констатувати, що нині законодавець порівняно чітко формує правовий статус військовослужбовців, аніж працівників правоохоронних органів. З огляду на різні причини, мабуть, так і має бути. Але заслуговує на увагу те, що останнім часом в Україні створені і функціонують державні інституції, які за тими чи іншими ознаками підпадають під статус правоохоронного органу.

Розглядаючи правове положення «працівників правоохоронних органів», варто зазначити, що воно зумовлене певними особливостями, пов'язаними зі специфікою діяльності цієї категорії державних службовців. Їх діяльність має певні відмінності від діяльності державного службовця. Ці відмінності зумовлюються специфікою проходження державної служби в правоохоронних органах, як щодо проходження державної служби взагалі, так і щодо проходження державної служби у військових формуваннях, а зв'язку з цим варто зазначити, що в ст. 1 ЗУ «Про державну службу» [45] має бути зафіксовано положення про те, що державна служба в Україні – *це публічна професійна діяльність фізичних осіб, які обіймають посади в державних органах та їх апараті, правоохоронних органах і військових формуваннях щодо практичного виконання завдань і функцій держави та одержують заробітну плату за рахунок державних коштів.*

Такий підхід до різновидів здійснення державної служби в державних інституціях зумовлюється тим, що «працівники правоохоронних органів», маючи певні обмеження в здійсненні закріплених в Основному Законі держави прав, свобод та законних інтересів, а також перебуваючи під час несіння служби в

умовах постійного ризику для життя і здоров'я, повинні мати певний загальнодержавний правовий статус, який би чітко окреслював їх права, обов'язки, обмеження, відповідальність, соціальний і правовий захист, матеріальне забезпечення осіб, які є працівниками правоохоронних органів, членів їх сімей і близьких родичів.

Свого часу на цьому питанні у своїх дослідження акцентували таки науковці, як С. Гусаров, який зазначав, що актуальним залишається завдання визначення компетенції органів внутрішніх справ щодо реалізації правоохоронної функції. Вирішити цю проблему можна шляхом прийняття законів України «Про органи внутрішніх справ» та «Про систему правоохоронних органів України». В них, зокрема, варто надати перелік правоохоронних органів України, визначити поняття правоохоронної діяльності, принципи, мету та завдання в сфері правоохоронної діяльності; права та обов'язки правоохоронних органів, передбачити особливості взаємодії між правоохоронними органами, а також між державними правоохоронними органами з іншими недержавними органами і організаціями, які виконують правоохоронні функції [46, с. 74]. Про прийняття законодавчого акту, який би закріплював загальноправовий статус працівника правоохоронного органу в своїй науковій роботі, обґрунтовують М. Коваль та А. Перепелица [47, с. 113-114], М. Коваль у своїй науковій статті «Про необхідність визначення статусу працівника правоохоронного органу в Україні та його законодавчого закріплення» акцентує на необхідності прийняття законодавчого акту, який би закріплював «статус працівника правоохоронного органу» [48, с. 133], А. Янчук в своїй науковій роботі «Науково-нормативні підходи до визначення поняття «правоохоронні

органи» в умовах їх реформування» зазначає, що відсутність Закону «Про правоохоронну діяльність, правоохоронні органи та правоохоронну службу в Україні» не дає змоги законодавчо закріпити ці дефініції, сформувані принципи, функції, завдання ознаки правоохоронних органів та визначити особливості цієї діяльності та проходження служби. Тому, на його думку, основними шляхами формування основ сучасного нормативно-правового забезпечення реформування правоохоронної системи України є внесення відповідних змін до Конституції України та прийняття базового закону України «Про правоохоронну діяльність, правоохоронні органи та правоохоронну службу в Україні», який мав бути розроблений на базі Концепції реформування правоохоронних органів та внесений до Верховної Ради України Кабінетом Міністрів України і який би законодавчо закріпив такі дефініції, як «правоохоронні органи», «правоохоронна діяльність», «правоохоронна служба», «спеціальні служби», «функції правоохоронних органів» та інші поняття [49, с. 118].

### **Висновки**

Підбиваючи підсумок викладеному матеріалу, варто зазначити, що правоохоронна система – це соціальне формування, що відображує єдність і взаємопов'язаність нормативно-правового регулювання у правоохоронній сфері, системи правоохоронних органів та інших суб'єктів правоохоронної діяльності, процедуру їх створення та функціонування, а також здійснення самої правоохоронної діяльності працівниками правоохоронних інституцій, яка спрямована на забезпечення прав і свобод, задоволення потреб та інтересів людини і громадянина, охорону й захист основ

конституційного ладу держави, зміцнення громадської злагоди в суспільстві і державі, дотримання при здійсненні правоохоронної діяльності законності та підтримання встановленого правопорядку.

Досліджуючи питання статусного положення «працівника правоохоронного органу», варто зазначити, що на різних етапах державотворення в Україні законодавець по-різному підходить до вживання в нормативно-правових актах терміна *працівник правоохоронного органу*. Нині у національному законодавстві визначення поняття «працівник правоохоронного органу» відсутнє, але як термін він і на конституційному рівні, і в поточному законодавстві вживається. Таким чином, необхідно констатувати, що як формалізоване нормативно-правове визначення вказаний термін у законодавстві не закріплений, одночасно в ряді нормативно-правових актів законодавець цей термін використовує.

Ця проблема є нині у правовому житті нашої держави і потребує свого вирішення. Так, торкаючись її з позицій кримінально-правової науки, В. Осадчий констатує щодо змісту поняття *працівник правоохоронного органу*: єдиного його визначення на сьогодні в законодавстві України немає. Крім того, не з'ясовано, кого з працівників правоохоронних органів охороняє чинний Кримінальний кодекс України. Тому, вирішуючи цю проблему, варто зважати на положення законів, які визначають, чи є той чи інший орган правоохоронним, а також, що, можливо, є головнішим, – із тих функцій, які притаманні цим органам [50, с. 103].

Комплекс прав, обов'язків обмежень, відповідальності, соціальний та правовий захист працівників правоохоронних органів мають бути передбачені в окремому законодавчому акті,

яким може бути Закон України «Про правовий статус працівника правоохоронного органу». Як це зафіксовано, наприклад, у законах України щодо статусу народного депутата України, суддів, державних службовців, службовців місцевого самоврядування, військовослужбовців тощо.

Поряд із цим доцільно у ст. 342 Кримінального кодексу України внести доповнення у форми примітки, яка б надала в своїй редакції тлумачення, кого із працівників державного апарат, з позиції кримінального законодавства, варто вважати працівником правоохоронних органів.

### **Список використаних джерел:**

1. Конституція України: Закон України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.
2. Теліпко В.Е. Науково-практичний коментар Конституції України / За ред. Мусіяки В.Л. К.: Центр учбової літератури, 2011. 544 с.
3. Проблемы общей теории права и государства. Учебник для вузов / Под общ. ред. академика РАН, д.ю.н., проф. В.С. Нерсесянца. М.: Норма, 2006. 832 с.
4. Теорія держави та права: підручник / Є.О. Гіда, Є.В. Білозьоров, А.М. Завальний та ін.; за заг. ред. Є.О. Гіди. К.: ФОРМ О.С. Ліпкан, 2011. 576 с. URL: <http://westudents.com.ua/knigi/465-teorya-derjavi-ta-prava-gda-0-.html>.
5. Горінецький Й.І. Правоохоронна функція держав Центральної Європи: теоретичні і практичні аспекти: автореф. дис.... к.ю.н. К.: НАВСУ, 2005. 20 с.

6. Сажнев І.В. Деякі питання щодо визначення поняття правоохоронна функція держави. Вісник Запорізького юридичного інституту. 2000. № 4. С. 62-71.

7. Барсукова О.В. Правоохоронна функція сучасної держави. Правоохоронна функція держави: теоретико-методологічні та історико-правові проблеми: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції. Харків: ХНУВС, 2015. 352 с.

8. Теория права и государства: учебник / под ред. проф. В.В. Лазарева. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Право и закон, 2001. 576 с.

9. Боняк В.О. Методологічний аналіз інтерпретацій поняття «правоохоронна система». Вісник Дніпропетр. ун-ту ім. Альфреда Нобеля. Сер. «Юридичні науки». 2011. № 1 (1). С. 67-71.

10. Півненко В. Правоохоронна система України: визначення і функціонування. Вісник прокуратури. 2003. № 2. С. 39-45.

11. Соколенко О.Л. Поняття і структура правоохоронної системи. Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. Дніпропетровський національний університет імені Олеся Гончара. 2013. Вип. № 4. С. 91-96.

12. Куліш А.М. Правоохоронна система України: адміністративно-правові засади організації та функціонування: автореф. дис.... д-ра юрид. наук: спец. 12.00.07. Х., 2009. 31 с.

13. Братко А.Г. Правоохранительная система (вопросы теории) / ред. Э.А. Чир. М.: Юрид. лит., 1991. 205 с.

14. Пиотровский В.Ю. Правоохранительная система в условиях формирования правового государства в России: историко-правовой и теоретико-правовой аспекты: автореф. дис.... канд. юрид. наук: спец. 12.00.01. СПб., 2003. 27 с.

15. Пікуля Т.О. Правоохоронні органи в механізмі держави України (теоретико-правові питання функціонування): автореф. дис.... канд. юрид. наук: спец. 12.00.01. К., 2004. 20 с.

16. Людина і світ: Підруч. / Л.В. Губернський, В.Г. Кремінь, А.О. Приятельчук та інші; Голов.ред. Л.В. Губернський, – 2-ге., випр. і допов. – К.: Т-во «Знання», КОО, 2001, 349 с.

17.Тарасенко М.Ф. Діяльність у житті людини і суспільства. URL: [http://pidruchniki.com/15941024/sotsiologiya/diyalnist\\_zhitti\\_lyudini\\_suspilstva#472](http://pidruchniki.com/15941024/sotsiologiya/diyalnist_zhitti_lyudini_suspilstva#472).

18. Вілков В.Ю., Салтовський О.І. Людина і світ: навчальний посібник. Київ: Центр навчальної літератури, 2004. 352 с.

19.Про внесення змін і доповнень до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів Української РСР: Указ Президії Верховної Ради Української РСР від 10.09.1962 р. Відомості Верховної Ради. 1962. № 37. Ст. 461.

20. Про внесення доповнень і змін до Кримінального і Кримінально-процесуального кодексів Української РСР: Указ Президії Верховної Ради УРСР від 31 липня 1987 р. Відомості Верховної Ради. 1987. № 32. Ст. 631.

21. Про посилення правового захисту працівників правоохоронних органів: Указ Президії Верховної Ради Української РСР від 18.01.1991 р. № 647-XII. URL: [https://ips-dev.ligazakon.net/document/view/t064700?an=2&ed=1991\\_01\\_18](https://ips-dev.ligazakon.net/document/view/t064700?an=2&ed=1991_01_18).

22.Про внесення змін і доповнень до Кримінального, Кримінально-процесуального кодексів України і Кодексу України про адміністративні правопорушення щодо посилення відповідальності за посягання на життя, здоров'я і майно суддів, працівників правоохоронних органів, осіб, які беруть участь в охороні громадського порядку та громадян: Закон України № 388/96-ВР від 02.10.1996 р. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 46. Ст. 249.

23. Про державний захист працівників суду та правоохоронних органів: Закон України від 23 грудня 1993 р.

№ 3781-XII. Документ 3781-12 чинний, поточна редакція 03.08.2017 р. Відомості Верховної Ради України. 1994. № 11. Ст. 50.

24. Кримінальний кодекс Української РСР. Затверджений Законом Української РСР від 28.12.1960 р. Відомості Верховної Ради Української РСР. 1961. № 2. Ст. 14.

25. Кримінальний кодекс України: Закон України від 05.04.2001 р. № 2341-III чинний, поточна редакція від 12.01.2018 р. Відомості Верховної Ради України. 2001. № 25-26. Ст. 131.

26. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI\ Документ чинний, поточна редакція від 07.01.2018 р. Відомості Верховної Ради України. 2013. № 9-10, № 11-12, № 13. Ст. 88.

27. Кримінальний кодекс України: Закон України № 2341-III від 05.04. 2001 р. Документ чинний, поточна редакція від 12.01.2018 р. Відомості Верховної Ради України. 2001. № 25-26. Ст. 131.

28. Про демократичний цивільний контроль над Воєнною організацією і правоохоронними органами: Закон України № 975-IV від 19 червня 2003 р. Документ чинний, поточна редакція від 07.12.2017 р. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 46. Ст. 366.

29. Про основи національної безпеки України: Закон України від 19 червня 2003 р. № 964-IV. Документ чинний, поточна редакція від 30.11.2017 р. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 39. Ст. 351.

30. Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей: Закон України від 20 грудня 1991 р. № 2011-XII. Документ чинний, поточна редакція від 14.01.2018 р. Відомості Верховної Ради України. 1992. № 15. Ст. 190.



31. Про Національну поліцію: Закон України № 580-VIII від 02.07.2015 р. Документ 580-VIII чинний, поточна редакція від 07.01.2018 р. Відомості Верховної Ради України. 2015. № 40-41. Ст. 379.

32. Про Національну гвардію України: Закон України № 876-VII від 13 березня 2014 р. Документ 876-VII чинний, поточна редакція від 01.01.2017. Відомості Верховної Ради України. 2014. № 17. Ст. 594.

33. Про державну кримінально-виконавчу службу: Закон України № 2713-15 від 23 червня 2005 р. Документ 2713-IV чинний, поточна редакція від 01.01.2017 р. Відомості Верховної Ради України. 2005. № 30. Ст. 409.

34. Про Державну фіскальну службу України: постанова Кабінету Міністрів України № 236 від 21.05.2014 р., Документ 236-2014-п, чинний, поточна редакція від 27.08.2016 р. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/236-2014-%D0%BF>.

35. Про Національне антикорупційне бюро України: Закон України № 1698-VII від 14.10.2014 р. Документ 1698-18, чинний, поточна редакція від 28.12.2015 р. Відомості Верховної Ради України. 2014. № 47. Ст. 2051.

36. Про Державне бюро розслідування: Закон України № 794-VIII від 12.11.2015 р. Документ 794-19 чинний, поточна редакція від 05.01.2015 р. Відомості Верховної Ради України. 2016. № 6. Ст. 55.

37. Про Службу безпеки України: Закон України № 2229-XII від 25 березня 1992 р. Документ 2229-12 чинний, поточна редакція від 28.12.2015 р. Відомості Верховної Ради України. 1992. № 27. Ст. 382.

38. Про державну охорону органів державної влади України та посадових осіб: Закон України № 160/98-вр від 4 березня 1998 р.

Документ 160/98-вр чинний, поточна редакція від 05.04.2017 р. Відомості Верховної Ради України. 1998. № 35. Ст. 236.

39. Про Державну прикордонну службу України: Закон України № 661-IV від 3 квітня 2003 р. Документ 661/98-вр чинний, поточна редакція від 30.03.2017 р. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 27. Ст. 206.

40. Про Військову службу правопорядку у Збройних силах України: Закон України № 3099-III від 7 березня 2002 р. Документ 3099-14 чинний, поточна редакція від 28.12.2015 р. Відомості Верховної Ради України. 2002. № 32. Ст. 225.

41. Про Антимонопольний комітет України: Закон України № 3659-XII від 26.11.1993 р. Документ 3659-12, чинний, поточна редакція від 02.08.2017 р. Відомості Верховної Ради України. 1993. № 50. Ст. 473.

42. Про Фонд державного майна України: Закон України № 4107-VI від 09.11.2011 р. Документ 3659-12, чинний, поточна редакція від 23.08.2014 р. Відомості Верховної Ради України. 2012. № 28. Ст. 311.

43. Рішення Конституційного Суду України за № 10-рп/2012 від 18 квітня 2012 р. (справа № 1-13/2012) щодо конституційного звернення громадянина Кузьменка В.Б. відносно офіційного тлумачення положення ч. 3 ст. 364 ККУ Документ v010p710-12, чинний, поточна редакція прийнята 18. 04.2012 р. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v010p710-12>.

44. Ухвала Конституційного Суду України № 19-у/2014 від 05.02.2014 р. (справа № 2-23/2014). URL: <http://tools.brdo.com.ua/npa/17403>.

45. Про державну службу: Закон України № 889-VIII від 10.12.2015 р. Документ 889-19, чинний, поточна редакція від 20.18.2018 р. Відомості Верховної Ради України. 2016. № 4. Ст. 43.

46. Гусаров С.М. Правоохоронна функція та правоохоронна діяльність як складові правоохоронної держави. Правоохоронна функція держави: теоретико-методологічні та історико-правові проблеми: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції. Харків: ХНУВС, 2015. С. 72-75.

47. Коваль М.В., Перепелица А.І. Необхідність законодавчого визначення статусу працівника правоохоронного органу. Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності: Зб. наукових праць ДЮІ МВС України, Донецьк, 2009. С. 104-116.

48. Коваль М.В. Про необхідність визначення статусу працівника правоохоронного органу в Україні та його законодавчого закріплення. Часопис Київського університету права. Український науково-теоретичний часопис. 2012. № 1. С. 130-134.

49. Янчук А.О. Науково-нормативні підходи до визначення поняття «правоохоронні органи» в умовах їх реформування. Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України, право, адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право. 2016. Вип. № 2. С. 111-120.

50. Осадчий В.І. Кримінально-правовий захист правоохоронної діяльності. Монографія. К.: Атака, 2004. 336 с.

**Волошина В.К.,**

*кандидат юридичних наук, доцент,  
доцент кафедри кримінального процесу*

*Національного університету «Одеська юридична академія»*

**Ковальов А.Г.,**

*аспірант кафедри кримінального процесу*

*Національного університету «Одеська юридична академія»*

## **РЕАЛІЗАЦІЯ ПРАВА НА ПРОФЕСІЙНУ ПРАВНИЧУ ДОПОМОГУ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ**

### **Вступ**

Євроінтеграційні процеси в нашій державі зумовлюють необхідність внесення змін до кримінального процесуального законодавства України відповідно до міжнародних та європейських стандартів прав людини. Основним вектором реформування національного законодавства стала Стратегія сталого розвитку «Україна – 2020», що схвалена Указом Президента України № 5 від 12 січня 2015 р. Одним із пріоритетів реалізації Стратегії визнано проведення судової реформи, метою якої є реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів задля практичної реалізації принципів верховенства права і забезпечення кожного права на справедливий судовий розгляд справ незалежним та неупередженим судом [21]. Судова реформа зумовила необхідність внесення змін та доповнень до Конституції України.

Із метою узгодження національного законодавства з міжнародними та європейськими стандартами прав людини було внесено зміни до ст. 59 Конституції України Законом України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» № 1401-19 від 2 червня 2016 р. Зокрема, замість права на правову

допомогу, у цій правовій нормі гарантується кожному право на професійну правничу допомогу. Варто зауважити, що законодавець не розкрив зміст поняття «професійна правнича допомога». У Пояснювальній записці до проекту Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» від 25 листопада 2015 р. вказується, що заміна терміна «правова допомога» на «правничу допомогу» зумовлена стандартами української мови, які визначають, що прикметник, застосовуваний для позначення відповідного виду допомоги, походить від іменника, що позначає саму професію особи, яка надає таку допомогу. Іменником для позначення особи, яка надає послуги у сфері права (у юридичній сфері), є слово «правник». Отже, саме особи, що належать до правничої професії, надають професійну правничу допомогу; право на професійну правничу допомогу – це гарантована Основним Законом держави змога особи отримати високоякісні правничі послуги, які може забезпечити лише професійний адвокат, який пройшов спеціальну підготовку, а не будь-яка інша особа [16].

### **Реалізація положень ст. 59 Конституції України**

#### **у кримінальному процесуальному законодавстві України**

Щодо реалізації вказаного конституційного положення у чинному кримінальному процесуальному законодавстві варто зазначити таке. У кримінальному провадженні встановлюється монополія адвокатури на захист та представництво прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального судочинства. Зокрема, відповідно до норм чинного Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) надавати правову допомогу учасникам кримінального провадження має право лише адвокат, за винятком, коли потерпілий, цивільний позивач, цивільний

відповідач, а також третя особа, щодо майна якої вирішується питання про арешт, є юридичними особами, у такому разі надання правових послуг може здійснюватися іншими правниками, які є працівниками таких юридичних осіб. Така вимога законодавця спрямована на підвищення рівня надання правничих послуг у кримінальному провадженні, оскільки діяльність адвоката контролюється органами адвокатського самоврядування та урегульована Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», тобто адвокат несе відповідальність за свою діяльність, а це, в свою чергу, підвищує рівень якості його послуг.

У КПК України не вживається поняття «професійна правнича допомога». Окрім того, на рівні галузевого принципу кримінального провадження закріплено лише право на захист. Так, за змістом ст. 20 КПК України підозрюваний, обвинувачений, виправданий, засуджений має право користуватися правовою допомогою захисника; у випадках, передбачених КПК України та/або законом, що регулює надання безоплатної правової допомоги, підозрюваному, обвинуваченому правова допомога надається безоплатно коштом держави. Проте суб'єкти права на допомогу адвоката у кримінальному провадженні не обмежується лише стороною захисту.

У науковій літературі слушно зазначається, що принципами кримінального провадження є доктринально обґрунтовані основні правові положення, які відображають предмет і метод кримінального процесуального регулювання, демократичну природу кримінального провадження, визначають сутність і структуру його проваджень, стадій та інститутів, спрямовують кримінальну процесуальну діяльність на досягнення завдань, поставлених державою перед кримінальним судочинством [2, с. 82]. Отже, засади кримінального провадження мають

охоплювати сучасні тенденції судової реформи. Право на захист як принцип кримінального провадження повністю не відображає змінений у результаті судової реформи зміст положення ст. 59 Конституції України. На наш погляд, не можна звужувати право кожного на професійну правничу допомогу як одного з фундаментальних положень Конституції України до права підозрюваного, обвинуваченого мати захисника.

Якщо звернутися до кримінального процесуального законодавства зарубіжних держав, варто зазначити, що в деяких іноземних КПК закріплений окремий принцип забезпечення права на отримання правової допомоги. Зокрема, у ст. 10 КПК Республіки Вірменії вказується, що кожен має право на отримання правової допомоги у порядку, передбаченому цим Кодексом. Орган, який здійснює кримінальне провадження, має забезпечити підозрюваному та обвинуваченому право на отримання правової допомоги. Цивільний позивач або його законний представник, законний представник підозрюваного та обвинуваченого, а також цивільний відповідач, мають право використовувати під час кримінального судочинства правову допомогу залучених ними представників. Орган кримінального переслідування не має під час допиту потерпілого забороняти участь адвоката, запрошеного ним як представника [24]. Аналогічна норма міститься у ст. 19 КПК Азербайджанської Республіки, проте сам принцип має назву «забезпечення права на отримання правової допомоги та захисту» [23].

Варто зазначити, що в КПК Республіки Казахстан закріплено два окремих принципи: забезпечення підозрюваному, обвинуваченому права на захист, а також забезпечення права на кваліфіковану правову допомогу. Зміст першого принципу, що визначений в ст. 26 КПК Республіки Казахстан, подібний до того,

який міститься в положеннях ст. 20 КПК України. Слушною видається ст. 27 КПК Республіки Казахстан, за якою кожен має право на отримання під час кримінального процесу кваліфікованої правової допомоги в порядку, передбаченому цим Кодексом. У випадках, передбачених законом, правова допомога надається безплатно [25]. Вважаємо, що у КПК України має бути закріплене аналогічне положення, яке б визначало таку засаду кримінального провадження, як забезпечення права на професійну правничу допомогу.

### **Форми реалізації права на професійну правничу допомогу у кримінальному провадженні**

Незважаючи на те, що ст. 20 КПК України закріплює галузевий принцип – права на захист, у цій правовій нормі вказується на існування представництва учасників кримінального провадження. Відповідно до ч. 4 ст. 20 КПК України, участь у кримінальному провадженні захисника підозрюваного, обвинуваченого, представника потерпілого, представника третьої особи, щодо майна якої вирішується питання про арешт, не звужує процесуальних прав підозрюваного, обвинуваченого, потерпілого, третьої особи, щодо майна якої вирішується питання про арешт. Варто зазначити, що за чинним КПК України суб'єкти права мати представника не обмежуються тим переліком, який зазначений у ч. 4 ст. 20 КПК України.

Зокрема, за п. 8 ч. 1 ст. 56 КПК України та ч. 3 ст. 61 КПК України, а також п. 3 ч. 2 ст. 42 КПК України та ч. 3 ст. 61 КПК України цивільний позивач та цивільний відповідач мають право мати представника та в будь-який момент кримінального провадження відмовитися від його послуг.



За ч. 1 ст. 66 КПК України, свідок має право користуватися під час давання показань та участі у проведенні інших процесуальних дій правовою допомогою адвоката, повноваження якого підтверджуються згідно з положеннями ст. 50 цього Кодексу. Вважаємо, що визнавати адвоката свідка захисником некоректно, оскільки він не виконує кримінально-процесуальну функцію захисту, це підтверджується положенням ч. 5 ст. 22 КПК України. Адвокат свідка є його представником. Підтримуємо думку В. Г. Пожара, що представник свідка – це самостійний суб'єкт кримінально-процесуального провадження, який вступає в процес виключно з метою захисту прав та законних інтересів особи, яку він представляє. Такий представник захищає процесуальний інтерес свідка (матеріального інтересу у свідка немає), який полягає у тому, щоб свідок найбільш повно реалізував належні йому права у кримінальному процесі [14]. При визначенні кримінально-процесуальної функції адвоката свідка необхідно підтримати точку І. В. Гловюк, яка зазначає, що необхідно виходити з функції свідка, бо адвокат свідка є представником і реалізує ту саму функцію, що й свідок, тобто допоміжну кримінально-процесуальну функцію. Крім того, у разі, коли щодо свідка здійснюється латентне кримінальне переслідування (до повідомлення про підозру), можна стверджувати про фактичну реалізацію ним і його адвокатом функції захисту від кримінального переслідування [9, с. 228].

Варто звернути увагу, що Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо забезпечення дотримання прав учасників кримінального провадження та інших осіб правоохоронними органами під час здійснення досудового розслідування» № 2213-19 від 16 листопада 2017 р. перелік учасників кримінального провадження поповнився новим

суб'єктом – іншою особою, права чи законні інтереси якої обмежуються під час досудового розслідування. Відповідно до п. 16-1 ч. 1 ст. 3 КПК України, інша особа, права чи законні інтереси якої обмежуються під час досудового розслідування, – це особа, стосовно якої (зокрема щодо її майна) здійснюються процесуальні дії, визначені цим Кодексом. Необхідність такого доповнення до КПК України висвітлена в Пояснюваній записці до проекту зазначеного закону, в якій вказано, що пропонуються внести зміни до ст. ст. 3, 28, 303 та 308 КПК України, згідно з якими особа, щодо якої (зокрема її майна) здійснюються процесуальні дії та яка не є стороною кримінального провадження, має право заявляти клопотання про здійснення кримінального провадження у розумні строки та оскаржувати, зокрема, порушення таких строків [15]. Окремої статті для визначення процесуального статусу цього учасника кримінального провадження в КПК України не міститься. Враховуючи спрямованість участі у кримінальному провадженні іншої особи, права чи законні інтереси якої обмежуються під час досудового розслідування, вважаємо, що для ефективного захисту прав, свобод та законних інтересів цього учасника кримінального судочинства необхідно закріпити за такою особою право мати представника.

Зауважимо, що КПК України також надає представнику юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, право користуватися правовою допомогою. Проте порядок надання такої допомоги у КПК України не визначений. За ст. 64-1 КПК України, представником юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, може бути: особа, яка в кримінальному провадженні має право бути захисником; керівник чи інша особа, уповноважена законом або установчими документами; працівник юридичної особи. Отже, право на

правову допомогу мають два останніх із переліку можливих представників. У тому разі, коли керівник, інша особа, уповноважена законом або установчими документами, чи працівник, виступаючи представниками юридичної особи, щодо якої здійснюється кримінальне провадження, користуються послугами адвоката в рамках цього кримінального провадження, то такий адвокат стає представником безпосередньо юридичної особи в порядку п. 1 ч. 1 ст. 64-1 КПК України, а не представником особи, яка його залучила.

Інститут представництва є значимою процесуальною гарантією права на судових захист осіб, що залучаються до кримінального провадження. В. Г. Пожар вказує, що під представником у кримінальному провадженні варто розуміти самостійного дієздатного учасника кримінального провадження, спеціально уповноваженого певним учасником провадження на реалізацію належного йому комплексу процесуальних прав та обов'язків, із метою захисту та охорони прав і законних інтересів особи, яку він представляє [13, с. 612]. Варто зазначити, що не всі варіанти представництва, які передбачені чинним кримінальним процесуальним законодавством, забезпечують реалізацію права на професійну правничу допомогу. Так, КПК України передбачає участь законного представника підозрюваного, обвинуваченого, потерпілого, цивільного позивача, свідка, якщо такі учасники кримінального провадження є неповнолітніми особами або особами, визнані в установленому законом порядку недієздатними чи обмежено дієздатними (ч. 1 ст. 44, ч. 1 ст. 59 КПК України, ч. 1 ст. 64 КПК України, ст. 226 КПК України). Також, відповідно до ст. ст. 58, 63, 64-2 КПК України, у разі, коли потерпілий, цивільний позивач, цивільний відповідач, третя особа, щодо майна якої вирішується питання про арешт, є

юридичними особами, представляти їх, окрім особи, яка у кримінальному провадженні має право бути захисником, може керівник чи інша особа, уповноважена законом або установчими документами, працівник юридичної особи за довіреністю. Проте право на професійну правничу допомогу у кримінальному провадженні реалізується шляхом встановлення можливості учасників кримінального судочинства користуватися послугами адвоката.

Діяльність адвоката у кримінальному провадженні має два різновиди: захист та представництво. Відповідно до п. 5 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», захист – вид адвокатської діяльності, що полягає в забезпеченні захисту прав, свобод і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого, особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішується питання про їх застосування у кримінальному провадженні, особи, стосовно якої розглядається питання про видачу іноземній державі (екстрадицію), а також особи, яка притягається до адміністративної відповідальності під час розгляду справи про адміністративне правопорушення. У свою чергу, п. 9 ч. 1 ст. 1 вищевказаного закону визначає представництво як вид адвокатської діяльності, що полягає в забезпеченні реалізації прав і обов'язків клієнта в цивільному, господарському, адміністративному та конституційному судочинстві, в інших державних органах, перед фізичними та юридичними особами, прав і обов'язків потерпілого під час розгляду справ про адміністративні правопорушення, а також прав і обов'язків потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача у кримінальному провадженні. Звернемо увагу на невідповідність

вказаної правової норми чинному кримінальному процесуальному законодавству, оскільки суб'єкти права мати представника-адвоката у кримінальному провадженні, як вже вказувалося, не обмежується лише тими учасниками, які зазначені в п. 9 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Обидва різновиди адвокатської діяльності, захист та представництво, є формами реалізації права на професійну правничу допомогу у кримінальному провадженні.

### **Проблемні питання реалізації права на професійну правничу допомогу у кримінальному провадженні**

Варто зазначити, що у правозастосовній практиці виникають певні труднощі реалізації права учасників кримінального провадження на правничу правову допомогу внаслідок того, що законодавець залишив неврегульованими ряд питань. Зокрема, КПК України не передбачає порядок повідомлення та роз'яснення права на правову допомогу цивільному позивачу, цивільному відповідачу, третій особі, що майна якої віршується питання про арешт, а також свідку.

За ч. 8 ст. 42 КПК України, підозрюваному, обвинуваченому вручається пам'ятка про його процесуальні права та обов'язки одночасно з їх повідомленням особою, яка здійснює таке повідомлення. Така пам'ятка вручається також потерпілому особою, яка прийняла заяву про вчинення кримінального правопорушення згідно ч. 2 ст. 56 КПК України. Натомість КПК України не передбачає вручення пам'яток цивільному позивачу, цивільному відповідачу, третій особі, що майна якої віршується питання про арешт, а також свідку. Законодавець лише зазначив, що права та обов'язки цивільного позивача та цивільного відповідача виникають із моменту подання позовної заяви

органу досудового розслідування або суду (ч. 2 ст. 61 та ч. 2 ст. 62 КПК України). Стосовно третьої особи, щодо майна якої вирішується питання про арешт, у ч. 2 ст. 64-2 КПК України зазначено, що такі особи виникають із моменту звернення прокурора до суду із клопотанням про арешт майна. Момент набуття свідком процесуальних прав та обов'язків законом не визначено.

Така нормативна неурегульованість не сприяє реалізації права учасників кримінального провадження на професійну правничу допомогу. Тому вважаємо за необхідне закріпити в ч. 2 ст. 61 КПК України обов'язок слідчого, прокурора, слідчого судді, суду вручати пам'ятку про процесуальні права та обов'язки цивільному позивачу при прийнятті позовної заяви.

Щодо порядку роз'яснення прав та обов'язків цивільному відповідачу підтримаємо позицію Н. С. Кравченко, яка слушно вказує, що таке роз'яснення має відбуватися під час оголошення (повідомлення) фізичній або юридичній особі, яка в межах закону несе матеріальну та/або моральну відповідальність за шкоду (за наявності доказів цієї обставини), завдану злочинними діями підозрюваного, обвинуваченого, що саме вона набула статусу цивільного відповідача в кримінальному провадженні за мотивованим рішенням слідчого, прокурора чи суду [7, с. 132]. На наш погляд, слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд зобов'язані у строк не більше трьох днів із моменту надходження цивільного позову, надіслати його копію цивільному відповідачу з пам'яткою про його процесуальні права та обов'язки.

У такому порядку має здійснюватися повідомлення про процесуальні права та обов'язки третій особі, щодо майна якої вирішується питання про арешт. Пропонуємо, зобов'язати слідчого, прокурора одночасно з переданням клопотання про

арешт майна слідчому судді, суді направляти його копію з пам'яткою про процесуальні права та обов'язки третій особі, щодо майна якої вирішується питання про арешт. Варто звернути увагу, що КПК України передбачає змогу вирішувати питання про арешт майна без участі його власника. Так, відповідно до ч. 2 ст. 172 КПК України клопотання слідчого, прокурора, цивільного позивача про арешт майна, яке не було тимчасово вилучене, може розглядатися без повідомлення підозрюваного, обвинуваченого, іншого власника майна, їх захисника, представника чи законного представника, представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, якщо це є необхідним із метою забезпечення арешту майна. У такому разі, на наш погляд, пам'ятка про процесуальні права та обов'язки третій особі, щодо майна якої вирішується питання про арешт, має надсилатися разом із копією ухвали про арешт майна в порядку ч. 7 ст. 173 КПК України.

Що стосується процедури роз'яснення свідку права на правову допомогу, цілком погоджуємося з О. Панчук, яка пропонує доповнити ст. 137 КПК пунктом 11, в якому варто вказати, що у повістці про виклик свідка має бути роз'яснено його право з'явитись на допит або для участі у проведенні інших процесуальних дій з обраним за власним бажанням адвокатом. Якщо виклик здійснюється по телефону або телеграмою, що передбачено ст. 135 цього Кодексу, слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд також має роз'яснити свідку зазначене право [12, с. 33]. Зазначимо, що на практиці можуть виникати випадки, коли допит свідка здійснюється без попереднього його виклику. З приводу цього, слушно вказує науковець, що ст. 224 чинного КПК доцільно доповнити положенням про порядок забезпечення права свідка на отримання правової допомоги адвоката, якщо

свідок з'явився на допит без виклику або слідчий прийняв рішення допитати його за місцем перебування [12, с. 33].

Іншим проблемним питанням реалізації права на професійну правничу допомогу є залучення захисника підозрюваним, обвинуваченим. Незважаючи на те, що ч. 2 ст. 20 КПК України встановлює обов'язок слідчого, прокурора забезпечити підозрюваному, обвинуваченому право на кваліфіковану правову допомогу з боку обраного ним або призначеного захисника, не завжди надається безперешкодний доступ адвоката до участі у кримінальному провадженні.

КПК України не передбачає право сторони обвинувачення вирішувати питання про визнання адвоката захисником. Натомість слідчі оформляють окрему постанову про допуск захисника. Підставою для «допуску» (залучення) до участі у кримінальному провадженні є надане захисником свідоцтво про право на заняття ним адвокатською діяльністю та доручення Центру з надання безоплатної правової допомоги. Обґрунтуванням для таких постанов слідчі та прокурори зазначають положення ст. 110 КПК України, згідно з ч. 3 якої вони уповноважені приймати постанови, якщо визнають це за необхідне [22, с. 13]. Варто зазначити, що така незаконна діяльність сторони обвинувачення поширюється також на випадки залучення захисника на підставі договору. Характерним прикладом є ухвала слідчого судді Рівненського міського суду від 30 жовтня 2013 р. У цьому судовому рішенні зазначається, що 7 жовтня 2013 р. адвокатом ОСОБА\_2 було подано клопотання старшому слідчому відділу в ОВС УБОЗ в Рівненській області ОСОБА\_3 про проведення одночасного допиту між підозрюваними, потерпілими та свідками у кримінальному провадженні. До вказаного клопотання було долучено угоди



доручення на здійснення захисту у кримінальному провадженні ОСОБА\_5 та ОСОБА\_4, а також копія свідоцтва про право зайняття адвокатською діяльністю. 7 жовтня 2013 р. постановою слідчого було відмовлено у залученні адвоката ОСОБА\_2 як захисника ОСОБА\_4 з мотивів відсутності згоди ОСОБА\_4 та можливості суперечності з інтересами ОСОБА\_5, захист інтересів якого вже здійснює адвокат ОСОБА\_2. Слідчий суддя, задовольняючи скаргу захисника, наголосив, що КПК України не передбачає можливості відмови слідчого у залученні захисника [30]. Іншим прикладом є ухвала слідчого судді Ленінського районного суду м. Харкова від 11 березня 2014 р., в якій слідчий суддя, визнавши неправомірними дії старшого слідчого СВ Ленінського РВ ХМУ ГУМВС України в Харківській області ОСОБА\_2 щодо недопущення адвоката ОСОБА\_1 у кримінальному провадженні № 12013220510002651 та № 12013220510002121 для захисту інтересів ОСОБА\_3, слушно зазначив, що КПК України передбачає явочний порядок вступу захисника у кримінальне провадження, тобто захисник користується процесуальними правами з моменту подання (пред'явлення) слідчому, прокурору, слідчому судді чи суду відповідних документів. Встановлення будь-яких додаткових вимог, крім вказаних у ст. 50 КПК України, не допускається. При цьому в КПК України не передбачено прийняття процесуального рішення щодо допуску захисника, як це було передбачено КПК України (1960 р.) [28].

Інколи сторона обвинувачення для підтвердження повноважень захисника вимагає надання інших документів, що не передбачені ст. 50 КПК України. Наприклад, як зазначається в ухвалі слідчого судді Звенигородського районного суду Черкаської області від 3 серпня 2017 р., ОСОБА\_2 в інтересах ОСОБА\_1 18 липня 2017 р. подав клопотання про залучення його

як захисника і на підтвердження своїх повноважень як захисника підозрюваного надав слідчому документи: копію угоди, свідоцтва про право заняття адвокатською діяльністю, оригінал ордеру, проте у задоволенні вказаного клопотання слідчим було відмовлено, оскільки у матеріалах кримінального провадження відсутні будь-які відомості від ОСОБА\_1 щодо його згоди на залучення ОСОБА\_2 його захисником. Задовольняючи скаргу захисника, слідчий суддя зазначив, що оскільки договір про надання правової допомоги укладено відповідно до норм КПК України і заявником надано усі документи на підтвердження повноважень, у слідчого були відсутні підстави для відмови у його залученні. При цьому для перевірки здійснення представництва інтересів підозрюваного слідчий міг перевірити наявність згоди ОСОБА\_1 на здійснення його захисту ОСОБА\_2, оскільки відповідно до ст. 51 КПК України передбачено саме наявність наступної згоди [27]. Отже, аналіз судової практики свідчить про те, що нормативна невизначеність моменту, з якого адвокат стає учасником кримінального провадження, сприяє зловживанню стороною обвинувачення, що призводять до порушення права підозрюваного на захист. Таким чином, вбачається необхідність вказати в КПК України момент допуску захисника до участі у кримінальному провадженні, який, на наш погляд, настає у той час, коли надано слідчому, прокурору, слідчому судді, суду документи, що підтверджують повноваження захисника.

Враховуючи те, що ст. 50 КПК України, яка визначає перелік документів, що посвідчують повноваження захисника, не передбачає можливості надання копій документів, іноді сторона обвинувачення відмовляє адвокату у допуску до участі у досудовому розслідуванні на тій підставі, що не надано оригінали.

Так, слідчий суддя Печерського районного суду м. Києва, розглядаючи скаргу на бездіяльність слідчого щодо нерозгляду клопотання про ознайомлення з матеріалами досудового розслідування у кримінальному провадженні № 42016000000001772 від 8 вересня 2016 р., встановив, що захисник підозрюваного ОСОБА\_4 – ОСОБА\_1 19 вересня 2016 р. надав слідчому клопотання про ознайомлення з матеріалами кримінального провадження з документами, що підтверджують його процесуальний статус: копію угоди договору про надання правової допомоги, завірену захисником, копію свідоцтва про право заняття адвокатською діяльністю, оригінал ордеру, проте у задоволенні вказаного клопотання слідчим було відмовлено листом, оскільки ОСОБА\_1 долучено лише копії документів, що підтверджують його процесуальний статус, а не оригінали. Слідчий суддя, задовольняючи скаргу захисника, зазначив, що відповідно до ст. 27 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» договір про надання правової допомоги укладається в письмовій формі. До договору про надання правової допомоги застосовуються загальні вимоги договірного права. На виконання вказаних положень закону адвокат ОСОБА\_1 надав слідчому документи, що підтверджують його повноваження, як захисника підозрюваного ОСОБА\_2. Оскільки договір про надання правової допомоги відповідно до норм цивільного законодавства укладається у двох примірниках, один з яких зберігається у довірителя, а другий – у повіреного, то доводи слідчого про відсутність повноважень ОСОБА\_1 на здійснення захисту інтересів ОСОБА\_2 на підставі надання лише копії договору є формальними та безпідставними. При цьому для перевірки здійснення захисту підозрюваного слідчий може вимагати в ОСОБА\_1 оригінали

документів, у тому числі і договору на надання правової допомоги для його огляду [29].

Варто зауважити, що у правозастосовній практиці зустрічаються випадки, коли слідчі судді не визнають повноваження представника на підставі наданих копій документів, що зазначені в ст. 50 КПК України. Так, Апеляційний суд м. Києва, скасовуючи ухвалу слідчого судді Подільського районного суду м. Києва від 31 жовтня 2016 р., зазначив, що, визнавши без законних на те підстав перешкодою для відкриття провадження за скаргою та її розгляду по суті відсутність оригіналу ордеру ОСОБА\_1 на надання правової допомоги для ПАТ «Ефес Україна», слідчий суддя у порушення вимог п. 14 ч. 1 ст. 7, ст. 21 КПК України порушив гарантоване право представника ПАТ «Ефес Україна» ОСОБА\_1 на справедливий розгляд та вирішення справи в розумні строки незалежним і неупередженим судом [26].

Вважаємо, що для запобігання перешкоджанню вступу адвоката до участі у кримінальному провадженні на підставі того, що не надано оригінали документів, які посвідчують його повноваження, необхідно доповнити ст. 50 КПК України ч. 3 у такій редакції: «3. Адвокат має право надати слідчому, прокурору, слідчому судді, суду завірені копії документів, що підтверджують його повноваження на участь у кримінальному провадженні. Для перевірки повноважень адвоката на участь у кримінальному провадженні слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд мають право вимагати для огляду оригінали документів, що передбачені статтею 50 цього Кодексу».

Одним із проблемних питань реалізації права потерпілого на професійну правничу допомогу є відсутність інституту обов'язкового представництва потерпілого під час

кримінального провадження. Погоджуємося з О. П. Герасимчуком, що вони достатньо захищені діяльністю прокурора в кримінальному процесі. Насправді ж прокурор не завжди слідує забезпеченню приватних інтересів особи, якій злочином завдано шкоду. Як правило, він допомагає здійснити права потерпілого тоді, коли це зумовлене публічним інтересом, який прокурор захищає з огляду на свої повноваження. В інших випадках інтереси потерпілого можуть залишатись поза захистом. При цьому треба зважати, що не завжди особа має належні фізичні та психічні якості чи є достатньо освіченою, щоб забезпечити самозахист у юридичній справі [3]. У науковій літературі неодноразово зверталась увага на доцільність визначити в КПК України випадки, за яких участь потерпілого є обов'язковою [1, с. 83; 3; 4, с. 154; 5, с. 47; 11, с. 35]. Пропозиції науковців зводяться до того, що обов'язкова участь адвоката-представника потерпілого у кримінальному провадженні зумовлюється такими об'єктивними обставинами, як неповноліття, психічні та фізичні вади, недієдатність, обмежена дієдатність, незнання мови, якою ведеться кримінальне судочинство, розширення принципу диспозитивності, за яких вимагається посилення гарантій судового захисту потерпілих осіб.

З цього приводу І. В. Дубівка вказує, що при визначенні обов'язкових випадків участі представника потерпілого у кримінальному провадженні треба взяти до уваги положення ст. 52 КПК України та передбачити серед таких випадків обов'язкову участь представника потерпілого у кримінальному провадженні щодо особливо тяжких злочинів із моменту, коли у кримінальному провадженні особа набуває процесуального статусу підозрюваного [4, с. 154]. Погоджуючись із тим, що ст. 52 КПК України має слугувати орієнтиром для визначення випадків

обов'язкової участі представника потерпілого, не поділяємо думку науковця, що момент виникнення права потерпілого мати представника настає тоді, коли особі повідомлено про підозру, оскільки представництво є однією з гарантій судового захисту потерпілого, що є невід'ємною частиною його процесуального статусу, а отже, має виникати з моменту залучення постраждалої особи до участі у кримінальному провадженні.

За ст. 59 Конституції України, у випадках, передбачених законом, професійна правнича допомога надається безоплатно. О. Г. Яновська вказує, що надання безоплатної правової допомоги має розглядатися не як акт благодійності щодо незабезпечених, а як зобов'язання, покладене на суспільство загалом. При цьому кожна особа має бути наділена правом на необхідну безоплатну правову допомогу адвоката в судовому провадженні, будучи, наскільки це можливо, вільною у виборі кваліфікованого захисника [32, с. 202].

Порядок надання безоплатної правової допомоги визначається Законом України «Про безоплатну правову допомогу». КПК України передбачає реалізацію права на правову допомогу коштом держави лише для підозрюваного, обвинуваченого. Проте аналіз ст. 14 Закону України «Про безоплатну правову допомогу», яка визначає суб'єктів права на безоплатну вторинну правову допомогу, дає змогу зробити висновок, що право на безоплатну вторинну правову допомогу у кримінальному провадженні можуть мати, окрім підозрюваного, обвинуваченого, також інші учасники кримінального судочинства, які належать до категорії осіб, що передбачені п. п. 1, 2, 2-1, 8, 9, 9-1 та 13 ч. 1 вищезазначеної правової норми. На наш погляд, необхідно передбачити в КПК України порядок залучення представника потерпілого та цивільного позивача

коштом держави, якщо такі особи мають право на безоплатну вторинну правову допомогу за ст. 14 Закону України «Про безоплатну правову допомогу». Окрім того, вважаємо за доцільне зобов'язати слідчого, прокурора, слідчого суддю та суд забезпечувати участь представника потерпілого коштом держави, якщо його участь є обов'язковою, проте потерпілий його не залучив.

Конституція України в ст. 59 вказує, що кожен є вільним у виборі захисника своїх прав. Це право не є абсолютним, зокрема, законодавець визначив, що як захисник до участі у кримінальному провадженні допускається лише адвокат. Окрім того, за чинним КПК України не передбачена можливість вільного вибору адвоката, який надає правову допомогу, коштом держави. З цього приводу О. В. Малахова слушно пропонує доповнити ст. 49 КПК України ч. 4 у такій реакції: «Підозрюваний, обвинувачений має право заявляти клопотання про призначення адвоката для здійснення захисту за призначенням із числа вказаних ним осіб», а також доповнити ст. 19 Закону України «Про безоплатну правову допомогу» ч. 5 такого змісту: «Центр із надання безоплатної вторинної правової допомоги зобов'язаний, за можливістю, забезпечити призначення адвоката для здійснення захисту у кримінальному провадженні за призначенням із числа осіб, вказаних підозрюваним, обвинуваченим» [10, с. 86]. На наш погляд, право на безоплатну вторинну правову допомогу у кримінальному провадженні має надаватися потерпілому, а також цивільному позивачу, тому переконані, що таким учасникам також має гарантуватися змога вільно обрати представника своїх прав коштом держави.

## Висновок

Із метою підвищення якості захисту та представництва прав, свобод та законних інтересів особи були внесені зміни до Конституції України щодо гарантування права на професійну правничу допомогу. Норми Конституції України як Основного Закону нашої держави становлять першооснову кримінального процесуального законодавства, визначаючи зміст та спрямованість усієї кримінальної процесуальної діяльності. Конституційні положення формують основні принципи кримінального провадження, які мають відобразити результати судової реформи, що зумовлена євроінтеграційними процесами України. На жаль, право на професійну правничу допомогу не закріплене на рівні галузевого принципу, а така засада кримінального провадження, як право на захист, за свою спрямованістю його не охоплює. Вважаємо за необхідне доповнити КПК України ст. 20-1, яка б гарантувала це право особам, які захищають або представляють свої інтереси у кримінальному провадженні, у такій редакції: «1. Підозрюваному, обвинуваченому, потерпілому, цивільному позивачу, цивільному відповідачу, представнику юридичної особи, щодо якої здійснюється кримінальне провадження, третій особі, щодо майна якої вирішується питання про арешт, свідку, іншій особі, права чи законні інтереси якої обмежуються під час досудового розслідування, гарантується право на професійну правничу допомогу в порядку, передбаченому цим Кодексом. 2. У випадках, передбачених законом, підозрюваному, обвинуваченому, потерпілому, цивільному позивачу правова допомога надається безоплатно коштом держави. 3. Захисник, представник допускаються до участі у кримінальному провадженні з моменту надання слідчому, прокурору, слідчому судді, суду документів, передбачених статтею 50 цього Кодексу».



Реалізація права учасників кримінального провадження на професійну правничу допомогу не може бути досягнута лише декларуванням відповідної засади кримінального провадження. КПК України потребує внесення змін для встановлення належного порядку участі захисників та представників у кримінальному провадженні, за яким адвокатам надавались би ефективні правові засоби надання кваліфікованої правової допомоги своєму клієнту. Проте забезпечення права на професійну правничу допомогу як галузей принцип кримінального провадження слугуватиме орієнтиром подальшого реформування кримінального процесуального законодавства за міжнародними та європейськими стандартами прав особи.

### **Список використаних джерел:**

1. Абламський С.Є. Процесуальний статус представника потерпілого у кримінальному провадженні. Право і безпека. 2014. № 4 (55). С. 80-84.
2. Аленін Ю.П. Поняття та система принципів кримінального провадження / Ю.П. Аленін, В.К. Волошина. Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія». 2014. Т. 14. С. 78-89.
3. Герасимчук О.П. Теоретичні та практичні аспекти професійного захисту потерпілого. Часопис Національного університету «Острозька академія». «Право». 2011. № 1(3). URL: <http://www.lj.oa.edu.ua/articles/2011/n1/11hoppzp.pdf/>.
4. Дубівка І.В. Діяльність адвоката в стадії досудового розслідування: дис... канд. юрид. наук: 12.00.09. Київ, 2017. 233 с.
5. Іскендерова Г.Т. Представництво та захист адвокатом прав потерпілого у кримінальному провадженні на підставі угоди про

примирення. Вісник кримінального судочинства. 2016. № 2. С. 45-50.

6. Конституція України: прийнята на 5-й сесії Верховної Ради України 28 черв. 1996 р. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.

7. Кравченко Н.С. Участь цивільного відповідача в доказуванні цивільного позову. Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ. 2015. № 2. С. 125-135.

8. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 року (із змінами та доповненнями). Відомості Верховної Ради України. 2013. № 9-10, 11-12, 13. Ст. 88.

9. Гловюк І.В. Кримінально-процесуальні функції: теорія, методологія та практика реалізації на основі Кримінального процесуального кодексу України 2012 р.: монографія. Одеса: Юридична література, 2015. 712 с.

10. Малахова О.В. Реалізація інституту сприяння захисту у кримінально-процесуальному доказуванні: дис... канд. юрид. наук: 12.00.09. Одеса, 2016. 213 с.

11. Михайлів С.В. Обов'язкова участь адвоката – представника потерпілого у кримінальному процесі. Адвокат. 2009. № 9. С. 33-35.

12. Панчук О. Окремі питання надання адвокатом правової допомоги свідку. *Legea și viața*. 2013. № 3. С. 32-34. URL: <http://www.legeasiviata.in.ua/archive/2013/3/07.pdf>.

13. Пожар В.Г. Межі повноважень представників у кримінальному провадженні: проблеми визначення. Молодий вчений. 2016. № 12 (39). С. 612-615.

14. Пожар В.Г. Проблеми представництва свідка у кримінальному судочинстві. Часопис Академії адвокатури України. 2009. 4. С. 1-7. URL: <http://e-pub.aau.edu.ua/index.php/chasopys/article/view/608/628/>

15. Пояснювальна записка до проекту Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо забезпечення дотримання прав учасників кримінального провадження та інших осіб правоохоронними органами під час здійснення досудового розслідування» від 9 листопада 2017 р. URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=62853](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=62853).

16. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» від 25 листопада 2015 р. URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=57209](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57209).

17. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 5 січн. 2017 р. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/5076-17>.

18. Про безоплатну правову допомогу: Закон України від 2 червня 2011 р. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3460-17>.

19. Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо забезпечення дотримання прав учасників кримінального провадження та інших осіб правоохоронними органами під час здійснення досудового розслідування: Закон України від 16 листоп. 2017 р. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2213-19>.

20. Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя): Закон України від 2 червня 2016 р. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1401-19>.

21. Про Стратегію сталого розвитку «Україна – 2020»: Указ Президента України від 12 січня 2015 р. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/5/2015>.

22. 35 неформальних практик у кримінальному судочинстві України / О.А. Банчук, І.О. Дмитрієва, Л.М. Лобойко, З.М. Саїдова. Київ: Арт-Дизайн, 2014. 48 с.

23. Уголовно-процесуальный кодекс Азербайджанской Республики от 14 июня 2000 г. URL: [https://online.zakon.kz/Document/?doc\\_id=30420280&doc\\_id2=30420280#activate\\_doc=2&pos=9;0&pos2=302;52](https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30420280&doc_id2=30420280#activate_doc=2&pos=9;0&pos2=302;52).

24. Уголовно-процесуальный кодекс Республики Армения от 1 июля 1998 г. URL: <http://www.parliament.am/legislation.php?sel=show&ID=1450&lang=rus#%D0%C0%C7%C4%C5%CB+1>.

25. Уголовно-процесуальный кодекс Республики Казахстан от 04 июля 2014 г. URL: [http://online.zakon.kz/Document/?doc\\_id=31575852#pos=1996;-174](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31575852#pos=1996;-174).

26. Ухвала Апеляційного суду м. Києва від 30 листопада 2016 року (справа № 758/13221/16-к). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/63210074>.

27. Ухвала слідчого судді Звенигородського районного суду Черкаської області від 03 серпня 2017 року (справа № 694/905/17-к). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/68153652>.

28. Ухвала слідчого судді Ленінського районного суду м. Харкова від 11 березня 2014 року (справа № 642/2067/14-к). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/53095659>.

29. Ухвала слідчого судді Печерського районного суду м. Києва від 29 вересня 2016 року (справа № 757/47262/16-к). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/61904171>.

30. Ухвала слідчого судді Рівненського міського суду від 30 жовтня 2013 року (справа № 569/19149/13-к). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/47389645>.

31. Шибіко В.П. Проблема забезпечення прав потерпілого за новим КПК України 2012 року. Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. 2013. № 1. С. 307-313. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/aymvs\\_2013\\_1\\_54](http://nbuv.gov.ua/UJRN/aymvs_2013_1_54).

32. Яновська О.Г. Європейські стандарти надання безоплатної правової допомоги в кримінальному судочинстві: проблеми реалізації в Україні. Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. 2013. № 6-1. С. 199-202.

**Комарницька О.Б.,**  
кандидат юридичних наук,  
старший науковий співробітник  
відділу вивчення проблем  
протидії організованим злочинності  
у сфері державної безпеки  
Міжвідомчого науково-дослідного центру  
з проблем боротьби з організованою злочинністю  
при РНБО України

### **АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО КЕРІВНИЦТВА ПРОКУРОРОМ ПІД ЧАС ВИДАЧІ ОСОБИ (ЕКСТРАДИЦІЇ)**

У Рекомендаціях ПАРЄ 1604 (2003) 11 «Про роль служби публічних обвинувачів у демократичному суспільстві, заснованому на верховенстві права» від 27 травня 2003 р. наголошується на необхідності посилення боротьби зі злочинністю як усередині держав, так і з міжнародною злочинністю і заклику до підвищення рівня міжнародного співробітництва у кримінальних справах в умовах всебічної поваги принципів ЄКПЛ. Практичне віддзеркалення принципів ЄСПЛ та концепції вказаного міжнародного документа відбувається через інститут міжнародного співробітництва під час кримінального провадження з урахуванням загальних засад кримінального судочинства. Кримінальним процесуальним

законом зазначено, що втілювати в життя загальні засади кримінального судочинства й організувати забезпечення їх дієвості має прокурор.

Прокурор як незалежна процесуальна фігура, окрім здійснення нагляду за додержанням законів під час проведення досудового розслідування у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням, уповноважений надавати доручення органам досудового розслідування з проведення розшуку і затримання осіб, які вчинили кримінальне правопорушення за межами України, виконанню окремих процесуальних дій із метою видачі особи (екстрадиції) за запитом компетентного органу іноземної держави (п. 19 ч. 1 ст. 36 КПК України) [1, с. 123].

Важливою функцією прокуратури, яка є вкрай необхідною для налагодження співробітництва з європейськими правоохоронними органами, є забезпечення неухильного дотримання і виконання норм міжнародних актів. Реалізація цих завдань органами прокуратури найбільш яскраво проявляється під час міжнародного співробітництва за правилами, передбаченими главою 44 КПК України.

Тож, головними напрямками взаємодії органів прокуратури України з компетентними установами іноземних держав та міжнародними організаціями є виконання у межах компетенції органів прокуратури зобов'язань України за міжнародними договорами про міжнародне співробітництво під час кримінального провадження, зокрема щодо надання міжнародної правової допомоги, видачі осіб (екстрадиції), перейняття кримінального провадження та з інших передбачених такими договорами питань (п. 2.1 Наказу Генерального прокурора України від 18 вересня 2015 р. № 223) [2].

Однією з форм міжнародного співробітництва під час кримінального провадження є видача особи (екстрадиція).

Залежно від мети, видача поділяється на: 1) видачу для притягнення до кримінальної відповідальності (особа має бути у статусі підозрюваного або обвинуваченого); 2) видачу для виконання вироку. Залежно від виду розрізняють і процедури видачі [3, с. 121]. Видача осіб, які вчинили кримінальне правопорушення (екстрадиція), здійснюється через тимчасовий арешт (ст. 583 КПК) та екстрадиційний арешт (ст. 584 КПК), які за своєю природою, як зазначають Ю. М. Грошевий та О. Г. Шило, «є триманням під вартою, що застосовується в особливому порядку і спрямовано на забезпечення можливості видачі особи» [4, с. 59]. Ця аргументована точка зору має правове підґрунття, зокрема положення п. 6 ч. 2 ст. 183 КПК України.

У разі, коли особа, яка оголошена в міжнародний розшук, затримується на території України, а запиту щодо її видачі (екстрадиції) від уповноваженого центрального органу іноземної держави немає, щодо неї підлягає застосуванню тимчасовий арешт за правилами, передбаченими ст. 583 КПК України.

У разі надходження запиту компетентного органу іноземної держави про видачу особи за дорученням або зверненням центрального органу України прокурор звертається з клопотанням про її екстрадиційний арешт до слідчого судді за місцем тримання особи під вартою [4, с. 59]. Порядок прийняття слідчим суддею рішення про застосування екстрадиційного арешту регламентується ст. 584 КПК України.

Процесуальним законом, окрім інституту видачі (екстрадиції), передбачений ще й інститут тимчасової видачі, транзитного перевезення.

За влучним твердженням Ю. В. Черноус, поняття «видача особи (екстрадиція)», «тимчасова видача особи», хоча і мають спільні ознаки, є різними заходами, яким притаманна низка відмінностей. Основна відмінність видачі особи (екстрадиції) та тимчасової видачі особи полягає у меті вказаних заходів й, звісно, засобів, що застосовуються для її досягнення [5, с. 148].

Характерним є те, що в процесі видачі є два досить вагомих напрями. Перший пов'язаний із захистом прав особи, другий – з інтересами держав у сфері боротьби зі злочинністю. Вони обидва є дуже важливими, тому необхідно дотримуватися відповідного балансу між ними [3, с. 123].

На вагомості вказаних напрямів наголошується у п. 10.2 Наказу Генерального прокурора України від 18 вересня 2015 р. № 223, одним з основних критеріїв оцінки ефективності прокурорської діяльності у галузі міжнародного співробітництва під час кримінального провадження визначено забезпечення прав громадян та юридичних осіб, інтереси яких зачіпаються під час надання та отримання міжнародної правової допомоги під час кримінального провадження [2].

Однак перетворення і зрушення, які відбулися у всіх напрямках кримінальної юстиції, зокрема процесуальній сфері, не завжди свідчать про адаптацію національного законодавства до міжнародних актів, що й призводить до формування неоднозначного підходу із застосування норм права.

У спеціальній літературі висловлюється думка, що екстрадиція являє собою одноактну дію. Із цього приводу Л. Н. Галенська зазначає: «Доктрина одностайна в вердженні, що екстрадиція являє собою процес». Цю позицію підтримують О. В. Виноградова, М. І. Смирнов, а також законодавець (ч. 2 ст. 541 КПК України).



Термін «екстрадиційний процес» вживається саме щодо видачі (екстрадиції) як процесу, який складається із сукупності послідовних дій та процесу, регламентованих міжнародно-правовими договорами України та національним законодавством, або реалізується на підставі принципу взаємності, здійснюваних компетентними органами, спрямованих на притягнення підозрюваного, обвинуваченого до кримінальної відповідальності, а засудженої особи – до виконання вироку [3, с. 119]. 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 юрисдикцією запитуючої держави [5, с. 143]. Кожен із зазначених етапів характеризується наявністю винесених процесуальних рішень, необхідність виконання яких у подальшому може бути покладена на компетентні органи іноземної держави з метою здійснення видачі [3, с. 119]. Зміст цих питань розкривається у положеннях Європейської конвенції про видачу правопорушників від 17 березня 1978 р.

Важливо зазначити, що окреслені питання перебувають у системному взаємозв'язку з діяльністю прокурора. Дотримання встановлених процедур, строків, повноти, а також належної якості підготовки та виконання запитів про правову допомогу у кримінальному провадженні є одним із критеріїв оцінки ефективності прокурорської діяльності у галузі міжнародного співробітництва під час кримінального провадження визначено (п. 10.1 Наказ Генерального прокурора України від 18 вересня 2015 року № 223) [2].

Крім того, важливою обставиною на цьому напрямку діяльності прокурора та кінцевою метою екстрадиції, у випадку відсутності підстав для відмови у видачі, як правило, є фактична передача запитуваної особи компетентному органу іноземної держави. Наявність такої мети формує перед прокурором як ключовим суб'єктом процесу екстрадиції багатогранне завдання, з одного боку, спрямовувати свою діяльність на всебічне утвердження верховенства закону, зміцнення прав і свобод особи, видача, якої запитується, з іншого – ефективно організувати проходження механізму видачі особи (екстрадиції) задля досягнення кінцевої мети [6, с. 19-25].

Проведений аналіз прокурорської діяльності під час екстрадицій засвідчує, що навіть в умовах активного реформування кримінальної юстиції нині існує низка проблем, пов'язана з недостатнім нормативним регулюванням процесу екстрадиції, суперечностями та неузгодженістю процесуального механізму видачі особи з України, відсутністю належного організаційного забезпечення реалізації процесуальних норм тощо [6, с. 19-25].

Із метою проведення процедури екстрадиції держави посилаються як на міжнародно-правові норми (*Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах (Мінська конвенція 1993 р.)* та *Європейська конвенція про видачу правопорушників й засадами взаємності від 1957 р.*) (*курсив – К. О.*), так і на норми національного кримінального і кримінального процесуального права держав. Таким чином, видача злочинців має комплексний характер у питаннях, пов'язаних із правовим регулюванням екстрадиції [6, с. 19-25].

Безперечно, факт затримання особи, видача якої запитується, передбачає необхідність складання протоколу затримання, який не завжди оформляється.

У розрізі досліджуваного питання обґрунтованою є думка І. В. Басистої, В. І. Галагана та О. М. Калачевої, що складений протокол має називатись «Протокол повідомлення та роз'яснення прав особі, стосовно якої розглядається питання про видачу в іноземну державу». До такого протоколу, крім обов'язкових реквізитів, унормованих у ст. 104 КПК України, передбачено додаткові вимоги щодо його оформлення. Зокрема, до нього належать відомості про послідовність дій – повідомлення переліку прав, визначених у ст. 581 КПК України. Враховуючи відсутність у главі 44 КПК України будь-якої вказівки законодавця про порядок складання такого протоколу, його назву чи реквізити, вважаємо нагальним її доповнення новою статтею з метою унормування зазначеного питання [7, с. 135].

Уповноважена службова особа, яка здійснила затримання особи, зобов'язана негайно повідомити прокурора, в межах територіальної юрисдикції якого здійснено затримання, й надати йому копію протоколу (ч. 5 ст. 208 КПК України, ч. 2 ст. 582 КПК України). Отримання прокурором копії протоколу затримання вимагає від нього не тільки негайного повідомлення регіональної прокуратури про вказаний факт, але й зобов'язує провести ефективний прокурорський нагляд за законністю затримання особи з метою недопущення порушення або обмеження її прав і свобод, а також, згідно з вимогами ч. 4 ст. 582 КПК України та ст. 574 КПК України, інформувати про це факсимільним зв'язком і поштою управління міжнародно-правового співробітництва Генеральної прокуратури України або

Міністерство юстиції України, якщо питання видачі такої особи належить до його компетенції.

Найбільш вразливим й утрудненим для забезпечення не тільки з фінансового боку, але й організаційного, як правило, є забезпечення прокурором права на захист у стислі строки (60 годин із моменту затримання доставити до суду для застосування тимчасового арешту, якщо відсутній запит про видачу), зокрема під час затримання особи оголошеної в міжнародний розшук. Тобто забезпечити дієвість застосування особою, видача якої запитується, прав, окрім тих, що передбачені у ст. 581 КПК України, а також тих, які зазначені у ст. 42 цього Кодексу.

Нині правозастосовна діяльність уповноваженої службової особи спрямована таким чином, що в протоколі затримання особи, видача якої запитується, вписуються також положення ст. 42 КПК України. Фактично зміст протоколу затримання особи, видача якої запитується, є додатком до клопотання про застосування тимчасового арешту й підлягає дослідженню в суді, внаслідок чого створює ситуацію штучного розширення обсягу прав такої особи. Відбувається безпідставне розширення кола обов'язків прокурора в частині забезпечення здійснення такою особою передбачених у процесуальному законів прав, зокрема тих, якими така особа не має володіти через свій правовий статус, а також й тих, здійснення яких вимагає оплати коштів, котрі не виділені державою на вказані цілі. Складним для застосування не тільки з фінансової, але й організаційної сторони, як правило, є відсутність змоги у прокурора забезпечити особі право на користування послугами перекладача у разі затримання іноземця, зустрічі з представником дипломатичної чи консульської установи своєї держави, наприклад, не в усіх

регіонах України наявні перекладачі молдавської мови або консульські установи такої держави. Як наслідок відбувається порушення вимог ст. 6 Конвенції про захист прав людини, оскільки затриманому не надається перекладач із мови, якою він володіє, та адвокат, що є суттєвим порушенням права особи на захист, і проведення процесуальних дій з особою матиме незаконний характер.

Утім, несвоєчасна організація забезпечення прокурором права затриманій особі на користування послугами перекладача не тільки призводить до порушення принципу рівності, права на своєчасну правову допомогу, недотримання процесуальних строків, дієве забезпечення прав, передбачених у ст. 581 КПК України, але у деяких випадках унеможлиблює їх реалізацію, що є неприпустимим. У такому разі перед прокурором постає глобальна проблема не лише організації пошуку перекладача, але й оплати його послуг за переклад процесуальних документів рідною мовою затриманого іноземця, надання безпосередніх послуг перекладу усного спілкування тощо. Моніторинговий звіт застосування положень КПК України першопричиною порушення процесуальних норм вважає незабезпечення саме державою дієвості передбачених у КПК України прав іноземних осіб, видача, яких запитується. Зокрема у нашому випадку відсутня у прокурорському кошторисі графа для таких цілей. На жаль, нині вирішення цієї ситуації держава залишила за самими прокурорами.

Водночас дослідження правових позицій ЄСПЛ засвідчує про широкомаштабність цієї проблеми. Так, ЄСПЛ наголошує, що відповідно до ст. 5 §2 Конвенції, будь-яка затримана особа мала бути поінформована простою, доступною і зрозумілою до нього мовою про правові і фактичні підстави для його затримання, щоб

мати змогу, якщо це потрібно, звернутися до суду й оскаржити законність затримання відповідно до ст. 5 §4 Конвенції. Така інформація мала бути надана «швидко» (французькою «dans le plus court délai»). Крім того, коли особа затримана з метою екстрадиції, інформація може бути надана навіть менш повно (K. v. Belgium, no. 10819/84, Commission decision of 5 July 1984, DR 38, p. 230). Однак ця інформація має бути надана затриманому в належній формі, для того щоб особа була поінформована про підстави позбавлення її волі (Van der Leer v. The Netherlands, judgment of 21 February 1990, Series A no. 170 – A, p. 13, § 28; Shamayev and Others v. Georgia and Russia, no. 36378/02, § 413, ECHR 2005– III). Крім того, ЄСПЛ зазначає, що в справі Fox, Campbell and Hartley (Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom, 30 August 1990, §40, Series A no.182), яка стосувалася затримання відповідно до ст. 5 § 1(с) Конвенції, заявникам повідомили про підстави для затримання більше ніж за сім годин після затримання, і таке повідомлення було визнано ЄСПЛ «нешвидким» § 42). Суд визнав порушення ст. 5 §2 у разі, коли затримка при повідомленні підстав для затримання становила 76 годин (см. Saadi v the United Kingdom [GC] [ 8]).

Характерним для досліджуваної проблеми є те, що лише кілька годин такої затримки можуть бути виправдані адміністративними формальностями (рішення у справі «Мокалал проти України»). Тобто вирішення означеної проблеми в частині позбавлення прокурора змоги своєчасно забезпечити результативний нагляд за держанням прав і свобод особи, видача якої запитується, лежить не в процесуальній площині. В основі вказаного питання простежується невирішеність організаційного аспекту із втілення положень КПК України, врегулювання якого в період євроінтеграції є нагальною потребою.

На окрему увагу заслуговують підстави затримання осіб, видача яких запитується. Законодавець до підстав затримання таких осіб відніс підстави, передбачені у ст. 208 КПК України з урахуванням особливостей, встановлених у розділі IX цього Кодексу (ч. 7 ст. 585 КПК України). Системний аналіз положень розділі IX КПК України свідчить про відсутність будь-яких особливостей, пов'язаних із затриманням особи, видача якої запитується, окрім тих, які передбачені у банкетній нормі ст. 582 КПК України. Процесуальний закон також не передбачає підстав для повторного затримання й повторного застосування тимчасового арешту, хоча здійснення повторного екстрадиційного арешту на законодавчому рівні передбачено (ч. 13 ст. 584 КПК України).

У розрізі дослідженої проблеми доречно звернути увагу на те, що чинний КПК України містить вичерпний перелік підстав для затримання особи, ними є положення ст. 207 та ст. 208, ст. 519 КПК України. Серед переліку підстав для затримання особи відсутня така підстава, як оголошення особи в міжнародний розшук для подальшої її екстрадиції. Як бачимо, нині між нормами процесуального закону є протиріччя в частині підстав та порядку затримання особи, видача якої запитується.

У подальшому у протоколі затримання уповноважена службова особа зазначає, що підставами для затримання особи, видача якої запитується, є передбачені у ст. 208 КПК України, зокрема оголошення в міжнародний розшук. Також у протоколі вказується, що затримана особа вправі звернутися зі скаргою до слідчого судді у порядку, зазначеному у ст. 206 КПК України на незаконність її затримання. У разі оскарження особою, видача якої запитується, до слідчого судді законності її затримання, як засвідчує практика, здебільшого такі скарги задовольняються

через невідповідність фактичної підстави затримання тим підставам, які зазначені у ст. 208 КПК України.

Власне кажучи, чинна конструкція ч. 7 ст. 585 КПК України потребує перегляду, з огляду на позицію ЄСПЛ. Зокрема, у справі «Світлорусов проти України» 12.03.2009 р. порушення підпункту «f» п. 1 ст. 5 Конвенції у зв'язку з відсутністю в українському законодавстві достатньо чіткої, доступної та передбачуваної процедури, яка б давала змогу уникнути ризику свавільного затримання з метою екстрадиції [9].

Слушною є точка зору про доцільність доповнення КПК України положеннями щодо надання повноважень певним органам чи особам затримувати осіб, стосовно яких до компетентних органів України надійшов запит про їх видачу чи тимчасовий арешт. Це було б виправданим, зважаючи на концептуальні положення ч. 1 ст. 208 КПК України. В усіх інших випадках затримання осіб є незаконним [7, с. 140].

Однак унормування у КПК України повноважень певних органів чи осіб затримувати осіб, стосовно яких до компетентних органів України надійшов запит про їх видачу чи тимчасовий арешт, у повному обсязі не вирішить наявної нині проблеми. Це питання вимагає внесення більш глибоких доповнень до глави 44 КПК України. Адже, крім унормування в окремій статті цієї глави переліку уповноважених суб'єктів, що будуть вправі затримувати осіб, стосовно яких до компетентних органів України надійшов запит про їх видачу чи тимчасовий арешт, доцільно було б у новій нормі КПК України передбачити вичерпний перелік підстав такого затримання та процесуальний порядок його проведення [7, с. 140].

Проведене нами дослідження засвідчило існування пікантної особливості судового розгляду клопотань про обрання



тимчасового арешту за участю деяких іноземців. Яка полягає в тому, що приміром, перекладений англійською мовою протокол затримання не вважається належним виконанням вимог ст. 6 Конвенції про захист прав людини, тому що, як свідчить практика, затримані в суді дають пояснення й акцентують на тому, що англійською мовою володіють лише на побутовому рівні, а тому не могли у повному обсязі усвідомлювати і розуміти значення дій, проведених за його участі, в тому числі наявні помилки в їх прізвищі (не так читається, неправильний переклад).

Дійсно, незабезпечення права на захист під час затримання не знімає з когось відповідальності. Але такі показання затриманого прокурору необхідно спростовувати, аргументуючи тим, що правові та фактичні підстави для тимчасового арешту і затримання особи, яка розшукується за вчинення злочину для подальшої можливої екстрадиції, не взаємозалежні і мають самостійний характер.

Відповідно до п. 11 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою та продовження строків тримання під вартою на стадіях дізнання та досудового слідства» від 25 квітня 2003 р., скарга особи, яка оскаржила своє затримання до суду, розглядається разом із поданням про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. Визнання затримання незаконним не є підставою для відмови в задоволенні подання про обрання цього запобіжного заходу.

Таким чином, принципово важливо розділяти порядок затримання особи, яка оголошена в міжнародний розшук за вчинення екстрадиційного злочину, що здійснюється відповідно до ст. 208 КПК України з урахуванням особливостей, визначених

розділом «Міжнародне співробітництво під час кримінального провадження», від затримання особи з підстав, передбачених у цій статті. Цей механізм на національному рівні не розділений, але в європейській практиці та міжнародних договорах наділений характерними тільки для нього особливостями.

Порушенням права на захист правозастосовна діяльність вважає також незабезпечення положення ч. 5 ст. 582 КПК України, зокрема неповідомлення посольств країни, громадянином якої є затриманий, про обставини й факт затримання особи, Міністерства закордонних справ України, а також Управління Верховного Комісара Організації Об'єднаних Націй у справах біженців про кожен випадок застосування тимчасового або екстрадиційного арешту до осіб, зазначених у ч. 2 ст. 589 цього Кодексу (ч. 14 ст. 584 КПК України). Прокурору важливо пам'ятати, що перелік органів, які мають бути невідкладно повідомлені регіональною прокуратурою або центральним органом України про затримання особи, оголошеної в міжнародний розшук, перебуває в залежності від статусу цієї особи (громадянин іноземної держави, біженець). Також відмінний порядок видачі особи залежно від статусу особи, видача якої запитується (особа, якій надано статус біженця; особа, яка потребує додаткового захисту; особа, якій надано тимчасовий захист в Україні).

З огляду на зазначене затримання, обрання тимчасового арешту до особи, яка оголошена в міжнародний розшук за вчинення екстрадиційного злочину, передбачає складну процесуальну діяльність прокурора. Така діяльність відбувається в умовах неповного адаптування національного законодавства до міжнародних договорів і спрямована на неефективне оформлення

й переклад обов'язкових документів, залучення перекладача і захисника протягом 60 годин із моменту фактичного затримання.

Аналіз змісту ч. 6 ст. 582 КПК України у взаємозв'язку з відповідними нормами ст. ст. 176, 177, 178, 183, 184, ч. 2 ст. 211 КПК України показує, що обрання тимчасового арешту здійснюється за загальними правилами застосування запобіжного заходу у разі затримання особи без ухвали слідчого судді, суду.

Останнім часом в юридичній практиці збільшилась кількість відмов у задоволенні клопотань про обрання тимчасового арешту через недотримання п. 2 ч. 4 ст. 583 КПК України. У цій статті чітко визначено перелік документів, які додаються до клопотання. Передусім, в юридичній практиці вважається буквальним (адекватним) тлумачення п. 2 ч. 4 ст. 583 КПК України у системному взаємозв'язку із ч. 2 ст. 36, ст. 184 цього Кодексу: прокурор наділений обов'язком надати під час розгляду клопотання копії документів із даними про вчинення особою злочину на території іноземної держави та обрання щодо неї запобіжного заходу компетентним органом іноземної держави (ордер на арешт та/або копії вироку). Такі докази в належному і допустимому вигляді прокурор об'єктивно не взмозі надати слідчому судді через їх відсутність. Особливістю таких законодавчих положень є їх неузгодженість й взаємовиключеність через те, що п. 2 ч. 4 ст. 583 КПК України зобов'язує прокурора надати до клопотання про застосування тимчасового арешту документи про обрання щодо такої особи запобіжного заходу компетентними органами іноземної держави, які у прокурора місцевої прокуратури здебільшого на цей час відсутні й недоступні для отримання в 60-годинний термін. Окрім того, прокурору на цей момент навіть не відомо, чи будуть підстави за

результатами екстрадиційної перевірки для видачі особи, а також чи буде уповноважений орган іноземної держави надавати запит про екстрадицію.

Висунуті КПК України вимоги до додатків клопотання про обрання тимчасового арешту як доказів належних і допустимих, це може видадаться дивним, прокурор не взмозі виконати. З об'єктивних причин прокурор позбавлений змоги надати слідчому судді вказані докази через їх відсутність. Процесуальний закон по строках не узгодив це питання з механізмом видачі особи (екстрадиції) зокрема. У цьому разі відсутня будь-яка колізія норм КПК України, оскільки тимчасовий арешт обирається до затриманої особи на території країни, щодо якої тільки поінформовано компетентний орган іноземної держави для прийняття нею рішення про надсилання до України запиту про її видачу. Виконання іноземною країною дискреційної вимоги допустимо протягом терміну дії тимчасового арешту (до 40 днів).

Натомість прокурор у клопотанні посилається на дані, які підтверджують факт вчинення затриманим злочину на території іноземної держави та обрання щодо нього запобіжного заходу компетентним органом іноземної держави.

Вказана інформація слідує з наданих прокурором до клопотання додатків. Насамперед, це запит компетентних органів іноземної держави, отриманий каналами Інтерполу, де наявне посилення на рішення слідчого про арешт, індивідуальний звіт українською й англійською мовами з таблицями, назвою судової інформації (судового рішення), яка має графи з назвами: звинувачення, закон, що поширюється на правопорушення, максимально можливе покарання, позовна давність до виконання, у вказаному повідомленні наявна графа «ордер на

арешт або судова постанова» й навпроти цієї графі наявна інша графа, яка містить номер і дату видачі документа.

Проведеним дослідженням встановлено, що у правозастосовній діяльності прокурор надає слідчому судді під час розгляду клопотання про обрання тимчасового арешту в повному обсязі інформацію з належних і допустимих джерел про правопорушення, за яке може буде запитуватися видача затриманого, де і коли таке правопорушення було вчинено, дані про дату й номер рішення про арешт затриманого. Аналізована юридична практика засвідчує колізійні моменти в позиціях суду й прокуратури з тлумачення положення п. 2 ч. 4 ст. 583 КПК України. Насамперед, прокурор надає, на його переконання, належні й достатні докази для обрання тимчасового арешту, при цьому слідчі судді не завжди вважають їх такими.

Досліджуване питання, на перший погляд, наводить на роздум про закріплення в положеннях КПК України некоректних вимог до діяльності прокурора, які йдуть врозріз із завданнями слідчого судді та сприяють уникненню відповідальності осіб, оголошених у міжнародний розшук, і невиконанню нашою країною міжнародних зобов'язань у питанні екстрадиції.

У колі юристів, до сфери інтересів яких входить питання тимчасового арешту, побутує думка про існування дисбалансу між завданнями слідчих суддів і органів прокуратури в досліджуваному питанні. Але, не применшуючи практичного професійного досвіду цієї категорії юристів, вважаємо, що причиною формування хибної практики із застосування норм права є складність й багатоаспектність інституту видачі особи (екстрадиції).

Низка міжнародних договорів у питанні екстрадиції передбачає положення, майже однакові за несуттєвими виключеннями.

Свою позицію наочно продемонструємо на прикладі. Зокрема, у разі оголошення громадянина Республіки Туніс у міжнародний розшук за вчинення екстрадиційного злочину правовідносини України та Республіки Туніс у питаннях екстрадиції регулюватимуться також, окрім КПК України, ще й договором про правову допомогу у цивільних та кримінальних справах від 26 червня 1998 р., укладеного між СРСР та Туніською Республікою (далі – Договір).

Згідно зі ст. 35 Договору між СРСР та Республікою Туніс, у необхідних випадках особа, щодо якої порушена кримінальна справа, може бути заарештована ще до надходження вимоги про видачу, якщо вимога про арешт заявлена компетентною установою з посиланням на постанову про арешт або вирок, який набрав чинності, і якщо одночасно повідомлено про надіслання вимоги про видачу. Зі змісту цього Договору слідує, що під час застосування тимчасового арешту до особи, оголошеної в міжнародний розшук, прокурору достатньо повідомити слідчому судді інформацією про перебування затриманого у розшуку правоохоронних органів іноземної держави та існування рішення слідчого про арешт без надання копії цих документів (лише запиту компетентного органу іноземної держави, з якого слідує ця інформація).

Отже, з проведеного аналізу робимо висновок про закріплення у п. 2 ч. 4 ст. 583 КПК України протилежної за характером вимоги до складових елементів клопотання прокурора про застосування тимчасового арешту в частині надання додатків, ніж у Договорі (тобто на рівень вищої, ніж вона наявна в міжнародних договорах).

Власне кажучи, вимоги договору про правову допомогу у цивільних та кримінальних справах від 26.06.1998 р., укладеного між СРСР та Туніською Республікою, та зміст ст. 583 КПК України не узгоджуються в частині додатків до клопотання про обрання тимчасового арешту.

У такому разі прокурору треба під час судового розгляду клопотання про обрання тимчасового арешту апелювати ч. 1 ст. 9 Конституції України, яка встановила, що чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України.

Зокрема, якщо міжнародним договором України, який набрав чинності в установленому порядку, передбачено інші правила, ніж ті, що визначено у відповідному акті законодавства України, то згідно із ч. 2 ст. 19 Закону України від 29 червня 2004 р. № 1906-IV «Про міжнародні договори України», ст. 3 Закону України від 23 червня 2005 р. № 2709-IV «Про міжнародне приватне право» застосовуються правила міжнародного договору. Аналогічні положення зазначені і в п. 4 постанови пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 19 грудня 2014 р. № 13 «Про застосування судами міжнародних договорів України при здійсненні правосуддя».

Власне кажучи, положення КПК України в частині додатків до клопотання про обрання тимчасового арешту є похідними від первинного міжнародного права, що впливає з норм Конституції України, яке зумовлено особливим статусом затриманих осіб та гарантіями їх прав і свобод.

Утім, особливо гостро нині стоїть питання тих випадків, коли слідчим суддею відмовлено в обранні тимчасового арешту з підстави ненадання прокурором копії документів про арешт

затриманої особи, яка оголошена в міжнародний розшук. Як правило, внаслідок цього відбувається негайне звільнення особи з-під варти і прокурор має право протягом семи днів оскаржити в апеляційному порядку ухвалу слідчого судді. На жаль, такого роду ухвали не підлягають касаційному оскарженню з мотивів неправильного застосування норм міжнародних договорів.

Звісно, навіть у разі оскарження прокурором ухвали про відмову в обранні тимчасового арешту (п. 7.6. наказу Генерального прокурора України № 223 від 18 вересня 2015 р.) із подальшим отриманням позитивного результату, але це де-факто і де-юре позбавлено будь-якого результату для інтересів кримінального судочинства. Як правило, затриманим особам, до яких не обрано тимчасового арешту й звільнено з-під варти в залі суду, достатньо доби, щоб покинути територію України. Сумно, але факт, законодавець не передбачив жодних правових заходів для виконання рішення суду про обрання тимчасового арешту щодо затриманого іноземця, який покинув територію України. Який у такому разі коефіцієнт корисної дії прокурора і чи доцільно за такого правового положення звертатись йому з апеляційною скаргою на ухвалу про відмову в обранні тимчасового арешту?

Очевидно, що навіть сумлінне виконання прокурором своїх зобов'язань, зрештою, не призводить до отримання переслідуваної ним цілі через те, що в чинному механізмі тимчасового арешту прокурору для досягнення переслідуваної дієвої мети не достатньо наполегливості й професіоналізму. Тому на сьогодні необхідне унормування низки моментів та прогалин щодо окремих положень КПК України.

Однак звільнення особи з-під тимчасового арешту у зв'язку з несвоєчасним надходженням до центрального органу України



запиту про видачу не перешкоджає застосуванню до неї екстрадиційного арешту у разі отримання в подальшому такого запиту [7, с. 141].

Аналізуючи особливості діяльності прокурора у механізмі екстрадиції, необхідно врахувати, що ключовими ознаками тимчасового арешту (ст. 583 КПК України) є: 1) затримання особи, яка перебуває на території України й вчинила за її межами екстрадиційний злочин; 2) доставлення такої особи протягом шістдесяти годин до слідчого судді для розгляду клопотання про обрання стосовної неї запобіжного заходу – тимчасового арешту (тримання під вартою); 3) на строк до сорока діб; 4) або інший встановлений відповідним міжнародним договором України строк до надходження запиту про її видачу. Логічно-семантичне тлумачення положень ст. 583 КПК України свідчить про існування двох взаємопов'язаних й водночас взаємовиключних за сутністю часових параметрів застосування тимчасового арешту. Перший полягає у тому, що максимальний термін тимчасового арешту може бути до сорока діб, другий – до надходження запиту про видачу такої особи від уповноваженого органу іноземної держави. Як правило, тимчасовий арешт застосовується на строк до 40 діб, що не завжди відповідає потребам практики. Досить часто запити про видачу особи з іноземної держави, до якої застосовано тимчасовий арешт, надходять до центрального органу України після закінчення 40-добового терміну тримання під вартою такої особи (*наприклад, запити з Італійської Республіки досить часто надходять через 60 діб, у той час, коли запитувана особа відбула тимчасовий 40-добовий арешт і відпущена*). У такому разі створюється ситуація, що максимальний строк тимчасового арешту, а це до 40 діб, закінчився, а запит про видачу особи ще не

надійшов, тому особа підлягає негайному звільненню з-під арешту (ч. 2 ст. 583, п. 1 ч. 1 ст. 586 КПК України).

Важливим аспектом у разі надходження запиту про екстрадицію особи після закінчення строку тимчасового арешту є те, що реально виконати такі запити, як правило, у правозастовній діяльності не завжди вдається, оскільки це вимагає повторного розшуку й затримання особи для подальшого застосовування до неї уже після надходження запиту екстрадиційного арешту. Через це перед прокурором постає низка питань: як йому діяти, коли термін тимчасового арешту закінчився, а запит про видачу особи ще не надійшов, однак особу необхідно звільнити; як у подальшому застосовувати до звільненої особи, за наявності запиту, екстрадиційний арешт; які правові засоби застосовувати для здійснення контролю за звільненою особою з метою запобігання її втечі та уникнення подальшого розшуку, а також низка інших проблемних питань, на які немає однозначної відповіді як на теоретичному, так і на практичному рівні.

У разі надходження під час тимчасового арешту запиту до центрального органу України про екстрадицію особи (оголошеної в міжнародний розшук за вчинення нею екстрадиційного злочину на території іноземної держави), яка перебуває на території України, затримана, до неї обрано тимчасовий арешт, то прокурор зобов'язаний звернутися до слідчого судді з клопотанням про застосування до цієї особи екстрадиційного арешту.

Максимальний строк застосування екстрадиційного арешту не може бути більше 12 місяців, оскільки він обирається щодо вирішення питання про видачу особи (екстрадицію) та її фактичної передачі. Цей арешт обирається за правилами

застосування запобіжних заходів. Через це для обрання особи одразу екстрадиційний арешт строком на 12 місяців немає правових підстав.

Характерно, що після надходження запиту компетентного органу іноземної держави про видачу особи за дорученням або зверненням центрального органу України прокурор звертається з клопотанням про її екстрадиційний арешт до слідчого судді (ч. 1 ст. 584 КПК України). Однак додатком до такого клопотання мають бути матеріали екстрадиційної перевірки, які підлягають дослідженню слідчим суддею (п. 3 ч. 1 ст. 584, п. 2 ч. 7 ст. 584 КПК України), а також документ про громадянство затриманої особи.

Тож, конструкція цієї норм КПК України встановлює необхідність для прокурора, яка не завжди виконується, ще під час тимчасового арешту розпочати екстрадиційну перевірку і з'ясувати дані про громадянство особи. У результаті даних про громадянство можуть з'явитись підстави для відмови у видачі особи (п. 1 ч. 1 ст. 589 КПК України – громадяни України не підлягають видачі). Те, що під час тимчасового арешту має проводитись екстрадиційна перевірка, слідує також із положення п. 2 ч. 1 ст. 586 КПК України. Такі матеріали мають бути державною мовою особи, яка підлягає видачі.

Важливо пам'ятати, що максимальний термін проведення екстрадиційної перевірки не має перевищувати 60 днів і полягає у встановленні обставин, що можуть перешкоди видачі особи. Здійснюється ця перевірка центральним органом України або за його дорученням чи зверненням відповідною регіональною прокуратурою. Матеріали екстрадиційної перевірки разом із висновком щодо такої перевірки надсилаються відповідному центральному органу України. Проведення екстрадиційної

перевірки не здійснюється у разі застосування спрощеного порядку видачі особи (ст. ст. 587-587 КПК України).

Утім, із клопотанням про застосування тимчасового арешту до слідчого судді звертається прокурор місцевої прокуратури, а екстрадиційну перевірку здійснює регіональна прокуратура. Це правило, з однієї сторони, посилює дієвість гарантії прав і свобод особи подвійним наглядом, а з іншої – відбувається внутрішня взаємодія в системі органів (ст. 587 КПК України).

Отже, прокурор місцевої прокуратури ще на початковому етапі екстрадиції, зокрема при затриманні особи, роз'яснює їй спрощену процедуру видачі. Застосування спрощеної процедури видачі особи, як вже зазначалось, виключає обов'язок прокурора проводити екстрадиційну перевірку, а також не враховувати і дотримуватися як імперативних, так і дискреційних підстав, що перешкоджають видачі (екстрадиції), закріплених у КПК України, так і міжнародних договорів України, конвенціях і законах, якими вони ратифіковані.

Важливо наголосити на забезпеченні прокурором обов'язковості захисника під час надання затриманим письмової заяви на застосування спрощеного порядку видачі.

Тим самим законодавцем зроблено успішну спробу додатково гарантувати факт добровільного написання такої заяви особою, яка за власним бажанням погоджується на свою видачу саме у такий спосіб [7, с. 132].

У такому разі прокурор лише звертається до слідчого судді з клопотанням про затвердження заяви особи, видача якої запитується. Затверджена слідчим суддею заява протягом трьох днів направляється прокурором до центрального органу України, який приймає рішення, видати чи не видати особу.

Спрощена процедура екстрадиції, з одного боку, передбачає суттєву економію ресурсів, часу і коштів, а з іншого – наявність лише однієї згоди особи, щодо якої розглядається питання екстрадиції, та її письмової заяви можуть стати в подальшому вихідною підставою для її безперешкодної видачі [7, с. 131].

На переконання І. Басистої, В. Галагана, О. Калачевої, які, посилаючись на позицію Ю. Петренко, стверджують, що аналізована норма КПК України містить колізійні моменти, вважаємо нелогічною позицію законодавця про те, що у разі отримання заяви про згоду особи на видачу запитуючій стороні та її затвердження ухвалою слідчого судді прокурор передає заяву на розгляд центральному органу України, який протягом трьох днів розглядає її та приймає рішення про змогу застосування спрощеного порядку видачі. По суті, у цій нормі ч. 4 ст. 588 КПК України Генеральній прокуратурі України фактично надано невластиві їм повноваження, зокрема, проводити ревізію судового рішення. Натомість остаточне рішення щодо видачі особи у будь-якому разі має приймати суд, а не інший орган державної влади [7, с. 131-132].

Під час вирішення питання про обрання запобіжного заходу особі, щодо якої надійшов запит з іноземної держави про її видачу і який прийнятий уповноваженим органом України до розгляду, суди, як правило, застосування екстрадиційного арешту вважають крайнім заходом. Тому, зважаючи на різноманіття закріплених у КПК України інших запобіжних заходів, які, за наявності до того підстав, можуть застосовуватися до підозрюваного, обвинуваченого, все ж таки схиляються до їх застосування [7, с. 147-148].

На практиці постають питання, на які не завжди своєчасно реагують прокурори, що й веде до послаблення правової позиції

й позбавляє змоги її ефективно відстояти, навести мотивовані контраргументи на заперечення сторони захисту під час судового розгляду клопотання про обрання екстрадиційного арешту, оскільки, за ч. 1 ст. 585 КПК України (за наявності обставин, які гарантують запобігання втечі особи та забезпечення у подальшому її видачі) можна обрати щодо затриманої особи запобіжний захід, не пов'язаний із триманням під вартою (екстрадиційним арештом). У правозастосовній діяльності наявні ситуації, коли з ініціативи сторони захисту обирався інший запобіжний захід, не пов'язаний із триманням під вартою. Фактичне обрання до особи альтернативного запобіжного заходу, такого як домашній арешт, порука, як правило, призводить не тільки до ускладнення, але й подеколи невиконання ухвали слідчого судді через те, що кінцевою метою екстрадиції є фактична передача особи.

Фактична передача особи регламентується, окрім ст. 593 КПК України, ще й рядом відомчих нормативних та інших актів, адже фактична передача запитуваної особи відбувається від установи виконання покарання. Тут постає практичне питання, як виконати такий запобіжний захід, як особисте зобов'язання, домашній арешт, якщо в особи немає житла в Україні. Тоді у разі обрання домашнього арешту слідує парадоксальна необхідність прокурору просити суд своєю ухвалою зобов'язати особу, яка підлягає видачі прибути до установи виконання покарання з метою його подальшої фактичної передачі. Але як звертатись прокурору до суду з таким клопотанням, коли на момент його розгляду не відомий точний час фактичної передачі затриманої особи (приміром, відхилення від точно визначеного часу передачі законодавчо допустимі на 15, а то й на 30 днів – ст. 593 КПК України).

Як свідчить практика, під час обрання особі альтернативного запобіжного заходу, не пов'язаного з триманням під вартою, не завжди звертається увага і з'ясовуються ризики, передбачені у ч. 1 ст. 177 КПК України, окрім зазначених у ч. 2 ст. 585 КПК України.

Однак у разі застосування до особи не екстрадиційного арешту, а іншого запобіжного заходу, прокурор має здійснювати контроль за виконанням такого заходу, у разі порушення умов ініціювати застосування екстрадиційного арешту (ч. 3 ст. 585 КПК України). Під час такого контролю перед прокурором постає низка питань, зокрема, як надати затриманій особі ліки, життєво необхідні для неї, але не сертифіковані в Україні тощо.

У правозастосовній діяльності підхід до черговості застосування положень ч. ч. 11 та 12 ст. 584 КПК України в частині судового контролю за правами й свободами особи немає єдності. Поширеною є позиція про першочергове застосування положення в частині звернення до слідчого судді прокурора не рідше одного разу на два місяці з клопотанням про перевірку наявності існування підстав для подальшого тримання особи під вартою або її звільнення, у той час, як положення ч. 12 ст. 584 КПК України є додатковим посилюючим аргументом законності обмеження прав і свобод особи, де за скаргою особи, до якої застосовано екстрадиційний арешт, або її захисника чи законного представника слідчий суддя суду, в межах територіальної юрисдикції якого особа перебуває під вартою, не частіше одного разу на місяць перевіряє наявність підстав для звільнення особи з-під варти [7, с. 143].

Особливість вказаних норм полягає у тому, що судовий контроль залежить від сумлінності виконання прокурором передбаченого законом обов'язку та принциповості захисника в частині вказаного процесуальним законом строку звернення до

слідчого судді з клопотанням про перегляд наявності/відсутності підстав застосування екстрадиційного арешту.

Однак у разі звільнення особи з-під екстрадиційного арешту прокурор вправі ініціювати застосування повторного екстрадиційного арешту. Зокрема, під час перебування особи під екстрадиційним арештом відбувається проведення екстрадиційної перевірки й за результатами вивчення таких матеріалів центральний орган України приймає рішення про видачу або відмову у видачі особи іноземній державі, яке така особа вправі протягом десяти днів оскаржити до суду. У такому разі прокурору необхідно завжди роз'яснювати в деталях процедуру видачі особи.

Якщо впродовж десяти днів зазначене рішення не оскаржено до суду, організовується фактична передача цієї особи компетентним органам іноземної держави. Рішення про видачу особи (екстрадицію) не може бути прийнято, якщо така особа подала заяву про визнання її біженцем або особою, яка потребує додаткового захисту, чи скористалася відповідно до законодавства правом на оскарження рішення щодо зазначених статусів, до остаточного розгляду заяви, у порядку, встановленому законодавством України. Інформація про подання особою зазначених заяв або оскарження відповідних рішень не надається іноземній державі, що надіслала запит [7, с. 150].

Згідно з ч. 6 ст. 591 КПК України, ухвала слідчого судді про відмову у задоволенні скарги на рішення про видачу особи (екстрадицію) може бути оскаржена в апеляційному порядку прокурором, особою, щодо якої прийнято рішення, її захисником чи законним представником. Подання апеляційної скарги на ухвалу слідчого судді зупиняє набрання нею законної сили та її виконання.



Проте ухвала суду апеляційної інстанції може бути оскаржена в касаційному порядку лише прокурором із мотивів неправильного застосування судом норм міжнародних договорів України, якщо скасування рішення про видачу (екстрадицію) перешкоджає подальшому провадженню щодо особи, видача якої запитувалася іноземною державою.

Під час оскарження рішення Центрального органу про видачу особи повідомляється регіональна прокуратура через те, що участь у розгляді такої скарги бере прокурор, який проводив екстрадиційну перевірку. Рішення суду з оскарження рішення центрального органу України про видачу підлягає оскарженню аж до касаційної інстанції.

Коли апеляція звільняє таку особу, прокурор вправі повторно звернутися до слідчого судді, таким чином відбувається переривання повторності.

Особливо актуальним в умовах дії процесуального закону є положення ст. 586 КПК України, де передбачено підстави припинення тимчасового арешту або запобіжного заходу.

Скасування тимчасового арешту або запобіжного заходу здійснюється керівником відповідної регіональної прокуратури, його першим заступником або заступником за дорученням (зверненням) центрального органу України, *а під час екстрадиційної перевірки встановлення обставини, за наявності яких видача особи (екстрадиція) не здійснюється*, за погодженням із відповідним центральним органом України. Копія постанови про скасування тимчасового арешту або запобіжного заходу надсилається уповноваженій службовій особі місця ув'язнення, слідчому судді, який приймав рішення про застосування тимчасового арешту або запобіжного заходу, а також особі, щодо

якої застосовувався запобіжний захід, не пов'язаний із триманням під вартою.

Заслуговує на увагу та обставина, що прокурор регіональної прокуратури, міст Києва і Севастополя та його заступники наділені не властивими їм функціями щодо скасування ухвали слідчого судді про застосування тимчасового арешту або запобіжного заходу до особи, щодо якої вирішується питання про її видачу (екстрадицію). Таке рішення вправі прийняти лише слідчий суддя, що вбачається з норм КПК України, які визначають порядок брання, зміни чи скасування запобіжного заходу [7, с. 149].

Витрати, що виникли на території України у зв'язку з вирішенням питання про видачу особи, а також витрати, що виникли у зв'язку з транзитним перевезенням через територію України, яка видається Україні, за ч. 1 ст. 594 КПК України, вважаються процесуальними витратами згідно із цим Кодексом. Натомість у ч. 1 ст. 118 КПК України взагалі не передбачено такої складової частини процесуальних витрат, за винятком витрат, визначених п. 3, пов'язаних із залученням перекладачів [7, с. 154].

При цьому детальному з'ясуванню підлягають підстави відстрочки фактичної передачі особи до іноземної держави (ст. 592 КПК України). Після прийняття рішення про відстрочку передачі відповідна регіональна прокуратура за дорученням (зверненням) центрального органу України здійснює нагляд за процесом відбування особою покарання або контролює процес її лікування. У разі відсутності підстав для відстрочення фактичної передачі особи, передбачених ч. 1 цієї статті, відповідна регіональна прокуратура забезпечує застосування екстрадиційного арешту в порядку, встановленому цим Кодексом. Якщо в період відстрочення настали обставини, які можуть перешкоджати видачі особи, центральний орган України має право

переглянути своє рішення про видачу (екстрадицію). Підстави для видачі, а також підстави для відмови у видачі передбачені, окрім національного законодавства, також у міжнародних договорах.

Існує низка підстав для невидачі особи з України належать: підстави, передбачені ст. 25 Конституції України (більшість держав, як і Україна, не видають своїх громадян); підстави, передбачені у ст. 589 КПК України, ч. 4 ст. 573 КПК України (видача особи буде не виправданою з огляду на співвідношення тяжкості вчиненого особою кримінального правопорушення та ймовірних витрат, необхідних для екстрадиції).

Також у видачі може бути відмовлено з підстав, передбачених ст. 7-11 Європейської конвенції про видачу правопорушників 1957 р., ст. 57 Мінської конвенції 1993 р. (не видається особа за політичні правопорушення, військові правопорушення, фінансові правопорушення, у разі прохання про надання статусу біженця, тимчасового притулку, санкція статті менша, ніж необхідна для видачі, можливе застосування смертної кари, немає гарантій катування – Узбекистан, інвалідність – 2 група). Однак має місце зловживання правом на отримання статусу біженця або отримання тимчасового притулку, самоскалічення з метою запобігання видачі особи. У разі відмови у видачі запитуюча Договірна Сторона має бути інформована про підстави відмови (ст. 57 Мінської конвенції 1993 р.).

За ч. 2 ст. 589 КПК України, особа, якій надано статус біженця, статус особи, яка потребує додаткового захисту, або їй надано тимчасовий захист в Україні, не може бути видана державі, біженцем з якої вона визнана, а також іноземній державі, де її здоров'ю, життю або свободі загрожує небезпека за ознаками раси, віросповідання (релігії), національності, громадянства

(підданства), приналежності до певної соціальної групи або політичних переконань, крім випадків, передбачених міжнародними договорами. Важливим є розуміння такого оціночного поняття, як «загроза небезпеки за ознаками раси, віросповідання (релігії), національності, громадянства (підданства), приналежності до певної соціальної групи або політичних переконань». Змістовне розуміння зазначених вище загроз міститься у рішеннях Європейського суду з прав людини.

По-перше, поводження з особою в країні, до якої вона видається, кваліфікується як порушення ст. 3 Конвенції 1950 р.

По-друге, доведення такого поводження припускається з урахуванням оцінки ситуації у країні із захистом прав людини, яка міститься у звітах відомих правозахисних організацій.

Надзвичайно показовим є рішення ЄСПЛ у справі «Хірсі Джамаа та інші проти Італії» (заява № 27765/09, рішення від 23 лютого 2012 р.). ЄСПЛ проаналізував випадки порушень ст. 3 Конвенції 1950 р., які є перешкодою для екстрадиції особи. У зв'язку з абсолютним характером прав, гарантованих ст. 3 Конвенції 1950 р., ЄСПЛ не виключає можливості того, що ця стаття може також застосовуватися, коли небезпека походить від особи або груп осіб, які не є державними службовцями. Але варто зазначити, що ризик наявний і влада приймаючої держави не може його усунути та забезпечити належний захист.

ЄСПЛ також визнав обов'язок держави володіти інформацією про ситуацію в країні повернення особи, причому свідомо перевіряти її в кількох державах. Держави зобов'язані виявляти ризик жорстокого поводження із заявником у разі екстрадиції. Держави зобов'язані виявляти ризик жорстокого поводження із заявником у разі екстрадиції. ЄСПЛ зазначає той факт, що італійські органи державної влади мали б знати, що у разі вислання заявників

вони зазнають у Лівії поводження, яке суперечить Конвенції 1950 р., та не отримують жодного захисту. Крім того, заявники стверджували, що вони повідомили італійських військових про свій намір звернутись за міжнародним захистом. Версія заявників підтверджувалась численними свідченнями, зібраними Службою переселення УВКБ ООН Хьюман Райте Вотч. У будь-якому разі ЄСПЛ вважає, що обов'язок національних органів державної влади – дізнатися, якому поводженню буде піддана особа у разі її повернення [10, с. 50-54].

З огляду на зазначене, прийняте рішення за запитом про видачу особи (естрадицію) є складною процесуальною діяльністю, що полягає у визначенні центральним органом України порядку видачі осіб з України (спрощений, тимчасова видача чи звичайний порядок), з'ясуванні відсутності обставин, які перешкоджають видачі особи з України та застосуванні до особи спеціального запобіжного заходу з метою забезпечення належної екстрадиції до іншої країни. Час тримання виданої особи під вартою на території запитуваної держави у зв'язку з вирішенням питання про видачу в Україну, а також час її етапування зараховуються до загального строку відбування покарання, призначеного вироком суду України [7, с. 152].

Утім, невидача особи – це ще не підстава для твердження, що така особа залишиться без понесення відповідальності, оскільки є інститут перейняття кримінального провадження.

### **Список використаних джерел:**

1. Комарницька О.Б. Окремі аспекти діяльності прокурора під час екстрадиції. Збірник матеріалів науково-практичної конференції. Європейські стандарти діяльності прокурора,

слідчого та адвоката у кримінальному провадженні (Київ, 26 листопада 2015 року). С. 123-129.

2. Про організацію роботи органів прокуратури України у галузі міжнародного співробітництва: Наказ Генерального прокурора України № 223 від 18.09.2015 р. URL: <http://gpi.gov.ua>.

3. Підгородинська А.В. Використання рішень іноземних судів та міжнародних судових органів у кримінальному процесі України: монографія. Одеса: Юридична література, 2013. 184 с.

4. Функції судового контролю у кримінальному процесі: монографія / Л.Д. Удалова, Д.О. Савицький, В.В. Рожнова, Т.Г. Ільєва. К.: «Центр учбової літератури», 2015. 176 с.

5. Черноус Ю.М. Видача особи (екстрадиція) у кримінальному провадженні щодо злочинів міжнародного характеру. Вісник кримінального судочинства. 2015. № 1. С. 143-150.

6. Комарницька О.Б. Проблеми здійснення процесуальної діяльності прокурора під час екстрадиції. Науковий часопис Національної академії прокуратури України. 2016. № 2. С. 19-25.

7. Міжнародний розшук та видача особи, яка вчинила кримінальне правопорушення: навчальний посібник / І.В. Басиста, В.І. Галаган, О.М. Калачева, Л.В. Максимів. Київ, 2016. 277 с.

8. Кабулов проти України: рішення ЄСПЛ від 19.11.2009 р. URL: <http://unhcr.org.ua/img/uploads/docs/Case%20of%20>

9. Світлорусов проти України: рішення ЄСПЛ від 12.03.2009 р. URL: <http://unhcr.org.ua/img/uploads/docs/Case%20of%20>

10. Толочко О. Гуманізація процедури екстрадиції осіб, які вчинили кримінальні правопорушення. Вісник Національної академії прокуратури України. 2013. № 2. С. 50-54.

**Пожар В.Г.,**

*кандидат юридичних наук, доцент,*

*доцент кафедри кримінального процесу*

*Національного університету «Одеська юридична академія»*

## **ЮРИДИЧНІ ОСОБИ У СУЧАСНОМУ КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ УКРАЇНИ: ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ СТАТУС ТА ОСОБЛИВОСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ**

### **Вступ**

Кримінальне провадження є засобом захисту прав та законних інтересів не тільки фізичних, а й юридичних осіб (ст. 2 КПК). Наскільки ефективно КПК діє в частині захисту прав і законних інтересів юридичних осіб від кримінальних правопорушень, настільки і забезпечена економічна безпека держави в цій сфері.

Нині чинний КПК України, на відміну від старого КПК України 1960 р., значно більшу увагу приділяє питанню регламентації прав і законних інтересів юридичних осіб у кримінальному провадженні. На сьогодні участь юридичних осіб у кримінальному провадженні широко представлена. Вони мають право ініціювати кримінальне провадження незалежно від завданої їй шкоди шляхом подачі заяви про кримінальне правопорушення; брати участь у кримінальному провадженні у зв'язку з відшкодуванням шкоди, завданої кримінальним правопорушенням у різних процесуальних статусах, вносити заставу; брати участь у процесі доказування тощо. І це означає, що права і законні інтереси юридичних осіб у кримінальному провадженні значно більше можуть зачіпатися, що, в свою чергу, зумовлює необхідність їх забезпечення та захисту. Все це зумовлює також необхідність та важливість наукового дослідження питань, пов'язаних з особливістю реалізації процесуального статусу юридичної особи у сучасному кримінальному провадженні України.

Інститут юридичної особи нерідко був предметом уваги багатьох учених. Окремі аспекти процесуального статусу юридичних осіб у кримінальному процесі розглядали у своїх працях В. Г. Гончаренко, М. І. Гошовський, Ю. М. Грошевий, В. Г. Даєв, Т. В. Данченко, Ю. В. Донченко, Я. О. Клименко, Є. Г. Коваленко, О. П. Кучинська, Л. М. Лобойко, Є. Д. Лук'янчиков, О. Г. Мазалов, В. Т. Маляренко, М. М. Михеєнко, В. В. Навроцька, Л. Л. Нескороджена, В. Т. Нор, В. В. Олефіренко, П. Г. Сичов, М. С. Строгович, С. В. Толокольников, І. О. Трунов, В. П. Шибіко, Т. І. Ширяева та багато інших. Їх дослідження, безумовно, мають важливе значення для теорії та практики захисту прав і законних інтересів юридичних осіб у кримінальному провадженні, проте у зв'язку з прийняттям нового КПК України 2012 р. питання кримінальної процесуальної правосуб'єктності юридичних осіб, їх процесуального статусу та механізм його реалізації у кримінальному провадженні знову набули актуальності.

Основною метою цього дослідження є вирішення проблемних питань реалізації процесуального статусу юридичної особи у сучасному кримінальному провадженні України та формування пропозицій, спрямованих на вдосконалення кримінального процесуального статусу зазначених осіб.

### **Виклад основного матеріалу**

Перед тим, як перейти безпосередньо до мети дослідження, необхідно встановити сучасне розуміння юридичної особи як правового явища.

Сучасна нормативна конструкцію терміна «юридична особа» законодавчо визначена в ст. 80 ЦК України. Згідно з нею, юридичною особою є організація, створена і зареєстрована у встановленому законом порядку. Отже, відповідно до



ч. 1 ст. 80 ЦК України, головною умовою «правового» існування юридичної особи є її державна реєстрація у встановленому законом порядку. Порядок державної реєстрації юридичної особи регламентується Законом України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань» [1]. Законом може бути встановлено особливості державної реєстрації громадських формувань (ч. 2 ст. 3 зазначеного Закону).

Цивільно-правова доктрина, на відміну від законодавця, виділяє чотири ознаки, які характеризують юридичну особу як суб'єкта права: 1) організаційна єдність; 2) майнова відокремленість; 3) цивільно-правова правосуб'єктність; 4) самостійна майнова відповідальність [2, с. 183-186; 3, с. 82-84; 4, с. 113-116].

Не вдаючись до дискусій із цього приводу, зазначимо, що важливою ознакою юридичної особи, яка має значення для нашого дослідження, є наявність у неї цивільної правосуб'єктності, під якою розуміється правова можливість особи бути учасником цивільних правовідносин. Складовими частинами правосуб'єктності є правоздатність, дієздатність та деліктоздатність. Згідно з ч. 1 ст. 91 ЦК України, юридична особа здатна мати такі самі цивільні права та обов'язки (цивільну правоздатність), як і фізична особа, крім тих, які за своєю природою можуть належати лише людині. Дієздатність юридичних осіб, на відміну від фізичних осіб, дієздатність яких залежить від віку, стану здоров'я та інших факторів, незважаючи на відмінності в характері та обсязі їх правоздатності, за загальним правилом є однаковою. Однак вона може бути обмеженою. Так, відповідно до ч. 5 ст. 22 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» [5], після призначення розпорядника майна і до

припинення процедури розпорядження майном органи управління боржника не мають права без згоди розпорядника майна приймати певні рішення. Під деліктоздатністю розуміють здатність юридичної особи нести відповідальність за свої рішення, дії або бездіяльність у випадках, визначених законом.

Цивільна правоздатність юридичної особи виникає одночасно з її дієздатністю з моменту створення і припиняється з дня внесення до Єдиного державного реєстру запису про її припинення (ч. 4 ст. 91 ЦК України).

Зазначені положення мають визначальний вплив на встановлення кримінально-процесуальної правосуб'єктності юридичних осіб як різновиду їх спеціальної (галузевої) правосуб'єктності.

У теорії права до структури правого статусу вчені включають різні елементи. Так, О. Ф. Скакун визначає структуру правового статусу у вигляді таких елементів: правосуб'єктність, права, свободи, обов'язки та відповідальність [6, с. 412]. М. І. Матузов у це поняття вкладає правові норми, правосуб'єктність, права, свободи, обов'язки, законні інтереси, громадянство, юридичну відповідальність, правові принципи, правовідносини [7, с. 59].

Найбільш правильно вдається позиція вчених, які включають до змісту правового статусу, окрім прав та обов'язків, ще й правосуб'єктність. Оскільки правосуб'єктність є однією з обов'язкових передумов будь-яких правовідносин, вона визначає зміст та обсяг прав та обов'язків для кожного окремого суб'єкта права. Як правильно зауважила С. М. Хєда, саме правосуб'єктність дає змогу розглядати певну особу не лише як абстрактного суб'єкта права, а як суб'єкта конкретних правовідносин [8, с. 13]. Отже, вказана правова категорія не може існувати поза правовим статусом, їх необхідно розглядати тільки в нерозривному зв'язку, а

тому кримінально-процесуальний статус юридичних осіб складається з їх правосуб'єктності, процесуальних прав та обов'язків.

Під кримінальною процесуальною правоздатністю варто розуміти здатність мати кримінальні процесуальні права та обов'язки, а під кримінальною процесуальною дієздатністю – здатність реалізовувати кримінальні процесуальні права та виконувати свої обов'язки. Юридична особа має також і кримінальну процесуальну деліктоздатність, під якою розуміють її здатність нести юридичну відповідальність за вчинені правопорушення. Прикладом такої відповідальності, яка може бути застосована до юридичної особи, є відповідальність заставодавця за невиконання обов'язків особи, щодо якої застосовано запобіжний захід – заставу, у вигляді звернення цієї застави в дохід держави (ст. 182 КПК України).

Кримінальні процесуальні правоздатність та дієздатність юридичної особи виникають так само з моменту створення юридичної особи, точніше, з моменту її державної реєстрації. Саме тоді юридична особа має право заявляти про кримінальне правопорушення, зазнавати шкоди від кримінального правопорушення та вступати в кримінальне провадження як потерпіла особа, тобто має потенційну можливість бути суб'єктом кримінального провадження.

Хоча КПК України й не передбачає цього, вважаємо, що юридична особа, яка вступає у кримінально-процесуальні відносини зі своєї ініціативи, має підтвердити наявність у неї правосуб'єктності. Заради підтвердження кримінальної процесуальної правосуб'єктності необхідно подати слідчому, прокурору, слідчому судді, суду такі самі документи, що й для підтвердження цивільної. Це документи встановленого зразка,

які видаються під час проведення державної реєстрації юридичної особи. Особа, яка веде провадження, має у разі визнання юридичної особи учасником кримінального провадження встановлювати факт її державної реєстрації та вимагати від представника юридичної особи необхідних підтверджуючих документів. Встановлення майнових прав юридичної особи на відособлене майно в кримінальному провадженні також входить до переліку обставин, які підлягають доказуванню (ст. 91 КПК), оскільки предмет злочинного посягання – один з елементів події злочину та є підставою для визнання юридичної особи потерпілою. Крім того, для доказування виду і розміру шкоди, заподіяної злочином (п. 3 ст. 91 КПК), важливий правовий режим майна, якому завдано шкоду злочином. Також вагоме значення має встановлення вказаних обставини у разі залучення юридичної особи як цивільного відповідача або накладення арешту на її майно. Всі ці документи обов'язково мають додаватися до матеріалів кримінального провадження і служать однією зі складових частин підстав законного набуття того чи іншого процесуального статусу учасника кримінального провадження. Вважаємо, що це положення має бути чітко закріплено в нормах відповідних статей КПК України, зокрема варто:

1) додати до ч. 2 ст. 55 таке речення: *«Юридична особа одночасно з поданням такої заяви має подати копії установчих документів та документів, що підтверджують її державну реєстрацію»;*

2) додати до ч. 1 ст. 60 таке речення: *«Юридична особа одночасно з поданням такої заяви чи повідомлення має подати копії установчих документів та документів, що підтверджують її державну реєстрацію»;*

3) додати до ч. 2 ст. 61 таке речення *«Юридична особа одночасно з поданням такої заяви має подати копії установчих документів та документів, що підтверджують її державну реєстрацію».*

Такі норми забезпечать законність вимог органів розслідування прокурора чи суду щодо підтвердження наявності в юридичної особи правосуб'єктності та її змогу набути процесуального статусу певного суб'єкта.

У кримінальному провадженні процесуальний статус особи складається з окремих процесуальних статусів його суб'єктів, передбачених кримінальним процесуальним законодавством, які різняться за змістом та обсягом прав і обов'язків, з огляду на ту процесуальну функцію, яку виконує певний суб'єкт у провадженні.

Аналіз чинного КПК дає змогу констатувати, що нині юридичні особи беруть участь у кримінальному провадженні у таких основних аспектах: подання заяви чи повідомлення про вчинення кримінального правопорушення, тобто можуть бути заявниками у кримінальному провадженні (ст. 60 КПК); виступають як потерпілі від кримінальних правопорушень, у разі завдання їм матеріальної шкоди (ст. 55 КПК), виступають як суб'єкти, щодо яких здійснюється провадження із застосування заходів кримінально-правового характеру (ст. 64-1 КПК), подання цивільного позову про відшкодування шкоди, завданої юридичним особам, тобто можуть бути цивільними позивачами (ст. 61 КПК); виступають суб'єктом цивільної відповідальності за шкоду, завдану кримінальним правопорушенням, тобто можуть бути визнаними цивільними відповідачами (ст. 62 КПК); виступають як третя особа, щодо майна якої вирішується питання про арешт (ст. 64-2 КПК); можуть бути адресатами

вимог, доручень і запитів посадових осіб, які ведуть кримінальне провадження, або місцем проведення слідчих дій (ст. ст. 93, 237 КПК); виступати як заставадавець (ст. 182 КПК); надання юридичною особою, у володінні якої перебувають речі та документи, стороні кримінального провадження на підставі ухвали слідчого судді, суду тимчасового доступу до речей і документів (ст. 159 КПК України); добровільно відшкодовувати шкоду, завдану потерпілому, територіальній громаді, державі внаслідок кримінального правопорушення (ст. 127 КПК); оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів розслідування або прокурора (ст. 303 КПК) тощо.

За загальним правилом юридична особа виступає у кримінальному провадженні через своїх представників. Так, згідно зі ст. 92 ЦК, юридична особа набуває цивільних прав та обов'язків і здійснює їх через свої органи, які діють відповідно до установчих документів та закону. Орган або особа, яка відповідно до установчих документів юридичної особи чи закону виступає від її імені, зобов'язана діяти в інтересах юридичної особи, добросовісно і розумно та не перевищувати своїх повноважень. Чинний КПК також передбачає участь юридичних осіб у кримінальному провадженні через своїх представників (ст. 58, 63, 64-1 КПК).

Зважаючи на це та беручи до уваги той факт, що юридичні особи реалізують свій процесуальний статус у кримінальному провадженні лише через своїх представників, вважаємо представництво основним засобом захисту прав та законних інтересів юридичних осіб у кримінальному провадженні.

Як зауважила І. В. Гловюк, представник виконує ту саму процесуальну функцію, що й особа, яку він представляє, враховуючи те, що завдання представництва не мають

самостійного характеру, а реалізуються у межах завдань здійснюваної представленої особою кримінально-процесуальної функції [9, с. 90].

Передумовами виникнення представництва юридичних осіб у кримінальному провадженні є факт визнання за юридичною особою статусу певного учасника провадження і передбачена законом змога мати представника у провадженні.

Стосовно питання, хто може бути представником юридичної особи, КПК України чітко визначає коло представників таких учасників, як потерпілих, цивільних позивачів, цивільних відповідачів та юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження. Інші учасники провадження не визначені, а саме право мати представника не передбачене для юридичної особи – заявника, заставодавця, особи, у володінні якої перебувають речі й документи під час розгляду слідчим суддею, судом клопотання про тимчасовий доступ таких речей і документів та інших суб'єктів кримінального судочинства, зокрема тих, які не є учасниками кримінального провадження. Відсутність правової регламентації представництва вказаних юридичних осіб на практиці породжує безліч проблем, коли представник юридичної особи бажає брати участь у провадженні, а слідчі, прокурори, суди не допускають його, оскільки процесуальний статус такої особи у КПК не визначений.

Існує два шляхи вирішення такої ситуації. Перший шлях – це аналогія до закону: за положеннями ст. 9 КПК це питання має вирішуватися за аналогією з нормами, що регламентують представництво інших учасників-юридичних осіб, наприклад потерпілих, цивільних позивачів, відповідачів тощо. Проте цей шлях вимагає високої правосвідомості та високого рівня правової культури і знань як в осіб, які ведуть провадження, так і в

представників юридичних осіб, чиї права і законні інтереси вимагають захисту. Другий шлях більш прагматичний – це створення загальної правової норми, яка б регламентувала процесуальні особливості участі юридичних осіб у кримінальному провадженні.

Отже, представниками юридичних осіб у кримінальному провадженні можуть бути: їх керівники, інші особи, уповноважені законом або установчими документами, працівники юридичних осіб за довіреністю, а також особи, які мають право бути захисниками у кримінальному провадженні.

КПК 2012 р. вже не вимагає винесення окремого рішення про допуск представника юридичної особи у кримінальне провадження, з яким була пов'язана можливість реалізації цим представником своїх прав, але й не визначає, з якого моменту представник може реалізувати свої права у провадженні. Вважаємо, що це питання має вирішуватися за аналогією зі ст. 46 КПК (щодо участі захисника), тому представник юридичної особи у кримінальному провадженні користується процесуальними правами з моменту надання слідчому, прокурору, слідчому судді, суду документів, які підтверджують їх повноваження. Згідно з нормами ст. ст. 58, 63, 64-1, 64-2 КПК, це такі документи:

1) копії установчих документів юридичної особи – якщо представником є керівник юридичної особи чи інша уповноважена законом або установчими документами особа;

2) свідоцтво про право на зайняття адвокатською діяльністю, ордер та договір із захисником або дорученням органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги – якщо представником є особа, яка має право бути захисником у кримінальному провадженні;



3) довіреність – якщо представником є працівник юридичної особи.

Із моменту надання цих документів представники юридичних осіб можуть реалізувати права тих учасників провадження, інтереси яких вони представляють, у повному обсязі, оскільки в юридичної особи як учасника провадження немає особистих прав і всі свої права вона реалізовує через свого представника. Таке правило доречно було б закріпити також у загальній нормі щодо участі юридичних осіб у кримінальному провадженні.

Виникає також питання про межі повноважень представника юридичної особи в кримінальному провадженні. КПК із цього приводу не встановлює ніяких обмежень щодо користування процесуальними правами представником. Проте може статися, що представник, зловживаючи своїми процесуальними правами, всупереч інтересам юридичної особи, наприклад, повністю або частково відмовиться від позову, або визнає позов, або вчинить інші дії всупереч інтересам юридичної особи. Якщо звернутися до норм ЦПК України, які регламентують питання представництво, то в ст. 44 встановлено, що обмеження повноважень представника на вчинення певної процесуальної дії мають бути застережені у виданій йому довіреності. Вважаємо таке правило більш повним і прийнятним для кримінального провадження. Тому пропонуємо закріпити у КПК положення, яке б усунуло можливі зловживання правами зі сторони представника: *«Представники користуються процесуальними правами осіб, інтереси яких вони представляють, якщо до цього немає ніяких застережень у виданих їм повноваженнях».*

На практиці часто трапляється, що місцезнаходження керівника юридичної особи невідоме у зв'язку з тим, що він причетний до цього злочину. У такому разі може утворитися ситуація, за якої

ніхто не може виступити від імені юридичної особи, так само як і видати довіреність працівнику або укласти договір із захисником на представництво юридичної особи у процесі.

У таких ситуаціях засновники і акціонери організації у встановленому законом і установчими документами порядку призначають нову особу, яка представлятиме їх інтереси і має право зробити відповідну заяву від імені юридичної особи. Це, по суті, правильно, але іноді процедура зняття з посади керівника пов'язана з витратами часу (скликання загальних зборів учасників, затвердження повістки зборів, проведення внутрішньої перевірки або ревізії, оголошення їх результатів, розгляд заперечень тощо). В інших організаційних формах юридичних осіб взагалі не можна без волевиявлення власника-керівника замінити його як представника юридичної особи. Зрозуміло, що в таких умовах говорити про невідворотність і своєчасність кримінального переслідування особи, яка скоїла правопорушення, а також про захист прав і законних інтересів юридичних осіб не доводиться.

Тому вважаємо, що особі, яка веде кримінальне провадження, має бути надано право залучати у таких випадках представника юридичної особи за аналогією за ст. 49 КПК, тобто особи, яка має право бути захисником у кримінальному провадженні, через центри надання безоплатної правової допомоги, з подальшим відшкодуванням юридичною особою витрат на її представництво. Але для цього мають бути внесені відповідні зміни до законодавства України, що регулює це питання.

Оскільки процесуальний статус юридичної особи складається з окремих процесуальних статусів його суб'єктів, передбачених кримінальним процесуальним законодавством, далі розглянемо деякі особливості процесуального статусу окремих, найбільш

проблемних із точки зору законодавчої регламентації та практики суб'єктів кримінального провадження, якими можуть виступати юридичні особи.

Одним із перших учасників кримінального провадження стає особа, яка звертається до органів розслідування із заявою, повідомленням про вчинене кримінальне правопорушення. Юридична особа також може набути статусу заявника у кримінальному провадженні, при цьому закріплений у КПК України процесуальний статус особи, яка звертається із заявою про кримінальне правопорушення, не є досконалим, адже наведений обсяг прав не дає змогу такій особі повною мірою реалізувати свої інтереси.

На думку багатьох вчених, заяви (повідомлення) юридичних осіб завжди мають бути зроблені в письмовій формі та підписані особами, які володіють правом діяти від їх імені, і засвідчені печаткою або написані на фірмовому бланку [10, с. 208]. Проте 19 липня в Україні набрав чинності закон № 1982 VIII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо використання печаток юридичними особами та фізичними особами-підприємцями» від 23.03.2017 р. [11], яким скасовується обов'язкове використання печаток на документах. Державним органам, зокрема органам розслідування, забороняється вимагати наявності печатки на документах. Тепер документи вважаються достовірними за умови підпису уповноваженої на це особи. Тому до заяв або повідомлень юридичних осіб про кримінальне правопорушення обов'язково має додаватись документ, що підтверджує повноваження представника.

Насамперед, заявник має право бути повідомленим про свої права та обов'язки, передбачені КПК України, як і інші учасники кримінального провадження.

Крім того, пропонуємо доповнити процесуальний статус заявника, в тому числі юридичної особи, правом мати представника. Необхідність закріплення такого права пояснюється, насамперед, тим, що участь юридичної особи у провадженні забезпечується саме представником, а по-друге, тим, що участь вказаного учасника не обмежується лише поданням заяви про вчинене кримінальне правопорушення. Заявник може бути також учасником судового провадження за поданою ним скаргою, де без професійної допомоги він не зможе ефективно її підтримувати.

Для того щоб заявник мав реальну змогу бути активним учасником кримінального провадження, за ним необхідно закріпити право заявляти клопотання про проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій та інших процесуальних дій із метою виявлення додаткової інформації, яка обґрунтовує заяву.

Також у заявника є право отримати інформацію про закінчення досудового розслідування (ст. 60 КПК), але у ст. 290 КПК навіть не згадується про обов'язок слідчого, прокурора повідомити заявника про відкриття матеріалів кримінального провадження та надати доступ до них. Крім того, заявник наділений правом оскарження рішення слідчого, прокурора про закриття кримінального провадження (ч. 1 п. 4 ст. 303 КПК), реалізація якого без ознайомлення з матеріалами розслідування зведена майже нанівець. Тому вважаємо за доцільне закріпити в КПК України право заявника знайомитися з матеріалами кримінального провадження, розпочатого за його заявою (повідомленням) про кримінальне правопорушення, у разі закриття цього провадження. Для цього необхідно до абз. 2 ч. 6 ст. 284 КПК України додати речення: *«Зазначені особи мають*

*право отримати доступ до матеріалів кримінального провадження у разі його закриття».*

Ще одним суб'єктом є юридична особа, щодо якої здійснюється кримінальне провадження. З 1 вересня 2014 р. набрав чинності Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України стосовно відповідальності юридичних осіб)» [12], яким було внесено зміни до Кримінального кодексу України, Кримінального процесуального кодексу України та законів України «Про засади запобігання і протидії корупції» і «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві», щодо застосування до юридичних осіб заходів кримінально-правового характеру за вчинення уповноваженими особами від їх імені або в їх інтересах певних злочинів.

Згідно зі ст. 966 нового розділу XIV-1 Загальної частини КК України, до юридичних осіб судом можуть бути застосовані такі заходи кримінально-правового характеру, як штраф, конфіскація майна і ліквідація. Підставами для застосування до юридичної особи зазначених заходів є вчинення її уповноваженою особою від імені та в інтересах юридичної особи будь-якого зі злочинів, передбачених у ст. ст. 209 і 306, ч. 1 і 2 ст. 368-3, ч. 1 і 2 ст. 368-4, ст. 369 і 369-2 КК України, незабезпечення виконання покладених на її уповноважену особу законом або установчими документами юридичної особи обов'язків щодо вжиття заходів із запобігання корупції, що призвело до вчинення будь-якого зі злочинів, передбачених у ст. ст. 209 і 306, ч. ч. 1 і 2 ст. 368-3, ч. 1 і 2 ст. 368-4, ст. 369 і 369 КК України, вчинення її уповноваженою особою від імені юридичної особи будь-якого зі злочинів, передбачених у ст. 258–258-5 КК України, або вчинення її

уповноваженою особою від імені та в інтересах юридичної особи будь-якого зі злочинів, передбачених ст. ст. 109, 110, 113, 146, 147, ч. 2-4 ст. 159, ст. ст. 160, 260, 262, 436, 437, 438, 442, 444, 447 КК України (ст. 963 КК України).

Відомості про юридичну особу, щодо якої можуть застосовуватися заходи кримінально-правового характеру, вносяться слідчим або прокурором до Єдиного реєстру досудових розслідувань негайно після вручення особі повідомлення про підозру у вчиненні від імені та в інтересах такої юридичної особи будь-якого зі злочинів, передбачених ст.ст. 109, 110, 113, 146, 147, 160, 209, 260, 262, 306, ч. ч. 1, 2 ст. 368-3, ч. 1 і 2 ст. 368-4, ст. ст. 369, 369-2, 436, 437, 438, 442, 444, 447 КК України, або у вчиненні від імені такої юридичної особи будь-якого зі злочинів, передбачених ст. 258-258-5 КК України. Про внесення відомостей слідчий або прокурор не пізніше наступного робочого дня письмово повідомляє юридичну особу. Провадження щодо юридичної особи здійснюється одночасно з відповідним кримінальним провадженням, в якому особі повідомлено про підозру (ч. 8 ст. 214 КПК України).

Рішення про застосування до юридичної особи заходів кримінально-правового характеру зазначається в резолютивній частині вироку в разі визнання відповідної уповноваженої фізичної особи винуватою у вчиненні наведених вище злочинів (п. 2 ч. 1 ст. 374 КПК України).

У разі ж встановлення відсутності підстав для застосування до юридичної особи заходів кримінально-правового характеру, закриття кримінального провадження чи ухвалення виправдувального вироку щодо уповноваженої особи юридичної особи, провадження щодо юридичної особи підлягає закриттю. Про закриття провадження щодо юридичної особи прокурор

приймає постанову, а суд зазначає про це у виправдувальному вирокі або постановляє ухвалу. Рішення про закриття провадження щодо юридичної особи може бути оскаржено в порядку, встановленому КПК України (ч. 3 ст. 284 КПК України).

Парадоксально, але законодавець не регламентує окремо процесуальний статус юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, законодавцем встановлений лише процесуальний статус представника такої юридичної особи, а також передбачено його у складі учасників кримінального провадження та судового провадження (п. 25 і 26 ст. 3 КПК України). По суті, єдине згадування про юридичну особу, щодо якої здійснюється провадження, міститься у вже наведеній нами ч. 8 ст. 214 КПК України, яка встановлює обов'язок слідчого або прокурора повідомити таку юридичну особу про внесення відомостей про неї до Єдиного реєстру досудових розслідувань. Вважаємо такий підхід законодавця неправильним, оскільки юридична особа є самостійним суб'єктом права, володіє процесуальною правосуб'єктністю і має чітко виражені особисті матеріально-правові та кримінально-процесуальні інтереси, а тому має бути наділена комплексом процесуальних прав задля їх захисту. Для цього правильніше було закріпити у КПК України процесуальний статус такої юридичної особи, а вже безпосередня його реалізація має бути покладена на її представників.

Крім того, оскільки чинним КПК України не передбачено жодного окремого чи особливого порядку здійснення кримінального провадження щодо юридичних осіб, таке провадження має здійснюватися в загальному, визначеному законом порядку. Відповідно, кожна юридична особа, проти якої може бути спрямоване кримінальне провадження, має право брати участь у такому провадженні й активно захищати свої

права та інтереси, тобто, по суті, має право на захист, передбачене ст. 59 Конституції України. Проте це право часто на практиці зневажається особами, які ведуть провадження, в яких можливе застосування заходів кримінально-правового характеру до юридичних осіб. Слідчі часто проводять розслідування за фактом кримінальних правопорушень, передбачених ч. 8 ст. 214 КПК України, і не поспішають повідомляти особі про підозру, тим самим позбавляючи юридичну особу змоги отримати інформацію про кримінальне провадження, вступити у таке провадження та захищати свої права та законні інтереси. Вважаємо, що такі порушення права на захист юридичної особи є неприпустимими і, за виникнення необхідності процесуального захисту інтересів юридичної особи в кримінальному провадженні, необхідно звертатися офіційно з клопотанням до слідчого чи прокурора про залучення представника юридичної особи з наданням документів, що підтверджують повноваження. Проте слідчий може і відмовити у такому разі, посилаючись на те, що клопотання не підлягає розгляду, оскільки подане не учасником провадження, та що провадження щодо юридичної особи поки не здійснюється. В разі відмови або залишення клопотання без розгляду необхідно оскаржувати таке рішення або бездіяльність слідчому судді. Але для надання законних підстав такого оскарження необхідно передбачити у ст. 303 КПК України таку можливість для юридичної особи, що буде ефективною гарантією захисту їх прав та законних інтересів у кримінальному провадженні. Така норма, на наше переконання, могла б бути у формі доповнення ч. 1 ст. 303 окремим пунктом та мати такий зміст: *«рішення чи бездіяльність слідчого, прокурора, якими порушені права та законні інтереси фізичної чи юридичної особи – особами, які вважать, що їх права та інтереси порушені»*.



Стосовно представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, то законодавець пішов шляхом аналогії, визначаючи коло осіб, які можуть бути представниками юридичної особи, як і в потерпілого, цивільного позивача тощо. КПК України наділив такого представника широким переліком прав та обов'язків (ст. 64-1 КПК), які суттєво кореспондують із правами підозрюваного, обвинуваченого (ст. 42 КПК). Зауважимо, що серед комплексу прав закон надає цьому представнику право користуватися правовою допомогою, що виглядає дещо нелогічним стосовно такого представника, як адвокат, тому вважаємо, що це право стосується інших можливих представників – керівника чи іншої особи, уповноваженої законом або установчими документами, або працівника юридичної особи.

Крім прав, зазначених у ст. 64-1 КПК України, представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, згідно з ч. 3 ст. 89 КПК України, також має право під час судового розгляду подавати клопотання про визнання доказів недопустимими, а також наводити заперечення проти визнання доказів недопустимими; отримувати від учасників кримінального провадження та інших осіб за їх згодою пояснення, які не є джерелом доказів (ч. 8 ст. 95 КПК України); подавати клопотання про здійснення приводу (ч. 2 ст. 140 КПК України); заявити клопотання про скасування арешту майна повністю або частково у разі, якщо представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, не був присутнім під час розгляду питання про арешт майна (ч. 1 ст. 174 КПК України) та інші права.

Ще одним статусом, яким можуть володіти юридичні особи, щодо майна яких вирішується питання про арешт у кримінальному провадженні, є статус третьої особи, щодо майна якої вирішується питання про арешт. Вказана особа виникає з

моменту звернення прокурора до суду із клопотанням про арешт майна і бере участь у провадженні з метою захисту своїх майнових прав. Згідно з ч. 3 ст. 64-2 КПК України, третя особа, щодо майна якої вирішується питання про арешт, має права та обов'язки, передбачені КПК України для підозрюваного, обвинуваченого, в частині, що стосуються арешту майна. Реалізація зазначеного комплексу прав та обов'язків такої особи покладається на її представника, коло яких визначено законодавцем за аналогією з іншими суб'єктами – юридичними особами. Третя особа, щодо майна якої вирішується питання про арешт, повідомляється про прийняті процесуальні рішення в кримінальному провадженні, що стосуються арешту майна, та отримує їх копії у випадках та в порядку, встановлених КПК України.

Погоджуємось із думкою О. П. Кучинської та С. В. Толокольнікова, що застосування словосполучення «треті особи» до фізичних та юридичних осіб, щодо майна яких вирішується питання про арешт, є не зовсім коректним [13, с. 74]. В юридичній літературі, присвяченій питанням цивільного процесу, поняття «треті особи» розуміється переважно у тому контексті, що відповідні особи є кількісно третіми стосовно сторін – позивача та відповідача [14, с. 75-78]. Водночас у кримінальному провадженні майнові спори не є основним питанням, а коло суб'єктів кримінальних процесуальних правовідносин є набагато ширшим, тому незрозуміло, стосовно яких суб'єктів такі особи є кількісно третіми. Можливо, стосовно сторони обвинувачення та захисту? Не сприяє правильному розумінню цього поняття і відсутність єдності термінології з цього питання. Так, у ст. ст. 170, 171, 173 КПК України йдеться про третіх осіб, однак у ст. 172 КПК України згадується інший

власник майна, а у ст. 174 КПК України міститься положення про право заявлення клопотання про скасування арешту майна іншим власником або володільцем майна.

Процесуальний статус юридичної особи, щодо речей і документів якої надано тимчасовий доступ, також окремо не регламентується у КПК України. Зазначимо, що КПК України передбачено ряд гарантій дотримання прав як фізичних, так і юридичних осіб під час здійснення такого заходу забезпечення кримінального провадження, як тимчасовий доступ до речей і документів. Згідно з ч. 1 ст. 160 КПК України, цей захід полягає в наданні стороні кримінального провадження особою, у володінні якої перебувають такі речі та документи, можливості ознайомитися з ними, зробити їх копії та вилучити їх (здійснити їх виїмку) і лише на підставі ухвали слідчого судді, суду (ч. 2 ст. 160 КПК України). У разі подання клопотання про тимчасовий доступ до речей і документів, які містять охоронювану законом таємницю, сторона, що подає зазначене клопотання, має обґрунтувати неможливість іншими способами довести обставини, які передбачається довести за допомогою цих речей і документів (п. 6 ч. 2 ст. 160 КПК України). З метою захисту прав і законних інтересів такої юридичної особи законодавець наділяє її такими правами: брати участь у розгляді слідчим суддею, судом клопотання про тимчасовий доступ до речей і документів, крім випадків, якщо сторона, яка звернулася з клопотанням, доведе наявність достатніх підстав вважати, що існує реальна загроза зміни або знищення речей чи документів, а також у невідкладних випадках (ч. ч. 2, 4 ст. 163 КПК України); подавати клопотання про застосування технічних засобів фіксування зазначеної процесуальної дії (ч. 1 ст. 107 КПК України); отримати опис речей і оригіналів або копій документів,

які були вилучені на виконання ухвали слідчого судді, суду про тимчасовий доступ (ч. 3 ст. 165 КПК України); під час вилучення оригіналів документів вимагати залишити їх копію (ч. 4 ст. 165 КПК України); оскаржувати в апеляційному порядку ухвалу слідчого судді про тимчасовий доступ до речей і документів, яким дозволено вилучення речей і документів, які посвідчують користування правом на здійснення підприємницької діяльності, або інших, за відсутності яких юридична особа позбавляється змоги здійснювати свою діяльність (п. 10 ч. 1 ст. 309 КПК України).

Інтереси юридичної особи можуть зачіпатися також під час застосування засобів доказування. Основним засобом отримання та перевірки доказів є провадження слідчих (розшукових) дій. Юридична особа через свого представника може брати участь у правовідносинах, що виникають під час провадження таких слідчих (розшукових) дій, як огляд, обшук, оскільки приміщення, в яких вони проводяться, можуть належати юридичним особам. Чинний КПК України гарантує, що ніхто не має права проникнути до приміщень, які займають підприємства, установи, організації, з будь-якої метою, інакше як лише за добровільною згодою особи, яка ними володіє, або на підставі ухвали слідчого судді, крім випадків, установлених ч. 3 ст. 233 КПК України (ч. 1 ст. 233 КПК України).

Деякі вчені піддають критиці виключення з норми, яка встановлює порядок проведення обшуку, вказівки на обов'язкову присутність представників юридичних осіб – власників та користувачів приміщень, в яких проводиться слідча дія. На їх погляд, попередній КПК більш вдало регламентував вказані правовідносини, а тому пропонують закріпити таку норму і в чинному КПК України [13, с. 77]. Нагадаємо, що за ч. 2 ст. 181 КПК

України 1960 р. обшук та виїмка в приміщеннях, які займають підприємства, установи, організації, мали провадитися в присутності їх представників. Представникам роз'яснювалося їх право бути присутніми під час усіх дій слідчого та робити заяви з приводу цих дій. Ці заяви обов'язково мали заноситися до протоколу (ч. 3 ст. 181 КПК України 1960 р.). Вважаємо, що такі пропозиції заслуговують на підтримку.

Ще одна проблема, яка може виникнути у зв'язку з участю юридичної особи – заставодавця в кримінальному провадженні – це законодавча та практична невизначеність, яким чином така особа може належним чином виконати обов'язки заставодавця.

Оскільки, за ч. 3 ст. 182 КПК України, при застосуванні запобіжного заходу у виді застави підозрюваному, обвинуваченому роз'яснюються його обов'язки і наслідки їх невиконання, а заставодавцю – у вчиненні якого кримінального правопорушення підозрюється чи обвинувачується особа, передбачене законом покарання за його вчинення, обов'язки із забезпечення належної поведінки підозрюваного, обвинуваченого та його явки за викликом, а також наслідки невиконання цих обов'язків, виникає питання: хто саме забезпечить явку підозрюваного, обвинуваченого за викликом, спостерігатиме за такою особою, проводитиме з нею виховну роботу або буде контролювати його поведінку. На нашу думку, найбільш вдалим варіантом для вирішення цього питання буде покласти ці обов'язки безпосередньо на представника юридичної особи, оскільки саме він діє від імені юридичної особи і саме йому було роз'яснено обов'язки та наслідки, передбачені ч. 3 ст. 182 КПК України. Такого змісту норму варто передбачити у ст. 182 КПК.

На жаль, обсяг цього дослідження не дав змогу провести вичерпний аналіз усіх особливостей процесуального статусу юри-

дичної особи у кримінальному провадженні, що слугуватиме перспективами подальших наших наукових розвідок у цьому напрямі.

### **Висновки**

Підсумовуючи, зазначимо, що нині, хоча законодавець і проголосив одним з основних завдань кримінального провадження охорону прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, не передбачив достатніх засобів для реалізації у ньому процесуального статусу юридичних осіб.

Із метою вирішення деяких правозастосовних проблем та прогалин необхідно створити загальну правову норму, яка б регламентувала процесуальні особливості участі юридичних осіб у кримінальному провадженні, яка мала містити такі положення:

– кримінальна процесуальна правосуб'єктність юридичної особи виникає з моменту створення юридичної особи, точніше, з моменту її державної реєстрації та має бути підтверджена нею у разі вступу у кримінально-процесуальні відносини шляхом подання копії установчих документів та документів, що підтверджують її державну реєстрацію;

– юридичні особи реалізують свій процесуальний статус у кримінальному провадженні лише через своїх представників, тому представництво є єдиним засобом захисту прав та законних інтересів юридичних осіб у кримінальному провадженні;

– визначення, з якого моменту представник юридичної особи може реалізувати свої права у провадженні: з моменту надання слідчому, прокурору, слідчому судді, суду документів, які підтверджують їх повноваження;

– представники користуються процесуальними правами осіб, інтереси яких вони представляють, якщо до цього немає ніяких застережень у виданих їм повноваженнях;

– особі, яка веде кримінальне провадження, має бути надано право залучати у певних випадках представника юридичної особи за аналогією згідно зі ст. 49 КПК, із подальшим відшкодуванням юридичною особою витрат на її представництво;

– варто закріпити у КПК України загальні права та обов'язки юридичної особи.

Крім того, вимагає вдосконалення процесуальний статус окремих учасників кримінального провадження юридичних осіб, про що були надані конкретні пропозиції у цьому дослідженні, які сприятимуть реалізації та захисту прав та інтересів юридичних осіб у кримінальному провадженні.

### **Список використаних джерел:**

1. Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань: Закон України від 15.05.2003 р. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/755-15>.

2. Гражданское право: в 2-х т.: учебник / ред. Е.А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. М.: БЕК, 2000. Т. 1.

3. Гуев Л.Н. Гражданское право: в 3-х т.: учебник для вузов. М.: ИНФРА-М, 2003. Т. 1.

4. Цивільне право України: підручник: у 2 т. / кер. авт. кол. В.І. Борисова, Л.М. Баранова, І.В. Жилінкова та ін.; За заг. ред. В.І. Борисової, І.В. Спасибо-Фатєєвої, В.Л. Яроцького. К.: Юрінком Інтер, 2004. Т. 1.

5. Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом: Закон України від 14.05.1992 р. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/sow/2343-12>.

6. Скакун О.Ф. Теория государства и права: учебник. Харьков: Консум; Ун-т внутр. дел., 2000.

7. Матузов Н.И. Правовая система и личность / Ред. И.И. Чернышевская. Саратов: издательство Саратовского университета, 1987.

8. Хєда С.М. Правове регулювання участі іноземних юридичних осіб у цивільних правовідносинах (порівняльно-правовий аспект). К.: Юрінком Інтер, 2005.

9. Гловюк І. Проблеми визначення функціональної спрямованості діяльності представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження // Правова політика в Україні: питання теорії та практики: збірник матеріалів міжнародної науково-практичної конференції (Київ, 24 жовтня 2014 р.): в 2 т. К.: Національна академія прокуратури України, 2014. Т. 2. 430 с.

10. Кримінальний процес України: Підручник / За загальною редакцією В.В. Назарова, Г.М. Омеляненко. К.: Юридична думка, 2005.

11. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо використання печаток юридичними особами та фізичними особами – підприємцями: Закон України від 23.03.2017 р. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1982-19>.

12. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України стосовно відповідальності юридичних осіб): Закон України від 23.05.2013 р. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/314-18>.



13. Кучинська О.П., Толокольніков С.В. Особливості процесуального статусу юридичних осіб у кримінальному процесі України: теорія і практика: монографія. К.: Алерта, 2017. 168 с.

14. Бичкова С.С. Треті особи у цивільному процесі України: поняття, ознаки і види. Приватне право і підприємництво: зб. наук. пр. / редкол. О.Д. Крупчан та ін. К., 2010. Вип. 9. С. 75-78.

**Мудрак І.В.,**

*кандидат юридичних наук,*

*доцент кафедри кримінального процесу*

*Національного університету «Одеська юридична академія»*

**ПОТЕРПІЛИЙ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ:  
ЩОДО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВА  
НА ПРОЦЕСУАЛЬНУ КОМУНІКАЦІЮ**

*Проблема жертви злочину посіла помітне місце в науках кримінального циклу. Ми говоримо про жертву в кримінології та в кримінальній судовій політиці; ми говоримо про неї в кримінальному процесі та в матеріальному праві; ми говоримо про жертву на цьому та на іншому боці Атлантики [1, с. 111].*

**Вступ**

Кримінально-процесуальна комунікація реалізується в рамках строгих процесуальних форм, чітко регламентованих нормами кримінального процесуального права, що регулюють здійснення досудового та судового провадження, служать гарантією дотримання прав учасників кримінального провадження, в тому числі і потерпілого – жертви кримінального правопорушення.

Право потерпілого на процесуальну комунікацію, що розуміється нами як забезпечена процесуальними нормами можливість учасника кримінального процесу отримувати інформацію про кримінальне провадження, обмінюватись інформацією про стан кримінального провадження та впливати на кримінальне провадження [2, с. 10], – актуальна нині проблематика, покликана об'єднати в єдину систему численні аспекти проблеми забезпечення прав і законних інтересів потерпілого в кримінальному провадженні, скерувати нові імпульси наукових досліджень в області захисту прав потерпілих на вдосконалення механізму реалізації відповідних прав. Іншими словами, право потерпілого на процесуальну комунікацію в широкому розумінні уособлює загалом систему та зміст прав потерпілого відповідно до міжнародно-правових стандартів, а отже, ефективно забезпечення цього права вітчизняним галузевим законодавством передбачає створення та функціонування дієвого кримінально-процесуального механізму забезпечення прав потерпілих в Україні. Крім того, вважаємо, без належного забезпечення права потерпілого на процесуальну комунікацію під час кримінального провадження змагальний кримінальний процес України не буде життєздатним «комунікувати» з сучасними правовими системами світу на належному рівні. Адже неспіврозмірність прав потерпілого та підозрюваного, обвинуваченого, відсутність законодавчої регламентації чіткого переліку випадків обов'язкової участі представника потерпілого в кримінальному провадженні, необхідність визнання потерпілого належним суб'єктом права на безоплатну правничу допомогу коштом держави, неможливість держави взяти на себе зобов'язання щодо відшкодування завданої жертві кримінального правопорушення шкоди вказує на те, що

найбільш вразливий учасник кримінального провадження – потерпілий – потребує нині особливої уваги як із боку науковця, так і нормотворця. А наявність юридичних колізій та прогалин у процесуальному законодавстві, відсутність системності в реалізації правових позицій і прецедентної практики Європейського суду з прав людини вказує на необхідність подальшого реформування національного законодавства з метою узгодження його із загальноприйнятими європейськими стандартами в галузі прав людини. І, перш за все, не для Європи, а для України. Адже, наприклад, рішення ЄСПЛ у справі «Тучін та Тучіна проти України» від 26 травня 2016 р. («Суд зауважує, що кримінальне провадження за фактом ДТП, що призвело до смерті доньки заявників, тривало більше десяти років та згодом було закрито у зв'язку із закінченням строку давності притягнення до кримінальної відповідальності» [3]), в якому Суд встановив порушення ст. 2 Конвенції та вказав, що адвокат заявника не подав жодних вимог щодо справедливої сатисфакції або компенсації судових та інших витрат, свідчить про те, що єдиною метою заявника було домогтися правдивого судового рішення, а заперечення та твердження Уряду, що «було проведено численні слідчі дії для встановлення обставин ДТП», спростувати на всіх рівнях. У цьому ж рішенні міститься вказівка й на те, що «Суд вже встановлював порушення ст. 2 Конвенції в інших справах, в яких провадження, спрямовані на встановлення обставин ДТП, що спричинили смерть потерпілого, та надання відшкодування родичам потерпілого, необґрунтовано затягувалися (див., наприклад, рішення у справах «Антонов проти України» (Antonov v. Ukraine), заява № 28096/04, пп. 50-52, від 3 листопада 2011 р., згадане рішення у справі «Ігор Шевченко проти України» (Igor Shevchenko v. Ukraine), п. 57-62, рішення у справах «Принда

проти України» (Prynda v. Ukraine), заява № 10904/05, п. 55-57, від 31 липня 2012 р., та «Барсукови проти України» [Комітет], заява № 23081/07, пп. 22-27, від 26 лютого 2015 р.)» [3].

Усвідомлюємо надзвичайну актуальність піднятої проблематики, адже доки в серцях наших громадян буде недовіра до органів прокуратури, слідства, суду, доки ЄСПЛ виноситиме рішення проти України, які не виконуватимуться Україною, чи осилимо ми шлях, на який стали? Чи буде ефективним реформування галузевого законодавства, зокрема щодо захисту прав потерпілих?

### **Щодо сучасного стану дослідження проблеми обов'язкової участі представника потерпілого в кримінальному провадженні**

За КПК України 2012 р., правове забезпечення процесуального статусу підозрюваного, обвинуваченого явно домінує над правовим забезпеченням статусу потерпілого, хоча жертва – об'єкт кримінально-правової охорони, а особа, яка вчинила кримінальне правопорушення, – об'єкт кримінально-правового впливу. «Гіперболізована увага, – зазначає В. Т. Томін, – до «людини і громадянина», яка завдала зло іншій «людині і громадянину» та через це стала суб'єктом, до якого застосовуються заходи кримінально-процесуального примусу, робить кримінальне судочинство несправедливим» [4, с. 4]. Тому варто погодитись із С. В. Давиденко, що особливої актуальності набувають питання зміцнення і розширення правового статусу постраждалої від кримінального правопорушення особи, створення системи гарантій прав людини з метою своєчасного забезпечення її права на доступ до правосуддя та судовий захист, вдосконалення процесуального механізму реалізації своїх прав потерпілим. Так, кримінальне процесуальне законодавство має

гарантувати не тільки формальне дотримання прав потерпілого, але і його активність під час як досудового розслідування, так і судового розгляду щодо встановлення обставин, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні [5, с. 300].

Зазначимо, що питанням, пов'язаним із проблематикою реалізації прав потерпілого в кримінальному провадженні присвячені праці Ю. П. Аленіна, В. П. Бож'єва, І. В. Гловюк, М. І. Гошовського, Ю. О. Гурджі, В. Гусарова, С. В. Давиденко, О. М. Дроздова, Д. Ю. Кавуна, О. В. Капліної, В. О. Коновалової, О. Крукевич, О. П. Кучинської, Т. В. Лукашкіної, В. Т. Нора, М. О. Осінської, М. І. Тлепової, Л. І. Шаповалової, О. Юхна, О. Яновської тощо.

Аналізуючи правове положення потерпілого за чинним кримінально-процесуальним законодавством іноземних держав, доходимо певних висновків. Згідно зі ст. 85 КПК Франції, «будь-яка особа, яка вважає себе потерпілою від злочину чи проступку, може шляхом подачі скарги компетентній особі зайняти положення цивільного позивача», що передбачає обов'язкове кримінальне переслідування. Потерпілий (або цивільний позивач – це синоніми, за КПК Франції) вправі самотійно розпочати кримінальне переслідування або вступити в процес як сторона обвинувачення. Його права такі ж обширні, як і в обвинуваченого, оскільки логіка розвитку французького кримінального процесу поступово приводила до вирівнювання прав цих суб'єктів [6, с. 78]. У Німеччині, де існують аналогічні правила надання особі статусу потерпілого, ще у 1986 р. було прийнято спеціальний закон про потерпілого (постраждалого). У 1982 р. у США на законодавчому рівні були закріплені стандарти та принципи поведіння правоохоронних органів із жертвами злочинів, серед яких: надання первісної та термінової правової, соціальної, психологічної і медичної допомоги; надання інформації про заходи, які можуть бути вжиті правоохоронними органами для

захисту від залякування; термінове повідомлення про прийняття важливих процесуальних рішень у справі, зокрема про затримання й арешт обвинуваченого, звільнення його з-під варти; надання іншої допомоги, включаючи забезпечення транспортом, бронювання місць у готелі, авіа- та залізничних квитків тощо [7, с. 103]. У 1990 р. Конгрес США прийняв новий федеральний закон про права жертв злочинів і реституції, в якому, крім вищевказаних принципів, особлива увага приділялась справедливому та шанобливому поводженню з потерпілим [8].

Варто визнати, що КПК України 2012 р., безперечно, розширив перелік прав потерпілого в кримінальному провадженні. Разом із тим у сучасній доктрині небезпідставно підіймаються проблемні питання, пов'язані з набуттям особою процесуального статусу потерпілого в кримінальному провадженні, участю потерпілого у кримінально-процесуальному доказуванні, відшкодуванням потерпілому шкоди, завданої кримінальним правопорушенням тощо.

Переконані, важливою процесуальною умовою реалізації прав і законних інтересів потерпілого в кримінальному провадженні є надання йому гарантованого ст. 59 Конституції України права на професійну правничу допомогу. У випадках, передбачених законом, ця допомога має бути надана безоплатно.

Варто погодитись із тим, що у деяких випадках особі важко повноцінно реалізувати гарантовані Конституцією права, не скориставшись при цьому правом на правничу допомогу, оскільки процесуальне законодавство України має досить формалізований характер [9, с. 355]. Щодо цього Ю. М. Грошевий наголошував, що процесуальні права потерпілої особи є, насамперед, гарантіями конституційних прав і свобод, що належать цій особі, а також мають бути адекватними її основним правам і свободам, тобто бути достатніми і придатними для їх захисту. Такими гарантіями виступають право на кваліфіковану

правову допомогу, а також право потерпілого на доступ до правосуддя та компенсацію заподіяної шкоди [10, с. 126]. Оскільки право на правову допомогу є конституційним, О. О. Солоньова пропонує доповнити ч. 1 ст. 56 КПК України одним із прав потерпілого: «на отримання допомоги від захисника за рахунок держави» [11, с. 142].

Крім того, зазначимо, право на правову допомогу гарантується міжнародно-правовими актами, вагоме місце серед яких посідають: Загальна декларація прав людини 1948 р., Міжнародний пакт про громадянські і політичні права 1966 р., Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. Також ч. 1 ст. 7 ЗУ «Про судоустрій і статус суддів» від 02.06.2016 р. вказує на те, що кожному гарантується захист його прав, свобод та інтересів у розумні строки незалежним, безстороннім і справедливим судом, утвореним законом.

У справі «Бендерський проти України» від 15 листопада 2007 р. ЄСПЛ зауважив, що право на захист впливає із права на справедливий судовий розгляд [12, с. 535]. У цьому контексті право на захист можна розглядати як механізм отримання правової допомоги [9, с. 355].

Підкреслимо, у справі «Perez v. France» від 12.02.2004 р. ЄСПЛ людини чітко вказав, що гарантії, котрі містяться у ст. 6 Конвенції, стосуються також особи, яка звертається із заявою про відкриття кримінальної справи, наголосивши, що саме такий підхід відповідатиме меті належного забезпечення прав потерпілого у кримінальному процесі [13].

Разом із тим погоджуємось із думкою, що у широкому розумінні захист є діяльністю, спрямованою на поновлення порушених прав та свобод, законних інтересів будь-якого суб'єкта процесу [14, с. 200], а отже, і потерпілого, захисна діяльність щодо якого здійснюється ним самим, його законним представником або представником (адвокатом).

Отож, відсутність законодавчої регламентації обов'язкової участі адвоката – представника потерпілого у кримінальному судочинстві ставить учасників процесу у нерівне положення. Із цього випливає, що на боці підозрюваного, обвинуваченого у випадках, передбачених ст. 52 КПК, обов'язково виступає кваліфікований юрист – адвокат, а на стороні потерпілого така правова допомога з боку держави відсутня за винятком випадків, передбачених Законом України «Про безоплатну правову допомогу». Тому цілком логічними є пропозиції щодо врегулювання випадків обов'язкової участі у провадженні адвоката – представника потерпілого, оплата за послуги якого здійснюватиметься коштом Державного бюджету.

Так, одні вважають, що обов'язкову участь адвоката-представника потерпілого варто визнати необхідною зва таких умов: 1) потерпілий – неповнолітній та не має законних представників; 2) потерпілим є особа, яка має психічні або фізичні вади, що ускладнює виконання покладених на неї процесуальних функцій; 3) потерпілий не володіє мовою, якою здійснюється судочинство [15, с. 55].

З цього приводу Т. В. Омельченко зазначає, що неповнолітній потерпілий є одним із найменш захищених учасників кримінального судочинства. У зв'язку з цим автор пропонує передбачити у законі випадки обов'язкової участі в процесі представника з адвокатів для захисту прав та законних інтересів неповнолітнього потерпілого [16, с. 14].

Таку саму думку з метою забезпечення активної участі у кримінальному провадженні неповнолітніх потерпілих висловлює О. М. Крукевич [17, с. 10]. У свою чергу, О. П. Герасимчук також наголошує, що обов'язкове представництво потерпілого має покладатися на адвоката та додає, що це твердження випливає з тих підстав, через які і призначається обов'язкове представництво, – фізичні та психічні вади особи,



малолітство, неволодіння мовою, якою здійснюється судочинство. У цих випадках особі вкрай потрібна правова допомога, оскільки необхідно компенсувати неповну процесуальну дієздатність особи [18, с. 45].

Як зазначають М. І. Гошовський та О. П. Кучинська, кримінальний процесуальний закон має бути доповнений нормами, які передбачали б підстави і порядок: а) обов'язкової участі представника недієздатного чи обмежено дієздатного потерпілого; б) участі представника потерпілого у справі не поряд із потерпілим, а замість нього, упродовж усього процесу або в окремих слідчих чи судових діях; в) відсторонення від участі у справі законного представника і заміни його представником-адвокатом [19, с. 52]. О. П. Кучинська також запропонувала розширити перелік наведених у законі випадків обов'язкового забезпечення потерпілих юридичною допомогою коштом держави, якими можуть бути: 1) відмова прокурора від підтримання державного обвинувачення (представник надається потерпілому за його бажанням); 2) потерпілий є неповнолітнім (із моменту вчинення щодо нього діяння); 3) потерпілий має фізичні або психічні вади, які не дають йому змоги достатньою мірою здійснювати захист своїх прав; 4) потерпілий не володіє мовою, якою ведеться судочинство; 5) справи про умисні вбивства [20, с. 11].

М. І. Тлепова додає, що обов'язкова участь адвоката як представника потерпілого має забезпечуватися державою і у разі, коли в результаті вчинення кримінального правопорушення особа перебуває у стані, що унеможлиблює її участь у провадженні, і в неї немає або не встановлено близьких родичів чи членів сім'ї, які могли б вступити в провадження як потерпілі [15, с. 56].

Д. Ю. Кавун вказує на те, що в КПК України необхідно передбачити окремо ст. 58<sup>1</sup> «Обов'язкова участь представника –

адвоката потерпілого (фізична особа)» та вказати на такі випадки обов'язкової участі останнього у кримінальному провадженні: щодо осіб, які стали жертвою кримінального правопорушення у віці до 18 років; щодо осіб, які на момент вчинення щодо них кримінального правопорушення були визнані недієздатними або обмежено дієздатними; щодо осіб, які внаслідок психічних чи фізичних вад (сліпі, глухі, німі тощо) не здатні повною мірою реалізовувати свої права, а також тих, що знаходяться у похилому віці (старше 70 років); щодо осіб, які не володіють мовою, якою ведеться кримінальне провадження; щодо осіб, які в результаті вчиненого щодо них кримінального правопорушення стали інвалідами першої або другої групи; щодо осіб, які залучені до участі у кримінальному провадженні як правонаступники, замість померлої жертви кримінального правопорушення; щодо осіб, які не можуть самостійно залучити представника-адвоката через відсутність коштів або з інших об'єктивних причин, але заявили клопотання про залучення представника – адвоката до кримінального провадження» [21, с. 19-20].

Загалом можемо погодитися з такими пропозиціями, додаючи й власні міркування, наведені нижче.

### **Щодо врегулювання проблеми обов'язкової участі представника потерпілого в кримінальному провадженні**

Згідно із Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції» від 12.02.2015 р. [22], було справедливо внесено зміни та доповнено ч. 2 ст. 52 КПК пунктом 9 та визначено, що у разі укладення угоди між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим про визнання винуватості обов'язкова участь захисника забезпечується у

кримінальному провадженні з моменту ініціювання укладення такої угоди. У зв'язку з цим вважаємо, актуальною проблемою, що потребує вирішення є також обов'язкова участь представника потерпілого в кримінальному провадженні з моменту ініціювання укладення угоди між потерпілим та підозрюваним чи обвинуваченим про примирення. На нашу думку, потерпілий під час ініціювання та укладення угоди про примирення в кримінальному провадженні неспроможний на належному рівні відстояти свої законні інтереси з огляду на незначну юридичну обізнаність та домогтися суб'єктивно бажаного результату, який має настати після укладення та затвердження такої угоди про примирення. До таких висновків доходимо, зокрема, аналізуючи матеріали судової практики [23], які свідчать про те, що неналежне врахування сторонами угоди про примирення вимог процесуального закону в практичній діяльності трапляється досить часто. Причому здебільшого йдеться саме про неврахування вимог процесуального закону в бік порушення прав та законних інтересів потерпілого в кримінальному провадженні.

Так, вироком Кіровоградського районного суду затверджено угоду про примирення. На вказаний вирок прокурором було подано апеляцію, в якій він просив судове рішення скасувати через неправильне застосування закону України про кримінальну відповідальність, істотне порушення вимог кримінального процесуального закону та направити кримінальне провадження за обвинуваченням О. до районного суду для проведення нового судового провадження в загальному порядку. Прокурор мотивував свої доводи тим, що суд, не забезпечивши присутність потерпілої у судовому засіданні, не пересвідчився у добровільності укладеної угоди з її боку та не роз'яснив потерпілій наслідки укладення такої угоди, таким чином, поверхнево перевірів обставини укладення угоди, чим

припустився істотного порушення вимог кримінального процесуального закону [23]. Непоодинокими є випадки, коли угоди не містили відомостей про розмір шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, строк її відшкодування чи перелік дій, не пов'язаних із відшкодуванням шкоди, які підозрюваний чи обвинувачений зобов'язаний вчинити на користь потерпілого, а також строк їх вчинення. Так, із цих підстав Хмельницький міськрайонний суд ухвалою від 5 червня 2013 р. відмовив у затвердженні угоди між обвинуваченим з а ч. 1 ст. 296 КК К. В. М. та потерпілою Г. Г. О., оскільки в угоді було зазначено лише про те, що обвинувачений зобов'язується відшкодувати шкоду, без зазначення її розміру і строку відшкодування. Крім того, угодою було передбачено звільнення від відбування покарання, але без посилання на норму закону як підставу такого звільнення, також сторони в угоді вказали на відсутність обтяжуючих покарання обставин, тоді як обвинувачений вчинив злочин у стані алкогольного сп'яніння [23]. В угоді про примирення між потерпілим П. О. та підозрюваним М. Р., затвердженій вироком Мелітопольського міськрайонного суду Запорізької області, не визначено строки відшкодування шкоди потерпілому, в якого було викрадено майно. За змістом угоди, яку було надано до суду з обвинувальним актом, вбачається, що підозрюваний М. Р. під час розслідування визнав себе винуватим і зобов'язується у найкоротші строки відшкодувати збитки потерпілому. При цьому, які саме збитки та про які строки йшлося в угоді, встановити з її змісту неможливо. Інші дані щодо поновлення прав потерпілого у матеріалах провадження відсутні [23]. Ухвалою Хмельницького міськрайонного суду від 5 червня 2013 р. відмовлено у затвердженні угоди між обвинуваченим К. В., дії якого органом досудового розслідування кваліфіковано за ч. 1 ст. 296 КК, та потерпілою Г. Г., оскільки у тексті угоди

зазначалося про обов'язок обвинуваченого відшкодувати шкоду без зазначення її розміру і строку відшкодування [23].

Тому доходимо висновку про те, що досить часто потерпілі з огляду на свою правову неосвіченість залишаються пасивними учасниками укладення угоди, при цьому їхні права внаслідок затвердження судом такої угоди не поновлюються. Не завжди, як свідчить судова практика, належним чином реагує на такі порушення й суд, який зобов'язаний перевірити умови угоди на відповідність кримінальному та кримінальному процесуальному закону й у разі встановлення такої невідповідності прийняти рішення щодо відмови в затвердженні угоди.

Крім того, вважаємо, що варто забезпечити обов'язкову участь представника потерпілого в кримінальному провадженні не тільки у разі укладення угоди про примирення (з моменту ініціювання угоди), але й у разі невиконання угоди про примирення – з моменту звернення потерпілого з клопотанням про скасування вироку. Адже потерпілому потрібна допомога представника-адвоката, щоб довести невиконання засудженим умов угоди, за необхідності оскаржити відмову у задоволенні клопотання про скасування вироку, а у разі, якщо угода була ініційована, наприклад, на стадії досудового розслідування – для представництва інтересів потерпілого під час подальшого досудового та судового провадження.

На нашу думку, на обов'язковість участі представника потерпілого під час укладення угоди про примирення вказують останні зміни до ст. 469 КПК, згідно з якими угода про примирення у кримінальних провадженнях щодо злочинів, пов'язаних із домашнім насильством, може бути укладена лише за ініціативою потерпілого, його представника або законного представника [24].

Також зазначимо, що ЗУ «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо удосконалення механізмів

забезпечення завдань кримінального провадження» від 16.03.2017 р. було внесено істотні зміни до ст. 469 КПК щодо умов укладення угод про визнання винуватості. Таким чином, зазначені умови не відповідають вимогам юридичної визначеності як складовій частині верховенства права та мають бути уточнені з метою забезпечення інтересів потерпілих. Цю проблематику дослідила І. В. Гловюк [25, с. 40–42] та слушно звернула увагу на те, що зміст угоди про визнання винуватості аж ніяк не захищає інтереси потерпілих, зокрема, щодо відшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушенням. Погоджуємось, що така умовна «участь» потерпілого в укладенні угоди про визнання винуватості не дає відповіді на питання, на що саме потерпілий дає згоду: чи на факт укладення угоди про визнання винуватості, чи то він погоджується з формулюванням підозри чи обвинувачення та його правовою кваліфікацією, узгодженим покаранням, а також на питання, які правові наслідки заяви потерпілого у судовому засіданні, що він не згоден з угодою про визнання винуватості (адже зміни до ч. 4 та ч. 7 КПК щодо встановлення та врахування у судовому засіданні волевиявлення потерпілого не внесені); чи можливе укладення угоди про визнання винуватості у провадженнях щодо кримінальних правопорушень, внаслідок яких шкода правам та інтересам окремих осіб, в яких беруть участь потерпілий або потерпілі, без укладення угоди про примирення (у тих провадженнях, де це можливо з урахуванням положень ч. 3 ст. 469 КПК). Тому щодо вирішення цієї проблеми підтримуємо ініціативу ввести елементи змісту угоди про примирення в угоду про визнання винуватості, зокрема, у частині розміру шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, строку її відшкодування чи переліку дій, не пов'язаних із відшкодуванням шкоди, які підозрюваний чи обвинувачений зобов'язані вчинити на користь потерпілого, строку їх вчинення, і

тоді, відповідно, визнавати ініціатором скасування угоди про визнання винуватості також потерпілого, про що вносити зміни до ст. 476 КПК. А також вважаємо, що забезпечення інтересів потерпілих за цих умов безальтернативно вимагає обов'язкової участі представника-адвоката. І це також має бути враховано при внесенні змін і доповнень до тексту КПК у частині визначення підстав для обов'язкової участі представника потерпілого в кримінальному провадженні.

За п. 4 ч. 3 ст. 56 КПК, під час судового провадження в будь-якій інстанції потерпілий має право підтримувати обвинувачення в суді у разі відмови прокурора від підтримання державного обвинувачення. За п. 3 ст. 337 КПК, якщо в обвинувальному акті зі зміненим обвинуваченням ставиться питання про застосування закону України про кримінальну відповідальність, який передбачає відповідальність за менш тяжке кримінальне правопорушення чи про зменшення обсягу обвинувачення, головуєчий зобов'язаний роз'яснити потерпілому його право підтримувати обвинувачення у раніше пред'явленому обсязі. Враховуючи те, що згідно з п. 19 ч. 1 ст. 3 КПК законодавець до сторони обвинувачення у випадках, встановлених КПК України, відносить потерпілого, його представника та законного представника, вважаємо:

1) варто погодитись із думкою щодо забезпечення обов'язкової участі представника потерпілого в кримінальному провадженні у разі відмови прокурора від підтримання державного обвинувачення;

2) забезпечення інтересів потерпілого, його кримінально-процесуальної активності (а саме можливість реалізувати право підтримувати обвинувачення у раніше пред'явленому обсязі) вимагає обов'язкової участі його представника і у разі, коли прокурор в обвинувальному акті зі зміненим обвинуваченням ставить питання про застосування закону України про

кримінальну відповідальність, який передбачає відповідальність за менш тяжке кримінальне правопорушення, чи про зменшення обсягу обвинувачення, а потерпілий погоджується підтримувати обвинувачення у раніше пред'явленому обсязі. Зазначимо в цьому контексті: кожній стороні має бути надана розумна змога представити свої доводи по справі в таких умовах, які не ставлять її в суттєво не вигідне становище щодо протилежної сторони. Рівноправність сторін вимагає встановлення справедливого балансу між сторонами [26]. Принцип рівності сторін вимагає «справедливого балансу між сторонами», і кожній стороні має бути надано відповідну можливість для представлення своєї справи в умовах, що не ставлять її у суттєво не вигідне становище порівняно з її опонентом (див. рішення від 26 травня 2009 р. у справі «Бацаніна проти Росії» (*Batsanina v. Russia*), заява № 3932/02, § 22) («Волошин проти України», п. 31) [27, с. 47];

3) варто вказати на право потерпілого під час судового провадження підтримувати обвинувачення у раніше пред'явленому обсязі, якщо прокурор в обвинувальному акті зі зміненним обвинуваченням ставить питання про застосування закону України про кримінальну відповідальність, який передбачає відповідальність за менш тяжке кримінальне правопорушення, чи про зменшення обсягу обвинувачення у п. 4 ч. 3 ст. 56 КПК.

О. М. Осінська звертає увагу на те, що іноді внаслідок кримінального правопорушення особа може перебувати у певному фізіологічному стані (аменція, акінетичний мутизм, апалічний синдром, сопор, кома та летаргія), що триває доволі довго і через який особа втрачає свідомість, реакцію на зовнішні подразники та здатність до будь-якого волевиявлення. Вчена вважає, що медичні працівники у складі не менше трьох осіб, з яких одним обов'язково є лікуючий лікар потерпілої особи, мають скласти письмовий медичний висновок, завірений у



встановленому законом порядку, на підставі якого слідчий, прокурор, суд мають визнати особу потерпілою за власною ініціативою, якщо в особи, яка перебуває у вказаному стані, немає близьких родичів або членів сім'ї. Зрозуміло, що особа, яка перебуває в одному з таких фізіологічних станів, не зможе самостійно користуватися своїми процесуальними правами та виконувати процесуальні обов'язки, тому логічно було б надати їй представника. Враховуючи наведене, робиться пропозиція доповнити ч. 7 ст. 55 КПК України та викласти її в такій редакції: «Якщо в особи, яка перебуває у стані, що унеможливорює подання нею відповідної заяви, немає близьких родичів або членів сім'ї, і при цьому внаслідок кримінального правопорушення така особа перебуває у фізіологічному стані аменції, акінетичного мутизму, апалічного синдрому, сопору, коми або летаргії та не має прогнозу на швидке видужання, медичний консилиум у складі не менше трьох працівників видає письмовий медичний висновок, на підставі якого слідчий, прокурор, суд визнають особу потерпілою за власною ініціативою» [28, с. 100].

На нашу думку, за таких умов передбачити надання безоплатної правничої допомоги та забезпечити залучення представника потерпілого в кримінальному провадженні за призначенням варто окремою статтею КПК (ст. 58<sup>1</sup> КПК), що чітко вкаже на всі випадки обов'язкової участі представника потерпілого (фізичної особи) у кримінальному провадженні, про що йшлося вище. Крім того, визнаючи необхідність забезпечення безоплатною правничою допомогою коштом держави осіб, які внаслідок кримінального правопорушення опинилися у важкому фізіологічному стані, що унеможливорює подання ними заяви / надання письмової згоди, вважаємо, відсутність чи наявність близьких родичів або членів сім'ї в такому разі не варто відносити до передумов надання безоплатної правничої допомоги – членам сім'ї, які подали заяву про залучення до

провадження як потерпілого також має бути гарантовано правничу допомогу на випадок, якщо самі вони не в змозі її забезпечити. Тут хотілося б навести зауваження В. О. Тулякова: «Рикошетні» жертви часто зазнають таких самих страждань і виявляють такі самі симптоми психологічних скрут, як і первинні жертви. Члени родин жертв вбивств, партнери і подружжя зґвалтованих, батьки пограбованих підлітків, родичі потерпілих від крадіжок і інших злочинів описують такі психологічні симптоми, як і первинні жертви злочинів. Виключати «рикошетних» жертв із сукупності об'єктів, які охоплюються поняттям «жертва злочину», є не тільки не науково, але і попросту аморально» [29, с. 143].

Отож, відповідно до ч. 6 ст. 55 КПК після того, як особа, яка перебувала у стані, що унеможлиблював подання нею відповідної заяви, набуде здатності користуватися процесуальними правами, вона може подати заяву про залучення її до провадження як потерпілого. Якщо ж слідчий, прокурор, суд визнають особу потерпілою за власною ініціативою, відпаде необхідність подачі відповідної заяви. Надалі потерпілий у кримінальному провадженні має право реалізовувати кримінально-процесуальну активність залежно від своєї волі активно чи пасивно, проте, на нашу думку, в момент, коли його волевиявлення об'єктивно не може бути з'ясоване з огляду на важкий фізіологічний стан – потерпілий внаслідок кримінального правопорушення має бути визнаний таким, а не позбавлений цього права. Так, О. П. Кучинська зазначає, що зберігання невизначеності у правовому статусі постраждалої від злочину особи позбавляє її змоги використовувати права, які становлять процесуальний статус потерпілого, і тягне за собою порушення його прав на доступ до правосуддя та судовий захист [30, с. 108]. Варто також погодитися з Н. М. Михайловою, яка зауважує, що надання особі

правового статусу потерпілого є способом кримінально-процесуального захисту його прав [31, с. 204].

Крім того, згідно з ч. 7 ст. 55 КПК України, якщо особа не подала заяву про вчинення щодо неї кримінального правопорушення або заяву про залучення її до провадження як потерпілого, то слідчий, прокурор, суд мають право визнати особу потерпілою лише за її письмовою згодою, а за відсутності такої згоди особа може бути залучена до кримінального провадження як свідок. Однак чи може бути свідком особа, якій кримінальним правопорушенням завдано шкоди? Практика ЄСПЛ свідчить про неможливість та помилковість визнання особи, якій завдано шкоди, свідком у провадженні [32].

Вказуючи на такий випадок обов'язкової участі представника потерпілого в кримінальному провадженні як «щодо осіб, які внаслідок психічних чи фізичних вад (німі, глухі, сліпі тощо) не здатні повною мірою реалізувати свої права», цікавим видається рішення ВССУ від 15.03.2016 р. (справа № 127/25936/14-к) [33], яким було встановлено, що хронічний алкоголізм та/або наркоманія є психічними розладами, а тому участь захисника є обов'язковою. Так, Касаційний суд в своїй ухвалі зазначив, що у матеріалах кримінального провадження наявна інформація з лікувального закладу про перебування обвинуваченого на стаціонарному лікуванні з діагнозом «розлади психіки та поведінки внаслідок вживання алкоголю та канабісу з шкідливими наслідками» та «розлади психіки та поведінки внаслідок вживання алкоголю».

Взагалі варто зазначити, що категорія «психічні вади», будучи за своєю суттю правовою, практично не використовується психіатрами. Тому, вважаємо, доцільніше було б вказати у п. 3 ч. 2 ст. 52 КПК саме на «фізичні вади чи психічні розлади», а також вказати у ст. 58<sup>1</sup> КПК на такий випадок обов'язкової участі представника потерпілого в кримінальному провадженні як

«щодо осіб, які внаслідок психічних розладів чи фізичних вад (німі, глухі, сліпі тощо) не здатні повною мірою реалізувати свої права».

Вважаємо, що також має бути вирішено питання щодо обмеження кількості представників потерпілого в кримінальному провадженні аналогічно до ч. 3 ст. 46 КПК, де вказано, що одночасно брати участь у судовому розгляді можуть не більше п'яти захисників одного обвинуваченого. Проте, на нашу думку, має бути встановлено обмеження щодо кількості адвокатів – як захисників підозрюваного, так і представників потерпілого – і на стадії досудового розслідування, адже можливим є неправомірне затягування часу (наприклад, під часознайомлення з матеріалами кримінального провадження тощо), що може призвести до порушень розумних строків кримінального провадження.

### **Висновки**

Підсумовуючи, пропонуємо доповнити Кримінальний процесуальний кодекс України ст. 58<sup>1</sup> «Обов'язкова участь представника потерпілого (фізичної особи)» в такій редакції:

«1. Участь представника потерпілого (фізичної особи) є обов'язковою у кримінальному провадженні в таких випадках:

1) щодо осіб, які стали жертвою кримінального правопорушення у віці до 18 років;

2) щодо осіб, які на момент вчинення щодо них кримінального правопорушення були визнані недієздатними або обмежено дієздатними;

3) щодо осіб, які внаслідок психічних розладів чи фізичних вад (сліпі, глухі, німі тощо) не здатні повною мірою реалізовувати свої права;

- 4) щодо осіб похилого віку (старше 60 років)<sup>2</sup>;
- 5) щодо осіб, які не володіють мовою, якою ведеться кримінальне провадження;
- 6) щодо осіб, які в результаті вчиненого щодо них кримінального правопорушення стали інвалідами першої або другої групи;
- 7) щодо осіб, які залучені до участі у кримінальному провадженні як правонаступники у разі смерті потерпілого внаслідок кримінального правопорушення;
- 8) у разі укладення угоди про примирення (з моменту ініціювання укладення угоди) та у разі невиконання угоди про примирення (з моменту звернення потерпілого з клопотанням про скасування вироку);
- 9) у разі укладення угоди про визнання винуватості (у провадженнях, де передбачена письмова згода потерпілого на укладення угоди про визнання винуватості) – з моменту ініціювання укладення угоди;
- 10) у разі відмови прокурора від підтримання державного обвинувачення або зміни державного обвинувачення – перекваліфікації на менш тяжке кримінальне правопорушення чи зменшення обсягу обвинувачення;
- 11) щодо осіб, які внаслідок кримінального правопорушення опинилися у важкому фізіологічному стані, що унеможливорює подання ними заяви / надання письмової згоди; їх близьких родичів чи членів сім'ї, визнаних потерпілими;
- 12) щодо осіб, які не можуть самотійно залучити представника через відсутність коштів або з інших об'єктивних

---

<sup>2</sup>Відповідно до вікової класифікації Всесвітньої організації охорони здоров'я, середній вік закінчується у шістьдесят років, коли й починається похилий.

причин та заявили клопотання про залучення представника до кримінального провадження.

2. Представник потерпілого (фізичної особи) може бути залучений до кримінального провадження у випадках, коли слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд вирішить, що обставини кримінального провадження вимагають його участі, а потерпілий не залучив його.

Представник потерпілого (фізичної особи) може бути залучений до кримінального провадження слідчим, прокурором, слідчим суддею чи судом в інших випадках, передбачених законом, що регулює надання безоплатної правничої допомоги.

3. В усіх випадках, визначених частинами 1, 2 цієї статті, правнича допомога надається потерпілому коштом держави».

### **Список використаних джерел:**

1. Prittwitz C. The Resurrection of the Victim in Penal Theory. Buffalo Criminal Law Review. Vol. 3:1. 1999. P. 111.

2. Мудрак І.В. Комунікативний процес в судових дебатах у кримінальному судочинстві України: дис.... канд. юрид. наук:12.00.09. Одеса, 2011. С. 10.

3. Тучін та Тучіна проти України: Рішення Європейського Суду з прав людини від 26.05.2016 р. URL: [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974\\_b32](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974_b32).

4. Томин В.Т., Поляков М.П., Попов А.П. Очерки теории эффективного уголовного процесса / под ред. В.Т. Томина. Пятигорск. 2000. С. 4.

5. Давиденко С.В. Потерпілий як учасник кримінального провадження у суді першої інстанції. Порівняльно-аналітичне право. 2014. № 2. С. 299-302.

6. Головки Л.В. Дознание и предварительное следствие в уголовном процессе Франции. М., 1995. С. 78.

7. Кухта К.И., Махов В.Н. Правовой статус жертвы преступления (потерпевшего) в уголовном процессе США. М., 2008. С. 103.

8. Victim and Witness. Protecti Act of 1982 (Publik Law. 97-291. Oct. 12. 1982).

9. Шаповал В.Д. Міжнародні стандарти регламентації права громадян на правову допомогу. Часопис Київського університету права. 2015. № 4. С. 355.

10. Грошевий Ю.М. Конституція України і деякі проблеми кримінально-процесуальної теорії. Вісник академії правових наук України. 1998. № 2 (13). С. 125-131.

11. Солоньова О.О. Процесуальний статус потерпілого: проблемні питання та шляхи вдосконалення. Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ. 2015. № 1. С. 139-145.

12. Бендерський проти України:Рішення Європейського суду з прав людини у справі від 15.11.2007 р. Офіційний Вісник України. 2008. № 18. Ст. 535.

13. Perez v. France: Рішення Європейського суду з прав людини від 12.02.2004 р. URL: <http://uristinfo.net/ugolovnoe-protsesualnoe-pravo/294-evropejska-konventsija-z-prav-ljudini-ta-kriminalni-process/9050-ix-prava-poterpilih.html>.

14. Гловюк І.В. Кримінально-процесуальні функції: теорія, методологія та практика реалізації на основі положень Кримінального процесуального кодексу України 2012 р.: монографія. Одеса: Юрид. літ., 2015. С. 200.

15. Тлепова М.І. Процесуальне становище потерпілого під час досудового розслідування: дис... канд. юрид. наук: 12.00.09. Харків. 2015. 221 с.

16. Омельченко Т.В. Омельченко Т.В. Конституційне право особи на правову допомогу і його реалізація на досудових стадіях кримінального процесу: автореф. дис....канд. юрид. наук: 12.00.09. Харків, 2004. 20 с.

17. Крукевич О.М. Здійснення правосуддя у кримінальному провадженні за участю неповнолітніх осіб: автореф.. дис.. канд. юрид. наук:12.00.09. Київ. 2017. С. 10.

18. Герасимчук О.П. Професійний захист прав потерпілого. Адвокат. 2008. № 2. С. 40-45.

19. Потерпілий у кримінальному процесі України / М.І. Гошовський, О.П. Кучинська. Київ: Юрінком Інтер, 1998. 192 с.

20. Кучинська О.П. Проблеми захисту прав потерпілого в кримінальному процесі України. Адвокат. 2009. № 5. С. 10-12.

21. Кавун Д.Ю. Кримінальний процесуальний механізм забезпечення прав потерпілого (фізичної особи) у досудовому розслідуванні: автореф. дис.... канд. юрид. наук: 12.00.09. Харків. 2017. 25 с.

22. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції: Закон України від 12.02.2015 р. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/198-19>.

23. Узагальнення ВССУ судової практики здійснення кримінального провадження на підставі угод від 22.01.2014 р. URL: [http://zib.com.ua/ua/print/92557-uzagalnennya\\_vssu\\_sudovoi\\_praktiki\\_zdiysnennya\\_kriminalnogo.html](http://zib.com.ua/ua/print/92557-uzagalnennya_vssu_sudovoi_praktiki_zdiysnennya_kriminalnogo.html).

24. Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами:



Закон України від 6.12.2017 р. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2227-19>.

25. Гловюк І.В. Укладення угод про визнання винуватості: окремі питання у контексті оновлення законодавства. Теорія та практика протидії злочинності у сучасних умовах: збірник тез Міжнародної науково-практичної конференції (10 листопада 2017 р.) / упор. О.В. Авраменко, С.С. Гнатюк, І.В. Красницький. Львів: ЛьвДУВС. С. 40-42.

26. Право на справедливое судебное разбирательство – статья 6 Конвенции – уголовно-правовой аспект. URL: [http://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_6\\_criminal\\_RUS.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_RUS.pdf).

27. Гловюк І.В. Деякі питання дотримання права на захист при продовженні строку досудового розслідування. Процесуальні аспекти досудового розслідування: матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., м. Одеса, 7 квітня 2017 р. Одеса: ОДУВС, 2017. С. 45-49.

28. Осінська О.М. Проблемні питання набуття особою процесуального статусу потерпілого в кримінальному процесі України. Вісник ХНУВС. 2016. № 4 (75) С. 96-101.

29. Туляков В.А. Учение о жертве преступления: социальные и правовые основы. Одеса. 2001. 484 с.

30. Кучинська О.П. Деякі питання процесуального статусу потерпілого за кримінальним процесуальним законодавством України. Актуальні проблеми удосконалення кримінального процесуального законодавства: матеріали Всеук. наук.-практ. конференції, присвяченої до 70-річчя д.ю.н., професора Юрія Павловича Аленіна, Одеса, 21 квітня 2017 р. Одеса: Юридична літ. С. 108.

31. Михайлова Н.В. Інститут захисту прав потерпілого за новим КПК України. Право і суспільство. 2013. № 2. С. 203-206.

32. Владимир Романов против России: Решение Европейского Суда по правам человека, жалоба № 41461/02. URL: <http://european-court.ru/resheniya-evropejskogo-suda-na-russkom-yazyke/yurij-romanov-protiv-rossii-postanovlenie-evropejskogo-suda>; Дамир Сибгатуллин против России: Решение Европейского Суда по правам человека, жалоба № 1413/05. URL: <http://european-court.ru/tag/damir-sibgatullin-protiv-rossii/>.

33. Ухвала ВССУ від 15 березня 2016 року. URL: [http://protokol.com.ua/ru/vssu\\_hronichnyy\\_alkogolizm\\_ta\\_abo\\_narkomaniya\\_e\\_psihichnimi\\_rozladami\\_a\\_tomu\\_uchast\\_zahisnika\\_e\\_obov\\_yazkovoyu\\_\(sprava\\_127\\_25936\\_14\\_k\\_vid\\_15\\_03\\_2016\)/](http://protokol.com.ua/ru/vssu_hronichnyy_alkogolizm_ta_abo_narkomaniya_e_psihichnimi_rozladami_a_tomu_uchast_zahisnika_e_obov_yazkovoyu_(sprava_127_25936_14_k_vid_15_03_2016)/).

*Демидова Є.Є.,  
кандидат юридичних наук,  
асистент кафедри криміналістики  
Національного юридичного університету  
імені Ярослава Мудрого*

## **СУДОВИЙ ЕКСПЕРТ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ: СУЧАСНІ ВИКЛИКИ ТА НОВІ ЗАВДАННЯ**

### **Вступ**

Початок ХХІ ст. характеризується появою більш удосконалених форм і змісту небезпечної поведінки осіб, які завдають шкоди спокійній життєдіяльності світового середовища загалом і українського суспільства зокрема. Злочинність набула нових та модернізованих форм, які не були відомі раніше, – це злочинність у сфері інформаційних технологій, кіберзлочинність, удосконалені види психічної маніпуляції свідомістю людини та її злочинне використання,

транснаціональна організована злочинність, переважно, економічної й терористичної спрямованості, виготовлення нових наркотичних засобів та психотропних речовин та форм їх поширення тощо. У цих умовах для ефективної боротьби з такими соціальними явищами потрібні спеціальні знання обізнаних осіб, у першу чергу, судових експертів. Використання спеціальних знань таких осіб шляхом впровадження досягнень науково-технічного прогресу у процесі розслідування і судового розгляду значно підвищує результативність кримінального судочинства, забезпечуючи всебічність, повноту та об'єктивність дослідження обставин справи. Це є важливим напрямом оптимізації слідчої та судової діяльності.

У процесі сучасного масштабного реформування судової системи України сфера судово-експертної діяльності вже зазнала суттєвих змін. При цьому багато питань, пов'язаних з участю судового експерта як обізнаної особи в кримінальному процесі, набули нового відображення й викликали науково-практичні дискусії. Це стосується поняття обізнаної особи та судового експерта, співвідношення такого виду обізнаної особи з іншими її видами, зокрема, зі спеціалістом. Крім того, залишається не вирішеним питання щодо функцій судового експерта в кримінальному процесі та його ролі.

Наукова робота, що пропонується для ознайомлення читачу, присвячена розгляду наведеної проблематики. Так, її структура віддзеркалює напрями її вивчення та аналізу: спочатку досліджується поняття судового експерта як виду обізнаної особи та його функції, а далі – роль судового експерта при застосуванні спеціальних знань у кримінальному процесі з проміжним та заключним формулюванням авторських висновків.

Окреслені напрями наукового пізнання сприяють зосередженню уваги на актуальних питаннях у площині одержання доказів у кримінальному судочинстві з одночасним вивченням криміналістичних проблем щодо залучення судового експерта до кримінального провадження та досягнення законності, всебічності та об'єктивності під час винесення судом відповідного рішення.

### **Поняття судового експерта як обізнаної особи та її функції**

Поняття «обізнана особа» визначає сукупне найменування осіб, що задовольняють потреби судочинства у спеціальних знаннях. Воно не є новим для сучасного судочинства і використовується в теорії й на практиці вже протягом тривалого часу, проте на сьогодні вживається здебільшого науковцями і на законодавчому рівні не застосовується.

Обізнана особа – це особа, яка володіє спеціальними знаннями у певній галузі науки, техніки, мистецтва або ремесла, не зацікавлена у результатах вирішення справи (кримінального провадження) та залучається уповноваженою особою або органом відповідно до галузевого процесуального законодавства на різних стадіях судочинства з метою надання допомоги у встановленні істини та вирішенні справи (кримінального провадження) шляхом застосування спеціальних знань [1, с. 14, 15].

Основними ознаками обізнаної особи є: 1) володіння спеціальними знаннями у певній галузі науки, техніки, мистецтва, ремесла; 2) незаінтересованість у результаті вирішення справи (провадження); 3) можуть залучатися відповідно до правил, встановлених галузевого процесуального законодавства; 4) їх знання використовуються на різних стадіях судочинства; 5) метою їх залучення є отримання допомоги у встановленні істини та вирішенні справи; 6) залучатися у разі

реальної потреби вказаних осіб у застосуванні спеціальних знань; 7) їх види мають конкретизовану регламентацію у відповідних галузях процесуального законодавства.

Традиційно обізнаною особою у судочинстві вважають судового експерта. Судова експертиза є найбільш кваліфікованою формою застосування спеціальних знань у судочинстві і, безперечно, найбільш розробленим у літературі з процесуальних і криміналістичних позицій видом діяльності обізнаних осіб [2, с. 126]. Відповідно до ст. 1 Закону України «Про судову експертизу», судова експертиза є дослідженням на основі спеціальних знань у галузі науки, техніки, мистецтва, ремесла тощо об'єктів, явищ і процесів із метою надання висновку з питань, що є або будуть предметом судового розгляду [3]. Варто зазначити, що судова експертиза визначена окремим видом діяльності у Державному класифікаторі України Класифікація видів науково-технічної діяльності ДК 015-97 від 30.12.1997 р. разом із кримінальним процесом та криміналістикою – «Кримінальний процес та криміналістика, судова експертиза II. 2 30.00.09».

На сьогодні в Україні встановлена монополія на проведення судово-експертної діяльності у кримінальному провадженні. Так, відповідно до ст. 7 Закону України «Про судову експертизу», судова експертиза у кримінальному провадженні проводиться виключно державними спеціалізованими установами [3]. Таким чином, залежно від належності до певного виду державної спеціалізованої установи судових експертів можна поділити на такі групи: 1) судові експерти науково-дослідних установ судових експертиз Міністерства юстиції України; 2) судові експерти науково-дослідних установ судових експертиз, судово-медичних та судово-психіатричних установ Міністерства охорони здоров'я

України; 3) судові експерти експертних служб Міністерства внутрішніх справ України, Міністерства оборони України, Служби безпеки України та Державної прикордонної служби України. Крім того, залучення судових експертів, які не є працівниками зазначених установ та інших фахівці з відповідних галузей знань у кримінальному судочинстві нині не передбачене законодавством. Однак необхідно зазначити, що надання можливості для залучення інших фахівців до проведення судової експертизи є раціональним, адже не завжди в державній експертній установі є судові експерти, які мають необхідну для проведення певної судової експертизи кваліфікацію, або можливі випадки, коли взагалі не існує експертної методики, яка відповідає певним потребам розслідування, оскільки модернізація експертної системи об'єктивно не встигає за розвитком багатьох сфер суспільного буття. Так, наприклад, для вирішення кола завдань із дослідження гранатометів і ствольної артилерійської зброї необхідні висококваліфіковані фахівці в галузі ракетно-артилерійського озброєння, які мають значний стаж роботи в ракетно-артилерійських підрозділах Збройних сил України. В експертних установах Міністерства юстиції України, МВС та СБУ такі спеціалісти наразі відсутні [4, с. 100]. Таким чином, для оперативності та всебічності провадження судочинства у деяких випадках необхідне залучення до проведення судових експертиз обізнаних осіб, які не працюють у державних експертних установах. Проте варто зауважити, що, насамперед, проведення експертизи необхідно доручати кваліфікованому судовому експерту, а вже за відсутності останнього – іншій обізнаній особі, яка володіє необхідним обсягом спеціальних знань. Тому встановлення виключного права державних спеціалізованих

установ на проведення судової експертизи у кримінальному провадженні, на наш погляд, не є доцільним.

Визначення осіб, які можуть бути судовими експертами, встановлено ст. 10 Закону України «Про судову експертизу», а також галузевим законодавством. Так, відповідно до вказаної статті, судовими експертами можуть бути особи, які мають необхідні знання для надання висновку з досліджуваних питань. Судовими експертами у кримінальному провадженні можуть бути фахівці, які мають відповідну вищу освіту, освітньо-кваліфікаційний рівень не нижче спеціаліста, пройшли відповідну підготовку та отримали кваліфікацію судового експерта з певної спеціальності та працюють у державних спеціалізованих установах. Необхідно звернути увагу, що законодавець у термінологічному апараті використовує термін «фахівець», що дає підставу деяким науковцям відокремлювати від судового експерта і спеціаліста поняття фахівця. Підтримується наведений дуалістичний підхід й іншими нормативно-правовими актами, зокрема Інструкцією про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень та Науково-методичними рекомендаціями з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень, де встановлюється, що до проведення комплексних експертиз у разі потреби залучаються як експерти експертних установ, так і фахівці установ та служб (підрозділів) інших центральних органів виконавчої влади або інші фахівці, що не працюють у державних спеціалізованих експертних установах [5]. Це ґрунтується на наявності колізій процесуального законодавства, що регламентує діяльність обізнаних осіб, а також неузгодженості термінологічного апарату. На наш погляд, терміни «фахівець» та «спеціаліст» є синонімами, відрізняє їх

тільки словесна форма. Це підтверджується граматичним аналізом змісту цих слів: фахівець – той, хто досконало володіє якимсь фахом, має високу кваліфікацію, глибокі знання в певній галузі науки, техніки, мистецтва тощо [6, с. 1530]; спеціаліст – той, хто досконало володіє певною спеціальністю, має глибокі знання в якій-небудь галузі науки, техніки, мистецтва тощо; фахівець [6, с. 1364]. Таким чином, із метою уникнення тавтології під час визначення окремих видів осіб, що володіють спеціальними знаннями та залучаються до судочинства (судового експерта, спеціаліста, перекладача), на наш погляд, доцільно використовувати термін «обізнана особа».

КПК 2012 року порівняно з КПК 1960 р. значно розширив права сторін кримінального провадження щодо залучення судового експерта: а) сторона захисту отримала не лише право заявляти клопотання про залучення судового експерта для проведення судової експертизи (ч. 1 ст. 243), а й право на самостійне його залучення (ч. 2 ст. 243), витребування та отримання висновків експерта, висновків ревізій, актів перевірок (ч. 3 ст. 93); б) у кримінальному провадженні з'явилася нова процесуальна фігура – слідчий суддя, який наділений повноваженнями приймати рішення (постановляє ухвалу) щодо залучення експерта у разі відмови слідчого, прокурора в задоволенні клопотання сторони захисту (ст. 244). Однак Закон України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» прийнятий 3 жовтня 2017 р. змінив порядок залучення судового експерта до кримінального провадження. Так, відповідно до цього Закону судова експертиза проводиться експертною установою, експертом або експертами, за



дорученням слідчого судді чи суду, наданим за клопотанням сторони кримінального провадження [7]. Таким чином, із набранням чинності зазначеним нормативним актом сторона захисту та сторона обвинувачення позбавляється права щодо самостійного залучення судового експерта з метою проведення судової експертизи. Реалізація такого права відбуватиметься опосередковано, тобто шляхом звернення з відповідним клопотанням до слідчого судді (суду). На наш погляд, такі зміни, з одного боку, забезпечать реалізацію принципу змагальності сторін кримінального провадження в поданні ними до суду своїх доказів і доведенні перед судом їх переконливості, оскільки обидві сторони поставлені в однакові умови щодо призначення судової експертизи, однак, з іншого – призведуть до надмірного навантаження слідчого судді та затягування кримінального провадження.

Треба звернути увагу на те, що обіймання посади експерта у науково-дослідній або експертній установі не означає автоматичне набуття процесуального статусу судового експерта і навпаки [2, с. 73]. Обізнана особа набуває такого процесуального статусу тільки після вручення їй відповідного судового рішення.

Таким чином, судовим експертом у кримінальному провадженні є обізнана особа, яка залучається до кримінального судочинства шляхом винесення відповідного рішення уповноваженої особи (органу) з метою проведення судової експертизи й надання висновку з досліджуваних питань відповідно до чинного законодавства.

Обізнані особи у судочинстві самостійно не виконують процесуальних функцій, вони не є також суб'єктами доказування. Проте застосування спеціальних знань обізнаних осіб під час розслідування злочину або під час судового розгляду сприяє

встановленню істини, забезпечує дотримання прав і свобод учасників процесу й виконання їх обов'язків. Такі особи шляхом виконання своїх функцій сприяють реалізації функцій інших суб'єктів (функцій слідчого, прокурора, суду тощо). І це перебуває в системній єдності та взаємозв'язку. Водночас не варто змішувати функції обізнаних осіб із функціями інших учасників процесу (наприклад, сторони обвинувачення та захисту у кримінальному процесі). У такому контексті викликає заперечення позиція В. П. Нажимова, що всі докази, зокрема фактичні дані, отримані з показань свідків та висновків судових експертів, поділяються на обвинувальні і виправдувальні, з чого випливає, що свідки і судові експерти також беруть участь у здійсненні функцій обвинувачення і захисту [8, с. 79]. Це положення справедливо оцінюють критично багато вчених, оскільки остаточного значення докази набувають під час постановлення вироку [9], а не їх надання певною стороною процесу. Разом із тим В. П. Нажимов вважає, що функція судових експертів визначається не свідомою спрямованістю дій, а лише характером повідомлених ними даних [8, с. 79]. На наш погляд, це досить звужений підхід.

На думку О. М. Ларіна, судові експерти, спеціалісти беруть участь у доказуванні, використовуючи свої процесуальні права або виконуючи обов'язки, а тому вони здійснюють функцію дослідження обставин справи [10]. Ці функції здійснюються, насамперед, слідчим та судом. Обізнані особи у такому разі сприяють слідству їх здійснювати. Тому зазначена позиція вченого досить дискусійна, оскільки призводить до змішування функцій різних суб'єктів, а це за загальним правилом є неприпустимим. Так, можна сказати, що і судовий експерт, і спеціаліст досліджують обставини справи, але тільки у вузькому

значенні, тобто в межах виконання своїх функцій. Доцільно говорити не про участь обізнаних осіб у доказуванні, а про допомогу у встановленні об'єктивної істини, адже вони не доводять винуватість або невинуватість особи, а вилучають, фіксують, досліджують те, що є у реальності, абстрагуючись від предмета доказування.

Щодо поділу функцій обізнаних осіб та інших суб'єктів кримінального судочинства на основні та допоміжні, то в юридичній літературі висловлюється незгода з таким підходом [11, с. 90]. Аналізуючи процесуальні функції обізнаних осіб та інших суб'єктів (учасників), важливо не припустись недооцінки діяльності та її значення на шкоду правам та інтересам будь-якого учасника процесу. Якщо йдеться про судового експерта, варто розглядати його діяльність як допоміжну, наприклад, щодо слідчого, можливо, лише умовно, оскільки визнання доказового значення висновку судового експерта може бути вирішальним по справі.

Отже, обізнані особи виконують у судочинстві певні функції, серед яких можна виділити загальну й окремі. Загальною є допоміжна функція, яка притаманна всім видам обізнаних осіб і виявляється у сприянні досудовому розслідуванню та судовому розгляду у встановленні істини у справі. Окремі функції конкретизуються залежно від виду обізнаної особи, зокрема, на функції судового експерта та функції спеціаліста. Проблемними залишаються питання щодо визначення та розмежування функцій судового експерта та спеціаліста. Їх відмінність полягає у виконанні ними різних функцій [12, с. 168] та неоднаковому процесуальному статусі [13, с. 20]. Якщо судовий експерт у результаті проведеного ним дослідження надає висновок, який може мати самостійне доказове значення, то спеціаліст,

насамперед, покликаний надати допомогу у збиранні доказів. Тому завдання, які вони виконують, та способи виконання різні.

Відповідно до п. 1 ст. 12 Закону України «Про судову експертизу», судовий експерт зобов'язаний провести повне дослідження і надати обґрунтований та об'єктивний письмовий висновок. Під дослідженням варто розуміти процес виявлення, фіксації, оцінки й пояснення судовим експертом прихованих властивостей об'єктів на основі спеціальних знань із використанням спеціальних науково-технічних засобів і експертних методик [14, с. 13]. Тобто така діяльність являє собою процес наукового пізнання і пояснення фактів, що доказуються [15, с. 154]. Тому судовий експерт здійснює, насамперед, пізнавальну діяльність, тобто пізнавальну функцію. Весь хід і результати судової експертизи мають бути відображені у висновку судового експерта (відповідному процесуальному документі) [16, с. 25], тому судовий експерт виконує також і функцію посвідчувальну. Крім того, такі особи здійснюють профілактичну діяльність, виявляючи на основі аналізу матеріалів судово-експертної практики та інших форм своєї діяльності умови, що сприяють вчиненню злочинів, і розробляючи пропозиції, спрямовані на їх усунення [17, с. 53]. Профілактичні пропозиції судового експерта, які містяться у висновку (або спеціальному документі), можуть мати своїм джерелом експертне завдання, коли відповідні питання про умови або обставини, що сприяли вчиненню злочину, ставляться перед судовим експертом органом, що призначив експертизу. Крім того, вони можуть бути наслідком проявленої судовим експертом ініціативи, виходячи за рамки експертного завдання. В обох випадках вони адресуються органу, який призначив експертизу [18, с. 16]. Це зумовлює наявність профілактичної

функції судових експертів. Таким чином, судовий експерт у кримінальному судочинстві виконує пізнавальну, посвідчувальну та профілактичну функції.

Як зазначають вчені, сучасний етап розвитку інституту судової експертизи характеризується суттєвим ускладненням процесів експертного дослідження та методів, що використовуються [19, с. 18, 19; 20, с. 69-72]. Це, насамперед, зумовлено пізнавальною спрямованістю експертної діяльності з переважним рішенням інтелектуальних завдань, висуванням версій та прийняттям відповідальних рішень у процесі судово-експертної роботи [16, с. 24]. Сьогодення вимагає від судових експертів підвищення рівня якості їх пізнавальної діяльності та майстерності. Постійне підвищення кваліфікації із засвоєнням та/або розробкою нових чи удосконалених методів, прийомів, навичок проведення експертних досліджень стає їх обов'язковим завданням та складником функціонального призначення.

Для забезпечення належного виконання функцій експерта доцільно удосконалити підготовку судових експертів та підвищення їх кваліфікаційного рівня з урахуванням сучасних завдань та нових викликів.

### **Роль судового експерта у застосуванні спеціальних знань у кримінальному судочинстві**

Зважаючи на етимологічне значення поняття «роль», яке означає «вплив кого-, чого-небудь на щось, чия-небудь участь у чомусь<...>ступінь участі, міра впливу, значення в чомусь» [6, с. 1274]. Розгляд зазначеного питання необхідно здійснювати, вивчаючи та аналізуючи участь судового експерта у розкритті та розслідуванні злочину, судовому розгляді матеріалів криміналь-

ного провадження та вплив таких обізнаних осіб на досягнення мети такої діяльності – встановлення об'єктивної істини.

Як встановлено в раніше опублікованих працях, роль обізнаних осіб залежить від: а) форми їх залучення до судочинства; б) стадії провадження (досудове розслідування або судовий розгляд); в) обов'язковості участі таких осіб відповідно до законодавства або ситуаційної зумовленості їх залучення; г) функцій, для виконання яких вони залучаються; ґ) організаційних й тактичних особливостей реалізації їх спеціальних знань; д) процесуального значення результатів їх залучення [1, с. 38].

Традиційно основною формою використання спеціальних знань судового експерта вважається проведення судової експертизи. Науковцями пропонується й така форма, як позаекспертна, що використовується для визначення більш широкого використання спеціальних знань поза процесом проведення судової експертизи [21, с. 36]. Прихильники такого підходу рекомендують поширювати значення цієї форми на всі процесуальні і непроцесуальні напрями діяльності спеціалістів [22, с. 611]. Необхідно зазначити, що наведена нова форма є результатом логічної операції дихотомічного поділу понять. У запропонованому випадку поняття «форма використання спеціальних знань обізнаних осіб» поділяється на два протилежних – «експертна» та «позаекспертна» форми. На наш погляд, використання дихотомії призводить до невизначеності останньої форми та заниження значення діяльності спеціалістів у судочинстві, тому є некоректною.

Судовий експерт може бути залучений до кримінального провадження як на стадії досудового розслідування, так і судового розгляду. Необхідно звернути увагу, що у чинному КПК України відсутня така слідча дія, як призначення судової

експертизи, її замінено на «залучення експерта». Крім того, як вже зазначалося, самотійно залучати судового експерта тепер не уповноважена ані сторона захисту, ані сторона обвинувачення. Відповідно до Закону України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів», судовий експерт може залучатися до кримінального провадження за наявності підстав для проведення експертизи за дорученням слідчого судді чи суду, наданим за клопотанням сторони кримінального провадження. Виникає питання щодо форми такого залучення. Так, ст. 332 КПК передбачає право суду своєю ухвалою доручити проведення експертизи. Отже, юридичною підставою для залучення судового експерта як на стадії досудового розслідування, так і на судовому розгляді згідно з нормами КПК має бути «ухвала про доручення проведення експертизи» [23, с. 620-621].

Судова експертиза проводиться, якщо для з'ясування обставин, що мають значення для кримінального провадження, необхідні спеціальні знання. Однак у деяких випадках залучення судового експерта до кримінального провадження є обов'язковим. Так, відповідно до ч. 2 ст. 242, ч. 1 ст. 509 КПК, слідчий, прокурор зобов'язані ініціювати проведення судової експертизи у разі: 1) встановлення причин смерті; 2) встановлення тяжкості і характеру тілесних ушкоджень; 3) визначення психічного стану підозрюваного за наявності відомостей, які викликають сумнів щодо його осудності, обмеженої осудності; 4) встановлення віку особи, якщо це необхідно для вирішення питання про можливість притягнення її кримінальної відповідальності, а іншим способом неможливо отримати ці

відомості; 5) встановлення статевої зрілості потерпілої в кримінальних провадженнях щодо злочинів, передбачених ст. 155 КК України; 6) визначення розміру матеріальних збитків, шкоди немайнового характеру, шкоди довкіллю, заподіяної кримінальним правопорушенням; 7) якщо під час кримінального провадження будуть встановлені обставини, які дають підстави вважати, що особа під час вчинення суспільно небезпечного діяння була в неосудному або обмежено осудному стані або вчинила кримінальне правопорушення в осудному стані, але після його вчинення захворіла на психічну хворобу, яка позбавляє її змоги усвідомлювати свої дії або керувати ними (для проведення психіатричної експертизи) [24]. Обов'язково також призначається експертиза (а) для встановлення виду, назви і властивостей наркотичного засобу, психотропної речовини, аналога такого засобу, речовини або прекурсору, їх походження, способу виготовлення чи переробки; (б) для вирішення питання про те, чи є відповідні предмети зброєю, бойовими припасами, вибуховими речовинами, вибуховими пристроями або радіоактивними матеріалами, а також для з'ясування їх придатності до використання за цільовим призначенням. Із метою з'ясування лише придатності предмета до використання за цільовим призначенням достатньо участі спеціаліста [23].

Порушення вимог обов'язкового залучення судового експерта у кримінальному судочинстві або відсутність ініціативи слідчого, прокурора на стадії досудового розслідування у разі необхідності участі такої особи у кримінальному провадженні впливає на всебічність, повноту та об'єктивність дослідження обставин конкретної події, а також порушує права учасників кримінального судочинства.



Також існує й інша форма використання спеціальних знань судового експерта – його допит, який проводиться з метою роз'яснення або доповнення наданого ним висновку [20, с. 303; 1, с. 117-120, 143]. Необхідно звернути увагу на відмінності консультативної (не процесуальної) діяльності судового експерта від надання ним показань. Щодо останніх, то такі дії судового експерта передбачають наявність того, що потрібно роз'яснити, тобто висновку судової експертизи. На відміну від консультації, роз'яснення пов'язані з об'єктивно існуючим фактом. За своєю сутністю консультація – це порада (пропозиція, як діяти за яких-небудь обставин) спеціаліста з якого-небудь питання [6, с. 567, 1064]. Вона може стосуватися тієї процесуальної дії, яка готується, або іншого, об'єктивно не наявного. Отже, інформаційне наповнення таких дій обізнаної особи має різне походження і відіграє різну роль у кримінальному провадженні. Одержання роз'яснень сприяють отриманню інформації, спрямованої на більш ефективне використання самого джерела цих даних, а консультації допомагають визначити раціональний напрям дій слідчого, прокурора, судді або захисника у певних ситуаціях залежно від наданих обізнаною особою порад. Крім того, на наш погляд, роз'яснення мають бути отримані шляхом допиту з дотриманням певного порядку й встановленою відповідальністю особи за надання недостовірної інформації.

Проблеми ефективності досудового слідства полягають, зокрема, в ігноруванні новітніх криміналістичних розробок і рекомендацій, недооцінюванні можливостей взаємодії між різними підрозділами, що розслідують злочини, прокуратури, Державної контрольно-ревізійної служби, експертними установами. Незнання чи недостатнє знання практичними працівниками правоохоронних органів переваг використання

спеціальних знань, процедури залучення обізнаних осіб призводить до негативних наслідків [27, с. 72]. Залучення спеціальних знань дає змогу суттєво доповнити уявлення слідчого про подію злочину, а у деяких випадках – запобігти помилковим висновкам та неправильним версіям [28, с. 568].

Результати залучення обізнаних осіб до судочинства мають різне оформлення і процесуальне значення. Обставини, встановлені судовим експертом, оформлюються у формі висновку, який є самостійним джерелом доказів. Що стосується процесуального статусу роз'яснень або доповнень, які надаються судовим експертом під час його допиту, то, на відміну від КПК 1960 р., у КПК 2012 р. отримані відомості також визнано показаннями, а таким чином, процесуальним джерелом доказів. Таким чином, результати діяльності судового експерта є фактичними даними, на підставі яких слідчий, прокурор, слідчий суддя і суд встановлюють наявність чи відсутність фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню.

Отже, роль судового експерта як обізнаної особи у застосуванні спеціальних знань у кримінальному судочинстві виражається у здійсненні таких напрямів діяльності під час досудового розслідування та судового розгляду: 1) сприяння слідчому, прокурору (стороні обвинувачення) у здійсненні ними своїх обов'язків щодо конкретного кримінального провадження (зокрема, доведенні перед судом обвинувачення з метою забезпечення кримінальної відповідальності особи, яка вчинила кримінальне правопорушення); 2) сприяння стороні захисту у забезпеченні відповідного юридичного захисту, реалізації їх законних прав та виконанні обов'язків (зокрема, з'ясуванні обставин, що спростовують підозру чи обвинувачення,

пом'якшують чи виключають кримінальну відповідальність;  
3) сприяння судді (суду) у здійсненні правосуддя.

Для належного підвищення його ролі у застосуванні при цьому спеціальних знання експертам, що набувають статусу судового експерта, треба постійно збільшувати обсяг таких знань та навичок, їх поглиблення та належну якість.

## **Висновки**

Враховуючи вищезазначене, можна підтвердити, що:

1. Обізнана особа – це особа, яка володіє спеціальними знаннями у певній галузі науки, техніки, мистецтва або ремесла, не зацікавлена у результатах вирішення справи (кримінального провадження) та залучається уповноваженою особою або органом відповідно до галузевого процесуального законодавства на різних стадіях судочинства з метою надання допомоги у встановленні істини та вирішенні справи (кримінального провадження) шляхом застосування спеціальних знань.

2. Судовим експертом у кримінальному провадженні є обізнана особа, яка залучається до кримінального судочинства шляхом винесення відповідного рішення уповноваженої особи (органу) з метою проведення судової експертизи й надання висновку з досліджуваних питань відповідно до чинного законодавства. З'ясовано, що на сьогодні ними можуть бути тільки атестовані судові експерти, які працюють у державних спеціалізованих установах. Аргументовано недоцільність встановлення виключного права державних спеціалізованих установ на проведення судової експертизи у кримінальному провадженні. Залежно від приналежності до певного виду державної спеціалізованої установи судових експертів поділено на три групи: 1) судові експерти науково-дослідних установ судових експертиз Міністерства юстиції України; 2) судові

експерти науково-дослідних установ судових експертиз, судово-медичних та судово-психіатричних установ Міністерства охорони здоров'я України; 3) судові експерти експертних служб Міністерства внутрішніх справ України, Міністерства оборони України, Служби безпеки України та Державної прикордонної служби України.

3. Судовий експерт як обізнана особа у кримінальному судочинстві виконує допоміжну функцію, яка виявляється у сприянні досудовому розслідуванню та судовому розгляду у встановленні істини у кримінальному провадженні.

4. Роль судового експерта як обізнаної особи в застосуванні спеціальних знань у кримінальному судочинстві виражається у здійсненні таких напрямів діяльності під час досудового розслідування та судового розгляду: 1) сприяння слідчому, прокурору (стороні обвинувачення) у здійсненні ними своїх обов'язків щодо конкретного кримінального провадження (зокрема, доведенні перед судом обвинувачення з метою забезпечення кримінальної відповідальності особи, яка вчинила кримінальне правопорушення); 2) сприяння стороні захисту у забезпеченні відповідного юридичного захисту, реалізації їх законних прав та виконанні обов'язків (у т. ч. з'ясуванні обставин, що спростовують підозру чи обвинувачення, пом'якшують чи виключають кримінальну відповідальність; 3) сприяння судді (суду) у здійсненні правосуддя.

5. З метою належного виконання функції судового експерта в кримінальному судочинстві та підвищення при цьому його ролі у застосуванні спеціальних знання треба постійно збільшувати обсяг таких знань та навичок, їх поглиблення та належну якість. Це потребує нового підходу до організації підготовки судових експертів та підвищення їх кваліфікації.

### **Список використаних джерел:**

1. Демидова Є.Є. Тактика допиту обізнаних осіб: монографія / за ред. проф. В.Ю. Шепітька. Х.: Вид. агенція «Апостіль», 2013. 232 с.
2. Телегина Т.Д. Использование специальных знаний в современной практике расследования преступлений: монографія. М.: Юрлитинформ, 2011. 152 с.
3. Про судову експертизу: Закон України від 25 лютого 1994р. № 4038-ХІІ. Відомості Верховної Ради України. 1994. № 28. Ст. 232. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4038-12>. – Заголовок з екрана.
4. Сімакова-Єфремян Е.Б. Теоретико-правові та методологічні засади комплексних судово-експертних досліджень: дис.... д-ра юрид. наук: 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність» / Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. Харків: б. в., 2017. 503 с.
5. Про затвердження Інструкції про призначення та проведення судових експертиз та Науково-методичних рекомендацій з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень: Наказ Міністерства юстиції України № 53/5 від 8 жовтня 1998р. / Верховна Рада України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0705-98>. – Заголовок з екрана.
6. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і головн. ред. В.Т. Бусел. К.: Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. 1728 с.
7. Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів: Закон України від 03.10.2017р. № 2147-VIII. Відомості ВРУ. 2017. № 48. Ст. 436.

8. Нажимов, В.П. Об уголовно-процессуальных функциях. Правоведение. 2003. № 5. С. 73-82.
9. Ларин О.М. Расследование по уголовному делу: процессуальные функции. М.: Юрид.лит., 1986. 160 с.
10. Ларин А.М. Расследование по уголовному делу. Планирование, организация. М.: Юрид. лит., 1970. 224 с.
11. Комиссарова Я.В. Концептуальные основы профессиональной деятельности эксперта в уголовном судопроизводстве: монографія. М.: Юрлитинформ, 2010. 240 с.
12. Сімакова-Єфремян Е. Використання спеціальних знань за новим Митним кодексом України / Е. Сімакова-Єфремян, В. Лук'яненко. Вісник Академії правових наук України. 2002. № 4 (31). – С. 169-177.
13. Орлов Ю.К. Заключение эксперта и его оценка (по уголовным делам): учеб. пособ. М.: Юрист, 1995. 64 с.
14. Щербаковський М.Г. Призначення та проведення судових експертиз. Х.: Фактор, 2011. 400 с.
15. Сегай М.Я. Актуальные проблемы психологии экспертной деятельности. Криминалистика и судебная экспертиза. 1972. Вып. 9. С. 154-160.
16. Шепітько В.Ю. Психологічні закономірності в судово-експертній діяльності. Актуальні питання судової експертизи та криміналістики: зб. матер. «круглого столу», 11-12 листоп. 2008 р. К., 2008. С. 24-26.
17. Россинская Е.Р. Настольная книга судьи: судебная экспертиза / Е.Р. Российская, Е.И. Галявина. М.: Проспект, 2010. 464 с.
18. Лазарева Л.В. К вопросу о правовом статусе эксперта в уголовном процессе. Судебная экспертиза. 2009. № 1. С. 10-17.

19. Шепитько В.Ю. Развитие судебно-экспертной деятельности в Украине: проблемы и перспективы / В.Ю. Шепитько, М.Л. Цымбал. Теорія та практика судової експертизи і криміналістики: зб. матер. міжнар. наук.-практ. конф. Х.: Право, 2002. Вип. 2. С. 18-19.

20. Щербаковський М.Г. Деякі сучасні проблеми теорії та практики судової експертизи. Актуальні питання судової експертизи та криміналістики: зб. матер. засід. «круглого столу», присвяч. 85-річчю створення ХНДІСЕ ім. Засл. проф. М.С. Бокаріуса (11–12 лист. 2008 р.). Х., 2008. С. 69-72.

21. Чашин А.Н. Экспертиза в судебном производстве. М., 2009. 80 с.

22. Гусев А.В. Теоретические основы внеэкспертного механизма реализации специальных познаний в криминалистике. Криміналістика ХХІ століття: матеріали наук.-практ. конф., 25–26 листоп. 2010 р. Х.: Право, 2010. С. 609-613.

23. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар: у 2 т. / О.М. Бандурка, Є.М. Блажівський, Є.П. Бурдоль та ін.; за заг.ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, А.В. Портнова. Х.: Право, 2012. Т. 1. – 768 с.

24. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13.04.2012 р. № 4651-VI. Офіц. вісн. України. 2012. № 37. Ст. 1370.

25. Про судову практику в справах про викрадення та інше незаконне поводження зі зброєю, бойовими припасами, вибуховими речовинами, вибуховими пристроями чи радіоактивними матеріалами: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 24 квітня 2002р. № 3 / Верховна Рада України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0003700-02>. – Заголовок з екрана.

26. Шепітько В.Ю. Криміналістика: підруч. для студ. вищ. навч. закл. К.: Ін Юре, 2010. 496 с.

27. Курман О.В. Специфіка залучення спеціалістів при розслідуванні нецільового використання фінансових ресурсів. Теорія та практика судової експертизи і криміналістики. Х.: Право, 2009. Вип. 9. С. 72-77.

28. Алексійчук В.І. Перспективні напрями використання спеціальних знань у процесі огляду місця події. Криміналістика XXI століття: матеріали наук.-практ. конф., 25–26 листоп. 2010р. Х.: Право, 2010. С. 568-571.

**Марченко Т.Ю.,**

*аспірант кафедри кримінального процесу*

*Національного університету «Одеська юридична академія»*

## **ДЕЯКІ АСПЕКТИ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА ПІДОЗРЮВАНОВОГО МАТИ ЧАС ТА МОЖЛИВОСТІ, НЕОБХІДНІ ДЛЯ ПІДГОТОВКИ СВОГО ЗАХИСТУ В УКРАЇНІ**

### **Вступ**

Аналіз практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ, Суд), яка має застосовуватись національними судами як джерело права, дає змогу виокремити право підозрюваного на достатній час та можливості для підготовки свого захисту, передбачене ст. 6(3)б Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція), як одну з умов, які в сукупності дають змогу говорити про забезпечення права на захист загалом. Варто вказати, що на цьому етапі існує проблема законодавчого визначення та розуміння сутності понять «достатній час» та «достатні можливості» в контексті вище



вказаної норми. У зв'язку з тим, що ці поняття трактуються у кожній конкретній справі по-різному у практиці ЄСПЛ, виникають протиріччя щодо визначення та закріплення самого часу та можливостей, які були б достатніми для підготовки до захисту підозрюваним.

Із практики ЄСПЛ також вбачається, що для забезпечення права на достатній час та можливості для підготовки до захисту треба виконувати певний ряд умов, перелік яких не є вичерпним, зокрема: характер справи, складність справи, стадію, на якій знаходиться кримінальне провадження, навантаженість захисників; дотримання чіткого балансу між забезпеченням права гарантованого ст. 6(3)b Конвенції в частині достатності часу та розумними строками та інші, не менш важливі.

У свою чергу, Кримінальний процесуальний кодекс України (далі – КПК України) все ж передбачає норми, які стосуються цієї проблематики, але водночас потребують вдосконалення. Окрім цього, ЄСПЛ були констатовані систематичні порушення права, гарантованого ст. 6(3)b Конвенції.

Проблеми забезпечення реалізації права на захист, в тому числі і права підозрюваного на достатній час та можливості для підготовки свого захисту розглядались у роботах таких вчених, як J. MacBride, Ю. П. Аленіна, Н. Л. Боржецька, І. В. Гловюк, О. М. Дроздов, Н. С. Карпов, С. О. Ковальчук, О. В. Малахова, М. Г. Моторигіна, Д. В. Пономаренко, В. О. Попелюшко, О. С. Старенький тощо. Однак спеціальних досліджень, пов'язаних з аналізом прецедентної практики ЄСПЛ та національного законодавства щодо застосування Конвенції в частині забезпечення права підозрюваного у вчиненні кримінального правопорушення мати достатній час та можливості для підготовки свого захисту як необхідного елементу справедливого

судового розгляду кримінального провадження, узгодження кримінального процесуального законодавства та практики його застосування з європейськими стандартами, не проводилось.

Тому виникає нагальна необхідність проаналізувати національне кримінальне процесуальне законодавство, зокрема, релевантні положення КПК України на предмет їх відповідності Конвенції та практиці ЄСПЛ та виокремити основні недоліки законодавства та правозастосовчої практики.

**Зміст права підозрюваного мати достатній час та можливості, необхідні для підготовки свого захисту: європейські стандарти та кримінальне процесуальне законодавство України**

Право обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення мати достатній час та можливості для підготовки свого захисту застосовується на усіх етапах судочинства, зокрема на стадії досудового розслідування, під час судового розгляду та в процесі перегляду судового рішення. Варто вказати, що в контексті Конвенції право обвинуваченого рівноцінно включає в себе як право обвинуваченого, так і підозрюваного.

Це право було розтлумачено Комісією у справі *Can v. Austria* (справа № 11/1984/83/130) як вимога, яка надає обвинуваченому «змогу організувати (підготувати) свій захист належним чином та без обмежень можливостей викласти усі відповідні аргументи сторони захисту перед Судом і, таким чином, повпливати на перебіг судового розгляду». Для глибшого аналізу варто розглянути два елементи цього права, а саме: питання часу та засобів (можливостей).

Гарантія мати достатній (адекватний, необхідний) час для підготовки свого захисту, передбачена ст. 6(3)b Конвенції, яка

захищає обвинуваченого від передчасного судового розгляду є так званою «противагою» праву, викладеному у ст. 6(1) Конвенції, на розгляд справи упродовж розумного строку [1, с. 119]. Тому необхідно зберігати чіткий баланс між забезпеченням розумних строків розгляду кримінального провадження та наданням обвинуваченому необхідного часу для підготовки його захисту.

Варто виокремити основні позиції щодо достатності (необхідності) часу підозрюваного для підготовки свого захисту у прецедентних рішеннях ЄСПЛ. Так, питання відповідності часу та засобів, що надаються підозрюваному, має вирішуватись із врахуванням обставин конкретної справи [2]. Додатково треба розглядати: складність справи (*Albert and Le Compte v. Belgium*), стадію, на якій знаходиться справа (*Huber v. Austria*), той факт, що підозрюваний захищатиме себе самостійно (*X v. Austria*) та робочу навантаженість захисника підозрюваного (*X and Y v. Austria* *ibid* and *Galstyan v. Armenia*). У справі «Феррарі-Браво проти Італії» (*Ferrari-Bravo v. Italy*) заявник стверджував, що його адвокатам не дали часу, який їм був необхідний для підготування його захисту [3, с. 344]. Треба враховувати розклад роботи захисника (захисників) та його реальні можливості, в той же час вимагати від захисника внести корективи у свій графік роботи, враховуючи особливу терміновість кримінального провадження. Треба врахувати, що час, необхідний для підготовки захисту, суттєво відрізняється у кожному провадженні, тому цінність прикладів, наведених із прецедентного права, є обмеженою. Зазначається також, що розгляд справи у розумні строки є важливим, але не за рахунок процесуальних прав сторін [4, п. 540]. У цьому ж контексті необхідно розглядати загальну ситуацію захисту, включаючи адвоката, а не просто ситуацію

лише підозрюваного [5]. У справі *Krocher and Moller v. Switzerland* визначено, що заборона спілкуванні підозрюваного зі своїм адвокатом протягом практично місяця (з 27 грудня по 24 січня) є порушенням права, гарантованого ст. 6(b) Конвенції. У справі «Оджалан проти Туреччини» (*Ocalan v. Turkey*) [6] Суд зазначив, що той факт, що заявник не дістав належного доступу до будь-яких документів у матеріалах справи, окрім обвинувального висновку, теж збільшив труднощі, що виникали в процесі підготування його захисту. Якщо захисника було замінено через поважні причини, має надаватися додатковий час для підготовки захисту новим захисником (*Goddi v. Italy*). Будь-яке порушення ст. 6(3)b Конвенції, що спричинило скорочення часу, надає захиснику право на апеляційне оскарження (*Twalib v. Greece*).

Право на достатні можливості має на меті забезпечення практичних умов захисту для подання всіх суттєвих аргументів у судовому розгляді [7, с. 244]. До можливостей (засобів), які гарантуються обвинуваченому для підготовки свого захисту відповідно до вимог ст. 6 (3)b Конвенції, належать такі:

– обвинувачений у скоєнні злочину має бути негайно і детально проінформований про причину обвинувачення [8]. У цьому відношенні обсяг та доречність наданої обвинуваченому інформації варто оцінювати крізь призму положення, закріпленого у ст. 6(3)b Конвенції. За аналогією, варто оцінювати інформацію про зміни, які мали місце в обвинуваченні, включаючи зміни причини обвинувачення;

– можливість ознайомитися з результатами розслідувань, проведених до та під час судового розгляду (*Єсперс проти Бельгії*) [9];

– для затриманих осіб, до «можливостей» можуть належати також умови тримання під вартою, які б дали особі змогу читати і

писати з розумним ступенем концентрації [10, п. 81]; наявність надмірної втоми та виснаженості підозрюваного [11, п. 70]. Крім того, суд дійшов висновку, що право на захист, а отже, і на достатні можливості для підготовки до захисту, обмежують такі фактори: втомлива нічна дорога в суд у тюремному фургоні, судові засідання, що тривають більше 17 годин [12, с. 74].

Зокрема, у справі «Моїсеєв проти Росії» (Moiseyev v. Russia) [13, п. 222-223] Суд, взявши до уваги обширний ряд обставин справи, вказав «сукупний вплив вищевказаних умов і недостатність наявних у заявника можливостей не давали жодної змоги заявникові завчасно підготуватися до захисту, а надто зважаючи на те, що він не міг переглядати матеріали своєї справи чи свої нотатки в камері». Суд постановив, що заявникові не були надані достатні умови для підготування свого захисту, що суперечило вимогам справедливого суду й рівності можливостей сторін;

– право підозрюваного на консультації з захисником та конфіденційність (Can v. Austria (1985) і Кемпбелл і Ocalan v. Turkey (2003));

– право на доступ до матеріалів провадження та до власних нотатків (Фуше проти Франції);

– відмова відкрити доказові матеріали сторони обвинувачення, що дають змогу підозрюваному реабілітувати себе або досягти скорочення покарання, веде до порушення права на захист, що гарантується ст. 6(3)b Конвенції. Втім, від обвинуваченого можна вимагати мотивування його клопотання, а національні суди мають право оцінювати його обґрунтованість [14, п. 43];

– право на достатні можливості для підготовки захисту включає право обвинуваченого на запит думки відповідних

незалежних експертів у процесі підготовки і викладу аргументів сторони захисту [12, с. 75].

Водночас варто наголосити на тому, що практично неможливо виокремити та сформулювати одне універсальне твердження, яке пояснювало б що треба розуміти під поняттям достатній (необхідний) час та можливості для підготовки захисту підозрюваним. Але це не має слугувати бар'єром для регламентації цього права у національному законодавстві, зокрема, для ефективного його забезпечення.

Правова система може гарантувати дотримання та захист прав підозрюваного у вчиненні кримінального правопорушення, тільки за наявності законодавчих норм, які дають змогу підозрюваним самотійно або ж за допомогою своїх захисників за наявності достатнього часу та можливостей захищати свої права та законні інтереси.

Основним законодавчим актом, який нині визначає порядок кримінального провадження на території України, є КПК України.

Акцентуючи на національному законодавстві, зазначимо, що право підозрюваного на захист закріплено у ст. ст. 59, 63, 129 Конституції України. Конституцією України забезпечується кожному право на професійну правничу допомогу, вказується, що кожен є вільним у виборі захисника своїх прав; зокрема, підозрюваному гарантується право на захист.

КПК України містить ряд норм, які стосуються реалізації права на захист, зокрема права підозрюваного на достатній час та можливості для підготовки свого захисту, а саме: ст. ст. 2, 7, 9, 10, 17, 20, 21, 22, 28, 29, ч. 3 ст. 42, ч. ч. 4, 5 ст. 46, ст. ст. 48, 49, 52, 54, 87, ч. ч. 1, 2 ст. 114, ст. ст. 186, 221, 278, 283, ч. 10 ст. 290, ч. ч. 4, 5 ст. 517 тощо.

У ст. 10 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» гарантується кожному право на професійну правничу допомогу, зокрема безоплатну. Кожен є вільним у виборі захисника своїх прав та особи, яка надає правничу допомогу. Гарантії цієї статті водночас забезпечують право підозрюваного мати можливості, необхідні для підготовки його захисту. Тут варто згадати і Закон України «Про безоплатну правову допомогу».

У Законі України «Про адвокатуру і адвокатську діяльність» висвітлені гарантії адвокатської діяльності, а саме: адвокату гарантується рівність прав з іншими учасниками провадження, дотримання засад змагальності і свободи в наданні доказів та доведенні їх переконливості; забороняється втручання у приватне спілкування адвоката з клієнтом; забороняється втручання у правову позицію адвоката тощо. Ці гарантії спрямовані на здійснення ефективного захисту та на забезпечення права, гарантованого ст. 6(3)b Конвенції.

Одним із найважливіших законів, який сприяє загалом застосуванню положень Конвенції та практики Суду, є Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» [15]. Ст. 17 цього Закону дається змога національним судам застосовувати під час розгляду справ Конвенцію та практику Суду як джерело права.

Конституційний Суд України вважає, що вимоги КПК узгоджуються з практикою Суду та ст. 6(3)b Конвенції [16].

Також, як зазначалось, Суди застосовують під час розгляду справ практику Суду як джерело права. Та оскільки, відповідно до ч. 5 ст. 9 КПК України, кримінальне процесуальне законодавство України застосовується з урахуванням практики Суду доречним буде вказати на кілька рішень часто використовуваних національними судами: справа «Іглін проти України», справа

«Корнєв і Карпенко проти України», справа «Гаважук проти України», справа «Жупнік проти України», справа «Пелісьє та Сассі проти Франції», справа «Маттоціа проти Італії», «Оджалан проти Туреччини», справа «Майзіт проти Росії».

Отже, той факт, що кримінальне процесуальне законодавство України застосовується з урахуванням практики ЄСПЛ є позитивним кроком законодавця на шляху до євроінтеграції. Безумовно, можна стверджувати, що вимоги КПК України та інших нормативно-правових актів регламентаційно узгоджуються з практикою ЄСПЛ та ст. 6(3)в Конвенції. Але при цьому все-таки можна виокремити певні проблемні питання як у теоретичному аспекті, так і в практичній діяльності, які, зокрема, будуть висвітлені далі.

### **Окремі прогалини правової регламентації та реалізації права підозрюваного мати достатній час та можливості для підготовки захисту**

Аналізуючи зміст чинного кримінального процесуального законодавства України та практику його застосування під час здійснення кримінального судочинства на предмет відповідності європейським стандартам щодо забезпечення права підозрюваного на достатній час та можливості для підготовки свого захисту, варто констатувати певні недоліки як на правотворчому, так і правозастосовному рівнях, зокрема, у контексті права на доступ до матеріалів провадження.

Розпочати варто із КПК України та вказати на недоліки регламентації окремих його норм. У ст. 28 КПК України законодавець передбачив, що під час кримінального провадження кожна процесуальна дія або процесуальне рішення мали бути виконані або прийняті в розумні строки. При цьому варто



наголосити на тому, що між розумними строками та часом, який необхідний підозрюваному для підготовки свого захисту, мав зберігатися баланс, що також є складним для виконання слідчому, прокурору.

Варто вказати, що зміст вищевказаного часто відображається в ухвалах національних судів із посиланням на рішення ЄСПЛ, зокрема, таким чином «З метою реалізації підозрюваним та його захисником визначеного права на ознайомлення із матеріалами кримінального провадження, з метою дотримання розумних строків проведення досудового розслідування» [17]. Але, на жаль, не всі судді використовують практику ЄСПЛ та положення Конвенції, у зв'язку із чим не завжди коректно вирішують висунуте однією із сторін питання.

Ст. 221 КПК України передбачає змогу ознайомитись з матеріалами досудового розслідування до його завершення. Слідчий, прокурор зобов'язаний за клопотанням сторони захисту надати їм матеріали досудового розслідування для ознайомлення, за виключенням матеріалів про застосування заходів безпеки щодо осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, а також тих матеріалів, ознайомлення з якими на цій стадії кримінального провадження може зашкодити досудовому розслідуванню.

Утім, визначаючи матеріали, які можуть бути надані для ознайомлення в порядку ст. 221 КПК, необхідно досягти розумного балансу між приватними інтересами підозрюваного, потерпілого та публічного інтересу в захисті особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування. Безумовно, у КПК не може бути вказаний вичерпний перелік матеріалів, надання для ознайомлення яких може зашкодити досудовому

розслідуванню, адже ця можливість має оцінний характер, а її наявність має встановлюватися слідчим, прокурором залежно від конкретних обставин кримінального провадження. При цьому необхідно враховувати й необхідність реалізації підозрюваним права на захист, що в умовах відсутності доступу до матеріалів досудового розслідування ще до його закінчення може бути ускладнено [18, с. 241].

Відмова у наданні для ознайомлення загальнодоступного документа, оригінал якого знаходиться в матеріалах досудового розслідування, не допускається. Судами були констатовані неодноразові порушення цієї норми, зокрема, з ухвали слідчого судді Придніпровського районного суду міста Черкаси від 28 квітня 2017 р. у справі № 711/3192/17 вбачається, що захисник підозрюваного звернувся до суду зі скаргою, в якій просив скасувати постанову слідчого про відмову у задоволенні клопотання захисника про ознайомлення з матеріалами кримінального провадження та зобов'язати слідчого задовольнити таке клопотання та надати змогу стороні захисту ознайомитись із матеріалами досудового розслідування у кримінальному провадженні до його завершення. Слідчий суддя, посилаючись на п. 3 ст. 6 Конвенції, скаргу захисника задовільнив [19].

У ч. 10 ст. 290 КПК України законодавець передбачив, що сторонам кримінального провадження надається достатній час для ознайомлення з матеріалами, до яких їм надано доступ. У разі зволікання при ознайомленні з матеріалами, до яких надано доступ, слідчий суддя за клопотанням сторони кримінального провадження з урахуванням обсягу, складності матеріалів та умов доступу до них зобов'язаний встановити строк для ознайомлення з матеріалами, після спливу якого сторона

кримінального провадження вважається такою, що реалізувала своє право на доступ до матеріалів.

Ця норма не розкриває зміст часу та можливостей, які мали бути надані, та має доволі загальний характер. Ці складники є оцінними поняттями та потребують урахування не лише обсягу матеріалів, їх складності, умов доступу, але й інших індивідуальних особливостей провадження.

На додаток, проаналізувавши судову практику, варто зауважити, що національними судами було констатовано численні порушення цієї статті, при цьому рішення судів є неоднорідними: одні задовільняють клопотання слідчого, прокурора та встановлюють строк для ознайомлення [20], інші ж вказують про відсутність законних підстав для задоволення клопотання слідчого та відмовляють у задоволенні [21].

Як позитивний приклад, в ухвалі національного суду було вказано певний перелік критеріїв та навіть посилання на рішення ЄСПЛ: «складність справи (кваліфікація дій за шістьма кримінальними правопорушеннями), обсяг матеріалів, стан здоров'я та обставини особистого життєвого укладу підозрюваного та його захисників свідчать, що 10 робочих днів не є об'єктивно достатнім періодом часу» [22]; «враховуючи обсяг (в одному томі на 251 аркуші), складність матеріалів та умови безперешкодного доступу до них стороні захисту, вихідні дні, а також те, що ознайомлення здійснюється у робочі дні, розумний час для вивчення матеріалів, підготовки клопотань» [23].

Іншим питанням, на якому необхідно акцентувати, стосується місця проведення ознайомлення з матеріалами досудового розслідування. При ознайомленні виникають проблеми, які пов'язані з низьким рівнем концентрації через, наприклад, тиск збоку слідчого або просто через факт знаходження у кабінеті у

слідчого, незручністю є і узгодження часу для ознайомлення між слідчим та сторонами.

У розрізі цього питання заслуговує на увагу аналіз Д. В. Пономаренка, який у своїй статті стверджує, що «можна наполягати на відкритті матеріалів кримінального провадження не на «території» сторони обвинувачення, а на своїй «території», аргументуючи це наведеним нижче. Відповідно до положень ч. 1 ст. 290 КПК України (це вже має сталу практику), спочатку прокурор, а на практиці – слідчий за дорученням прокурора повідомляє про закінчення досудового розслідування, а потім надає доступ до матеріалів. Під повідомленням у кримінальному провадженні необхідно розуміти процесуальну дію, за допомогою якої слідчий, прокурор, слідчий суддя чи суд повідомляє певного учасника кримінального провадження про дату, час та місце проведення відповідної процесуальної дії, наприклад, відкриття матеріалів кримінального провадження або про прийняте процесуальне рішення чи здійснену процесуальну дію (ч. 1 ст. 111 КПК України). Таким чином, вбачається, що, повідомляючи про закінчення досудового слідства, прокурор або слідчий за його дорученням фактично повідомляє про складання (в нашому випадку) обвинувального акта, що прямо впливає з ч. 1 ст. 111 КПК України. Крім того, необхідно звернути увагу на те, що слідчий не самостійно, а лише за дорученням прокурора може повідомляти про закінчення досудового слідства та відкриття матеріалів кримінального провадження і всі дії, на цій стадії слідчий здійснює виключно за дорученням прокурора. Тобто слідчий не має процесуального права викликати будь-кого після повідомлення про закінчення досудового слідства. Таким чином, враховуючи наведене та положення ч. 2 ст. 290 КПК України, на мій погляд, можна наполягати на відкритті матеріалів

кримінального провадження не на «території» сторони обвинувачення, а на своїй «території» [24].

Також ч. 5 ст. 517 КПК України не передбачає права підозрюваного, його захисника та законного представника мати достатній час та можливості для ознайомлення з матеріалами кримінального провадження, які містять відомості, що становлять державну таємницю, що є теж своєрідним упущенням законодавця.

Нівелювання правоохоронцями ст. 295 КПК України теж викликає неабияке занепокоєння. Невручення слідчим або прокурором, що здійснює нагляд за додержанням законів під час проведення цього досудового розслідування, копії клопотання про продовження строку досудового розслідування підозрюваному та його захиснику є порушенням права на захист, засади розумності строків і змагальності сторін та свободи в поданні ними суду своїх доказів і в доведенні перед судом їх переконливості, оскільки сторона захисту у такому разі перебуває у суттєво невігідному становищі порівняно з її опонентом [25, с. 38].

Іншою проблемою, яка має бути мінімізованою є зловживання правом мати достатній час та можливості для підготовки свого захисту. Заборона зловживання правом знайшла своє закріплення у ст. 17 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. У розрізі цього питання зловживання правом мати достатній час та можливості для підготовки свого захисту підозрюваним проявляється як у діях слідчого, прокурора, які намагаються у найкоротші строки направити обвинувальний акт до суду, так і у діях підозрюваного, який зволікає із часом, сподіваючись, наприклад, на певні обставини, які, на його погляд, можуть помякшити його становище. Одним з

різновидів зловживання права підозрюваного у вчиненні кримінального правопорушення мати достатній час та можливості для підготовки свого захисту є зловживання правом на ознайомлення із матеріалами кримінального провадження.

Як зловживання правом на ознайомлення у судовій практиці визнаються, наприклад, ситуації, коли з часу повідомлення про можливість ознайомитися з матеріалами досудового розслідування сторона захисту жодного разу для ознайомлення не з'явилась, неявка для ознайомлення з матеріалами без поважних причин та без повідомлень про неможливість прибуття, повільне ознайомлення з матеріалами кримінального провадження; ненадання документального підтвердження поважності причин неявки [26, с. 92].

Для унеможливлення зловживання правом на ознайомлення з матеріалами досудового розслідування у ч. 10 ст. 290 КПК України встановлено, що у разі зволікання під час ознайомлення з матеріалами, до яких надано доступ, слідчий суддя за клопотанням сторони кримінального провадження зобов'язаний установити строк для ознайомлення з матеріалами.

Зокрема, можна проілюструвати неодноразові випадки зловживання правом на ознайомлення, вказавши такі рішення слідчих суддів: ухвала слідчого судді Ківерцівського районного суду Волинської області від 01.11.2017 р. у справі № 161/14376/17, ухвала слідчого судді Солом'янського районного суду міста Києва від 05.12.2017 р. у справі № 760/26480/17, ухвала слідчого судді Орджонікідзевського районного суду міста Маріуполя Донецької області від 19.12.2017 р. у справі № 241/1986/16-к.

Можна зробити висновок, що слідчі активно користуються правом на звернення до слідчого судді з клопотання щодо

встановлення строків на ознайомлення з матеріалами досудового розслідування підозрюваним та його захисником.

Тому треба зазначити іншу прогалину: у ч. 10 ст. 290 КПК України не встановлено вимоги до клопотання слідчого про визначення слідчим суддею строку, протягом якого учасники процесу мають ознайомитися з матеріалами кримінального провадження.

Ще однією прогалиною у ч. 10 ст. 290 КПК України є те, що у цій статті не вказано, що сторони мають право подати апеляційну скаргу на рішення слідчого судді про встановлення або відмову у встановленні строку на ознайомлення з матеріалами кримінального провадження. Не йдеться про це й у ст. 309 КПК України, що визначає, які ухвали слідчого судді можуть бути оскаржені в апеляційному порядку під час досудового розслідування [27, с. 247].

Відповідно до ч. 5 ст. 290 КПК України, у документах, які надаються для ознайомлення, можуть бути видалені відомості, які не будуть розголошені під час судового розгляду. Проте важливо розуміти, що ЄСПЛ не обов'язково визнаватиме таке нерозголошення виправданим, якщо буде просто здійснене посилання на вищевказану норму, без належного обґрунтування прокурором.

Варто пам'ятати, що необхідність у розкритті стосується матеріалів, які можуть допомогти захисту, а не матеріалів, які прокурор вважає важливими для справи, яку він будує проти підозрюваного. Отже, необхідно мати на увазі, що ЄСПЛ дуже уважно вивчатиме ситуації, коли докази у розпорядженні обвинувачення не були повністю розкриті стороні захисту [28, с. 87]. На думку ЄСПЛ, недостатньо сказати представникам захисту, що матеріали було утримано від розкриття, а варто

розкрити природу цих матеріалів. Це питання є актуальним, оскільки досить часто прокурори нівелюють вимогами законодавства та практику ЄСПЛ із цього приводу, тим самим порушуючи право підозрюваного мати достатній час та можливість для підготовки до свого захисту в розрізі розкриття інформації, яка може суттєво вплинути на правову позицію сторони захисту.

Законодавець у ст. 9 КПК України визначив, що кримінальне процесуальне законодавство України застосовується з урахуванням практики ЄСПЛ, тому варто звернути увагу на найбільш актуальні правозастосовні проблеми, що виникають у разі застосування рішень Суду національними судами.

По-перше, досить важко визначити алгоритм вирішення слідчим суддею питань щодо встановлення строку для ознайомлення з матеріалами кримінального провадження та переконатись у його неупередженості, оскільки навіть зі зростаючою тенденцією застосування рішень ЄСПЛ слідчими суддями, не всі судді зважають на важливість застосування практики ЄСПЛ під час винесення своїх рішень та не користуються цим правом. По-друге, активно наростає тенденція дублювання значних частин рішень національних судів між собою шляхом перекопіювання окремих витягів із рішення ЄСПЛ, без глибокого аналізу та вкрай часто недоречно, тим самим звужуючи змогу тлумачення норми коректно і не розвиваючи національне судочинство. Існує також проблема неправильності тлумачення рішень Суду, зокрема, через відсутність досвіду їх систематичного застосування.

Переглянувши рішення Суду, де у справах стороною виступала Україна за період від 2013 по 2017 рр. можна стверджувати, що є 1-2 рішення, де було б констатоване порушення ст. 6(3)b. Це



викликає як позитивні, так і негативні міркування. З одного боку, можна припустити, що в Україні підозрюваний у вчиненні кримінального правопорушення забезпечується правом мати час та можливість, необхідні для підготовки свого захисту, з іншого боку, виникають припущення щодо складності доведення порушення цього права без посилання на інші гарантії, що передбачені ст. 6(3) Конвенції.

Отже, все-таки можна констатувати певні упущення як на законодавчому, так і на правозастосовному рівні стосовно ефективного забезпечення права підозрюваного мати достатній час та можливість для підготовки свого захисту. Тому варто врахувати їх та якомога інтенсивніше здійснити ефективні зміни у вищезазначених напрямках.

### **Перспективи удосконалення нормативної регламентації та практичної реалізації права мати достатній час та можливість для підготовки захисту**

Необхідність виокремити деякі шляхи поліпшення умов забезпечення реалізації права, гарантованого ст. 6(3)в Конвенції, у кримінальному процесі України шляхом внесення системних змін до чинного законодавства країни з метою подолання наявних невідповідностей у нормативному регулюванні забезпечення цього права згідно з потребами формування сучасної європейської держави набуває актуальності.

Розпочати варто з внесення змін до КПК України:

1) доповнити ч. 1 ст. 28 КПК України таким: «Розумні строки мають співвідноситись із правом підозрюваного, обвинуваченого мати час та можливість, необхідні для підготовки свого захисту»;

2) ч. 3 ст. 42 КПК України доповнити, закріпивши право підозрюваного мати час та можливості, необхідні для свого захисту;

3) у ст. 114 КПК України вказано лише про необхідність достатнього часу для вчинення відповідних процесуальних дій або прийняття процесуальних рішень під час встановлення процесуальних строків прокурором, слідчим суддею або судом. Тому для уточнення гарантованих прав підозрюваного пропонуємо доповнити ч. 2. ст. 114 КПК України таким чином: «<...>мають бути такими, що дають достатньо часу та можливостей для вчинення<...>»;

4) варто надати глибшого змісту регламентації права підозрюваного та його захисника робити виписки та копії з матеріалів досудового розслідування у нормах КПК України, оскільки це право є елементом права на достатній час та можливості для підготовки до свого захисту. Тому пропонуємо доповнити зміст ст. 221 ч. 3, цим самим акцентуючи на можливості реалізації цього права: особі, яка здійснює ознайомлення з матеріалами досудового розслідування до його завершення, надається право на достатній час та можливості для такого ознайомлення, включаючи час та можливості для необхідного нотування та копіювання;

5) пропонуємо у ч. 10 ст. 290 КПК України вказати також про достатні можливості, що мають надаватися під час ознайомлення з матеріалами досудового розслідування.

Також варто погодитись із позицією С. О. Ковальчука, що, визначаючи достатність часу для ознайомлення учасника кримінального провадження з ними, треба враховувати: 1) обсяг матеріалів, з якими він підлягає ознайомленню; 2) особові дані учасника кримінального провадження (зокрема, стосовно

підозрюваного та потерпілого – його вік, освіту) та стан здоров'я;  
3) кількість інших учасників кримінального провадження, які підлягають ознайомленню з матеріалами, і послідовність надання їм таких матеріалів [29, с. 193–194]. Таким чином, було б доцільним включити ці критерії до ч. 10 ст. 290 КПК України. Додатково варто доповнити умовами, закріпленими у рішеннях ЄСПЛ, які мають слугувати дороговказом для національних суддів;

6) варто погодитись із позицією Н.С. Карпова, що доцільно було б доповнити КПК України нормою про інститут «оголошеної адреси», однак із деякими відмінностями від французького аналога [27, с. 245]. Сутність такого інституту полягає у тому, що обвинувачений вважається ознайомленим з усіма матеріалами кримінальної справи, що надіслані йому за зазначеною адресою, незалежно від місця свого фактичного місцеперебування [30, с. 83-84]. Це нововведення сприяло б належній реалізації ст. 6(b) Конвенції;

7) Закріпити у КПК України норму, яка б деталізувала зміст статті 220 КПК України та надавала сторонам змогу подавати клопотання з моменту повідомлення їм про закінчення досудового розслідування впродовж адекватного визначеного строку;

8) доцільно було б доповнити ч. 5 ст. 517 КПК України нормою щодо права підозрюваного, обвинуваченого, його захисника та законного представника мати достатній час та можливості для ознайомлення з матеріалами кримінального провадження, які містять відомості, що становлять державну таємницю;

9) під час відкриття матеріалів досудового розслідування сторона обвинувачення не має намагатися оцінювати важливість тієї чи іншої інформації для захисту, а потім вирішувати

відповідне питання з урахуванням державних інтересів щодо збереження інформації у таємниці.

Доцільно зауважити, що останнім часом практика українських судів узгоджується з практикою ЄСПЛ та зі ст. 6(3)в Конвенції. Крім того, аналізуючи рішення національних судів 2017 р. щодо застосування ст. 6 (3)в, можна із впевненістю стверджувати, що частота посилання на рішення ЄСПЛ у рішеннях вітчизняних судів зросла у кілька разів порівняно з попередніми роками (зокрема, ілюстративно варто вказати нещодавні рішення: ухвала слідчого судді Новоукраїнського районного суду Кіровоградської області від 23.08.2017 р. у справі 396/1331/17, ухвала слідчого судді Токмацького районного суду Запорізької області від 03.01.2018 р. у справі 328/3466/17).

При цьому є ряд упущень, які необхідно усунути шляхом: систематичного доречного використання слідчими, прокурорами, слідчими суддями та суддями прецедентної практики Суду, використання не лише тих рішень, де стороною у справі є Україна, а усіх можливих, правильного тлумачення норм Конвенції та рішень Суду та уникнення дублювання посилань на рішення Суду у рішеннях колег без самостійного дослідження та вивчення цих рішень Суду.

Отже, можна стверджувати про позитивні тенденції розвитку національного законодавства та судочинства щодо забезпечення цього права, однак при цьому варто чітко визначити механізми подальшого удосконалення забезпечення права на достатній час та можливості у національному аспекті і, зрештою, адаптувати вітчизняне законодавство щодо цього права до загальноєвропейських стандартів шляхом усунення висвітлених прогалин як законодавчо, так і на практиці.

## Висновки

Одним з елементів права на захист можна розглядати право підозрюваного у вчиненні кримінального правопорушення мати достатній час та можливість для підготовки свого захисту, гарантоване ст. 6(3)в Конвенції. Проаналізувавши норми чинного кримінального процесуального законодавства України, з впевненістю можна стверджувати, що право, закріплене у ст. 6(3)в Конвенції, знайшло в них своє часткове (базове) відображення. Однак мають місце і прогалини, які допустив законодавець та які потребують усунення, щоб узгодити кримінальне процесуальне законодавство України з положеннями Конвенції та прецедентними рішеннями Суду. Найхарактерніші проблеми пов'язані із наданням підозрюваному та його захиснику достатнього часу та можливостей для ознайомлення з матеріалами кримінального провадження як під час, так і після досудового розслідування. Це стосується і часу, і умов, і місця проведення ознайомлення. Паралельно із цією проблемою є проблема зловживання правом мати достатній час та можливість для підготовки свого захисту, зокрема, права на ознайомлення з матеріалами досудового розслідування.

З огляду на вищевказане, пропонуємо внести зміни до деяких норм КПК України, зокрема, закріпити, що розумні строки мають співвідноситись із правом підозрюваного, обвинуваченого мати час та можливість, необхідні для підготовки свого захисту; доповнити ч. 3 ст. 42, ст. 114, 221, ч. 10 ст. 290, ч. 5 ст. 517 КПК України, положеннями щодо забезпечення права підозрюваного мати час та можливість, необхідні для свого захисту. Необхідним вбачається закріплення у КПК України норми, яка б деталізувала зміст ст. 220 КПК України та надавала сторонам змогу подавати клопотання з

моменту повідомлення їм про закінчення досудового розслідування упродовж адекватного визначеного строку.

Важливим є те, що тенденція застосування вітчизняними судами рішень ЄСПЛ у питаннях забезпечення права підозрюваного мати достатній час та можливості для підготовки свого захисту зростає порівняно з попередніми роками. Але при цьому існують такі проблеми, як нівелювання судами можливості застосування прецедентних рішень ЄСПЛ, відсутність досвіду систематичного застосування, дублювання рішень вітчизняних суддів один одним замість того, що застосовувати більший обсяг рішень ЄСПЛ.

Отже, незважаючи на позитивний розвиток кримінального процесуального законодавства та процес удосконалення чинного КПК України, все-таки, зважаючи як на вплив певних факторів об'єктивного та суб'єктивного характеру, є недоліки щодо регламентації та застосування норм Конвенції та практики ЄСПЛ у розрізі забезпечення реалізації права підозрюваного мати достатній час та можливості для підготовки до захисту.

### **Список використаних джерел:**

1. Paul Mahoney. Right To A Fair Trial In Criminal Matters Under Article 6 E. C. H. R / Mahoney Paul. Judicial Studies Institute Journal. 2004. P. 107–129. URL: [http://www.jsijournal.ie/html/volume%204%20no.%202/4%5B2%5D\\_mahoney\\_right%20to%20a%20fair%20trial%20in%20criminal%20matters.pdf](http://www.jsijournal.ie/html/volume%204%20no.%202/4%5B2%5D_mahoney_right%20to%20a%20fair%20trial%20in%20criminal%20matters.pdf).

2. Case Iglin v. Ukraine. Judgment of the European Court of Human Rights, 12 January 2012 (Application no. 39908/05). URL: [https://court.gov.ua/userfiles/file/court\\_gov\\_ua\\_sud5010/Konvenciy\\_a\\_z\\_prav/st\\_13/Iglin.pdf](https://court.gov.ua/userfiles/file/court_gov_ua_sud5010/Konvenciy_a_z_prav/st_13/Iglin.pdf).

3. Джеремі МакБрайд. Європейська Конвенція з прав людини. К: «К. І. С.», 2010. 576 с.

4. Case OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia. Judgment of the European Court of Human Rights, 21.07.2014, (Application no. 14902/04). URL: <http://swarb.co.uk/oao-neftyanaya-kompaniya-yukos-v-russia-just-satisfaction-echr-31-jul-2014/>.

5. Case Kremrovskij v. Lithuania. Judgment of the European Court of Human Rights, 20.04.1999, (Application no. 37193/97). URL: <http://echr.ketse.com/doc/37193.97-en-19990.420/>.

6. Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Оджалан проти Туреччини» від 15.12.2000 р. URL: [http://search.ligazakon.ua/l\\_doc2.nsf/link1/SO250.html](http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO250.html).

7. Окрема думка судді Петтіті. Порівняльне прецедентне право з прав людини. К: Видавництво «Реферат», 2002. 344 с.

8. Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Маттоція проти Італії» від 25.07.2000 р. URL: [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/980\\_004](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/980_004).

9. Case Huseyn and Others v. Azerbaijan. Judgment of the European Court of Human Rights, 26.07.2011 – P. 175 (Application no. 35485/05). URL: <http://echr.ketse.com/doc/35485.05-35680.05-36085.05-45553.05-en-20110726/>.

10. Комюніке Секретаря Європейського суду з прав людини стосовно рішення у справі «Майзіт проти Росії» від 20.01.2005. – П. 81. URL: [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/980\\_380](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/980_380).

11. Постановление Европейского Суда по правам человека по делу «Бербера, Мессега и Хабардо против Испании» от 06 декабря 1988 г. – П. 70. URL: <http://european-court.ru/resheniya-evropejskogo-suda-na-russkom-yazyke/berbera-messege-i-xabardo-protiv-ispanii-postanovlenie-evropejskogo-suda/>.

12. Руководство по справедливому судопроизводству. Второе издание. Amnesty International. Amnesty International publications. United Kingdom. 2014. 254 с.

13. Постановление Европейского Суда по правам человека по делу «Моисеев против России» от 09.10.2008. – П. 222, 223. URL: <https://roseurosud.org/r/st-7/postanovlenie-espch-moiseev-protiv-rossii>.

14. Case Natunen v. Finland. Judgment of the European Court of Human Rights, 31.03.2009. P. 43 (Application no. 21022/04). URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%3A%5B%2221022%2F04%22%5D%7D>.

15. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23.02.2006 р. № 3477-IV. // Відомості Верховної Ради України. 2006. № 30. Ст. 260. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3477-15>.

16. Рішення Конституційного суду України від 18.01.2012 р. № 1-рп/2012 справа № 1. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-12>.

17. Ухвала слідчого судді Новоукраїнського районного суду Кіровоградської області від 23.08.2017 р. (Справа № 396/1331/17). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/68581255>.

18. Гловюк І.В. Ознайомлення з матеріалами досудового розслідування до його завершення та недопустимість розголошення відомостей досудового розслідування / І.В. Гловюк, С.В. Андрусенко. Південноукраїнський правничий часопис. 2014. № 4. С. 239-243.

19. Ухвала слідчого судді Придніпровського районного суду міста Черкаси від 28 квітня 2017 р. у справі № 711/3192/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/66288477>.



20. Ухвала слідчого судді Токмацького районного суду Запорізької області від 03.01.2018 р. (справа № 328/3466/17). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/71413194>.

21. Ухвала слідчого судді Дніпропетровський районний суд Дніпропетровської області від 04.12.2017 р., з матеріалами кримінального провадження № 12017040440001009. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/70913292>

22. Ухвала слідчого судді Придніпровського районного суду м. Черкаси від 15 грудня 2017 р. (Справа № 711/11069/17). URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71104081>.

23. Ухвала судді Дубенського міськрайонного суду Рівненської області від 14 грудня 2017 р. (Справа № 559/2699/17). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/70979381>.

24. Пономаренко Д.В. Місце відкриття матеріалів кримінального провадження.. URL: <http://blog.liga.net/user/ponomarenko/article/19625.aspx>.

25. Гловюк І.В. Деякі питання дотримання права на захист у досудовому розслідуванні. Вісник кримінального судочинства. 2017. № 2. С. 33-39.

26. Аленін Ю.П. Особливості відкриття матеріалів іншій стороні за новим КПК України: здобутки та прорахунки. Юридичний вісник. 2013. № 4. С. 89-94.

27. Карпов Н.С. Деякі питання ознайомлення учасників кримінального процесу з матеріалами кримінального провадження. Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. 2013. № 1. С. 243-248.

28. Макбрайд Дж. Зобов'язання прокуратури стосовно розкриття злочинів. Слово Національної школи суддів України. 2013. № 4 (5). С. 86-92.

29. Ковальчук С.О. Процесуальний порядок відкриття матеріалів кримінального провадження. Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. 2013. № 2. С. 190-195.

30. Головки Л.В. Допзнание и предварительное следствие в уголовном процессе Франции. М.: Спарк, 1995. 130 с.

## **ДОКАЗИ І ДОКАЗУВАННЯ: РОЗВИТОК КОНЦЕПТІВ**

***Луцюк П.С.,***

*доктор юридичних наук,  
заслужений юрист України,  
адвокат,*

*член Вищої кваліфікаційної комісії суддів України*

***Цехан Д.М.,***

*кандидат юридичних наук,  
доцент кафедри криміналістики*

*Національного університету «Одеська юридична академія»*

### **НЕДОПУСТИМІСТЬ ДОКАЗІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ (ЗА МАТЕРІАЛАМИ ПРАКТИКИ)**

#### **Вступ**

Однією з визначальних рис розвитку сучасної України є перманентне реформування правової системи та узгодження останньої із кращими міжнародними зразками. Закономірно, що початок такого реформування було закладено саме у сфері кримінального переслідування, яка є найбільш чутливою до порушень прав і свобод людини і громадянина. Ухвалення нового Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) стало новою віхою в історії вітчизняного судочинства, значно змінивши традиційні та запровадивши нові інститути кримінальної процесуальної діяльності. Водночас необхідно констатувати, що, незважаючи на ухвалення нового законодавства та структурно-функціональну перебудову правоохоронних органів, правозастосовна практика стикається з низкою «традиційних» проблем, однією з яких залишається

визнання недопустимими окремих доказів у кримінальному провадженні. Проблематику допустимості доказів ґрунтовно досліджували на монографічному рівні Н. М. Басай [1], І. Ю. Кайло [4], О. В. Литвин [7], О. С. Осетрова [9], В. В. Тютюник [12], А. В. Панова [10], І. Л. Чупрікова [14] та інші науковці.

Проте, зважаючи на суттєві недоліки в роботі правоохоронних органів, вона потребує постійної уваги в контексті систематизації помилок, допущених під час збирання доказів та вироблення шляхів їх усунення.

Відповідно до ст. 9 КПК України, однією із ключових засад здійснення кримінального провадження визначено законність, що додатково забезпечується гарантією, визначеною в ч. 3 ст. 62 Конституції України, згідно з якою обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, а також на припущеннях. Усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь.

Безумовно, доказування є серцевиною кримінального процесу, а його законність і ефективність – наріжним каменем встановлення істини в кримінальному провадженні.

У теорії кримінального процесу категорія «допустимості доказів» тлумачиться як здатність доказу, з огляду на відповідність виявлення, фіксації, опису, пакування та вилучення відповідно до вимог кримінального процесуального закону, слугувати засобами доказування обставин, які мають значення для кримінального провадження. Зміст цієї ознаки доказу традиційно розглядають у площині таких аспектів: 1) належний суб'єкт проведення процесуальних дій; 2) передбачене законом джерело даних, які утворюють зміст доказу; 3) належна процесуальна дія, що застосовується для одержання доказів; 4) встановлені процесуальним законом порядок проведення

процесуальної дії та форма фіксації її результатів [11]. Водночас необхідно зауважити, що категорія «недопустимість доказів» тривалий час залишалася предметом дискусій на шпальтах наукових видань, не маючи відповідного законодавчого закріплення, і лише з ухваленням чинного КПК України означена проблема знайшла законодавче врегулювання. Так, ст. 86 КПК України визначає, що доказ визнається допустимим, якщо він отриманий встановленим цим кодексом порядком; у свою чергу, недопустимий доказ не може бути використаний під час ухвалення процесуальних рішень, на нього не може посылатися суд під час ухвалення судового рішення. Детальніше підстави й критерії визнання доказів недопустимими наведені в ст. 87 КПК України.

Визнання судом певних доказів недопустимими є реалізацією конституційної норми про те, що всі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь.

Аналіз матеріалів практики щодо підстав визнання доказів недопустимими дозволя виокремити такі види недопустимих доказів:

- 1) імперативно недопустимі;
- 2) диспозитивно недопустимі.

До *імперативно недопустимих* належать докази, які суд зобов'язаний визнати такими через отримання їх внаслідок істотного порушення прав і свобод людини, гарантованих Конституцією та законами України, міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України; будь-які інші докази, здобуті завдяки інформації, отриманій внаслідок істотного порушення прав і свобод; докази, що характеризують особу підозрюваного (обвинуваченого), проте не

є предметом кримінального провадження. Перелік імперативно недопустимих доказів наведено в ст. 87 і ч. 1 ст. 88 КПК України.

До *диспозитивно недопустимих* належать докази, які суд може визнати недопустимими, це питання є оціночним, суб'єктивним і залишається на його розсуд. Перелік таких доказів міститься в ч. 2 та 3 ст. 88 КПК України.

У контексті аналізу визнання імперативно недопустимими окремих доказів слушно навести аналіз матеріалів окремих кримінальних проваджень.

### **Визнання доказів недопустимими на підставі**

#### **істотного порушення прав людини під час їх збирання**

Так, в одному із кримінальних проваджень суд визнав недопустимим і вилучив із переліку доказів цифровий диктофон «Tinu» (модель B22), на якому міститься файл, який, відповідно до висновку експерта, створений 16 липня 2013 р., із звукозаписом розмови, тривалість якої становить 49 хвилин 8 секунд, що був доданий Ш. до заяви про вчинене кримінальне правопорушення від 24 липня 2013 р.

Відповідно до гл. 21 КПК України, втручання в приватне спілкування належить до негласних слідчих (розшукових) дій, для проведення яких законом передбачені спеціальний порядок і перелік осіб їх здійснення.

Оскільки в судовому засіданні стороною обвинувачення не представлена ухвала слідчого судді (суду) про надання дозволу на тимчасове обмеження прав обвинуваченого 16 липня 2013 р., а саме під час створення файлу звукозапису розмови, суд, керуючись вимогами ст. 87 КПК України, визнає ці докази недопустимими та не використовує їх під час ухвалення

процесуального рішення в цьому кримінальному провадженні, у зв'язку із чим виключає їх із переліку доказів.

Крім того, у цьому ж кримінальному провадженні суд визнає недопустимим та вилучає з переліку доказів протокол про результати проведення негласної слідчої (розшукової) дії від 27 липня 2013 р. та матеріали, які зберігаються на карті мікро-SD, зокрема запис розмови, виходячи з того, що в судовому засіданні стороною обвинувачення було надано як доказ протокол про результати проведення негласної слідчої (розшукової) дії, згідно з яким старший оперуповноважений органів внутрішніх справ (далі – ОВС) Міністерства внутрішніх справ (далі – МВС) України розглянув матеріали негласних слідчих (розшукових) дій, проведених силами МВС України за дорученням старшого слідчого Головного слідчого управління (далі – ГСУ) МВС України в кримінальному провадженні, розпочатому за ознаками кримінального правопорушення, передбаченого ч. 4 ст. 368 Кримінального кодексу (далі – КК) України, відповідно до ст. 260 КПК України, на підставі ухвали апеляційного суду, а саме аудіо-, відеоконтролю особи. За результатами проведених заходів, відповідно до ст. 252 КПК України, отримано таку інформацію, що має значення для кримінального провадження.

Також стороною обвинувачення надано постанову прокурора відділу процесуального керівництва та підтримки державного обвинувачення в кримінальних провадженнях про корупційні злочини Генеральної прокуратури України, згідно з якою необхідно:

- 1) для отримання доказів злочинної діяльності та повного викриття схеми, пов'язаної з одержанням неправомірної вигоди ОСОБОЮ, встановлення її вини й інших можливо причетних до цього осіб здійснити контроль за вчиненням злочину шляхом

проведення спеціального слідчого експерименту у вигляді контрольованої передачі грошових коштів як неправомірної вигоди з використанням аудіо- й відеоконтролю, фотографування та застосування спеціальних технічних засобів для спостереження;

2) під час здійснення контролю за вчиненням злочину шляхом проведення спеціального слідчого експерименту застосувати спеціальні імітаційні засоби у вигляді заздалегідь ідентифікованих грошових купюр у сумі 5 000 доларів Сполучених Штатів Америки (далі – США) та, відповідно, 80 000 гривень;

3) проведення спеціального слідчого експерименту, пов'язаного з контрольованою передачею грошових коштів як неправомірної вигоди, доручити співробітникам МВС України;

4) фактичні результати спеціального слідчого експерименту використати як докази в кримінальному судочинстві.

Відповідно до ч. 1 ст. 271 КПК України, контроль за вчиненням злочину може здійснюватися в разі наявності достатніх підстав вважати, що готується вчинення або вчиняється тяжкий чи особливо тяжкий злочин, та проводиться в таких формах: 1) контрольована поставка; 2) контрольована й оперативна закупка; 3) спеціальний слідчий експеримент; 4) імітування обстановки злочину.

Згідно із ч. 4 ст. 246 КПК України, виключно прокурор має право ухвалити рішення про проведення такої негласної слідчої (розшукової) дії, як контроль за вчиненням злочину.

За ч. 8 ст. 271 КПК України, якщо під час проведення контролю за скоєнням злочину виникає необхідність тимчасового обмеження конституційних прав особи, то воно має здійснюватися в межах, які допускаються Конституцією України, на підставі рішення слідчого судді згідно з вимогами цього Кодексу.



Відповідно до ч. 1 ст. 260 КПК України, аудіо-, відеоконтроль особи є різновидом втручання в приватне спілкування, яке проводиться без її відома на підставі ухвали слідчого судді, якщо є достатні підстави вважати, що розмови цієї особи або інші звуки, рухи, дії, пов'язані з її діяльністю чи місцем перебування тощо, можуть містити відомості, які мають значення для досудового розслідування.

Отже, суд дійшов висновку, що зазначене в п. 1 резолютивної частини постанови прокурора відділу процесуального керівництва та підтримки державного обвинувачення в кримінальних провадженнях про корупційні злочини Генеральної прокуратури України про проведення контролю за вчиненням злочину, а саме те, що для отримання доказів злочинної діяльності та повного викриття схеми, пов'язаної з одержанням неправомірної вигоди ректором, встановлення його вини й інших можливо причетних до цього осіб, необхідно здійснити контроль за вчиненням злочину шляхом проведення спеціального слідчого експерименту у вигляді контрольованої передачі грошових коштів як неправомірної вигоди з використанням аудіо- й відеоконтролю, фотографування та застосування спеціальних технічних засобів для спостереження, у частині використання аудіо- й відеоконтролю, фотографування та застосування спеціальних технічних засобів для спостереження порушує вимоги ч. ч. 1 та 2 ст. 258, ст. 260, ч. 8 ст. 271 КПК України, оскільки використання аудіо- й відеоконтролю, фотографування та застосування спеціальних технічних засобів для спостереження може бути здійснене лише на підставі ухвали слідчого судді.

Стороною обвинувачення не представлена ухвала слідчого судді (суду) про надання дозволу на тимчасове обмеження прав

обвинуваченого М., а саме про надання дозволу на втручання в приватне спілкування особи, яке проводиться без її відома.

З огляду на викладене та беручи до уваги суперечливість даних, зафіксованих у протоколі про результати проведення негласної слідчої (розшукової) дії та зі встановленими в судовому засіданні обставинами, а також беручи до уваги те, що ці докази отримано внаслідок істотного порушення прав і свобод людини, суд, керуючись вимогами ст. 87 КПК України, ст. 62 Конституції України, визнає дані, отримані під час проведення контролю за вчиненням злочину, перебіг і результати якого зафіксовано в протоколі про результати проведення негласної слідчої (розшукової) дії, недопустимими та не використовує їх під час ухвалення процесуального рішення в цьому кримінальному провадженні, у зв'язку із чим видаляє їх із переліку доказів.

### **Визнання доказів недопустимими у зв'язку з порушенням процедури їх збирання**

У згаданому кримінальному провадженні суд визнає недопустимим доказом квитанцію ПАТ КБ «Приватбанк», про перерахування ОСОБОЮ\_5 на рахунок ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ «Х», відкритий в АТ «Брокбізнесбанк», коштів у сумі 40 000,00 грн. як благодійного внеску, з огляду на нижчезазначене.

Відповідно до постанови про проведення контролю за вчиненням злочину, під час здійснення контролю за скоєнням злочину шляхом проведення спеціального слідчого експерименту застосовано спеціальні імітаційні засоби у вигляді заздалегідь ідентифікованих грошових купюр, зокрема й у вигляді 5 000 доларів США. Згідно зі встановленим Національним банком України (далі – НБУ) офіційним курсом у 799,3 грн. до 100 доларів США, 5 000 доларів США становило 39 965,00 грн.

Згідно із протоколом огляду та вручення, було оглянуто та надано ОСОБІ для подальшої передачі обвинуваченому грошові кошти в розмірі 40 000 гривень, які складаються з 80 купюр номіналом 500 гривень, для подальшого їх перерахування на відповідний рахунок згідно з вимогою обвинуваченого. Стороною обвинувачення не було надано будь-яких фактичних даних, які б вказували на проведення валютно-обмінної операції 5 000 доларів США на гривню.

Водночас відповідно до акта прийому-передачі грошових коштів від оперуповноваженого в ОВС Головного управління по боротьбі з організованою злочинністю (далі – ГУБОЗ) МВС України, в ОСОБИ знайдено грошові кошти в сумі 39 995 гривень, які надійшли на її банківську картку № \*\* «Приватбанку».

З даного акта не вбачається, а стороною обвинувачення не надано будь-яких інших доказів того, що ОСОБОЮ повернуто саме ті кошти, які їй було вручено згідно із протоколом огляду та вручення, у розмірі 40 000 гривень, які складаються з 80 купюр номіналом 500 гривень. Крім того, стороною обвинувачення не наведено обґрунтування правомірності повернення ОСОБОЮ грошових коштів у меншому розмірі, ніж їй було вручено.

Вказані обставини дають підстави суду для твердження про сумнівність джерел походження грошових коштів у розмірі 40 000 гривень.

Також стороною обвинувачення не було надано будь-якого процесуального рішення про здійснення контролю за вчиненням злочину шляхом проведення спеціального слідчого експерименту, під час якого необхідно було застосувати спеціальні імітаційні засоби у вигляді заздалегідь ідентифікованих грошових купюр у сумі 40 000 гривень чи (та/або) квитанції ПАТ КБ «Приватбанк».

З огляду на зазначене, встановивши сумнівність походження такого доказу, як квитанції ПАТ КБ «Приватбанк», керуючись ч. 3 ст. 62 Конституції України, ч. 3 ст. 17, ч. 2 ст. 86 КПК України, суд визнає квитанції ПАТ КБ «Приватбанк» недопустимими доказами і не використовує їх під час ухвалення процесуального рішення по даному кримінальному провадженню, у зв'язку із чим виключає їх із переліку доказів.

### **Визнання доказів недопустимими у зв'язку з неналежним суб'єктом їх збирання**

Продовжуючи, наголосимо на тому, що в цьому ж провадженні суд визнає недопустимим та вилучає з переліку доказів цифровий диктофон «OLYMPUS VN-7600», на якому міститься один звукозапис розмови, в якій, відповідно до висновку експерта, брало участь не менше п'яти осіб, тривалість якої становить 3 години 8 хвилин 35 секунд, що був доданий ОСОБОЮ до заяви про вчинене кримінальне правопорушення, а також звукозапис розмови, в якій, відповідно до висновку експерта, брало участь не менше п'яти осіб, тривалість якої становить 3 години 8 хвилин 35 секунд, який міститься на цифровому диктофоні «OLYMPUS VN-7600».

Аналіз матеріалів кримінального провадження свідчить, що органом досудового розслідування було визнано речовим доказом і долучено до матеріалів досудового розслідування диктофон «OLYMPUS VN-7600», на якому міститься один звукозапис розмови, тривалістю 3 години 8 хвилин 35 секунд, що був доданий ОСОБОЮ до заяви про вчинене кримінальне правопорушення, водночас стороною обвинувачення зазначений запис було надано як доказ вини обвинуваченого у вчиненні злочину, передбаченого ч. 4 ст. 368 КК України.

Згідно зі ст. 84 КПК України, доказами в кримінальному провадженні є фактичні дані, отримані передбаченим цим Кодексом порядком, на підставі яких слідчий, прокурор, слідчий суддя і суд встановлюють наявність чи відсутність фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню. Процесуальними джерелами доказів є показання, речові докази, документи, висновки експертів.

Відповідно до ст. 85 КПК України, належними є докази, які прямо чи непрямо підтверджують наявність чи відсутність обставин, що підлягають доказуванню в кримінальному провадженні, та інших обставин, які мають значення для кримінального провадження, а також достовірність чи недостовірність, можливість чи неможливість використання інших доказів.

Виходячи з положень ч. 1 ст. 87 КПК України, недопустимими є докази, отримані внаслідок істотного порушення прав і свобод людини, гарантованих Конституцією та законами України.

Як вбачається з рішення Конституційного Суду України в справі від 20 жовтня 2011 р. № 1-31/2011, за конституційним поданням Служби безпеки України щодо офіційного тлумачення положення ч. 3 ст. 62 Конституції України, аналізуючи положення «обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах одержаних незаконним шляхом», Конституційний Суд України доходить висновку, що обвинувачення у вчиненні злочину не може бути обґрунтоване фактичними даними, одержаними в незаконний спосіб, а саме: з порушенням конституційних прав і свобод людини і громадянина; з порушенням встановлених законом порядку, засобів, джерел отримання фактичних даних; не уповноваженою на те особою тощо. Відповідно до п. 3.2 цього рішення, визнаватися допустимими і використовуватися як

докази в кримінальній справі можуть тільки фактичні дані, одержані відповідно до вимог кримінально-процесуального законодавства. Перевірка доказів на їхню допустимість є найважливішою гарантією забезпечення прав і свобод людини і громадянина в кримінальному процесі й ухвалення законного і справедливого рішення в справі. Конституційний Суд України чітко зазначає, що тимчасове обмеження конституційних прав і свобод громадян під час здійснення оперативно-розшукової діяльності уповноваженим органом, посадовою особою можливе лише у випадках, передбачених Конституцією України, та порядком, встановленим законами України, з метою захисту прав і свобод інших людей, в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадського порядку, економічного добробуту та прав людини; у випадках, пов'язаних з урятуванням життя людей і майна чи з безпосереднім переслідуванням осіб, які підозрюються у вчиненні злочину; з метою запобігання злочинів чи з'ясування істини під час розслідування кримінальної справи. Отже, Конституційний Суд України приходить до висновку, що подані будь-якою фізичною або юридичною особою речі або документи (фактичні дані) не відповідають вимогам допустимості доказів, якщо вони одержані з порушенням прав і основоположних свобод людини, закріплених в Конституції України, зокрема і внаслідок цілеспрямованих дій із застосуванням оперативно-розшукових заходів.

Оскільки в судовому засіданні стороною обвинувачення не представлена ухвала слідчого судді (суду) про надання дозволу на тимчасове обмеження прав обвинуваченого, а саме під час здійснення звукозапису розмови, що міститься на диктофоні «OLYMPUS VN-7600», суд, керуючись вимогами ст. 87 КПК України, визнає дані докази недопустимими і не використовує їх під час

ухвалення процесуального рішення по даному кримінальному провадженню, у зв'язку із чим виключає їх із переліку доказів.

**Визнання доказів недопустимими на підставі неналежної  
фіксації фактичних даних у протоколах  
слідчих (розшукових) дій**

Додатково необхідно зауважити, що під час дослідження в судовому засіданні відеозапису затримання й особистого обшуку обвинуваченого, наданого стороною обвинувачення, було встановлено невідповідність оголошених серій і номерів купюр серіям і номерам купюр, зазначеним у протоколі огляду та вручення.

Відповідно до ч. 1 ст. 104 КПК України, у випадках, передбачених КПК України, перебіг і результати проведення процесуальної дії фіксуються в протоколі. П. 2 ч. 3 ст. 104 КПК України встановлює, що описова частина протоколу повинна містити відомості про: 1) послідовність дій; 2) отримані в результаті процесуальної дії відомості, важливі для цього кримінального провадження, в тому числі виявлені та/або надані речі і документи. Заключна частина протоколу, відповідно до п. 3 ч. 3 ст. 104 КПК України, повинна містити вилучені речі і документи та спосіб їх ідентифікації.

У судовому засіданні свідок, який був слідчим і проводив досудове розслідування, зазначив, що вищезгадані невідповідності даних, викладених у протоколах процесуальних дій, є технічними помилками під час їх складання, викликаними перевтомленістю та великим навантаженням на роботі.

Суд не бере до уваги такі обґрунтування невідповідності грошових купюр, оглянутих і виданих потерпілому, вилучених під час особистого обшуку обвинуваченого, зафіксованих у протоколі

особистого обшуку обвинуваченого, зафіксованих на відеозапису проведення особистого обшуку обвинуваченого та переданих на експертне дослідження, оскільки Кримінальний процесуальний кодекс України не містить будь-якої норми, яка б дозволяла слідчому, прокурору або іншій уповноваженій особі, яка проводить ту чи іншу процесуальну дію, вносити до відповідних процесуальних документів, які фіксують перебіг і результати даної процесуальні дії, недостовірних, спотворених, неправдивих тощо відомостей, внаслідок перевтомлення, завантаженості, хвороби або будь-яких інших суб'єктивних обставин.

### **Визнання доказів недопустимими у зв'язку з порушенням права на захист**

Також суд визнає недопустимим та вилучає з переліку доказів протокол особистого обшуку підозрюваного, який було проведено в службовому кабінеті, за участю підозрюваного, старших оперуповноважених в ОВС ГУБОЗ МВС України, у присутності понятих, на підставі ухвали слідчого судді, згідно з яким під час особистого обшуку підозрюваного в останнього було виявлено три пачки грошових купюр, а саме: одна пачка з купюрами номіналом по 500 грн. і дві пачки з купюрами номіналом по 200 грн., де під час просвітлення вказаних пачок грошових купюр люмінесцентною лампою на кожній пачці виявлено наявність люмінесцентної речовини зеленого кольору, зважаючи на нижчезазначене.

Будь-яких обґрунтувань відсутності в перелічених у протоколі серій і номерів 25 банкнот номіналом 500 гривень та 36 банкнот номіналом 200 гривень, які можна було б взяти до уваги і прийняти як вмотивовані, стороною обвинувачення надано не було.



У даному разі, на переконання суду, має місце отримання доказів із порушенням встановленого КПК України порядку.

На думку суду, щоб забезпечити допустимість доказів, необхідно попередити появу ознак недопустимості, завчасно усунути підстави для визнання доказів недопустимими. Якщо допустимість доказів забезпечує повноту і достовірність доказового матеріалу як необхідну умову використання їх у доказуванні, то, виходячи зі змісту ст. ст. 86-89 КПК, дотримання правил допустимості передусім має бути важливим засобом охорони та захисту прав особи. Визнання доказів недопустимими по суті має значення санкції за порушення прав людини і громадянина під час отримання доказів.

Згідно з Інформаційним листом Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 5 жовтня 2012 р. № 223-1446/0/4-12 «Про деякі питання порядку здійснення судового розгляду в судовому провадженні у першій інстанції відповідно до Кримінального процесуального кодексу України», відомості, матеріали та інші фактичні дані, отримані органом досудового розслідування в непередбаченому процесуальним законом порядку чи з його порушенням (заклучна частина протоколу, згідно із ч. 3 ст. 104 КПК України, повинна містити відомості про вилучені речі і документи та спосіб їх ідентифікації, що не було дотримано під час складання протоколу) є недопустимими.

Відповідно до ч. 3 ст. 208 КПК України, слідчий може здійснити обшук затриманої особи з дотриманням правил, передбачених ч. 7 ст. 223, ст. 236 КПК України.

Отже, відповідно до ч. 3 ст. 208 КПК України, слідчий міг здійснити обшук лише затриманої особи, а не особистих речей,

яких немає у цієї особи і які з нею на момент затримання безпосередньо не контактували.

Крім того, у судовому засіданні встановлено, що під час затримання, до проведення особистого обшуку, після оголошення слідчим процесуальних прав і обов'язків підозрюваного ОСОБА, яка на той момент мала процесуальний статус підозрюваного, виявила бажання мати захисника.

Так, рішенням у справі Салдуза проти Туреччини від 27 листопада 2008 р. № 36391/0/ встановлено, що: «<...> на стадії розслідування для підготування процесу кримінальною розгляду справи обвинувачений часто опиняється в особливо вразливому становищі <...>. У більшості випадків компенсувати належним чином цю вразливість можна лише допомогою з боку юриста, чие завдання полягає, між іншим, і в тому, щоб сприяти дотриманню права обвинуваченого не свідчити проти самого себе <...> право затриманого на доступ до правової допомоги є однією з основних гарантій проти жорстокою поведінки <...>».

У своїх показаннях, наданих у судовому засіданні, свідок, який був слідчим по даному кримінальному провадженню та проводив затримання і особистий обшук підозрюваного, зазначив, що, незважаючи на те, що підозрюваний виявив бажання мати захисника, він продовжив особистий обшук, оскільки вважав дану процесуальну дію невідкладною і будь-яка затримка з її проведенням могла звести нанівець мету даної процесуальної дії. У своїх діях будь-якого порушення права на захист не вбачає.

Свідок визнав, що підозрюваному не було надано захисника на першу його про те вимогу. Свідок пояснив це тим, що обшук відбувався безпосередньо після затримання, а адвокату потрібен час для того, щоб прибути. Отже, обвинувачений був позбавлений

можливості маги повноцінну правову допомогу, що є неприпустимим, а також є порушенням прав підозрюваного.

Так. ч. 2 ст. 46 КПК України передбачено, що коли підозрюваний, обвинувачений виступає проти проведення процесуальної дії за відсутності захисника, проведення процесуальної дії відкладається або для її проведення залучається захисник у порядку ст. 53 КПК України.

Також, за показаннями свідка, перед другим обшуком з'явився адвокат підозрюваного, однак слідчий, повторно порушуючи права підозрюваного, вирішив не допускати захисника, оскільки вважав, що «після половини слідчих дій це є непотрібним».

Рішенням Європейського суду із прав людини в справі Джон Мюррей проти Сполученого Королівства від 8 лютого 1996 р. № 18731/91 визначається: «Відмова в доступі до адвоката упродовж перших 48 годин у ситуації, коли правам захисту може бути завдано непоправної шкоди – хоч би яким було виправдання для такої відмови – є несумісною із правами обвинуваченого, які надає йому ст. 6 Конвенції»

На переконання суду, вказані слідчим обґрунтування порушення права підозрюваного на захист під час проведення процесуальної дії, за результатами якої було складено протокол, є надуманими і непереконаливими, оскільки, як встановлено в судовому засіданні, під час здійснення даної процесуальної дії підозрюваний не перешкоджав її проведенню, а його дії контролювалися уповноваженими особами.

Крім того, відповідно до ч. 3 ст. 104 КПК України, вступна частина протоколу має містити відомості про всіх осіб, які присутні під час проведення процесуальної дії (прізвища, імена, по батькові, дати народження, місця проживання). Як видно з відеозапису, який надалі було долучено до даного протоколу, у

приміщенні службового кабінету під час проведення даної процесуальної дії перебувають сторонні особи, відомості про яких у протоколі процесуальної дії не відображені, які здійснювали відеофіксацію перебігу та результатів процесуальної дії, а також надавали вказівки та пропозиції слідчому, який проводив дану процесуальну дію.

З огляду на зазначене та зважаючи на те, що протокол особистого обшуку підозрюваного, який було проведено в службовому кабінеті, згідно з яким під час особистого обшуку підозрюваного в останнього було виявлено три пачки грошових купюр, а саме: одну пачку з купюрами номіналом по 500 грн. і дві пачки з купюрами номіналом по 200 грн., де під час просвітлення вказаних пачок грошових купюр люмінесцентною лампою на кожній із них виявлено наявність люмінесцентної речовини зеленого кольору, було складено з істотними порушеннями ст. 104 КПК України, він містить спотворені відомості щодо результатів проведення даної процесуальної дії, які було отримано внаслідок істотного порушення прав і свобод людини, а саме – порушено право на захист підозрюваного, керуючись ст. ст. 62 та 63 Конституції України, ч. 2 ст. 87 КПК України, докази, а саме – протокол особистого обшуку підозрюваного та дані, які містяться в ньому, суд визнає недопустимими, оскільки вони отримані з порушенням вимог Кримінального процесуального кодексу України, зокрема, внаслідок істотного порушення прав і свобод людини, гарантованих Конституцією та законами України, міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, і не використовує їх під час ухвалення процесуального рішення в даному кримінальному провадженні, у зв'язку із чим виключає їх із переліку доказів.

## **Визнання доказів недопустимими у зв'язку з неналежною фіксацією фактичних даних і подальшим зберіганням носія інформації**

Також суд визнає недопустимим і вилучає з переліку доказів протокол огляду компакт-диска та відеозаписів, що містяться на ньому, та додаток до протоколу огляду компакт-диска і відеозаписів, що містяться на ньому.

У судовому засіданні стороною обвинувачення не було доведено те, що файл із відеозаписом, який міститься на компакт-диску для лазерних систем зчитування «Verbatium DVD-R», які було записано свідком, створені (здійснені) та зберігалися відповідно до вимог Кримінального процесуального кодексу України, а також є оригіналом відеозапису та не містить ознак монтажу чи іншого втручання, а також не доведено правомірність і джерела їх створення.

З огляду на зазначене, керуючись ч. 2 ст. 86 КПК України, суд визнає: протокол огляду компакт-диску та відеозаписів, що містяться на ньому, згідно з яким було оглянуто компакт-диск для лазерних систем зчитування «Verbatium DVD-R», на якому записано файли з відеозаписом затримання та фрагментів обшуку в службовому кабінеті підозрюваного, які були записані свідком за допомогою цифрової відеокамери «Canon Lergria», а надалі переписані з картки накопичувача відеокамери на його робочий комп'ютер, а потім – з робочого комп'ютера на компакт-диск, і додаток до протоколу огляду компакт-диску та відеозаписів, що містяться на ньому, а саме: компакт-диск для лазерних систем зчитування «Verbatium DVD-R», наданий свідком, – недопустимими доказами і не використовує їх під час ухвалення процесуального рішення в даному кримінальному провадженню, у зв'язку з чим виключає їх із переліку доказів.

## **Окремі проблеми визнання допустимості цифрових доказів**

У контексті останнього абзацу особливу увагу необхідно звернути на визначення допустимості чи недопустимості цифрових доказів, що, як свідчить практика, викликає значні труднощі під час судового розгляду кримінальних проваджень.

Використання інформації, що отримана за допомогою сучасних електронних засобів, потребує з'ясування сутності, адже вона має унікальні особливості, що відрізняють її від усіх форм представлення інформації, які були раніше та є звичними для оперативних працівників і слідчих: існує в нематеріальному вигляді; зберігається на відповідному носії, оперативній пам'яті ЕОМ або каналі зв'язку, який є тимчасовим носієм; для її сприйняття та дослідження необхідне використання програмно-технічних засобів; має здатність до дубляжу, тобто копіювання або переміщення на іншій носій без втрати своїх характеристик [13]. Як зазначає професор В. В. Лисенко, проблематичними сторонами цього напряму є також встановлення такої інформації, її фіксація та вилучення, експертні дослідження і подальше використання під час досудового слідства та розгляду кримінальної справи в суді. Причинами цього є як об'єктивні чинники (складність отримання такої інформації, потреба використання допомоги спеціалістів у сфері інформаційних технологій, відсутність у розпорядженні правоохоронних органів спеціальної техніки), так і суб'єктивні (відсутність спеціальної підготовки та власного досвіду правоохоронних органів із питань інформаційних технологій, систем передавання інформації тощо) [6]. Означена позиція може бути підтримана частково, оскільки проблематика виявлення та фіксації цифрової інформації дістала вирішення на рівні наукових досліджень і методичних

рекомендацій. Ключовою перешкодою, що сьогодні унеможлиблює її використання як доказу, є відсутність експертних методик її ідентифікації й аутентифікації. Так, створивши відповідний цифровий об'єкт, скопіювавши його на інших носій, на базі наявних методик дослідження неможливо визначити який, із цих об'єктів є початковим (оригіналом), оскільки в інформаційному аспекті фіксація такої інформації зазвичай не пов'язана з її перекодуванням, не відбувається і її відділення від початкового носія, оскільки є можливість створення точної копії [2]. Складним для визначення є місце цифрової інформації в загальній системі доказів, що розроблена наукою кримінально-процесуального права. Розвиток наукових поглядів і вироблення окремих практичних рішень щодо форми зовнішнього вираження інформації призвели до конфлікту із традиційною концепцією доказів, якою оперує кримінально-процесуальна наука в поясненні змісту та форм представлення інформації. У дослідженні цифрової інформації та її оцінці судом носій не має першочергового значення, оскільки сутність інформації залишається константною незалежно від типу матеріального носія. Схожа позиція простежується і в роботах інших учених, які зазначають, що, хоча вилучається і відповідним чином фіксується носій, доказом у справі буде саме інформація, що міститься на ньому [5]. На жаль, вступаючи в логічні суперечності зі своїми судженнями, вчені також визначають комп'ютерну інформацію як речовий доказ. Окрім того, необхідно зазначити, що на сучасному етапі в значній кількості ситуацій, які виникають під час документування окремих видів злочинної діяльності, зокрема й розповсюдження порнографічної продукції в мережі Інтернет, працівники оперативних підрозділів не

вилучають носії інформації, а фіксують відповідні дані на власних носіях.

Аналіз науково-практичних джерел закордонних країн свідчить про широке використання терміна «digitale vidence» («цифрові докази»), які варто розуміти як будь-які збереженні дані або дані, що передаються з використанням комп'ютера, і підтримують або спростовують намір чи алібі. Цифрові дані виявляються дуже корисними в розслідуванні злочинів, оскільки є текстовою, графічною, звуковою та відеоінформацію [15]. Експертами Scientific Working Group on Digital Evidence було запропоновано термін «цифрові докази» розуміти як будь-яку інформацію доказового значення, яка зафіксована чи передана в цифровій формі [16]. У кримінальному процесі доказ повинен відповідати двом вимогам, які висуваються до його змісту та форми, – відносності та допустимості. Закономірно, що такими ознаки повинен мати і цифровий доказ, що, на нашу думку, може забезпечуватися коректністю фіксації та подальшою незмінністю цифрової інформації. Здається, що означене питання потребує більш детального розгляду. Можливість оперативно змінювати зміст сайту, фізичне розташування серверів на території інших держав, використання анонімних програмних пакетів є чинниками, які суттєво ускладнюють можливість фіксації цифрової інформації. Особливої гостроти ця проблема набуває у зв'язку з тим, що встановлення факту такого порушення є чи не найбільш значущим складником процесу доказування у відповідних справах. Серед прийомів закріплення відомостей, розміщених в мережі Інтернет, щоб їх можна було використати як докази, можна назвати отримання від провайдера копії файлів, що формують web-сайт. Відповідні носії таких файлів можна долучити до кримінальної справи як докази.



Розвиваючи означені положення, зазначимо, що, на нашу думку, ключовим чинником є коректна фіксація інформації, яка може здійснюватися автоматично за допомогою спеціального програмного забезпечення та за участю відповідного суб'єкта (працівника оперативного підрозділу, фахівця).

У кожній із цих ситуацій необхідним є висунення відповідних вимог до коректності фіксації інформації. Так, будь-яке програмне забезпечення може містити помилки, які можна розділити на систематичні та спорадичні, тобто епізодичні та нерегулярні. Аналіз роботи окремих видів програмного забезпечення свідчить, що ймовірність помилки в програмному забезпеченні залежить від його виробника. Саме тому необхідне використання програмного забезпечення, яке сертифіковане, хоча це також не усуває можливість помилки. Проте ймовірна можливість помилки програмного забезпечення не може апріорно бути чинником, що спростовує зафіксовану за його допомогою цифрову інформацію.

Виявлена помилка має відповідати трьом ключовим умовам:

- підтверджуватися службою технічної підтримки виробника програмного забезпечення, його уповноваженого представника або компетентної організації, яка вивчає й узагальнює помилки та недоліки програмного забезпечення;

- помилка має безпосередньо стосуватися фіксації інформації, а отже, бути такою, що могла призвести до її модифікації, що підтверджується висновком експерта;

- модифікувала під час фіксації саме ту інформації, що має значення для доказування, що підтверджується висновком експерта.

Дещо інші вимоги до коректності фіксації інформації необхідно визначити в разі покрокової фіксації необхідної

інформації оперативним працівником, зокрема й з використання відповідних програмних продуктів. Так, для закріплення як доказів цифрової інформації, яка отримана внаслідок проведення оперативно-розшукових заходів, потрібне виконання принаймні трьох умов. По-перше, необхідно здійснити оформлення всіх необхідних документів, що підтверджують правові підстави, окреслюють коло суб'єктів і умови фіксації даних відповідно до чинного законодавства України. По-друге, під час фіксації необхідно уникнути можливих фізичних дефектів відповідного носія та забезпечити максимально високу якість фіксації для можливості подальшого експертного дослідження такої інформації. По-третє, у разі відсутності в працівника оперативного підрозділу необхідних спеціальних технічних знань і навичок роботи з апаратними засобами та програмним забезпеченням повинні залучатися спеціалісти, здатні кваліфіковано поводитися з ними і згодом підтвердити технічну можливість і факт отримання таких відомостей у судовому засіданні.

У практичній діяльності оперативних підрозділів можуть виникати оперативно-тактичні ситуації, коли оперативний підрозділ із технічних причин не зможе представити слідчому чи суду носій, на якому було зафіксовано цифрову інформацію, що отримана в результаті проведення оперативно-розшукових заходів (далі – ОРЗ). У такому разі, як зазначає Є. А. Доля, можна формувати докази копіюванням інформації на даному носії із застосуванням відповідних технічних засобів. Копія означеного носія із супровідним документом, що містить відомості не лише про те, під час проведення якого оперативно-розшукового заходу був отриманий оригінал вказаного носія, але і про дату, місце, час копіювання, характеристики технічних засобів і носіїв, що

використовувалися для цього, повинні бути надані в орган досудового слідства чи суд [3].

У даному разі гостро постає проблема збереження цілісності інформації. Є декілька моделей апаратних і програмних копіювальників носіїв цифрової інформації. Так, до найбільш поширених програмних засобів можна віднести: «EnCase», «FTK», «SMART», «dd», «NED». Копіюванням називається побітова копія, «сектор у сектор», «bitstream image». Аналогічні методики набули значного поширення за кордоном. Так, у поліції Німеччини поширеним є метод Perkeo, важливою особливістю якого є надійне забезпечення цілісності інформації під час документування злочинної діяльності, що в подальшому дозволяє її використання в кримінальному судочинстві, який забезпечує копіювання інформації біт за бітом і завдяки цьому унеможлиблює її модифікацію в майбутньому.

Коли копіювання файлів проводиться за схемою «сектор у сектор», досить важливо, щоб цільовий носій, на який копіюється інформація, був попередньо очищений. Тобто всі його сектори без винятку мають бути перезаписані нулями або випадковими бітами. Інакше під час дослідження такого носія фахівець, вивчаючи копію одного диска, знайде там залишки попередньої копії. Водночас факт очищення всіх секторів цільового носія доцільно фіксувати в протоколі. Окрім того, під час копіювання корисно вираховувати хеш – функції або контрольні суми секторів, що копіюються, і заносити їх до протоколу.

В окремих ситуаціях, зокрема, коли об'єкти сфери високих інформаційних технологій використовувалися як засоби зв'язку злочинців, для розповсюдження порнографічних предметів, розміщення інформації про продаж заборонених товарів тощо, виникає необхідність надання статусу доказів інформації, яка

розміщена в мережі Інтернет. Сьогодні на фрагментарному рівні практикою вироблені окремі методи фіксації змісту web-сайту для подальшого використання в кримінальному судочинстві, а саме:

- роздруківка веб-сторінки через браузер;
- роздруківка та подання рапорту працівником міліції;
- огляд веб-сайту оперативним працівником у присутності понятих;
- аналогічний огляд разом зі спеціалістом;
- відповідь провайдера на запит щодо змісту сайту.

Проаналізувавши напрацювання закордонних дослідників, деякі науковці виокремлюють такі принципи належності цифрових доказів:

– *допустимість*. Докази мають бути збережені та зібрані так, щоб вони могли використовуватися в суді. Наслідком помилок може бути визнання частини доказів недопустимими;

– *справжність*. Докази мають бути релевантними щодо справи, експерт-криміналіст повинен мати можливість оцінити справжність доказів;

– *повнота*. Цей принцип полягає в тому, що наведені докази мають проілюструвати всю картину подій, які сталися.

– *надійність*. Сутність цього принципу полягає в тому, що будь-які зібрані докази мають бути надійними і ця їхня характеристика залежить від обраних інструментів і методології, підґрунтям для надання переваги яким є науковий підхід;

– *зрозумілість та правдоподібність*. Цей принцип полягає в тому, що судовий експерт має чітко та лаконічно пояснити, які прийоми він використовував під час дослідження доказів, яким чином була збережена цілісність даних. Докази мають піддаватися легкому поясненню і бути правдоподібними [8].

Частково підсумовуючи, можна зазначити, що інформація, отримана за допомогою сучасних електронних засобів, характеризується: наявністю в нематеріальному вигляді; зберіганням на відповідному носії чи оперативній пам'яті ЕОМ; необхідністю використання програмно-технічних засобів для її сприйняття та дослідження; здатністю до дубляжу (копіювання чи переміщення на інший носій без втрати характеристик). Означена інформація по своїй суті є цифровою. Ключовим чинником її використання в кримінальному судочинстві є коректна фіксація та подальша незмінність. У кожній ситуації необхідним є дотримання відповідних вимог до коректності фіксації інформації. Будь-яке програмне забезпечення може містити помилки, які можна класифікувати на систематичні та спорадичні (епізодичні, нерегулярні). Виявлена помилка повинна відповідати трьом умовам: підтверджуватися службою технічної підтримки виробника програмного забезпечення, його уповноваженого представника або компетентної організації, яка вивчає та узагальнює помилки та недоліки програмного забезпечення; помилка має безпосередньо стосуватися фіксації інформації, а отже, бути такою, що могла призвести до її модифікації, що підтверджується висновком експерта; модифікувала під час фіксації саме ту інформації, яка має значення для доказування, що підтверджується висновком експерта.

Незмінність цифрової інформації забезпечується її побітовим копіюванням за принципом «сектор у сектор». Копіюванню інформації передуючи очищення всіх секторів цільового носія з урахуванням хеш-функції або контрольної суми секторів з обов'язковою вказівкою на це в протоколі.

## Висновки

Підбиваючи підсумки, необхідно звернути увагу на те, що, незважаючи на оновлення кримінального процесуального законодавства, практика його застосування свідчить про суттєві порушення та недоліки під час збирання доказів органами досудового розслідування. Серед ключових недоліків, за результатами узагальнення матеріалів практики, можна виокремити:

- істотне порушення прав людини під час збирання доказів, особливо в контексті проведення інтрузивних негласних слідчих (розшукових) дій;

- порушення процедури збирання доказів;

- визнання доказами фактичних даних, зібраних неналежним суб'єктом;

- неналежна фіксація фактичних даних у процесуальних документах;

- порушення права на захист під час збирання доказів;

- неналежна фіксація доказів і подальше зберігання носія доказової інформації.

Окремо необхідно звернути увагу на нагальну потребу формування та закріплення в КПК України поняття та чітких критеріїв допустимості як доказів у кримінальному провадженні цифрової інформації, яка в окремих категоріях кримінальних проваджень має значну питому вагу в структурі фактичних даних, які можуть бути використанні як докази.

### **Список використаних джерел:**

1. Басай Н.М. Визнання доказів недопустимими у кримінальному процесі України: підстави, процесуальний порядок, правові наслідки: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Одеса, 2012. 20 с.
2. Воронов І.О. Організаційно-тактичні основи протидії злочинам у сфері високих інформаційних технологій: монографія. Одеса: ОДУВС, 2010. 216 с.
3. Доля Е.А. Формирование доказательств на основе результатов оперативно-розыскной деятельности: монография. М.: Проспект, 2009. 376 с.
4. Кайло І.Ю. Допустимість доказів у кримінальному процесі України: дис.... канд. юрид. наук: 12.00.09. Харків, 2016. 218 с.
5. Котляревський О.І., Киценко Д.М. Комп'ютерна інформація як речовий доказ у кримінальній справі. Інформаційні технології та захист інформації. 1998. Вип. 2. С. 48-54.
6. Лисенко В.В., Лисенко О.В. Проблеми використання у кримінальному судочинстві інформації, що міститься у електронному вигляді. Напрями удосконалення протидії правопорушенням у сфері господарської діяльності: зб. наук. праць за матеріалами міжнар. наук.-практ. конф., Київ, 26–27 листопада 2010 р. К., 2010. С. 243-249.
7. Литвин О.В. Кримінально-процесуальне доказування у стадії судового розгляду: дис.... канд. юрид. наук: 12.00.09. Одеса, 2015. 214 с.
8. Марков В.В., Савченко Р.Р. Принципи належності електронних доказів, отриманих з мобільних пристроїв. Право і безпека. 2014. № 1. С. 89-95.

9. Осетрова О.С. Визнання доказів недопустимими у кримінальному провадженні: дис.... канд. юрид. наук: 12.00.09. Київ, 2016. 216 с.

10. Панова А.В. Визнання доказів недопустимими у кримінальному провадженні: дис.... канд. юрид. наук: 12.00.09. Харків, 2016. 226 с.

11. Рожнова В.В. Недопустимість доказів у кримінальному провадженні. Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ України. 2013. № 1. С. 301--306.

12. Тютюник В.В. Інститут допустимості доказів як гарантія ухвалення законного та обґрунтованого вироку суду: дис.... канд. юрид. наук: 12.00.09. Харків, 2015. 220 с.

13. Цехан Д.М. Правові аспекти використання цифрової інформації як доказу у кримінальному судочинстві. Процесуальні, тактичні та психологічні проблеми, тенденції та перспективи вдосконалення досудового слідства: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., Одеса, 30 травня 2008 р. Одеса, 2008. С. 206-209.

14. Чупрікова І.Л. Допустимість доказів у світлі нового Кримінального процесуального кодексу: дис.... канд. юрид. наук: 12.00.09. Одеса, 2015. 191 с.

15. Casey E. Digital evidence and computer crime: forensic scene, computer, and the Internet. 2<sup>nd</sup> ed. Amsterdam: Elsevier Academic Press, 2004. 690 p.

16. Scientific Working Group on Digital Evidence. URL: [http // www.swgde. org/](http://www.swgde.org/).



**Ковальчук С.О.,**  
кандидат юридичних наук, доцент,  
доцент кафедри кримінальної юстиції  
Чернівецького юридичного інституту  
Національного університету «Одеська юридична академія»

## **ДЕПОНУВАННЯ РЕЧОВИХ ДОКАЗІВ: ДОКТРИНАЛЬНА МОДЕЛЬ НОВОГО СУБІНСТИТУТУ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА**

### **Вступ**

У зв'язку з необхідністю забезпечення можливості використання під час судового провадження доказів, сформованих під час досудового розслідування, у доктрині кримінального процесу поширилися дослідження проблем депонування доказів, які набули особливої актуальності із закріпленням у вітчизняному кримінальному процесуальному законі норм, присвячених врегулюванню підстав і процесуального порядку допиту свідка, потерпілого під час досудового розслідування в судовому засіданні (ст. 225 Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) України). Сьогодні депонування доказів розглядається як самостійний інститут кримінального процесуального права, що притаманний як англо-американській, так і романо-германській правовим системам [13, с. 195], та застосовується в межах різних правових режимів: 1) депонування показань у досудовому провадженні з метою виявлення доказів у справі; 2) депонування (зберігання) доказів із метою ознайомлення з ними в суді; 3) депонування доказів на підставі неможливості їх подання в суді; 4) депонування показань на підставі гарантування безпеки свідка [3, с. 159; 4, с. 8].

Вітчизняні та закордонні вчені доволі неоднозначно підходять до окреслення змісту зазначеного інституту кримінального

процесуального права, визначаючи його або як інститут депонування доказів [2, с. 14; 12, с. 40; 13, с. 195; 16, с. 39], або як інститут депонування показань [4, с. 98; 8, с. 303; 14, с. 196]. На відміну від прихильників другої з наведених позицій, прибічники першої не обмежують депонування доказів суто показаннями, пропонують поширити його на інші докази [7], зокрема на речові докази [6, с. 110; 11, с. 93; 12, с. 40] і документи [18, с. 151], та обґрунтовують доцільність закріплення в кримінальному процесуальному законі окремої глави, присвяченої депонуванню слідчим суддею доказів, яка складається із двох статей: «Депонування показань» і «Депонування слідчим суддею інших доказів» [7].

Аналізуючи наведені позиції, потрібно зазначити, що в загальнотеоретичній юриспруденції інститут права прийнято розуміти як «систему відносно відособлених правових норм у рамках певної галузі (галузей) права, що регулюють окрему групу (вид) взаємозалежних суспільних відносин» [17, с. 304], а також характеризувати правовий інститут за такими притаманними йому ознаками: 1) за однорідністю фактичного змісту; 2) за юридичною єдністю (комплексністю) норм; 3) за законодавчою відособленістю [1, с. 137-138]. Характеризуючи за наведеними ознаками норми ст. 225 КПК України, присвяченої допиту свідка, потерпілого під час досудового розслідування в судовому засіданні, потрібно вказати на те, що їхня система регулює взаємозалежні й однорідні за своїм фактичним змістом кримінальні процесуальні відносини, які виникають між відповідними учасниками кримінального провадження під час депонування показань, подальшого дослідження депонованих показань та їх оцінки. Юридична єдність норм ст. 225 КПК України полягає в тому, що вони є єдиною та цілісною системою

норм кримінального процесуального права, які лише у своїй сукупності здатні забезпечити комплексне регулювання вказаних кримінальних процесуальних відносин. Норми, присвячені допиту свідка, потерпілого під час досудового розслідування в судовому засіданні, характеризуються законодавчою відособленістю, оскільки набули закріплення в окремій статті КПК України. Відповідність норм кримінального процесуального закону, присвячених допиту свідка, потерпілого під час досудового розслідування в судовому засіданні, ознакам правового інституту дозволяє розглядати депонування показань як самостійний інститут кримінального процесуального права.

Правовий режим депонування дозволяє перенести процес дослідження речових доказів у стадію досудового розслідування за участі слідчого судді та сторін кримінального провадження [11, с. 93], у зв'язку із чим його застосування у вказаній стадії кримінального провадження до речових доказів<sup>3</sup>, як і його здійснення на підставах і в порядку, визначених ст. 225 КПК України до показань, з одного боку, посилить реалізацію в ній засади змагальності сторін, а з іншого – сприятиме реалізації під час досудового розслідування та судового провадження засади безпосередності дослідження показань, речей і документів. Здійснення під час досудового розслідування депонування речових доказів і документів та їх використання в доказуванні під час судового провадження можливе лише за умови внесення до кримінального процесуального закону доповнень, які б, по-перше, визначали депонування речових доказів і документів як виняток із засади безпосередності дослідження показань, речей і документів; по-друге, врегульовували підстави і процесуальний

---

<sup>3</sup> Аналіз доцільності застосування депонування під час досудового розслідування до документів у межах цього дослідження не проводитиметься, оскільки не охоплюється його предметом.

порядок проведення їх огляду під час досудового розслідування в судовому засіданні; по-третє, передбачали процесуальний порядок дослідження під час судового провадження депонованих речових доказів і документів та визначали особливості їх оцінки судом. Внесення таких доповнень до КПК України дозволить: 1) розглядати депонування доказів як самостійний інститут кримінального процесуального права, що регулюватиме кримінальні процесуальні відносини, які виникають між відповідними учасниками кримінального провадження в процесі депонування показань, речових доказів і документів, подальшого дослідження депонованих показань, речових доказів і документів та їх оцінки судом; 2) з урахуванням розуміння субінституту права як сукупності норм права, що відображає деякі особливості регулювання конкретного виду суспільних відносин, які перебувають у межах складного інституту [17, с. 306], виділити депонування показань, депонування речових доказів і депонування документів як субінститути вказаного інституту кримінального процесуального права.

До структури субінституту депонування речових доказів доцільно включити норми, які б визначали: 1) підстави проведення їх огляду під час досудового розслідування в судовому засіданні; 2) процесуальний порядок депонування речових доказів; 3) процесуальний порядок дослідження депонованих речових доказів під час судового провадження; 4) особливості оцінки депонованих речових доказів судом.

### **Підстави депонування речових доказів під час досудового розслідування**

Підстави проведення огляду речових доказів під час досудового розслідування в судовому засіданні в доктрині

кримінального провадження чітко не визначаються. Зокрема, Д. В. Давидова як підставу депонування речових доказів розглядає неможливість безпосереднього дослідження речових доказів під час судового провадження, проведення стороною захисту контрекспертизи або судом за власною ініціативою повторної чи додаткової експертизи внаслідок можливого повного використання під час провадження окремих видів експертиз об'єктів, поданих на експертизу [6, с. 110]. Аналіз висловленої І. О. Крицькою позиції щодо доцільності застосування інституту депонування до речових доказів під час досудового розслідування в межах різних правових режимів дозволяє стверджувати, що вона до підстав їх депонування відносить: 1) забезпечення можливості дослідження під час судового розгляду речових доказів, одержаних стороною захисту в процесі досудового розслідування; 2) неможливість подання в судове провадження речових доказів через їх можливе знищення або повне витрачання під час досудового розслідування; 3) забезпечення стороні захисту можливості проведення альтернативної експертизи [12, с. 40].

Аналізуючи наведені позиції, необхідно вказати, що депонування речових доказів як процес їхнього формування під час досудового розслідування слідчим суддею за участі сторін кримінального провадження підлягає застосуванню у випадках, які можуть унеможливити їх дослідження під час судового провадження через наявність об'єктивних причин. Обґрунтованою є позиція Т. В. Хмельницької, яка вказує на можливість здійснення депонування досудових доказів лише у виняткових випадках, наприклад, за наявності реальної загрози втрати доказів до того, як судовий розгляд буде розпочато [18, с. 151]. Відзначаючи винятковий характер депонування речових доказів,

необхідно погодитися з підходом законодавця, який у ч. 1 ст. 225 КПК України відзначає винятковість випадків депонування показань і водночас наводить відкритий перелік обставин, що можуть унеможливити допит свідка, потерпілого в суді або вплинути на повноту чи достовірність його показань [10], та з їх урахуванням визначити підстави для депонування речових доказів.

По-перше, депонування речових доказів повинно здійснюватися в передбачених нормами кримінального процесуального закону та підзаконних нормативно-правових актів виняткових випадках, які унеможливають їх дослідження в суді. Зокрема, до таких випадків належать: 1) можливість передачі речових доказів, визначених ч. 6 ст. 100 КПК України, для реалізації, технологічної переробки або знищення; 2) можливість пошкодження чи знищення речових доказів порядком, закріпленим п. 4.12 Інструкції про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень, затвердженої наказом Міністерства юстиції України від 8 жовтня 1998 р. № 53/5 (у редакції наказу Міністерства юстиції України від 26 грудня 2012 р. № 1950/5) [10; 15]. У зв'язку із цим депонування може застосовуватися до отриманих під час досудового розслідування сторонами кримінального провадження, потерпілим, представником юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, речових доказів у випадках, за яких заздалегідь наявна можливість їх втрати.

По-друге, потрібно звернути увагу на можливість втрати будь-якого речового доказу, у зв'язку із чим заздалегідь встановити реальність загрози втрати того чи іншого речового доказу не вбачається можливим, за винятком наведеного кола нормативно закріплених випадків. Тому депонування може застосовуватися

до отриманих під час досудового розслідування сторонами кримінального провадження, потерпілим, представником юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, речових доказів за наявності не лише заздалегідь існуючої можливості їх втрати, але й інших обставин, які можуть унеможливити огляд речових доказів у суді внаслідок їх втрати або вплинути на достовірність речових доказів внаслідок зміни їхнього стану, фальсифікації тощо. Вказане свідчить про неможливість визначення вичерпного переліку випадків, які можуть зумовлювати необхідність депонування речових доказів, що вказує на доцільність нормативного закріплення відкритого їх переліку.

По-третє, депонування речових доказів необхідно розглядати як гарантію забезпечення права сторони захисту, потерпілого, представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, збирати докази шляхом здійснення дій, які здатні забезпечити подання суду належних і допустимих доказів, і подавати їх суду (п. 2 ч. 4 ст. 42, ч. 5 ст. 44, ч. 4 ст. 46, п. 3 ч. 1 ст. 56, ч. 4 ст. 58, ч. 2 ст. 59, п. 3 ч. 3 ст. 61–1, ч. ч. 3 ст. 93 та інші КПК України) [10]. У зв'язку із цим депонування може застосовуватися до речових доказів, отриманих вказаними учасниками кримінального провадження під час досудового розслідування.

### **Процесуальний порядок депонування речових доказів під час досудового розслідування**

Процесуальний порядок депонування речових доказів, як і підстави застосування вказаної процесуальної процедури, у доктрині кримінального процесу не визначається. Водночас, розглядаючи процесуальний порядок депонування показань, вчені зазначають, що він охоплює: 1) порядок заявлення й обговорення

клопотання про депонування показань; 2) процесуальний порядок депонування показань; 3) порядок протоколювання депонованого показання [4, с. 98]. Загалом, наведена позиція відображає послідовність здійснення депонування не лише показань, але й речових доказів, проте внаслідок некоректності виділення етапів вказаної процесуальної процедури підлягає уточненню. Так, по-перше, якщо обґрунтованість виділення першого із пропонованих етапів є беззаперечною, то назва другого цілком дублює назву елемента кримінального процесуального інституту депонування, структура якого розкривається, що суперечить логічним правилам структурування. По-друге, депонування доказів, зокрема й речових, здійснюється шляхом проведення відповідних процесуальних дій (зокрема, допиту й огляду) під час досудового розслідування в судовому засіданні з обов'язковим фіксуванням їх перебігу та результатів, у зв'язку із чим виділення третього із пропонованих етапів є зайвим.

Зазначене свідчить про доцільність виділення в структурі процесуального порядку депонування речових доказів таких послідовних етапів: 1) ініціювання розгляду питання про депонування речових доказів; 2) ухвалення слідчим суддею рішення по суті заявленого клопотання; 3) здійснення депонування речових доказів.

Ініціювання розгляду питання про депонування речових доказів під час досудового розслідування повинно здійснюватися шляхом звернення сторони кримінального провадження, потерпілого<sup>4</sup>, представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, до слідчого судді із клопотанням про проведення огляду речових доказів у судовому засіданні.

---

<sup>4</sup> Доцільність визнання потерпілого суб'єктом ініціювання допиту свідка, потерпілого під час досудового розслідування в судовому засіданні достатньо чітко обґрунтовується І.В. Гловюк, яка пропонує внести відповідні зміни до ст. 225 КПК України [5, с. 279].



З урахуванням кола нормативно закріплених вимог до змісту низки клопотань, з якими учасники кримінального провадження вправі звернутися до слідчого судді, та висловленої О. В. Капліною позиції щодо змісту клопотання про проведення допиту свідка, потерпілого під час досудового розслідування в судовому засіданні, клопотання про проведення огляду речових доказів у судовому засіданні під час вказаної стадії кримінального провадження повинно містити: 1) найменування кримінального провадження та його реєстраційний номер; 2) короткий виклад обставин кримінального правопорушення, у зв'язку з яким воно подається; 3) правову кваліфікацію кримінального правопорушення із зазначенням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність; 4) виклад обставин, якими обґрунтовуються доводи клопотання; 5) вказівку на речові докази, які необхідно оглянути, та їх місцезнаходження; 6) прізвище, ім'я, по батькові особи, яка звертається із клопотанням; 7) дату та місце складення клопотання [9, с. 378-379]. До клопотання про проведення огляду речових доказів у судовому засіданні під час досудового розслідування можуть бути додані матеріали, якими сторона кримінального провадження, потерпілий, представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, обґрунтовує свої доводи.

Розглядаючи по суті заявлене стороною кримінального провадження, потерпілим, представником юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, клопотання про проведення огляду речових доказів під час досудового розслідування в судовому засіданні, слідчий суддя повинен бути наділений правом ухвалити рішення: 1) про задоволення клопотання та проведення такого огляду; 2) про відмову в задоволенні клопотання – у разі, якщо особа, яка його подала, не

доведе необхідність проведення такого огляду, про що постановити ухвалу; 3) про повернення клопотання – у разі, якщо особою, яка його подала, не додержано встановлених нормами КПК України вимог до його змісту, про що постановити ухвалу<sup>5</sup>.

Депонування речових доказів має здійснюватися шляхом проведення огляду речових доказів під час досудового розслідування в судовому засіданні в місці розташування суду або за їх місцезнаходженням із дотриманням правил проведення огляду речових доказів під час судового розгляду. Як зазначає Л. О. Воскобітова, «сама процедура депонування повинна відбуватися у судовому засіданні з дотриманням принципу змагальності» [2, с. 14], у зв'язку із чим огляд речових доказів під час досудового розслідування в судовому засіданні підлягає проведенню судом за участю сторін кримінального провадження, потерпілого, представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження. Водночас щодо явки учасників кримінального провадження в таке судове засідання за аналогією можуть застосовуватися норми ч. 1 ст. 225 КПК України, відповідно до яких: 1) неприбуття сторони, що була належним чином повідомлена про місце та час проведення судового засідання, для участі в допиті особи за клопотанням протилежної

---

<sup>5</sup> Досліджуючи процесуальний порядок депонування показань свідка, потерпілого, І.В. Гловюк відзначає наявність у судовій практиці випадків повернення клопотання про проведення допиту в судовому засіданні під час досудового розслідування його ініціатору, обґрунтовує відсутність вказівки в нормах КПК України на право слідчого судді ухвалити таке рішення тим, що він не встановлює вимог до змісту та форми клопотання, а отже, не передбачає санкції за їх недотримання у виді повернення клопотання, та вказує на необхідність внесення доповнень до ст. 225 КПК України щодо визначення вимог до змісту та форми клопотання, а також підстав для його повернення [5, с. 276–277]. Поділяючи наведену позицію, потрібно зазначити, що надання слідчому судді права ухвалення рішення про повернення відповідного клопотання особі, яка його подала, з одного боку, дозволить зменшити навантаження слідчих суддів через відсутність необхідності в розгляді по суті клопотань, поданих без додержання встановлених нормами КПК України вимог до їхнього змісту, а з іншого – сприятиме додержанню таких вимог і підвищенню вмотивованості клопотань сторін кримінального провадження, потерпілого, представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, про депонування доказів. Водночас право ухвалити рішення про повернення вказаного клопотання особі, яка його подала, може бути надане слідчому судді виключно в разі нормативного закріплення вимог до його змісту.

сторони не перешкоджає проведенню такого допиту в судовому засіданні; 2) допит особи згідно з положеннями цієї статті може бути також проведений за відсутності сторони захисту, якщо на момент його проведення жодній особі не повідомлено про підозру у цьому кримінальному провадженні [10].

### **Процесуальний порядок дослідження депонованих речових доказів під час судового провадження та особливості їх оцінки судом**

Поряд із підставами і процесуальним порядком депонування, закордонні вчені в структурі депонування як самостійного інституту кримінального процесуального права пропонують виділяти порядок оголошення депонованих показань під час розгляду кримінальної справи по суті та специфіку їхньої оцінки судом у судовому засіданні [8, с. 303; 14, с. 196]. Така пропозиція повною мірою відповідає позиції вітчизняного законодавця, який у нормах ч. ч. 3-5 ст. 225 КПК України закріплює порядок оголошення й особливості оцінки депонованих показань. Вказані норми з тими або іншими уточненнями можуть бути поширені на порядок дослідження депонованих речових доказів під час судового провадження та правила їх оцінки у вказаній стадії кримінального провадження.

Зокрема, норма ч. 3 ст. 225 КПК України, відповідно до якої в разі ухвалення судового рішення за результатами судового розгляду кримінального провадження суд може не врахувати докази, отримані порядком, передбаченим цією статтею, лише навівши мотиви такого рішення [10], повною мірою може бути застосована й до депонованих речових доказів.

Передбачене ч. 4 ст. 225 КПК України право суду безпосередньо дослідити показання свідка, потерпілого, допитаного під час досудового розслідування в судовому засіданні [10], може бути

поширене на безпосереднє дослідження ним речових доказів, депонованих у вказаній стадії кримінального провадження, з уточненням умови і підстав їх огляду в процесі судового провадження. Зокрема, необхідною умовою дослідження судом таких речових доказів є забезпечення їх збереження, а його підставами є: 1) проведення огляду під час досудового розслідування за відсутності сторони захисту; 2) наявність необхідності в уточненні наявних чи отриманні нових відомостей про матеріальний об'єкт, його фізичні властивості та зв'язок із подією кримінального правопорушення, на підставі яких можуть бути встановлені факти й обставини, що мають значення для кримінального провадження і підлягають доказуванню, які не були з'ясовані в результаті огляду під час досудового розслідування.

Норма ч. 5 ст. 225 КПК України, яка передбачає здійснення перевірки показань допитаного під час судового розгляду свідка, потерпілого шляхом оголошення його депонованих показань [10], може бути застосована до депонованих речових доказів з уточненням мети їх перевірки під час судового розгляду за допомогою вказаної процесуальної дії та з урахуванням умови, що уможлиблює здійснення такої перевірки. Зокрема, метою такої перевірки є встановлення достовірності безпосередньо досліджених судом речових доказів (незмінність їхнього стану, відсутність фальсифікації тощо), а за наявності розбіжностей з описом речових доказів, отриманим під час досудового розслідування в судовому засіданні, – з'ясування таких розбіжностей і їхньої причин. Необхідною умовою здійснення судом перевірки речових доказів шляхом зіставлення з депонованими речовими доказами є забезпечення збереження речових доказів.

## Висновки

Результати проведеного дослідження дозволяють запропонувати внести такі доповнення до кримінального процесуального закону:

1) доповнити ч. 2 ст. 23 КПК України реченням у такій редакції:

«Суд може прийняти як доказ речові докази, що не підлягали огляду безпосередньо в судовому засіданні, лише у випадках, передбачених цим Кодексом»;

2) з урахуванням норм ст. 225 КПК України, наведених О. В. Капліною вимог до змісту клопотання про проведення допиту свідка, потерпілого під час досудового розслідування в судовому засіданні [9, с. 378-379], та висловлених І. В. Гловюк, з урахуванням практики застосування вказаних норм, пропозицій щодо внесення змін і доповнень до ст. 225 КПК України [5, с. 279], доповнити КПК України ст. 237-1 у такій редакції:

«Ст. 237-1. Огляд речових доказів під час досудового розслідування в судовому засіданні:

1. У виняткових випадках, пов'язаних із необхідністю дослідження речових доказів під час досудового розслідування, якщо через їх передачу для реалізації, технологічної переробки або знищення в порядку, визначеному ч. 6 ст. 100 цього Кодексу, існування можливості їх пошкодження чи знищення речових доказів під час експертизи у порядку, встановленому Міністерством юстиції України, наявності інших обставин, що можуть унеможливити їх дослідження в суді або вплинути на достовірність речових доказів внаслідок зміни їхнього стану, фальсифікації, сторона кримінального провадження, потерпілий, представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, мають право звернутися до слідчого судді із

клопотанням провести дослідження таких речових доказів у судовому засіданні.

2. У клопотанні про проведення дослідження речових доказів під час досудового розслідування зазначаються:

1) найменування кримінального провадження та його реєстраційний номер;

2) короткий виклад обставин кримінального правопорушення, у зв'язку з яким воно подається;

3) правова кваліфікація кримінального правопорушення із зазначенням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність;

4) виклад обставин, якими обґрунтовуються доводи клопотання;

5) вказівка на речові докази, які необхідно оглянути та їх місцезнаходження;

6) прізвище, ім'я, по батькові особи, яка звертається із клопотанням;

7) дата та місце складення клопотання.

До клопотання також додаються копії матеріалів, якими сторона кримінального провадження, потерпілий, представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, обґрунтовує свої доводи.

3. У випадках, передбачених ч. 1 цієї статті, огляд речових доказів здійснюється в судовому засіданні в місці розташування суду або за їх місцезнаходженням у присутності сторін кримінального провадження, потерпілого, представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, з дотриманням правил дослідження речових доказів під час судового розгляду.

Неприбуття сторони, потерпілого, представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, якщо вони були належним чином повідомлені про місце та час проведення судового засідання, для участі в дослідженні речових доказів не перешкоджає проведенню такого дослідження в судовому засіданні.

Дослідження речових доказів згідно з положеннями цієї статті може бути також проведене за відсутності сторони захисту, якщо на момент його проведення жодній особі не повідомлено про підозру в цьому кримінальному провадженні.

4. Слідчий суддя, встановивши, що клопотання подано без додержання вимог ч. 2 цієї статті, повертає його особі, яка його подала, про що постановляє ухвалу.

5. Під час ухвалення судового рішення за результатами судового розгляду кримінального провадження суд може не врахувати речові докази, отримані в порядку, передбаченому цією статтею, лише навівши мотиви такого рішення.

6. Суд під час судового розгляду має право оглянути речові докази, які оглядалися відповідно до правил цієї статті, зокрема у випадках, якщо такий огляд проведений за відсутності сторони захисту або якщо є необхідність уточнення чи отримання відомостей про матеріальний об'єкт, його фізичні властивості та зв'язок із подією кримінального правопорушення, на підставі яких можуть бути встановлені факти та обставини, що мають значення для кримінального провадження і підлягають доказуванню, які не були з'ясовані в результаті огляду під час досудового розслідування.

7. З метою встановлення достовірності речових доказів та з'ясування розбіжностей із речовими доказами, отриманими в порядку, передбаченому цією статтею, під час судового розгляду

можуть бути оголошені результати їх огляду під час досудового розслідування в судовому засіданні;

3) видалити перше речення абз. 6 ч. 6 ст. 100 КПК України.

Внесення наведених доповнень до КПК України свідчатиме про формування законодавцем як самостійного інституту кримінального процесуального права депонування доказів, дозволить виділити в його межах як окремий субінститут депонування речових доказів і розглядати останній як сукупність норм кримінального процесуального права, які регулюють взаємозалежні й однорідні за своїм фактичним змістом кримінальні процесуальні відносини, що виникають між відповідними учасниками кримінального провадження під час депонування речових доказів, подальшого дослідження депонованих речових доказів та їх оцінки. До структури субінституту депонування доказів доцільно включити норми, які б визначали: 1) підстави проведення огляду речових доказів під час досудового розслідування в судовому засіданні; 2) процесуальний порядок депонування речових доказів; 3) процесуальний порядок дослідження депонованих речових доказів під час судового провадження; 4) особливості оцінки депонованих речових доказів судом.

### **Список використаних джерел:**

1. Алексеев С.С. Собрание починений: в 10 т. Том 3: Проблемы теории права: курс лекций. М.: Статут, 2010. 781 с.

2. Воскобитова Л.А. Состязательность: две концепции участия адвоката в доказывании. Статья 2. Программа. Уголовное судопроизводство. 2012. № 4. С. 9-17.

3. Гамбарян А.С. Правовые режимы депонирования доказательств (показаний) и их специфика в уголовном процессе



Республики Армения. Судебная власть и уголовный процесс. 2016. № 1. С. 159-166.

4. Гамбарян А.С., Симонян С.А. Судебное депонирование показаний в современном уголовном процессе: монография / под научн. ред. С.С. Аветисяна. М.: Юрлитинформ, 2016. 160 с.

5. Гловюк І.В. Депонування показань свідка, потерпілого за Кримінальним процесуальним кодексом України 2012 р. Юридичний вісник. 2014. № 6. С. 274-281.

6. Давидова Д.В. Джерела доказів у кримінальному процесі України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Кривий Ріг, 2015. 225 с.

7. Доктринальная модель уголовно-процессуального доказательственного права РФ / А.С. Александров, Н.Н. Ковтун, С.А. Грачев, В.В. Терехин и др. URL: <http://www.iaaj.net/node/1766>.

8. Зинченко И.А., Попов А.А. Структура уголовно-процессуального института депонирования показаний, цель и основания его применения: компаративистский взгляд. Библиотека криминалиста. 2015. № 1. С. 301-308.

9. Кримінальний процес: підручник / Ю.М. Грошевий, В.Я. Тацій, А.Р. Туманянц та ін.; за ред. В.Я. Тація, Ю.М. Грошевого, О.В. Капліної, О.Г. Шило. Х.: Право, 2013. 824 с.

10. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.

11. Крицкая И.А. Проверка вещественных доказательств на досудебном расследовании: некоторые спорные вопросы. *Leges et viae*. 2017. № 1. С. 91-95.

12. Крицька І.О. Доцільність поширення правового режиму депонування на речові докази під час досудового розслідування. Актуальні питання кримінального процесу, криміналістики та судової експертизи: матеріали міжвідомчої науково-практичної

конференції, Київ, 24 листопада 2017 р.: у 2 ч. / ред. кол.: В.В. Черней, С.С. Чернявський, Л.Д. Удалова та ін. К.: Національна академія внутрішніх справ, 2017. Ч. 2. С. 37-40.

13. Пастухов П.С. «Электронные доказательства» в состязательной системе уголовно-процессуальных доказательств. Общество и право. 2015. № 1 (51). С. 192-196.

14. Попов А.А. Проблемы регламентации досудебного депонирования показаний в уголовном процессе: компаративистский подход. Пробелы в российском законодательстве. 2014. № 6. С. 196-200.

15. Про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень: Інструкція, затверджена наказом Міністерства юстиції України від 8 жовтня 1998 р. № 53/5 (у редакції наказу Міністерства юстиції України від 26 грудня 2012 р. № 1950/5). URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0705-98>.

16. Реалізація нового КПК України у 2013 р.: моніторинговий звіт / О.А. Банчук, І.О. Дмитрієва, З.М. Саїдова, М.І. Хавронюк. К.: О.М. Москаленко, 2013. 40 с.

17. Скакун О.Ф. Теорія права і держави: підручник. 2-ге видання. К.: Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2010. 520 с.

18. Хмельницкая Т.В. Проблемы формирования доказательств в ходе досудебного производства по уголовному делу: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Нижний Новгород, 2016. 213 с.

**Степаненко А.С.,**  
кандидат юридичних наук,  
старший викладач кафедри кримінального процесу  
Національного університету «Одеська юридична академія»

**СТАНДАРТ ДОКАЗУВАННЯ «ПОЗА РОЗУМНИМ СУМНІВОМ»  
У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ:  
ТЕОРІЯ ТА ПРАКТИКА ПРАВЗАСТОСУВАННЯ**

**Вступ**

Стратегія інтеграційного розвитку України передбачає, зокрема, впровадження міжнародних стандартів судочинства в правову систему України. Одним із таких кроків було закріплення законодавцем у Кримінальному процесуальному кодексі України (далі – КПК України) положення про необхідність винесення судового рішення лише за наявності доведеної вини особи поза розумним сумнівом. Зміст і значення даної конструкції жодним чином не роз'яснено в КПК України й інших нормативно-правових актах, незважаючи на те, що така конструкція є однією із ключових під час винесення судового рішення.

Як будь-яка інша діяльність, кримінальне судочинство є процесом ухвалення рішень, центр і проблему якого становить *невизначеність*. Отже, процес прийняття рішення – похідне невизначеності ситуації, в якій воно відбувається. Тим більш проблематичним стає питання здійснення вибору в кримінальному провадженні, ухваленні владно-розпорядчого рішення, де «на кін» поставлені права і свободи людини, з одного боку, та інтереси держави та суспільства, з іншого. Особливого значення набуває встановлення фактичних обставин кримінального провадження, а саме, необхідних для ухвалення рішення кількісної й якісної характеристик наявних у провадженні фактичних обставин. Тому цілком логічним

виглядає нормативне регулювання цієї діяльності та встановлення законодавчих вимог, правил і настанов для суб'єкта прийняття рішення (далі – СПР) для гарантування належного виконання завдань кримінального провадження. Ці вимоги стосуються також запровадженого в КПК України стандарту доказування «поза розумним сумнівом».

У межах дослідження стандарту доказування «поза розумним сумнівом» у кримінальному провадженні було передбачено вирішення двох основних задач: 1) встановлення правової природи, поняття стандарту доказування «поза розумним сумнівом»; 2) виокремлення основних підходів до визначення та застосування вказаного стандарту в практиці правозастосування судами іноземних країн.

### **Поняття стандарту доказування «поза розумним сумнівом»**

Стандарт доказування як правова категорія є багатоаспектним, складним поняттям і не має однозначного трактування та розуміння як серед вітчизняних, так і серед іноземних дослідників. Проте проведене дослідження [1] дозволило виокремити основні риси й елементи, що характеризують стандарт доказування та становлять його розуміння:

- 1) є різні стандарти доказування, їх певні види;
- 2) стандарт доказування напряму пов'язаний із тягарем (обов'язком) доказування;
- 3) стандарт доказування є певним критерієм (порогом) ухвалення рішення для СПР через встановлення певної міри, ступеня доведеності (переконання / впевненості СПР), досягнувши якого, факт вважається встановленим.

Перше, що необхідно визначити, це варіативність стандартів доказування, які залежать від певних умов. Досліджуваний стандарт доказування «поза розумним сумнівом» є однією з варіацій.

Залежно від типу процедури в межах англо-американської системи права розрізняють: 1) цивільний (такий, що застосовується в цивільних справах) – «баланс ймовірностей» (*balance of probabilities*) [2], або, в іншому варіанті, «перевага доказів» (*preponderance of the evidence*), який традиційно тлумачиться як «більш ймовірно ніж», або «більше (>) 50%». Проте це не означає просто більшої кількості свідків або наявності речових доказів, а така перевага повинна полягати в якості таких доказів, тобто їхній спроможності до переконання, їхній вазі та того ефекту, що вони здійснюють на розум судді, присяжного (СПР) [3, с. 251-255; 4, Para. 286]; 2) кримінальний «поза розумним сумнівом» (*beyond a reasonable doubt*), який не має точного числового вираження (на відміну від «> 50% підходу» до визначення цивільного стандарту), але зазвичай оцінюється в діапазоні від 90 до 100%, хоча у своєму інтерпретуванні завжди протиставляється абсолютній впевненості, уявним, простим, «нерозумним» сумнівам [5-7].

Потрібно окремо зазначити, що в цивільних справах можливе застосування ще одного, більш «суворішого / вибагливішого» стандарту доказування, ніж «перевага доказів», проте не такого вибагливого, як «поза розумним сумнівом», – «ясні та переконливі докази» (*clear and convincing evidence*) [8, Para. 316].

З огляду на те, що стандарт доказування є певним критерієм (порогом) прийняття рішень для СПР у межах кримінального провадження, поряд зі стандартом доказування «поза розумним сумнівом», можна виділити низку інших стандартів, а саме:

1) «обґрунтована підозра» або «підозра, яка ґрунтується на (конкретних, фактичних) підставах, які можна (чітко) виразити та пояснити» (*reasonable, articulable suspicion*), яка застосовується в Сполучених Штатах Америки (далі – США) для здійснення затримання й особистого обшуку особи, зупинення транспортного засобу з метою виявлення зброї, затримання особи, якщо вона відмовляється ідентифікувати себе, тимчасового арешту багажу на предмет знаходження наркотиків [9]. Дещо схоже застосування даного стандарту доказування є в Англії й Уельсі, де, відповідно до Акта про поліцію та кримінальні докази (Кодекс А), затримання (особи, чи транспортного засобу) та проведення обшуку вимагає наявності «розумних (обґрунтованих) підстав для підозри» (*reasonable grounds for suspicion*) та вказує на конкретні підстави, які можуть слугувати основою *обґрунтованої підозри* (варто зазначити, що із цього правила є винятки, які дозволяють офіцеру поліції затримати та провести обшук, якщо він «розумно/обґрунтовано вважає» (*reasonably believes*), що можуть мати випадки серйозного насилля чи особи (особа) мають наступальну зброю). Також варто звернути увагу на наявність вимоги *обґрунтованої підозри* в ст. 5 ч. 1 (с) Європейської конвенції із прав людини (далі – ЄКПЛ) в разі законного арешту або затримання особи та правозастосовної практики Європейського суду із прав людини (далі – ЄСПЛ) [10];

2) «розумно вважати» (*reasonable to believe*) або «розумні / обґрунтовані підстави вважати» (*reasonable grounds to believe*), які трапляються в правозастосовній практиці США, Канади та Міжнародного кримінального суду (далі – МКС). Так, у США і Канаді даний стандарт використовується для здійснення обшуку після затримання особи та вимагає більшого ступеня

ймовірності, впевненості особи, аніж *обґрунтована підозра*. Хоча варто зазначити, що не всі американські суди вирізняють їх, на відміну від судів Канади, проте розглядають даний стандарт як менш вимогливіший, ніж *ймовірна причина* (див. наступний пункт). МКС застосовує цей стандарт відповідно до ст. 58 ч. 1 (а) Статуту МКС. Палата попереднього провадження видає ордер на арешт особи, якщо на підставі розглянутої заяви прокурора, доказів або іншої інформації є розумні підстави вважати, що ця особа вчинила злочин, який підпадає під юрисдикцію МКС. Проте, застосовуючи даний стандарт, МКС у своїх рішеннях неодноразово посилався на стандарт *обґрунтованої підозри* ст. 5 ч. 1 (с) ЄКПЛ та практику застосування, розроблену ЄСПЛ [11], хоча такий підхід викликає критику як із боку окремих суддів МКС [11; 12], так і з боку дослідників [13, с. 706];

3) «ймовірна причина» або «достатня підстава» (*probable cause*) має місце в правовій системі США. Даний стандарт використовується під час затримання, арешту особи, тримання під вартою, проведення обшуку та виїмки, арешту майна, попереднього судового засідання та розгляду справи великим журі [14, с. 34, 645-650, 663-667; 15, с. 180, 142-148, 395-398, 422, 564]. Дана вимога була закріплена ще 1791 р. з ухваленням 4-ої поправки Конституції США, проте сама дефініція *ймовірної причини* в ній відсутня, так само як відсутня й в інших законах. Оскільки ця дефініція цілком є творінням судової системи і є прецедентною [16, с. 1385-1388], то *ймовірна причина* має визначатися, з огляду на «фактичні та практичні міркування повсякденного життя, на [підставі] яких розважливі й обережні люди (*reasonable and prudent men*), а не спеціалісти права, приймають рішення» [17, Para. 175]. Проте пізніше судочинець знизив планку, встановивши: «<...> задача магістрату, що

виносить рішення, просто полягає в тому, щоб зробити практичне, згідне зі здоровим глуздом, рішення, чи існує, з огляду на всі обставини, викладені в письмових свідченнях перед ним, зокрема, правдивості інформації та основи показань із чужих слів особи, що їх надає, дійсна ймовірність того, що контрабанда або докази вчинення злочину будуть знайдені в певному місці» [18, Para. 238].

Дані стандарти йдуть «нижче» рівня *балансу ймовірностей / переваги доказів* на умовній шкалі ймовірностей / впевненості (переконаності) в наявності певного факту та застосовуються під час проведення досудового розслідування і попереднього розгляду справи.

Проте, окрім наведених стандартів кримінального провадження та процедурного поділу стандартів, які використовуються під час винесення остаточного судового рішення, «цивільні» стандарти *баланс ймовірностей / переваги доказів* і *ясні та переконливі докази* також використовуються в процесі здійснення кримінального судочинства. Це не означає, що рішення про (не)винуватість особи можна ухвалити лише переконавши суддю чи присяжного в більшій ймовірності (> 50%) версії обвинувачення від сторони захисту, а лише є обмеженням дії принципу презумпції невинуватості та можливості покладання на підсудного/обвинуваченого тягара доказування певних обставин злочину, що є ще одним свідченням взаємозв'язку стандарту та тягара (обов'язку) доказування.

Стандарт доказування традиційно пов'язують із терміном «тягар доказування» [19, с. 112], бо тягар доказування відповідає на питання: «Хто повинен довести?», а стандарт доказування відповідає на питання: «Якою мірою, до якої межі?»



[20, с. 263], тобто є показником виконання стороною кримінального провадження тягара доказування.

Водночас тягар доказування може розглядатися у двох значеннях, або мати два складника, а саме: 1) тягар переконання (*burden of persuasion*) та 2) тягар надання доказів (*burden of going forward / the burden of adducing evidence*) [21, с. 13-14].

Тягар переконання може бути визначений як обов'язок, покладений на сторону через закон, переконати СПР в наявності (чи в достатній імовірності наявності) кожного факту, що становить предмет спору, предмет доказування (*fact in issue*) до певного рівня (стандарту доказування). Отже, даний тягар доказування пов'язаний із ризиком «не переконання» (*risk of non-persuasion*) [22, с. 51], тобто яка сторона зможе переконати СПР в наявності певного факту, визнання особи винуватою або невинуватою, яка сторона виграє або програє. Питання виконання або невиконання даного тягара вирішується даною особою наприкінці розгляду справи (провадження). Розподіл тягара переконання (правового / юридичного тягара) вирішується матеріальним правом (*substantive law*) [23, с. 81] та не може бути змінений під час судового розгляду. У кримінальному провадженні розподіл здійснюється відповідно до презумпції невинуватості, згідно з якою тягар переконання (правовий/юридичний тягар) лежить на стороні обвинувачення, за винятком випадків, коли закон (*substantive law*) покладає тягар на сторону захисту (випадки *affirmative defence*), та не може бути перекладений під час судового розгляду.

Тягар надання доказів (*доказовий тягар*) є обов'язком надання достатніх доказів (*prima facie*), щоб питання (предмет) було винесено на розгляд СПР, тобто щоб певне твердження стало предметом розгляду в суді. Наприклад, якщо прокурор не надасть

магістрату доказів, які б *prima facie* обґрунтовували можливість винесення обвинувального вироку, то захисник може подати клопотання про відсутність підстав для притягнення до відповідальності («*no case to answer*») та відхилити розгляд справи [24, с. 60]. Крім того, у разі *affirmative defence* на стороні лежить тягар надання доказів (доказовий тягар) та залежно від юрисдикції може покладатися ще й тягар переконання. За наявності лише тягара надання доказів для ствердження *affirmative defence*, сторона захисту повинна надати докази, які б *prima facie* свідчили про наявність даних обставин, і даний тягар вже переходить на сторону обвинувачення, яка повинна спростувати таке твердження, проте через презумпцію невинуватості сторона обвинувачення повинна буде спростувати таке твердження «поза розумним сумнівом», вповнивши ще й тягар переконання.

Доведення до певного рівня, позначки, тобто стандарту доказування (у випадку кримінального провадження – поза розумним сумнівом), вимагає розгляду отриманого під час кримінального провадження знання як ймовірного чи достовірного. До того ж традиційний погляд на мету доказування як істину та й взагалі вживання терміна «істина» в кримінальному процесі здається нам недоречним і неприйнятним, з огляду на недосконалість самого терміна й обмеженість як самого кримінально-процесуального доказування (пізнання), так і окремих процедур, які свідомо жертвують цією самою «істиною» чи з міркувань швидкості, чи відсутності інтересу (зникнення соціального конфлікту, тобто недоцільності здійснення кримінального провадження) (докладніше про співвідношення істини та стандарту доказування див. [25]).

Водночас саме внаслідок ймовірної природи знань, що отримуються в кримінальному провадженні, та результату доказування виникає концепція стандарту доказування, у нашому випадку «поза розумним сумнівом». Тобто стандарт доказування «поза розумним сумнівом» передбачає поріг ухвалення рішення на рівні відсутності розумного сумніву, що не має дорівнювати цілковитій, абсолютній впевненості, достовірності, істинності обвинувачення (твердження), тобто певному рівню ймовірності, який держава (законодавець) вважає достатнім для ухвалення рішення. Ця концепція встановлює мету доказування на рівні відсутності розумних сумнівів СПР (судді, присяжного), де розумні сумніви протиставляються будь-якій безапеляційності, тобто свідомо враховується об'єктивна обмеженість доказування (пізнання).

Заміною терміна «істина» у функціональному значенні має стати *достовірність*, яка має розумітися як найвищий можливий ступінь ймовірності, що з позиції стандарту доказування «поза розумним сумнівом» означає відсутність у СПР розумних сумнівів.

Варто зазначити, що сам термін «достовірність» у літературі розуміється у двох значеннях: 1) як аналог (синонім) терміна «істина» («істинність») [26, с. 93] або 2) як високий (найвищий) ступінь ймовірності (впевненості / переконаності). На нашу думку, в ототожненні істини та достовірності немає сенсу, оскільки одне поняття підмінюється іншим, водночас нічого не додаючи до розуміння істини чи достовірності. Якщо рішення має бути істинним, то автоматично воно є й достовірним (істинним), тобто істинне рішення має бути істинним. Тому розгляд достовірності як найвищого ступеня ймовірності (впевненості / переконаності) є більш обґрунтованим, змістовним і відповідає

етимологічному значенню слова як такого, що не викликає сумніву, цілком правильного, точного, надійного. Таке визначення достовірності відповідає в кримінальному процесі вимозі презумпції невинуватості, а стандарту доказування «поза розумним сумнівом» – як відсутності розумних сумнівів у СПР (судді, присяжного) у винуватості певної особи. Достовірність може розглядатися як відповідність наших суб'єктивних уявлень про факти (внутрішнє переконання), які ґрунтуються на ймовірнісних фактичних даних (доказах), фактам минулого і теперішнього, дійсності.

### **Практика правозастосування стандарту доказування «поза розумним сумнівом»**

Стандарт доказування «поза розумним сумнівом» (*beyond a reasonable doubt*) дістав відображення й активно застосовується в правозастосовній практиці багатьох закордонних країн, хоча переважно в державах системи англо-американського (*common law*) права, як-от: Сполучене Королівство Великої Британії та Північної Ірландії (далі – СК), США, Канада, Австралія, Нова Зеландія, Республіка Індія. Поступово він впроваджується окремими пострадянськими країнами (чи активно обговорюється можливість його застосування), серед яких Україна, Грузія та Російська Федерація, та окремими азіатськими країнами, серед них можна виокремити Японію та Китайську Народну Республіку. Окремі положення щодо «розумного сумніву» можна знайти в теорії та судовій практиці Федеративної Республіки Німеччина (далі – ФРН).

Термін «поза розумним сумнівом» також широко використовується такими міжнародними судовими установами, як: Міжнародний суд Організації Об'єднаних Націй (далі – МС ООН),

МКС, а також у практиці Європейської комісії із прав людини та ЄСПЛ як щодо іноземних держав-учасниць, так і щодо України.

Тому в дослідженні практики правозастосування відповідного стандарту доказування зосередимо увагу на послідовному аналізі досвіду таких країн, як США, Англія й Уельс і Канада (щодо інших юрисдикцій див. детальніше [1]).

*США.* Попри тривале застосування стандарту національними судами США [27], стандарт «поза розумним сумнівом» вперше був визнаний як частина законодавства США в рішенні ВС США в справі *In re Winship* у 1970 р. та є частиною належної правової процедури [6, Para. 364]. Однак ВС США, визначивши конституційність стандарту «поза розумним сумнівом» у кримінальних справах, на цьому і зупинився, не надавши офіційного його тлумачення і таким чином залишивши це питання на розгляд судів першої інстанції, яке відтоді стало офіційно обов'язковою частиною кримінального провадження. Хоча, звісно, як вже раніше було зазначено, суди штатів і федеральні суди надавали свої роз'яснення щодо розуміння стандарту «поза розумним сумнівом»; це робив і ВС США, проте дані визначення стандарту «поза розумним сумнівом» не були зобов'язуючими для федеральних судів і судів штатів.

Пізніше стандарт доказування «поза розумним сумнівом» був предметом розгляду ВС США, проте в жодному разі не було надано визначення. У своїх рішеннях ВС США лише вказав, що Конституція США не забороняє та не вимагає від судів першої інстанції надавати визначення розумного сумніву; не вимагає й застосування якихось певних слів чи формулювань [28, Paras. 485-486], проте в разі, якщо така інструкції судді присяжним приведе до визнання особи винним на підставі нижчого рівня, ніж вимагає належна правова процедура, це не є

несуттєвою помилкою (*harmless error*), відповідно до Правила 52 Федеральних правил кримінального процесу, та призводить до скасування судового рішення [29, Para. 5].

У результаті така невизначеність привела до того, що сформувався, умовно кажучи, такі позиції серед суддів федеральних судів і судів штатів:

1) суди надають визначення розумного сумніву;

2) суди не надають визначення розумного сумніву, проте на прохання присяжних надають такі пояснення, хоча остаточне рішення залежить від розсуду судді;

3) суди не надають жодних пояснень.

Отже, серед тих юрисдикцій, що надають визначення, відсутня єдина позиція щодо роз'яснення стандарту доказування «поза розумним сумнівом», проте можна виокремити такі найпоширеніші підходи:

1) як таку переконливу доведеність/переконаність, на яку розважлива людина поклалася би під час прийняття найбільш важливих рішень у власному житті; або розумний сумнів є таким сумнівом, що змусив би таку особу відмовитися від прийняття таких рішень в її власному житті (наприклад, [30, Para. 1209]);

2) як почуття твердого, незміного переконання, яке має виникнути після повного та неупередженого дослідження доказів чи відсутності певних доказів (наприклад, [31, Sec. 1096]);

3) комбінація перших двох (наприклад, [32]).

Потрібно зазначити, що в окремому рішенні судді Гінсбург до рішення ВС США *Victor v. Nebraska* суддя піддала критиці позицію більшості ВС США в частині того, що концепція розумного сумніву не може бути артикульована, що суди першої інстанції не повинні надавати такі визначення; що ВС США ніколи не дотримувалася позиції, що Конституція США не вимагає від судів

першої інстанції визначення розумного сумніву [29, Para. 25].

Суддя Гінсбург також вказала на хибність позиції, за якої присяжні повинні самотійно осягати концепцію «розумного сумніву», яка в жодному разі не є очевидною (*self-defining*) для присяжних, а отже, хоча визначення не є ідеальними, позиція утримання від надання дефініцій не є кращою. До того ж наявний вибір не повинен бути обмежений термінами «моральна достовірність», «утриматися від дій» чи «сумнів, який є розумним», а пропонується використовувати дефініцію, яка була розроблена Федеральним судовим центром (Federal Judicial Center) у межах модельних інструкцій присяжним із кримінальних справ. В інструкції зазначено: «<...> на державу покладений тягар доведення вини підсудного поза розумним сумнівом. Деякі з вас, напевно, брали участь як присяжні в цивільних справах, де вам вказували, що необхідно лише довести, що наявність певного факту є більш ймовірною, ніж ні. У кримінальних справах тягар доведення, який покладений на державу, повинен бути більш вибагливим, ніж у цивільних справах. Такий тягар має бути поза розумним сумнівом.

Доведеність поза розумним сумнівом є доведеністю, яка залишає вас цілком переконаним у вині підсудного. У цьому світі є дуже мало речей, про які нам відомо з абсолютною впевненістю (достовірністю) (*absolute certainty*), у кримінальних же справах закон не вимагає такої доведеності, яка повинна подолати всі можливі сумніви. Якщо на основі вашого дослідження доказів, ви твердо переконані (*firmly convinced*) у вині підсудного щодо висунутого обвинувачення, ви повинні визнати його винним. Якщо, з іншого боку, ви вважаєте, що є реальна можливість того,

що він невинен, ви повинні надати перевагу сумніву та визнати його невинуватим» [29, Paras. 26-27; 33, с. 28].

Така інструкція, на думку судді Гінсбург, «ясно та чітко вказує присяжним, що сторона обвинувачення повинна довести свою позицію на рівні більшому, ніж просто «перевага доказів», проте й не обов'язково до абсолютної достовірності (впевненості). Стандарт «твердо переконаний» (*firmly convinced*) для винесення обвинувального вироку надалі підкріплений вказівкою на те, що присяжні повинні визнати особу невинуватою, якщо є «реальна можливість» невинуватості підсудного» [29, Para. 27].

Проте більшість ВС США не приєдналися до позиції судді Гінсбург і її думка стала «окремою». Але в межах окремих модельних інструкцій така позиція дістала підтримку, як-от вказівки на «відносність пізнання», «на основі (повного та неупередженого) дослідження доказів», «будучи твердо переконаним» та «наявність реальної можливості (на відміну від уявної, теоретичної)».

*Англія й Уельс.* Уперше офіційно стандарт «розумного сумніву» було визнано у рішенні Палати Лордів СК у справі *Woolmington v DPP*, де зазначено: «<...> Якщо наприкінці [дослідження] усієї справи є розумний сумнів, викликаний доказами, що були надані підсудним чи стороною обвинувачення, то сторона обвинувачення не змогла довести обставини справи і підсудний має бути визнаний невинуватим» [5].

На даний момент в Англії й Уельсі є два основних підходи до визначення (роз'яснення) кримінального стандарту доказування:

- 1) як «високого ступеня ймовірності»;
- 2) як «відчуття впевненості / переконаності» (*satisfied so that you feel sure*).



Перше визначення вперше було надано в рішенні Палати Лордів СК у справі *Miller v. Minister of Pensions*, в якому зазначено: «Такий ступінь не повинен сягати абсолютної достовірності (впевненості) (*certainty*), проте повинен мати високий ступінь ймовірності. Доведеність поза розумним сумнівом не означає доведеності без тіні сумніву. Право не могло би захищати суспільство, якщо б воно давало змогу химерним можливостям відхилити хід правосуддя. Якщо докази проти особи настільки сильні, що залишають лише незначну можливість (*remote possibility*) на її користь, якою можна знехтувати таким реченням: «Звичайно, це можливо, але анітрохи не ймовірно», значить обвинувачення доведено поза розумним сумнівом; і ніщо інше не є достатнім» [2, Para. 373-374].

Друге визначення відносять до рішення Апеляційного суду Англії та Уельсу в справі *Rex v. Summers*, де було зазначено: «Якщо присяжним скажуть, що їхнім обов'язком є дослідження доказів та встановлення, чи переконують (*satisfy*) вони їх так, що вони є впевненими (*feel sure*) під час винесення обвинувального вердикту, то це [таке формулювання] є набагато кращим, ніж використання виразу «розумний сумнів» <...>» [34, Para. 15].

Така позиція наведена в Інструкції для суддів і в Компендіумі для суддів, в яких зазначено, що «кримінальним стандартом доказування є: «сторона обвинувачення доказала обвинувачення, якщо, дослідивши всі надані докази щодо справи, присяжні впевнені у вині підсудного. Подальші пояснення є небажаними (*unwise*). Бути впевненим дорівнює відсутності розумних сумнівів» [35, Paras. 5-1]. Якщо ж присяжні будуть вимагати пояснення щодо фрази «поза розумним сумнівом», то суддя, окрім посилання на «бути впевненим», може додати, що це

означає відсутність реалістичних сумнівів (*realistic doubts*)» [35, Paras. 5-1].

Отже, загалом суддівська практика Англії й Уельсу пішла шляхом визначення кримінального стандарту доказування як «стану впевненості», який означає відсутність «розумних сумнівів», та рекомендує уникати додаткових пояснень із даного питання. Хоча варто зазначити, що в одному з останніх рішень Апеляційний суд Англії та Уельсу вказав на те, що «досвідчені судді звикли надавати інструкції присяжним, опираючись на свій досвід і конкретні обставини, й така гнучкість має заохочуватися» [36, Para. 1].

*Канада.* Питання розуміння та надання визначення розумного сумніву як складника стандарту доказування «поза розумним сумнівом» було предметом ґрунтовного аналізу ВС Канади в справі *Regina v. Lifchus*, де він послідовно відповідає на низку таких питань: 1) чи повинен суддя надавати пояснення виразу «розумний сумнів» присяжним; 2) якщо так, то яким чином цю концепцію необхідно пояснити присяжним, а саме: чого варто уникати? та що має міститися у визначенні?

Що стосується першого питання, то ВС Канади відповідає ствердно, зазначаючи: «<...> Пояснення значення доведеності поза розумним сумнівом є істотним елементом інструкцій, які мають бути надані присяжним. Необхідність надання такого визначення можна легко вивести з тієї частоти, з якою присяжні звертаються до суддів щодо надання пояснень <...>. Отже, надання судом пояснення щодо цієї фрази є принципово важливим» [7, Para. 22]».

Надалі, відповідаючи на друге питання, наприкінці свого аналізу ВС Канади надає перелік вказівок, які мають бути надані під час визначення стандарту доказування «поза розумним сумнівом» [7, Para. 36], і тих вказівок, яких потрібно уникати

[7, Para. 37]; наводить такі інструкції щодо його визначення: «Підсудний вступає в справу таким, що презюмується невинним. Ця презумпція невинуватості залишається чинною доки Корона (сторона обвинувачення) не надасть вам [присяжним] таких доказів, які переконують вас у винуватості підсудного поза розумним сумнівом.

Термін «поза розумним сумнівом» вживається протягом тривалого часу та є частиною нашої історії та традицій [відправлення] правосуддя. Він є настільки закоренілим, що деякі вважають, що він не потребує жодних пояснень, однак дещо має бути сказаним щодо його значення.

Розумний сумнів не є уявним чи фривольним сумнівом. Він не повинен ґрунтуватися на симпатії чи упередженні. Він повинен ґрунтуватися на причині, розумі (*reason*) та здоровому глузді, що логічно впливає з [дослідження] доказів чи їх відсутності.

Навіть якщо ви вважаєте, що підсудний ймовірно (*probably*) винен чи його вина є правдоподібною (*likely*), то цього недостатньо. За таких обставин ви повинні надати перевагу сумніву на користь підсудного та визнати його невинним, оскільки Корона (сторона обвинувачення) не змогла переконати вас [присяжних] у вині підсудного поза розумним сумнівом.

З іншого боку, ви повинні пам'ятати, що практично неможливо що-небудь довести до [рівня] абсолютної достовірності (переконаності) і Корона (сторона обвинувачення) не повинна цього робити. Такий стандарт доказування є невідомим (*impossibly high*).

Одним словом, якщо ґрунтуючися на доказах, наданих перед судом, ви переконанні (*sure*), що підсудний скоїв злочин [в якому його звинувачують], ви повинні визнати його винним, бо це

свідчить про те, що ви переконанні в його вині поза розумним сумнівом» [7, Para. 39].

У наданому ВС Канади визначенні практично перелічені всі значущі характеристики та поняття концепції стандарту доказування «поза розумним сумнівом». Водночас ВС Канади прямо вказує, що це визначення «не є магічним закляттям, яке потрібно повторювати слово в слово» і яке може бути змінене, доповнене в разі, коли перекладається тягар доведення певних обставин, і будь-яка інструкція, що узгоджується з вираженими раніше принципами й уникає зазначених асоціацій, вважається ВС Канади задовільною інструкцією» [7, Para. 40].

Варто зазначити, що ВС Канади, на відміну від ВС США чи Палати лордів СК, не обмежується лише національною практикою і використовує в аналізі рішення останніх, де, окрім вже зазначеного рішення в справі *Woolmington v. DPP*, ВС Канади аналізує позицію ВС США в справі *Victor v. Nebrtaska* щодо вживання терміна «моральна достовірність» [7, Para. 25] та окрему думку судді Гінсбург (Ruth Bader Ginsburg) щодо необхідності надання судом інструкцій із визначенням концепції доведеності поза розумним сумнівом присяжним і схвалених нею модельних інструкцій, запропонованих Федеральним судовим центром США [7, Para. 17].

Пізніше ВС Канади своїм рішенням у справі *R. v. Starr* зазначить, що інструкція повинна бути доповнена вказівкою на те, що доведеність поза розумним сумнівом, умовно кажучи, перебуває між абсолютної достовірністю (впевненістю), з одного боку, і балансом ймовірностей, з іншого [37, Para. 242]. Доведеність поза розумним сумнівом розташована лише на один ступінь нижче рівня абсолютної достовірності, найвищого рівня, якого лише може досягти людина [37, Para. 96].

## Висновки

Отже, концепції «стандарту доказування» та його виду – «поза розумним сумнівом» властиві такі ознаки: варіативність стандарту доказування залежно від сфери застосування та предмета розгляду; тісний взаємозв'язок стандарту доказування та тягара (обов'язку) доказування; стандарт доказування є певним критерієм (порогом) прийняття рішення для СПР, встановлює певний рівень (міру) доведеності для визнання конкретного факту реальним.

Стандарт доказування, зокрема й один із його видів – поза розумним сумнівом, пов'язаний із виконанням саме *тягара переконання* як одного з видів тягара доказування. Сторона повинна виконати покладений на неї *тягар переконання* до певного рівня (стандарту доказування), що визначений законом, шляхом надання доказів і переконання за їх допомогою судді чи присяжного в наявності певного факту (фактів).

Стандарт доказування «поза розумним сумнівом» як критерій прийняття рішення передбачає ймовірнісний характер судового рішення, який може бути виражений у терміні «достовірність», де відсутність розумних сумнівів СПР є його практичним вираженням як найвищого ступеня ймовірності.

На сучасному етапі в межах національного чи міжнародного рівня відсутній єдиний підхід до визначення стандарту доказування «поза розумним сумнівом», однак можна виокремити такі два підходи:

1) відсутність визначення, проте є вказівка на самоочевидність даної концепції та встановлення СПР розумності сумнівів, з якими він стикається під час розгляду конкретної справи;

2) надання визначення (роз'яснення).

У межах другого підходу такі визначення є дуже різноманітними залежно від юрисдикції, у зв'язку із чим можна виділити основні підходи, що використовуються для роз'яснення:

1) як високий ступінь ймовірності;

2) як певний ступінь переконаності (тверде, незмінне переконання, почуття впевненості або як така впевненість, що змусить розважливу особу діяти в її особистих найважливіших справах, або, навпаки, розумний сумнів змусить її утриматися від прийняття рішення);

3) доведеність поза розумними сумнівами або, навпаки, розумний сумнів можуть логічно з'явитися на підставі повного та неупередженого дослідження наявних у справі доказів або за відсутності конкретних доказів і неспростовних презумпцій факту;

4) доведеність поза розумним сумнівом не означає абсолютної достовірності («без тіні сумніву»), проте водночас лише ймовірності чи правдоподібності недостатньо для визнання особи винуватою;

5) доведеність поза розумним сумнівом означає, що може бути зроблений лише один розумний (раціональний) висновок із досліджених під час судового розгляду доказів чи їх відсутності.

### **Список використаних джерел:**

1. Степаненко А.С. Стандарт доказування «поза розумним сумнівом» в кримінальному провадженні: дис. ... канд. юрид. наук. Одеса, 2017. 234 с. URL: <http://dspace.onua.edu.ua/handle/11300/7009> (дата звернення: 29.12.2017).

2. Miller v. Minister of Pensions [1947] 2 All ER 372.

3. Clermont K.M., Sherwin E. A Comparative View of Standards of Proof. Am. J. Comp. Law. Vol. 50. № 2. Pp. 243-275. 2002.

4. Grogan v. Garner. 498. U. S. 279 (1991). Casetext. URL: <https://casetext.com/case/grogan-v-garner> (дата звернення: 29.12.2017).

5. Woolmington v. DPP [1935]. AC 462. British and Irish Legal Information Institute. URL: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1935/1.html> (дата звернення: 29.12.2017).

6. In re Winship, 397. U. S. 358 (1970). Casetext. URL: <https://casetext.com/case/in-the-matter-of-samuel-winship-appellant> (дата звернення: 29.12.2017).

7. R. v. Lifchus [1997]. 3 SCR 320. 1997. CanLII 319 (SCC). The Canadian Legal Information Institute. URL: <http://canlii.ca/t/1fqzt> (дата звернення: 30.08.2016).

8. Colorado v. New Mexico. 467. U. S. 310 (1984). Casetext. URL: <https://casetext.com/case/colorado-v-new-mexico-2> (дата звернення: 29.12.2017).

9. United States v. Place. 462. U. S. 696 (1983). Casetext. URL: <https://casetext.com/case/united-states-v-place> (дата звернення: 29.12.2017).

10. Ilgar Mammadov v. Azerbaijan. Judgment of 22 May 2014. Application № 15172/13. European Court of Human Rights. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-144124> (дата звернення: 29.12.2017).

11. Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo (ICC-01/05-01/08). Warrant of arrest for Jean-Pierre Bemba Gombo replacing the warrant of arrest issued on 23 May 2008. Pre-Trial Chamber III. 10 June 2008. International Criminal Court. URL: <http://www.legal-tools.org/doc/75a793/> (дата звернення: 29.12.2017).

12. Prosecutor v. Lubanga Dyilo (ICC-01/04-01/06). Judgment on the appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the decision of Pre-Trial Chamber I. Appeals Chamber. 13 February 2007. International

Criminal Court. URL: <http://www.legal-tools.org/doc/ff3bd8/> (дата звернення: 29.12.2017).

13. Schabas W. The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute. Oxford University Press, 2010.

14. Samaha J. Criminal Procedure, 8th ed. Cengage Learning, 2011.

15. Ingram J.L. Criminal Evidence, 10th ed. Routledge, 2010.

16. Congressional Research Service and Library of Congress. The Constitution of the United States of America: Analysis and Interpretation, Centennial. Washington: U. S. Government Printing Office, 2013.

17. Brinegar v. United States. 338 U. S. 160 (1949). Casetext. URL: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/338/160> (дата звернення: 29.12.2017).

18. Illinois v. Gates. 462 U. S. 213 (1983). Casetext. URL: <https://casetext.com/case/illinois-v-gates-2> (дата звернення: 29.12.2017).

19. Решетникова И.В. Доказательственное право Англии и США. Екатеринбург: Изд-во УрГЮА, 1997. 240 с.

20. Davies M., Croall H., Tyrer J. Criminal Justice: An Introduction to the Criminal Justice System in England and Wales. 3rd ed. Pearson Education, 2005.

21. Spencer M., Spencer J. Evidence Concentrate: Law Revision and Study Guide. 4th ed. Oxford University Press, 2015.

22. Fleming J.Jr. Burdens of Proof. Va. Law Rev. Vol. 47. № 51. Pp. 51-70. Jan. 1961.

23. Keane A., McKeown P. The Modern Law of Evidence. 9th ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

24. Roberts P., Zuckerman A. Criminal Evidence. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.



25. Степаненко А. С. Категория «истина» в уголовном процессе и стандарт доказывания «вне разумного сомнения»: проблема соотношения. *Leges et Vita*. 2016. № 9 (2). URL: <https://onua.academia.edu/АндрейСтепаненко> (дата звернення: 29.12.2017).

26. Строгович М.С. Учение о материальной истине в уголовном процессе / отв. ред. Н.Н. Полянский. М.; Л.: Изд-во АН СССР, 1947. 276 с.

27. Степаненко А.С. Основні вектори розвитку та становлення стандарту доказування «поза розумним сумнівом». Науковий вісник Ужгородського національного університету. 2016. № 38. URL: <https://onua.academia.edu/АндрейСтепаненко> (дата звернення: 29.12.2017).

28. *Taylor v. Kentucky*. 436. U. S. 478 (1978). Casetext. URL: <https://casetext.com/case/taylor-v-kentucky-2> (дата звернення: 29.12.2017).

29. *Victor v. Nebraska*. 511. U. S. 1 (1994). Casetext. URL: <https://casetext.com/case/victor-v-nebraska> (дата звернення: 29.12.2017).

30. *Wansing v. Hargett*. 341 F. 3d 1207 (10th Cir. 2003). Casetext. URL: <https://casetext.com/case/wansing-v-hargett> (дата звернення: 29.12.2017).

31. California Penal Code. FindLaw. URL: <http://codes.findlaw.com/ca/penal-code/> (дата звернення: 29.12.2017).

32. United States District Court District of Maine, Pattern Criminal Jury Instructions for the District Courts of the First Circuit (2016 revisions to 1998 edition). The United States Department of Justice. URL: <https://www.justice.gov/jmd/ls/federal> (дата звернення: 29.12.2017).

33. Federal Judicial Center. Pattern Criminal Jury Instructions. 1987.

34. R v Summers (1952) 36. Cr App Rep 14. swarb.co.uk URL: <http://swarb.co.uk/rex-v-summers-hl-1952/> (дата звернення: 30.12.2017).

35. Judicial College, The Crown Court Compendium. Part I: Jury and Trial Management and Summing Up (May 2016). Courts and Tribunals Judiciary.

36. R v Majid [2009] EWCA Crim 2563 (12 October 2009). British and Irish Legal Information Institute. URL: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/2009/2563.html> (дата звернення: 30.12.2017).

37. R. v. Starr. [2000] 2 S.C.R. 144. The Canadian Legal Information Institute. URL: <http://canlii.ca/t/5251> (дата звернення: 30.12.2017).

***Шилін Д.В.,***

*кандидат юридичних наук, доцент,*

*доцент кафедри кримінального процесу*

*Національного університету «Одеська юридична академія»*

## **ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ ПРЕЮДИЦІЇ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ ТА ШЛЯХИ ЇХ ВИРІШЕННЯ**

### **Вступ**

Реалізація функції держави з охорони правопорядку та її правозахисної функції вимагає створення таких механізмів у правозастосовчій діяльності, які б забезпечували належне ухвалення та реалізацію правозастосовчих рішень.

Під час ухвалення правозастосовчих рішень, до яких відносяться і кримінальні процесуальні рішення, важливим етапом є встановлення фактичної основи справи, що в межах кримінального процесу здійснюється шляхом доказування, тобто збирання, перевірки й оцінки доказів.

У кримінальній процесуальній доказовій діяльності виникають такі правові ситуації, коли певні обставини, які підлягають доказуванню, вже встановлені в судовому рішенні в іншому процесі (цивільному, господарському), рішенні в адміністративно-деліктному процесі або в кримінальному процесуальному рішенні слідчого, прокурора, суду. У такому разі виникає проблема преюдиції в кримінальному процесі, а саме проблема підстав і меж використання преюдиціальних фактів у подальших кримінальних процесуальних рішеннях.

Незважаючи на важливість преюдиції для забезпечення стабільності кримінальних процесуальних рішень і оптимізації процесу доказування, чинний Кримінальний процесуальний кодекс України не згадує цього терміна, хоча ст. 90 Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) України містить норму щодо використання в кримінальному судочинстві рішення національного суду або міжнародної судової установи, яке набрало чинності та яким встановлено порушення прав людини й основоположних свобод, гарантованих Конституцією України та міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, для вирішення судом питання про допустимість доказів [1, с. 52].

Через відсутність належного нормативного регулювання використання преюдицій у кримінальному процесі в судовій практиці виникають труднощі з обґрунтуванням необхідності врахування преюдиціальних фактів, а в деяких випадках у судових рішеннях наявні помилкові посилання на преюдиціальність судових рішень.

## **Преюдиція в процесі доказування в кримінальних провадженнях**

Процес доказування в кримінальному провадженні в статті розуміється як різновид процесу пізнання, тобто як діяльність уповноважених державних органів і посадових осіб, спрямована на встановлення фактичних обставин справи на підставі доказів [2, с. 242]. Незважаючи на наявну в науці полеміку щодо кількості елементів цього процесу, зазначимо, що варто погодитися з думкою про віднесення до елементів процесу доказування збирання, перевірки й оцінки доказів.

У кримінальному процесі про застосування кримінальної процесуальної преюдиції можна говорити в такому разі: під час використання в справі щодо співучасника фактів і правових висновків, встановлених у раніше винесеному рішенні щодо інших співучасників (тобто під час розгляду кримінальних проваджень, виділених в окреме провадження); під час використання в справі про давання завідомо неправдивих показань, завідомо неправдивого висновку, фактів і правових висновків, встановлених у раніше винесеному рішенні в справі, у межах якої давалися показання свідка або висновок експерта; під час використання в кримінальному провадженні за нововиявленими або виключними обставинами тих рішень, якими ці обставини встановлено; під час використання преюдиціальних фактів для ухвалення процесуального рішення за п. п. 6, 10 ст. 284 КПК України.

Спершу варто визначити співвідношення між преюдиціальними фактами та предметом доказування в кримінальному провадженні.

Відповідно до ст. 91 КПК, у кримінальному провадженні підлягають доказуванню: 1) подія кримінального право-

порушення (час, місце, спосіб та інші обставини вчинення кримінального правопорушення); 2) винуватість обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення, форма вини, мотив і мета вчинення кримінального правопорушення; 3) вид і розмір шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, а також розмір процесуальних витрат; 4) обставини, які впливають на ступінь тяжкості вчиненого кримінального правопорушення, характеризують особу обвинуваченого, обтяжують чи пом'якшують покарання, які виключають кримінальну відповідальність або є підставою закриття кримінального провадження; 5) обставини, що є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності або покарання; 6) обставини, які підтверджують, що гроші, цінності й інше майно, які підлягають спеціальній конфіскації, одержані внаслідок вчинення кримінального правопорушення та/або є доходами від такого майна, або призначалися (використовувалися) для схилення особи до вчинення кримінального правопорушення, фінансування та/або матеріального забезпечення кримінального правопорушення чи винагороди за його вчинення, або є предметом кримінального правопорушення, зокрема й пов'язаного з їх незаконним обігом, або підшукані, виготовлені, пристосовані чи використані як засоби чи знаряддя вчинення кримінального правопорушення; 7) обставини, що є підставою для застосування до юридичних осіб заходів кримінально-правового характеру.

У даний час КПК не вирішує питання про місце в предметі доказування преюдиціальних фактів. У науковій літературі немає усталеного підходу до цієї проблеми. Деякі вчені вважають, що преюдиціальні факти повинні виключатися із предмета доказування [3, с. 43]. Інші вчені, заперечуючи їм, зазначають, що

преюдиціальні факти входять у предмет доказування, оскільки ці обставини мають юридичне значення [4, с. 101]. Важаємо, що преюдиціальні факти входять у предмет доказування, якщо вони входять до кола тих обставин, які мають бути встановлені в кримінальному провадженні. Проблема в такому разі виникає тому, що ці факти можуть заново не доводитися в подальшому кримінальному провадженні, якщо вони не викликають сумніву в слідчого, прокурора, бо вони вже доведені в межах кримінального провадження, вирок за яким набрав чинності. Однак наявність преюдиціальних фактів має бути підтверджена відповідними джерелами доказів. Це можна простежити на конкретних прикладах.

Під час розгляду кримінальних проваджень, виділених в окреме провадження, щодо співучасника можуть бути використані окремі факти, встановлені в раніше ухваленому рішенні щодо інших співучасників.

Коли в окреме провадження виділяється справа щодо одного зі співучасників у зв'язку з наявністю підстав для її зупинення, у судових рішеннях можуть бути встановлені факти, які відносяться до предмета доказування у виділеній справі. Водночас варто враховувати такі положення. Оскільки в предмет доказування в кримінальному провадженні входить виявлення доказів вини обвинуваченого, а не інших осіб, справа щодо яких не розглядається, діяльність органів слідства та суду зі встановлення злочину, скоєного обвинуваченим, принципово відрізняється від їхньої діяльності зі встановлення того, що вчинено особами, щодо яких обвинувальний акт не передано до суду. Ідеться про різницю цілей і завдань цієї діяльності, її змісту й обсягу, юридичні наслідки. Різниця цілей у тому, що злочин, вчинений обвинуваченим, встановлюється для того, щоб

виконати основне завдання кримінального судочинства – справедливо покарати винного. Дії ж учасників злочину, справа про які не розглядається, встановлюються не для вирішення питання про їхню відповідальність, а для того, щоб вирішити питання про винуватість і покарання особи, яка віддана до суду. Дії обвинуваченого встановлюються шляхом всебічного, повного й об'єктивного дослідження всіх обставин злочину. Дії ж осіб, не відданих до суду, встановлюються лише за умови, що вони пов'язані з діями особи, яка віддана до суду, і лише в тих межах, в яких це має значення для кваліфікації злочину, визначення ступеня участі та вини обвинуваченого, інших істотних обставин. Юридичні наслідки обвинувального вироку після набрання ним чинності стосуються лише обвинуваченого, який визнаний винним у вчиненні злочину. На осіб, не відданих до суду, юридичні наслідки вироку не поширюються, оскільки щодо них справа не розглядалася [5, с. 75].

Так, подія кримінального правопорушення (час, місце, спосіб та інші обставини вчинення кримінального правопорушення) може бути доведена за допомогою вироку, який набрав чинності. Подія кримінального правопорушення є об'єктивним явищем, її встановлення не залежить від того, щодо якого зі співучасників розглядалося провадження. Саме тому у вирокі можна зазначати, що кримінальне правопорушення вчинено за співучасті з особою, справу щодо якої виділено в окреме провадження. Тому ці обставини, які мають значення для встановлення події кримінального правопорушення, під час розгляду виділеної справи можуть бути покладені в основу рішення суду без доведення, оскільки вони встановлені вирокі, який набрав чинності, та вважаються істинними [6, с. 88].

Що стосується таких елементів предмета доказування, як винуватість обвинуваченого в скоєнні кримінального правопорушення, форма вини, мотив і мета вчинення кримінального правопорушення, то такі елементи предмета доказування не можуть бути встановлені за допомогою преюдиціальних фактів. Розгляд кримінального провадження в судовому засіданні провадиться тільки щодо обвинувачених і тільки в межах висунутого їм обвинувачення. Саме тому суб'єктивні межі дії вироку стосуються лише тих осіб, які були обвинуваченими в межах окремого кримінального провадження. Під час розгляду кримінального провадження суд не може наперед висловити судження про винуватість або невинуватість осіб, які не брали участі в судовому розгляді. Якщо кримінальне правопорушення, щодо якого ведеться розгляд справи, вчинено за співучасті осіб, справи щодо яких виділено в окреме провадження, то у вирокі суд не може називати прізвища цих осіб (оскільки це виходить за межі судового розгляду), а лише може зазначити, що кримінальне правопорушення вчинено обвинуваченим за співучасті осіб, щодо яких справу виділено в окреме провадження. Якщо обвинувачений визнається винним у вчиненні кримінального правопорушення за співучасті особи, щодо якої кримінальне провадження закрито, то у вирокі можуть бути описані дії співучасників з обов'язковою вказівкою на те, що стосовно даної особи кримінальне провадження закрито, із зазначенням підстав, за якими закрито провадження. Тобто винуватість обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення, форма вини, мотив і мета вчинення кримінального правопорушення за виявлення співучасника мають доводитися за допомогою сукупності доказів, до яких не



може відноситися вирок у пов'язаному кримінальному провадженні.

Окремі з обставин, які впливають на ступінь тяжкості скоєного кримінального правопорушення, характеризують особу обвинуваченого, обтяжують чи пом'якшують покарання, які виключають кримінальну відповідальність або є підставою для закриття кримінального провадження, також можуть бути встановлені за допомогою вироку, що набрав чинності, щодо іншого співучасника. Зокрема, це вчинення злочину групою осіб за попередньою змовою; тяжкі наслідки, завдані злочином; вчинення злочину щодо особи похилого віку, особи з інвалідністю або особи, яка перебуває в безпорадному стані, або особи, яка страждає на психічний розлад, зокрема на недоумство, має вади розумового розвитку, а також скоєння злочину щодо малолітньої дитини або в присутності дитини; вчинення злочину з використанням малолітнього або особи, що страждає на психічне захворювання чи недоумство; вчинення злочину з особливою жорстокістю; вчинення злочину з використанням умов воєнного або надзвичайного стану, інших надзвичайних подій; скоєння злочину загальнонебезпечним способом; вчинення злочину щодо подружжя чи колишнього подружжя або іншої особи, з якою винний перебуває (перебував) у сімейних або близьких відносинах; скоєння злочину на ґрунті расової, національної, релігійної ворожнечі чи розбрату, або на ґрунті статевої приналежності; вчинення злочину загальнонебезпечним способом; скоєння злочину особою, що перебуває в стані алкогольного сп'яніння або в стані, викликаному вживанням наркотичних чи інших одурманюючих засобів; вчинення злочину щодо жінки, яка завідомо для винного перебувала у стані вагітності; вчинення злочину щодо особи, яка перебуває в

матеріальній, службовій чи іншій залежності від винного; скоєння злочину особою повторно та рецидив злочинів.

Крім того, під час розгляду виділеного щодо співучасника кримінального провадження можуть не встановлюватися знову обставини, що є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності або покарання, вид і розмір шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, розмір процесуальних витрат, а також обставини, які підтверджують, що гроші, цінності й інше майно, які підлягають спеціальній конфіскації, одержані внаслідок скоєння кримінального правопорушення та/або є доходами від такого майна, або призначалися (використовувалися) для схиляння особи до вчинення кримінального правопорушення, фінансування та/або матеріального забезпечення кримінального правопорушення чи винагороди за його вчинення, або є предметом кримінального правопорушення, зокрема пов'язаного з їх незаконним обігом, або підшукані, виготовлені, пристосовані або використані як засоби чи знаряддя вчинення кримінального правопорушення. В основу вироку може бути покладено рішення суду із цих питань, виражене в раніше винесеному стосовно інших співучасників вироку [6, с. 90].

Інші обставини, що входять до предмета доказування, не можуть бути встановлені за допомогою преюдиції.

У науковій літературі склалися різні підходи до наявності в процесі доказування за наявності достатніх підстав для застосування кримінальної процесуальної преюдиції всіх елементів процесу доказування. Так, на думку Ф. Фаткулліна, отримання та долучення до матеріалів справи процесуального документа, в якому зафіксовані дані про такий факт, аналіз змісту цього документа, зіставлення його з іншими матеріалами справи, перевірка й оцінка додаткових відомостей щодо того ж факту –

все це вкладається в межі доказування преюдиціально встановлених фактів у кримінальному судочинстві [7, с. 78]. Цей погляд підтримує й О. Березін [4, с. 104-107]. О. Левченко вважає, що процес доказування преюдиціальних фактів не потребує дотримання звичайного процесуального порядку; він обмежується лише збиранням таких фактів та їх оцінкою [8, с. 37]. О. Бережний підтримує думку, що процес доказування преюдиціальних фактів не потребує дотримання звичайного процесуального порядку; він обмежується лише оцінкою таких фактів [9, с. 80].

Варто погодитися з думкою, що збирання доказів – це діяльність суб'єктів, у провадженні яких перебуває кримінальне провадження, спрямована на одержання доказів шляхом проведення передбачених законом дій [2, с. 243]. Для визначення наявності преюдиціальних фактів необхідно мати джерела, якими ці факти встановлені. У кримінальному процесі це вирок або постанова, які набрали чинності. Тому слідчий, прокурор, суддя, суд повинні витребувати або засвідчену копію цього рішення, або кримінальне провадження загалом. Можливе надання копії цього рішення й учасниками процесу. Отже, у даному разі наявні такі засоби збирання доказів, як витребування документа або прийняття документа. Тобто такий елемент, як збирання доказів, наявний.

Перевірка доказів здійснюється шляхом аналізу кожного доказу окремо, а також шляхом зіставлення одного доказу з іншими, це аналітична, розумова діяльність. Крім того, перевірка провадиться практичним шляхом – проведенням нових слідчих дій, витребуванням нових предметів і документів [2, с. 244]. Наявність процесуального рішення, яким встановлені факти, що мають доказове значення для кримінального провадження,

вимагають аналітичної, розумової діяльності щодо аналізу змісту цього документа, визначення, чи мають встановлені ним факти доказове значення для кримінального провадження, тобто чи входять до предмета доказування в кримінальному провадженні, що розглядається. Це і є специфічним проявом перевірки доказів, що не містить практичних дій. І якщо преюдиціальні факти не викликають сумнівів у слідчого, прокурора, суду, вони можуть бути покладені в основу рішення без додаткової перевірки.

Оцінка доказів – це розумова діяльність суб'єктів доказування з вирішення питання про належність, допустимість, достовірність доказів [2, с. 246]. Оцінка доказів, зокрема й тих фактичних даних, якими встановлені преюдиціальні факти, є необхідним елементом процесу доказування. Відмова від оцінки даних про преюдиціальні факти та самих фактів неможлива. У зв'язку із цим варто визначитися із критеріями оцінки фактичних даних щодо преюдиціальних фактів.

О. Левченко зазначає, що оцінка преюдиціальних фактів провадиться за тими ж критеріями, що й оцінка будь-якого іншого доказу в справі [8, с. 37], тобто з погляду належності, допустимості, достовірності, достатності. Належність преюдиціальних фактів означає наявність зв'язку між ними й обставинами, що підлягають доказуванню. Допустимість преюдиціальних фактів – це ознака, яка вказує на те, що цей факт отримано з належного джерела, уповноваженим на те суб'єктом доказування. Достовірність преюдиціальних фактів полягає в їхній відповідності об'єктивній дійсності. Достатність преюдиціальних фактів визначає рішення суб'єкта доказування з погляду можливості на їхній основі зробити висновок про те, що обставини, які входять до предмета доказування, встановлені в необхідних межах [8, с. 37-38].

Думку, що оцінка преюдиціально встановлених фактів провадиться за тими ж критеріями, що й оцінка будь-якого іншого доказу в кримінальному провадженні, тобто погляду належності, допустимості, достовірності, достатності, підтримує й О. Бережний. На його думку, належність преюдиційно встановлених фактів означає наявність об'єктивного зв'язку між змістом доказів і тими обставинами, що підлягають доказуванню в іншій кримінальній справі, де ці преюдиціальні факти використовуються, тобто фактами, що є об'єктом судового пізнання. Допустимість преюдиціально встановлених фактів означає, що дані факти отримані з належного джерела, уповноваженим на те суб'єктом доказування. Наприклад, вирок, що не набрав чинності, не є преюдиціальним. Джерелом преюдиціальних фактів є копії вироків та інших рішень суду в кримінальних і цивільних справах, копії постанов прокурора, слідчого про закриття кримінальної справи по тому ж обвинуваченню, копії рішень адміністративних органів. Цільова спрямованість допустимих доказів – це забезпечення достовірності даних у справі. Достовірність преюдиціально встановлених фактів пов'язана з достовірністю вироку, рішення чи постанови, що мають преюдиціальну силу. Це є матеріально-правовою основою наявності таких фактів. Якщо попереднє рішення є достовірним, то і встановлені на його основі преюдиціальні факти є достовірними. Достатність преюдиціально встановлених фактів визначає рішення суб'єкта доказування з погляду можливості на їх основі зробити висновок про те, що обставини, які входять до предмета доказування, встановлені в необхідних межах [9, с. 81-84].

Варто зазначити, що цілковито підтримати цю думку складно.

Належність доказів означає, що доказами можуть бути лише ті фактичні дані, які встановлюють (прямо чи опосередковано) обставини, які входять до предмета доказування. Тому оцінка фактичних даних щодо преюдиціальних фактів, безумовно, має здійснюватися за цим критерієм, оскільки необхідно встановити, чи мають преюдиціальні факти доказове значення для кримінального провадження, тобто чи входять до предмета доказування в кримінальному провадженні, що розглядається.

Допустимість доказів означає, що як докази можуть бути використані лише ті фактичні дані, які отримані з дотриманням вимог кримінального процесуального законодавства. До вимог допустимості доказів належать: законність джерела; належний суб'єкт отримання доказів; законність способу отримання доказів; законність порядку отримання доказів; законність процесуального оформлення доказів [10, с. 112]. З огляду на те, що преюдиціальні факти встановлені рішенням, яке набрало чинності, постає питання: чи може бути визнане недопустимим джерелом доказів судове рішення, яке набрало чинності? Здається, відповідь на це питання може бути лише негативною, оскільки під час використання такого джерела доказів, як судове або інше процесуальне рішення, яким встановлені преюдиціальні факти, дотримуються такі вимоги, як законність джерела; належний суб'єкт отримання доказів; законність способу отримання доказів; законність порядку отримання доказів; законність процесуального оформлення доказів. Варто цілком погодитися з думкою, що критерій допустимості до судового вироку (рішення) не може бути застосовано. Якщо вирок використано в доказуванні, то він не може бути визнаний недопустимим доказом, оскільки це означало б визнання його

неправосудним і таким, що підлягає скасуванню, на що уповноважені лише вищі судові інстанції [4, с. 110].

Що стосується достовірності преюдиціальних фактів, то для її визначення використовуються сутнісні, а не формальні критерії, як для визначення допустимості доказів. Достовірність преюдиціальних фактів полягає в їхній відповідності об'єктивній дійсності [8, с. 37-38]. Достовірність преюдиціально встановлених фактів пов'язана з достовірністю вироку, рішення чи постанови, що мають преюдиціальну силу [9, с. 81-84]. Із цими твердженнями можна цілком погодитися. Однак сумніви викликає думка, що коли попереднє рішення є достовірним, то і встановлені на його основі преюдиціальні факти є достовірними [9, с. 81-84]. Однак преюдиціальні факти можуть бути достовірними, а преюдиціально встановлені факти в іншому кримінальному провадженні – ні, якщо в подальшому кримінальному провадженні порушені певні правила доказування та не дотримано вимог КПК, а саме ст. 9 та ст. 370 КПК. Крім того, оцінюючи достовірність преюдиціальних фактів, суд може поставити її під сумнів. На практиці можуть виникнути і виникають ситуації, коли раніше встановлені судом обставини, які покладені в основу вироку, суперечать переконанню суду щодо кримінального провадження, що розглядається. І тоді, якщо суд ухвалює рішення за своїм внутрішнім переконанням, він не приймає преюдиціальні факти як достовірні.

Дискусійним у літературі є питання, до якого із джерел доказів належать вирок суду, постанова слідчого, прокурора, які містять преюдиціальні факти. У літературі визнається значення вироку як джерела доказу, хоча і не завжди вказується на природу цього джерела [11, с. 23; 12, с. 23]. На думку деяких учених, преюдиціальні факти містяться в таких джерелах доказів,

як документ [13, с. 142; 6, с. 113]. Однак і цей погляд заперечується в літературі [4, с. 121]; пропонується доповнити перелік джерел доказів такими новими джерелами, як акти судових органів, а також кінцеві процесуальні рішення інших органів (посадових осіб), які здійснюють кримінальне переслідування [4, с. 220]. На нашу думку, обґрунтованим є погляді, що вирок суду, постанова слідчого, прокурора, які містять преюдиціальні факти, варто віднести до такого джерела доказів, як документи.

**Преюдиціальність кримінальних процесуальних актів  
і принцип вільної оцінки доказів. Вирішення  
преюдиціальних колізій у кримінальному провадженні**

Оцінка доказів як елемент процесу доказування в науці кримінального процесу розуміється як розумова, логічна діяльність із вирішення питання про належність, допустимість, достовірність доказів, а також щодо достатності сукупності доказів для ухвалення процесуального рішення [2, с. 246;] (хоча в літературі є різні визначення оцінки доказів [14, с. 63-65]).

Оцінка доказів за внутрішнім переконанням насамперед означає формування власного погляду на фактичні обставини кримінального провадження, необхідність особистої оцінки доказів органом, що провадить таку оцінку. Оцінка доказів за внутрішнім переконанням означає, що суд (слідчий, прокурор, слідчий суддя) тільки в тому разі повинен визнати факт встановленим, коли він на основі зібраних доказів у цьому особисто переконався [15, с. 47]. Формування їхнього переконання відбувається в умовах, що унеможливають будь-яке стороннє втручання.



Чинний КПК не виділяє як самостійний принцип вільної оцінки доказів (або оцінки доказів за внутрішнім переконанням), хоча і фіксує в ст. 94, що слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд за своїм внутрішнім переконанням, яке ґрунтується на всебічному, повному й неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального провадження, керуючись законом, оцінюють кожний доказ з погляду належності, допустимості, достовірності, а сукупність зібраних доказів – з погляду достатності та взаємозв'язку для ухвалення відповідного процесуального рішення. Жоден доказ не має наперед встановленої сили. У доктрині цей принцип визнається як самостійний окремими вченими [16, с. 54], хоча ця позиція і не є загально визнаною [17, с. 39-41].

Застосування преюдицій є винятком із загального правила оцінки доказів за внутрішнім переконанням, оскільки означає використання в доказуванні встановлених фактичних даних. Складно погодитися з висловленим у літературі твердженням, що поняття преюдиціальності судового рішення та внутрішнє переконання не пов'язані між собою безпосередньо: «Призначення преюдиції полягає не в наданні допомоги суду у встановленні об'єктивної істини в справі, а в забезпеченні чинності рішення, винесеного раніше, інакше кажучи, не у сфері пізнання, а у сфері організації чіткості та визначеності в реалізації рішень» [18, с. 58]. Дійсно, преюдиціальність є властивістю судового рішення, яке набрало чинності, однак значення преюдиції є не формальним – забезпечення чинності рішення, винесеного раніше, а змістовним, тобто певне «спрощення» доказування в подальшому кримінальному провадженні. Саме тому, наприклад, у КПК Російської Федерації

ст. 90, присвячена преюдиції, розташована в розділі III «Докази та доказування».

Проте на практиці виникають ситуації, коли раніше встановлені судом обставини, які покладені в основу вироку, суперечать переконанню суду щодо кримінального провадження, що розглядається. Такі обставини не можуть мати значення заздалегідь встановлених доказів, оскільки практиці відомі випадки набрання чинності незаконними і необґрунтованими вироками, а істинність вироку є лише правовою презумпцією, а не правовою аксіомою. Тому здається, що в разі, коли під час розгляду кримінальних проваджень, пов'язаних із раніше вирішеним, з'являються дані, що свідчать про неправосудність раніше винесеного вироку, він не може бути покладений в основу висновків у новому судовому рішенні [19, с. 88-89].

Г. Резнік вказує на три випадки колізії між преюдицією і внутрішнім переконанням: а) суд дійде іншого висновку з питання про те, чи мала місце подія або дія, ніж суд, що вже розглянув це питання раніше порядком кримінального чи цивільного судочинства; б) розглядаючи кримінальне провадження про завідомо неправдиві показання (дачу завідомо неправдивого висновку), суд переконується, що ці показання чи висновок, власне кажучи, правильні; в) внутрішнє переконання суду з виділеного кримінального провадження суперечить висновкам, що містяться у вироку з основного кримінального провадження [16, с. 57].

У літературі зазвичай проблема співвідношення преюдиції та внутрішнього переконання досліджується стосовно внутрішнього суддівського переконання. Відповідно до ст. 129 Конституції України, судді під час здійснення правосуддя незалежні та керуються верховенством права. Закон не містить вказівок щодо

вирішення преюдиціальних колізій у кримінальному провадженні. В юридичній літературі немає єдиного погляду на те, як необхідно діяти суду в разі виникнення колізії між його внутрішнім переконанням і преюдиціальними фактами; намітилося три шляхи вирішення цієї проблеми.

Одні процесуалісти пропонують можливість заново досліджувати преюдиціально встановлені факти, якщо виникають сумніви щодо їхньої істинності [12, с. 23; 16, с. 59]. Тобто, хоч суд і зв'язаний преюдиціальними фактами, якщо в суду виникають сумніви в істинності преюдиціально встановлених фактів, він вправі їх заново досліджувати.

Інші вчені виходять з того, що у формуванні своїх висновків суд не зв'язаний жодними раніше винесеними рішеннями [20, с. 124-125].

Також є підхід, що факти, встановлені вироком, який набрав чинності, чи рішенням суду, повинні прийматися як вже доведені, істинні положення. Ці вчені вважають, що до скасування судового рішення (вироку), що має преюдиціальне значення, суд, який розглядає кримінальне провадження, пов'язане з раніше вирішеним, не вправі виносити вирок (рішення) за внутрішнім переконанням

[21, с. 82; 22, с. 74; 8, с. 42; 7, с. 78]. О. Хотинська зазначає, що суд не може просто відкидати преюдиціально значуще судові рішення, не брати його до уваги. На думку дисертантки, це буде прямим порушенням обов'язковості судових рішень як конституційної засади судочинства України [23]. Тобто в такому разі наявний формальний підхід до обов'язковості застосування преюдицій.

Найбільш правильною здається позиція, яка не дозволяє використовувати преюдицію в разі протиріччя із внутрішнім

суддівським переконанням. Преюдиція не повинна обмежувати вільну за внутрішнім переконанням оцінку доказів та їхніх процесуальних джерел [24, с. 85].

У правовій системі не повинні траплятися випадки, коли судові рішення, які виносяться іменем України, суперечать одне одному. Це суперечить принципу правової визначеності. Тому є слушною думка тих вчених, які намагаються знайти розумний баланс між дотриманням правила про оцінку доказів за внутрішнім переконанням та збереженням значення преюдиції.

На думку Г. Резніка, яка підтримується в літературі, «якщо в суду виникають сумніви в істинності преюдиціально встановлених фактів, він вправі їх заново досліджувати. Дійшовши висновку, що ці факти встановлені неправильно, суд зупиняє провадження в справі та входить із поданням про опротестування раніше винесеного вироку (рішення) у порядку нагляду або за нововиявленими обставинами» [16, с. 59]. Однак таке вирішення проблеми суперечить сутності зупинення судового розгляду, оскільки він зупиняється для вирішення правового питання. Крім того, «суд повинен буде вже до постановлення вироку висловити переконання в кримінальному провадженні, яке в нього склалося і яке суперечить раніше винесеному судовому рішенню» [6, с. 125].

На думку Ю. Грошевого, у такій ситуації суд має виносити вирок за своїм переконанням, але оскільки ним відкинута преюдиція, то цей вирок набуває чинності після перевірки вищим судом обох вироків, тому що «<...> мова йде про незв'язаність суддів у встановленні фактичних обставин вчиненого злочину і формуванні власного їхнього знання з усіх питань, що підлягають вирішенню у вироку» [25, с. 117]. Такий підхід підтримується й іншими авторами [19, с. 95]. Однак у літературі заперечується

доцільність такої процедури [8, с. 141-142; 6, с. 124-125]. Як зазначає, наприклад, О. Левченко, «такий порядок є громіздким. Вищий суд, мабуть, перевірятиме обидва вирокі касаційним або наглядовим порядком. Але ці стадії процесу мають свої, специфічні засоби перевірки законності й обґрунтованості вироків, які в даному разі можуть бути неефективними. Вирішувати цю проблему доцільно раніше, у стадії попереднього розслідування, коли немає остаточних висновків у виді-леній справі. У такому разі, якщо преюдиціальна сила вироку в одній справі та внутрішнє переконання прокурора, слідчого в іншій, виділеній в окреме провадження справі, суперечать одне одному, то вирок не набирає чинності, а вирок, який набув чинності, не звертається до виконання до розгляду обох справ у вищому суді першої інстанції та винесення єдиного вироку в обох справах» [8, с. 141-142]. Однак незрозуміла сутність процедури, що запропонована О. Левченко. Який саме вирок не набирає чинності? Якщо проблему колізійності преюдиції та внутрішнього переконання необхідно вирішувати на стадії попереднього розслідування, то які ж вирокі мають перевірятися вищим судом?

За колізійності преюдиції та внутрішнього переконання в стадії досудового розслідування (тобто за необхідності спростування преюдиції) необхідно передбачити в КПК таку процедуру: слідчий або прокурор складають клопотання про закриття кримінального провадження та направляють його до суду; суд вирішує питання про обґрунтованість цього клопотання і залежно від цього або закриває кримінальне провадження, або повертає його прокурору, відмовивши в закритті. Надання повноважень на ухвалення в такому разі остаточного рішення слідчому або прокурору буде нівелюванням конституційної

функції правосуддя, оскільки рішення представника виконавчої влади по суті перекреслить судові рішення та зведе нанівець результат судового розгляду; а повноважень на ініціацію перегляду рішення в кримінальному провадженні в них немає і не повинно бути, оскільки це суперечить сутності їхніх кримінальних процесуальних функцій. У стадії судового розгляду в таких випадках суд повинен виносити рішення за внутрішнім переконанням, навіть якщо будуть порушені правила преюдиції, оскільки саме на суд покладено конституційну функцію правосуддя.

Якщо суд виносить рішення в кримінальному провадженні, що суперечить рішенню, яке містить преюдиціальні факти, то необхідно передбачити спеціальну судову процедуру перегляду обох таких рішень разом. Для цього необхідно утворювати судову колегію ad hoc у Касаційному кримінальному суді Верховного Суду, до якої направляти такі провадження для остаточного вирішення. Такий підхід до розв'язання цієї проблеми забезпечить стабільність кримінальних процесуальних рішень.

### **Висновки**

Преюдиціальні факти входять у предмет доказування, якщо вони входять до кола тих обставин, які мають бути встановлені в кримінальному провадженні. Доказування за наявності достатніх підстав для застосування кримінальної процесуальної преюдиції має певну специфіку в межах усіх елементів процесу доказування. Збирання доказів обмежено витребуванням або прийняттям копії кримінального процесуального рішення. Перевірка доказів може бути обмежена аналізом змісту процесуального рішення, визначенням, чи мають встановлені ним факти доказове значення для кримінального провадження, тобто чи входять до

предмета доказування в провадженні, що розглядається. Однак якщо преюдиціальні факти викликають сумніви в слідчого, прокурора, суду, слідчого судді, то може бути проведено додаткову перевірку шляхом отримання інших доказів, які підтверджують або спростовують доказ, що перевіряється. Оцінка доказів є необхідним елементом процесу доказування і здійснюється за критеріями належності та достовірності, що є специфічним саме для оцінки фактичних даних щодо преюдиціальних фактів. Оцінюючи достовірність преюдиціальних фактів, суд може поставити її під сумнів. Вирок суду, постанова слідчого, прокурора, які містять преюдиціальні факти, можуть бути використані в доказуванні як «документи». За колізійності преюдиції та внутрішнього переконання в стадії досудового розслідування (тобто в разі необхідності спростування преюдиції) необхідно передбачити в КПК таку процедуру: слідчий або прокурор складають клопотання про закриття кримінального провадження та направляють його до суду; суд вирішує питання про обґрунтованість цього клопотання і залежно від цього або закриває кримінальне провадження, або повертає його прокурору, відмовивши в закритті. У стадії судового розгляду в таких випадках суд повинен виносити рішення за внутрішнім переконанням, навіть якщо будуть порушені правила преюдиції. Якщо суд виносить рішення в кримінальному провадженні, що суперечить рішенню, яке містить преюдиціальні факти, то необхідно передбачити спеціальну судову процедуру перегляду обох таких рішень разом. Для цього необхідно створювати судову колегію ad hoc у Касаційному кримінальному суді Верховного Суду, до якої направляти такі провадження для остаточного вирішення.

### Список використаних джерел:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/paran1078#n1078>.
2. Кримінальний процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар / відп., ред.: С. Ківалов, С. Міщенко. Х.: Одіссей, 2013. 1104 с.
3. Трубников П. Обязательность судебных решений в законодательстве и судебной практике. Советское государство и право. 1974. № 2. С. 38-46.
4. Березин А. Преюдиции в отечественном уголовном судопроизводстве: дисс.... канд. юрид. наук: 12.00.09. Нижний Новгород, 2006. 283 с.
5. Ширшов М., Мотловиловкер Я. Установление вины соучастников по делам о групповых преступлениях. Социалистическая законность. 1977. № 1. С. 75-76.
6. Юсубова У. Преюдиции в советском уголовном процессе: дисс. ... д. юрид. наук: 12.00.09. Москва, 1979. 225 с.
7. Фаткуллин Ф. Общие проблемы процессуального доказывания. Казань: Изд-во Каз. Ун-та, 1973. 176 с.
8. Левченко О. Общеизвестные, преюдициально установленные и законом презюмируемые факты и особенности их использования в уголовно-процессуальном доказывании: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Казань, 1994. 268 с.
9. Бережний О. Преюдиціальність судових рішень у кримінальних справах: дис.... канд. юрид. наук: 12.00.09. Х., 2003. 191 с.
10. Смирнов М., Гловюк І. Кримінальний процес України: навчально-методичний посібник. Одеса: Фенікс, 2008. 652 с.
11. Бойков А., Воскресенский В. Преюдиция в судопроизводстве. Законность. 1992. № 11. С. 23-25.



12. Искендеров Р. О преюдициальном значении приговора. Советская юстиция. 1990. № 22. С. 22-23.

13. Безруков А. Преюдициальная связь судебных актов: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.15. Екатеринбург, 2005. 180 с.

14. Грошевий Ю. Стахівський С. Докази і доказування у кримінальному процесі: науково-практичний посібник. К.: КНТ, Видавець С. Фурса, 2006. 272 с.

15. Теория доказательств в советском уголовном процессе / под ред. Н. Жогина. М: Юрид. лит., 1973. 732 с.

16. Резник Г. Внутреннее убеждение при оценке доказательств. М., 1977. 126 с.

17. Добровольская Т. Принципы советского уголовного процесса. М., 1971. 200 с.

18. Тарбагаева Е. Истинность, преюдициальность и законная сила судебного решения. Проблемы доказывания по уголовным делам: межвуз. сб. науч. тр. Красноярск: Изд-во Красноярского ун-та, 1988. С. 52-60.

19. Бережний О. Преюдиціальність судових рішень у кримінальних справах. Х.: Видавець СПД ФО Н.М. Вапнярчук, 2004. 176 с.

20. Мотовиловкер Я.О пределах судейской независимости при установлении фактов и применении права по уголовному делу. Советское государство и право. 1986. № 5. С. 124-127.

21. Дорохов В. Законная сила приговора в советском уголовном процессе. Советское государство и право. 1954. № 6. С. 80-86.

22. Зинатуллин З. Уголовно-процессуальное доказывание. Ижевск: Изд. Удмуртского гос. ун-та, 1993. 178 с.

23. Хотинська О. Обов'язковість судових рішень як конституційна засада судочинства України: автореф. дис.... канд. юрид. наук: спец. 12.00.10 «Судоустрій; прокуратура та

адвокатура». К., 2006. 20 с. URL: <http://www.nbu.gov.ua/ard/2006/06hozzsu.zip>.

24. Стахівський С. Теорія і практика кримінально-процесуального доказування: монографія. К.: Б. в., 2005. 272 с.

25. Грошевой Ю.М. Сущность судебных решений в советском уголовном процессе. Харьков: Вища школа, 1979. 144 с.

## **ЗАХОДИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ: ДОТРИМАННЯ БАЛАНСУ ПРИВАТНИХ ТА ПУБЛІЧНИХ ІНТЕРЕСІВ**

***Андрушко О.В.,***

*кандидат юридичних наук, доцент,  
начальник кафедри кримінального права та процесу  
Національної академії Державної прикордонної служби України  
імені Богдана Хмельницького*

### **ПРИМУС ТА ЮРИДИЧНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ: ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ТА ВЗАЄМОЗВ'ЯЗКУ**

#### **Вступ**

Набрання чинності Кримінальним процесуальним кодексом (далі – КПК) України 2012 р. досить суттєво змінило парадигму кримінального судочинства в Україні, зокрема, у частині заходів примусу в кримінальному процесі, особливостей їх застосування, процедур накладення грошового стягнення тощо. Але законодавчі новації швидше породили нові теоретичні та практичні проблеми, ніж вирішили старі, оскільки ні практики, ні сама процесуальна наука були готові до їх пояснення, а окремі законодавчі новели і дотепер трактуються крізь призму наукового розуміння судочинства за КПК України 1960 р. Хоча варто визнати, що окремі наукові здобутки минулого не втратили своєї актуальності.

Сама проблема взаємозв'язку примусу та юридичної відповідальності ніби й не нова, але в контексті примусу й юридичної відповідальності саме в кримінальному процесі за КПК України 2012 р. недостатньо вивчена сьогодні. Заявлена

тема публікації актуальна насамперед у теоретичному контексті, оскільки стосується дескрипції цих юридичних концептів ученими та практичними працівниками, що, безумовно, корелює законодавчу та правозастосовну практику.

Теоретичним підґрунтям цієї публікації є наукові здобутки учених минулого століття: Г. Н. Ветрової, З. Ф. Ковриги, В. М. Корнукова, Ф. М. Кудіна, О. Е. Лейста та ін., сучасних закордонних учених: Б. Б. Булатова, С. І. Вершиніної, Е. К. Кутуєва, О. В. Маркіна й ін., а також українських учених: Ю. П. Аленіна, І. В. Гловюк, О. М. Гуміна, Л. М. Лобойка, М. М. Михеєнка, В. Т. Нора, В. В. Рожнової, С. М. Смокова, Л. Д. Удалової, О. Г. Шило, М. Є. Шумила та ін. Зазначимо також наукові праці Р. М. Білоконя й А. В. Мурзановської, в яких розглядаються питання співвідношення заходів процесуального примусу із кримінальною процесуальною відповідальністю, що достатньо близько перетинаються із предметом нашого дослідження.

### **Примус у кримінальному процесі як вид державного примусу**

Проблема державного примусу є вихідною в дослідженні примусу в кримінальному процесі. У літературі такий примус іменують ще правовим чи державно-правовим, але однозначно, що державний примус для його легітимності повинен базуватися на праві. Зокрема, В. В. Рожнова визначає, «що державно-правовий примус – це нормативно закріплений вплив держави на суб'єктів суспільного життя з метою забезпечення їхньої належної поведінки, який у вигляді встановлених законом правообмежень здійснюється компетентними органами під час правозастосовчої діяльності» [34, с. 9]. Окремо зазначається, що це «метод впливу держави на свідомість і поведінку, на особу і

майно суб'єктів правових відносин, який застосовується державними органами відповідно до їхньої компетенції незалежно від волі та бажання юридично зобов'язаних суб'єктів з метою забезпечення належної реалізації права, попередження правопорушень, покарання та виправлення правопорушників, поновлення порушених прав» [41, с. 12].

Сучасні інтегральні підходи до розуміння права природного та позитивного породжують й «новітні ідеї» наукового розуміння примусу в праві. Цьому слугують такі пролегомени, сформульовані О.В. Маркіним: «Позитивне право у своїй природі містить примус, заради якого воно створено. Смысл позитивного права – нормативний тиск на суспільні відносини, на їх суб'єктів із метою приведення суспільних відносин до стану відповідності з моделлю, що визнана цінністю засновником позитивного права» [39, с. 179]. Варто зазначити, що примус як атрибутивна ознака державної влади чи права ще на початку 20 ст. формулювався в працях відомих учених. Принаймні М. М. Коркунов зазначав, «що державна влада, озброєна силою примусу, покликана турбуватися про дотримання юридичних обов'язків, і тільки їх одних», далі: «Тому юридичні норми регулюють тільки одну зовнішню сторону людських дій і опираються у своїй реалізації на примус» [15, с. 42].

Законодавчих визначень державного примусу та його галузевих видів немає, а такі передусім виводяться з аналізу норм та інститутів тієї чи іншої галузі права.

Із запровадженням 2012 р. нового кримінального процесуального інституту під назвою «Заходи забезпечення кримінального провадження» відбулася реалізація «доктрини застосування заходів забезпечення кримінального провадження і обмеження конституційних і конвенційних прав громадян лише в

ситуаціях, коли іншими засобами неможливо досягти цілей процесу в цілому або цілей окремих процесуальних дій та рішень» [25, с. 10]. По-новому сформульовано мету застосування цих заходів: «Заходи забезпечення кримінального провадження застосовуються з метою дієвості цього провадження» (ст. 131 КПК). Безумовно, дієвість провадження досягається належним виконанням усіма суб'єктами кримінального процесу своїх процесуальних обов'язків, з одного боку, з іншого – практичною реалізацією цих заходів [9, с. 88]. Також визначено новий перелік цих заходів, запроваджено додаткову регламентацію попередніх, вилучені ті, що не відповідають сучасній парадигмі кримінального процесу.

Внаслідок запровадження цього інституту українськими вченими порушено питання: чи правильним є ототожнення заходів кримінального процесуального примусу, можливість застосування яких була передбачена відповідними статтями КПК 1960 р., та заходів забезпечення кримінального провадження, визначених у р. 2 КПК 2012 р.? [11, с. 229; 14, с. 68]. Водночас вони висловлюють сумніви щодо правильності ототожнення цих заходів, як це зроблено С. М. Смоковим, який указує на ідентичність заходів забезпечення кримінального провадження та заходів кримінального процесуального примусу [36, с. 629].

Л. М. Лобойко й О. А. Банчук на основі законодавчого досвіду європейських країн взагалі заперечують тотожність примусу із заходами забезпечення кримінального провадження, на їхню думку, примус є там, де є застосування фізичної сили, тобто «заходами примусу доцільно визнавати лише привід, затримання особи, вилучення майна чи документів, під час яких застосовується фізична сила» [25, с. 133]. Також у своїй праці вони відходять від загальноприйнятої думки про застосування

санкцій під час реалізації заходів забезпечення кримінального провадження: «Заходи забезпечення кримінального провадження – це передбачені законом заходи обмеження прав і свобод учасників кримінального провадження, які мають самостійне значення та не мають характеру юридичних санкцій і застосовуються з метою забезпечення виконання учасниками своїх обов'язків або отримання необхідних доказів у справі» [25, с. 131].

Серед специфічних ознак заходів забезпечення кримінального провадження О. Г. Шило правильно зазначає, що ці заходи «мають виражений примусовий характер, який залежить не від порядку реалізації цих заходів, а від їх законодавчої моделі. Навіть коли особа згодна з обмеженням своїх прав і свобод, що пов'язане із застосуванням заходів забезпечення кримінального провадження, вони все одно мають примусовий характер, оскільки сама можливість застосування примусу передбачена законом» [19, с. 256].

Наведене цитування нашої роботи нас на два висновки: 1) ці заходи однозначно є примусовими за правовою природою. Хоча, на думку деяких учених, добровільність виконання примусових заходів не припускає їхньої примусовості, тому що не пов'язана з тимчасовим обмеженням прав і свобод учасників кримінальних процесуальних правовідносин [26, с. 82], останнє не до кінця є обґрунтованим, оскільки з першого висновку випливає такий: 2) здійснено розмежування на теоретичний, законодавчий (нормативно-правовий) і практичний (емпіричний) рівень розуміння цих заходів, що, у свою чергу, пояснює їх як багатоаспектне та різнорівневе правове явище, але однозначно з ознакою примусу, застосування якого потенційно передбачене законом.

Вважаємо, що заходи забезпечення кримінального провадження завжди пов'язані із застосуванням примусу в кримінальному процесі. Саме примус є запорукою того, що застосування заходів забезпечення кримінального провадження досягне мети – дієвості (ефективності) провадження [17, с. 118-119]. Але й ототожнювати поняття «заходи забезпечення кримінального провадження» та «заходи кримінального процесуального примусу» [18, с. 163] за результатами буквального тлумачення закону здається не зовсім правильно, оскільки останнє однозначно ширше поняття.

У КПК 1960 р. гл. 13 у назві містила словосполучення «запобіжні заходи», у чинному КПК гл. 18 має таку саму назву, але ця глава є частиною р. 2 КПК 2012 р. «Заходи забезпечення кримінального провадження». Формулювання «заходи кримінального процесуального примусу» ні в попередньому, ні в чинному КПК не використано, але концепт «примус» широко вживається в різних значеннях у чинному КПК: «необґрунтований процесуальний примус» (ст. 2), «примусові заходи виховного характеру» (§ 2 гл. 38), «примусові заходи виховного характеру» (гл. 39), «примусове супроводження особи» (ч. 1 ст. 140), «освідування проводиться примусово» (ч. 3 ст. 241), «примусове залучення особи для проведення медичної або психіатричної експертизи» (ч. 3 ст. 242), «відбирання біологічних зразків примусово» (ч. 2 ст. 245), «приміщення з примусового утримання осіб» (ч. 3 ст. 267) та інше.

З наведеного також впливає давня наукова проблема співвідношення понять «примус у кримінальному процесі» та «кримінальний процесуальний примус», актуалізована ще Ф. М. Кудіним, який розрізняє їх між собою і співвідносить як ціле та частину [21, с. 41], хоча З.Ф. Коврига, В.М. Корнуков та інші



такого розрізнення цих понять не проводили [13, с. 15-16; 16, с. 13-20].

Переконливою із цього дискурсу є позиція Б.Б. Булатова, який у своїй докторській дисертації небезпідставно робить акцент на тому, що сучасна доктрина примусу в кримінальному судочинстві опирається на тезу, відповідно до якої виконання суб'єктами кримінального процесу покладених обов'язків забезпечується не тільки засобами, передбаченими кримінальним процесуальним законом, а й примусовими засобами, регламентованими іншими галузями права (адміністративного, кримінального, цивільного) або комплексними законодавчими актами [4, с. 20]. У свою чергу, цілковито не заперечуючи позицію Б. Б. Булатова, С. І. Вершиніна уточнює: «Якщо захід примусу має конкретну галузеву належність, то очевидно, що правовідносини з його реалізації будуть виникати в рамках цієї ж галузі права» [5, с. 74]. Нею ж зазначається, що в «кримінальних процесуальних правовідносинах допускається застосування лише державного примусу, що отримав правове оформлення в кримінальному процесуальному законодавстві, так званого кримінального процесуального примусу» [5, с. 85]. Наголосимо на тому, що кримінальне процесуальне законодавство розуміється не лише як КПК, а й як інші нормативно-правові акти, іншої галузевої належності чи комплексні, що містять кримінальні процесуальні норми. Питання виокремлення, «вертикальних» і «горизонтальних» зв'язків галузей права та галузей законодавства, їхніх норм – це окрема наукова проблема. Усі аспекти примусу в кримінальному процесі урегулювати в КПК об'єктивно неможливо, окремі положення містяться й в інших нормативно-правових актах. Наприклад, повноваження на застосування фізичної сили, спеціальних засобів тощо особою, яка виконує ухвалу про

здійснення приводу, визначаються як КПК (ст. 143), так й іншими законами щодо повноважень цієї особи, наприклад, Законом України «Про Національну поліцію».

Отже, примус у кримінальному процесі – загальне родове поняття, правова категорія для інших понять, пов'язаних із цим інститутом: заходи забезпечення кримінального провадження, запобіжні заходи, кримінальний процесуальний примус, «непроцесуальний» примус тощо, а тому примус у кримінальному процесі ще й інтегрована (міжгалузєва) правова категорія.

Заперечувати примус як метод державно-правового впливу в кримінальному процесі неможливо, оскільки інший, переконання, якому часто відводиться провідна роль у правовому регулюванні, не завжди забезпечує досягнення завдань кримінального судочинства. Сподіватися лише на добровільне виконання обов'язку без можливості застосування примусу на основі санкції неправильно. Невипадково Л. С. Явич зазначає, «якщо в нормі права немає санкції, то вона може діяти в силу відповідності моральним вимогам, але як юридичний припис безглузда» [40, с. 98], додатково констатує тим самими примусову природу позитивного права.

Поняття кримінального процесуального примусу – загальне поняття, правова категорія для інших понять, зокрема й для поняття «заходи забезпечення кримінального провадження», поняття вужче, ніж «примус у кримінальному процесі».

Так, за визначенням З. З. Зінатуліна, кримінальний процесуальний примус – це метод державного впливу, що виявляється в правових обмеженнях особистісного, майнового й організаційного характеру учасників кримінальної процесуальної діяльності [12, с. 18]. Інші вчені доповнюють визначення процесуального примусу метою його застосування: «для усунення

наявних та можливих перешкод, що виникають у процесі розслідування та вирішення кримінальних справ, з метою забезпечення успішного виконання завдань кримінального судочинства» [16, с. 20]. Або: «З метою запобігання і припинення кримінальних процесуальних порушень, відновлення процесуальних правовідносин у сфері судочинства для досягнення його завдань» [29, с. 137], що в комплексі містить вказівку не тільки на мету застосування процесуального примусу, а й на способи його реалізації (превентивні заходи, заходи припинення, правовідновлення та відповідальності), зв'язок із правопорушеннями в кримінальному процесі (пов'язане із правопорушенням, непов'язане із правопорушенням). Окрім того, виділяються й інші ознаки в понятті процесуального примусу: «це заходи, що спричиняють істотне тимчасове обмеження прав і законних інтересів учасників процесу» [29, с. 137], «здійснюється шляхом фізичного, матеріального, психологічного та морального впливу на учасників» [10, с. 161]. Такі ознаки мають конотативний характер у визначенні примусу щодо його конкретного заходу, процедури – набуває ознак денотації.

### **Пролегомени до формування теорії юридичної відповідальності в кримінальному процесі**

Аналіз наукового доробку із цієї проблематики дає підстави для окреслення наявних розбіжностей сучасного розуміння юридичної відповідальності в кримінальному процесі. Вона виникає ще під час визначення юридичної відповідальності в загальній теорії права, оскільки в цей концепт ученими закладаються неоднакові смисли через: помилкове визначення юридичної відповідальності в негативному та позитивному аспектах; різне розуміння юридичної відповідальності за

правопорушення, внаслідок чого виділяються всілякі наукові концепції; дискурс стосовно феномена кримінальної процесуальної відповідальності; відсутність концепції юридичної відповідальності в кримінальному процесі. Розглянемо детальніше ці теоретичні проблеми.

Насамперед це проблема двоаспектного розуміння юридичної відповідальності. Наведемо лише деякі узагальнені контраргументи щодо позитивної юридичної відповідальності, згруповані нами на основі позицій її противників:

- багатоманітні концепції позитивної відповідальності не повною мірою розкривають усі правові ознаки позитивної відповідальності, мають внутрішні протиріччя між собою та з іншими правовими категоріями, що свідчить про відсутність об'єктивних підстав для її існування;

- проблемність опису в законі психологічних категорій (внутрішнього світу людини): мети, мотивів, свідомості, почуття «відповідального ставлення до обов'язків», оскільки це не є предметом правового регулювання;

- неможливість у нормах права закріпити всі моделі, прогресивної поведінки людини і поготів, а також відсутність правових засобів контролю внутрішнього світу людини, її «відповідального ставлення»;

- позитивна відповідальність налаштовує працівника радше на етичну та соціальну, а не на юридичну відповідальність;

- мораль, усвідомлення обов'язку, свобода, чесність і сумлінність як складники позитивної відповідальності не є юридичними фактами. У разі заохочення абстрактність судження про сумлінність працівника виглядає як правова фікція;

- позитивна відповідальність є не категорією права, а явищем правової культури, правосвідомості, моралі й етики;

– в англійській мові на позначення міжнародної відповідальності за неправомірну діяльність (негативна відповідальність) і за дії, незаборонені міжнародним правом (позитивна відповідальність), вживають різні слова: «responsibility» та «liability» відповідно. Українською все це називається одним словом «відповідальність».

Сучасні погляди в контексті правового позитивізму дають підстави для наявності двох напрямів розуміння юридичної відповідальності. Перший. Прибічники цього напрямку стверджують, що юридична відповідальність має тільки позитивний характер, який проявляється ззовні в активній і звичній правомірній поведінці суб'єктів права, має внутрішню психологічну сторону у вигляді усвідомлення й оцінки цієї поведінки, зіставлення її із правовими зразками поведінки. Традиційна негативна юридична відповідальність – це лише специфічний метод забезпечення позитивної юридичної відповідальності, що проявляється в покаранні чи компенсації шкоди. Антиподом юридичної відповідальності є юридична безвідповідальність у контексті неправомірної поведінки суб'єктів права [3, с. 28-29].

Другий напрям: юридична відповідальність – завжди величина позитивна, оскільки є засобом усунення негативних явищ – правопорушень; властивостей негативності юридичної відповідальності немає взагалі, тому що негативність і юридична відповідальність – логічно поняття взаємовиключні. А тому теорія негативної відповідальності – нікчемна, а теорія позитивної відповідальності – тавтологічна [39, с. 306-307]. Негативна відповідальність – це відсутність відповідальності, безвідповідальність [39, с. 310]. Тобто традиційна негативна юридична відповідальність авторами цієї дескрипції

відповідальності розуміється як позитивна юридична відповідальність. Також безвідповідальність розуміється як невиконання обов'язків державними посадовими особами, на яких ці обов'язки покладені. І це досить слушно, відповідальність у праві не може бути негативною чи позитивною, негативними можуть бути лише наслідки реалізації юридичної відповідальності, відповідальності та правопорушення.

Далі – проблема відсутності родової ознаки юридичної відповідальності за правопорушення, і, як наслідок, множинність концепцій юридичної відповідальності за правопорушення: юридична відповідальність – покарання; юридична відповідальність – реалізація санкції; юридична відповідальність – міра державного примусу; реакція суспільства на правопорушення; юридична відповідальність – обов'язок зазнати позбавлень; юридична відповідальність – обов'язок, що виконується примусово; юридична відповідальність – обов'язок дати звіт; юридична відповідальність – правовідносини; юридична відповідальність – оцінка (осуд); суб'єктивна юридична відповідальність; державно-примусова форма реалізації юридичної відповідальності [38, с. 173].

О. В. Маркін на основі логіко-змістовного аналізу юридичної відповідальності визначає концепцію юридичної відповідальності як засобу забезпечення виконання нормативних приписів, окремими базовими положеннями якої є такі міркування: 1) відповідальність є сполучною ланкою між свободою та необхідністю в природному праві, між суб'єктивним правом і юридичним обов'язком у позитивному праві. Відповідальність замикає правову диполь (суб'єктивне право та юридичний обов'язок) у діалектичну єдність, водночас утворюється мультиполь: право – обов'язок – відповідальність;

2) місцезнаходження юридичної відповідальності в логічній структурі норми права – диспозиція, там само, де є суб'єктивне право й юридичний обов'язок. Заходи юридичної відповідальності розміщуються в санкції правової норми. Юридична відповідальність та її заходи – різні категорії. Відповідальність – не наслідки, відповідальність – причинний (логічний) зв'язок, що породжує відповідні наслідки [39, с. 186].

Кожна із цих концепцій достатньо критикована і не завжди є самодостатньою. Їхню різноманітність можна пояснити різним рівнем абстрагування їх засновників і різними методологічними підходами, що залежать від політико-правових доктрин у суспільстві в різні часи. Встановити їхню органічну цілісність неможливо через наявність загальних характеристик і конкретизованих особливостей між ними. У свою чергу, кожен із підходів має місце, оскільки так чи інакше висвітлює окремий бік проблеми юридичної відповідальності загалом. Але розуміння юридичної відповідальності як виду (форми) державного примусу на основі права є домінуючим в юридичній науці.

Про кримінально-процесуальну відповідальність. Зокрема, автори «Курсу радянського кримінального процесу. Загальна частина» заперечують наявність процесуальної відповідальності через те, що для юридичної відповідальності характерні штрафні санкції, а не відновлювальні, які більш характерні для кримінального судочинства. Нижчезазначена цитата із цього курсу відображає цілковите нівелювання відповідальності в системі заходів державного примусу: «Незалежно від того, чи зуміють процесуалісти довести наявність кримінально-процесуальної відповідальності як самостійного виду юридичної відповідальності, чи ні, можна з впевненістю констатувати, що будь-який процесуальний обов'язок захищений заходами

державного примусу: заходами превентивного примусу, примусового виконання обов'язку, відновлення порушеного правопорядку та штрафними санкціями» [22, с. 104]. І. С. Самощенко та М. Х. Фарукшин також вважають, що «процесуальної відповідальності як самостійного виду юридичної відповідальності немає. Процесуальні заходи примусу – це або запобіжні заходи, або заходи адміністративної відповідальності <...>» [35, с. 187]. Невизнання, інколи й цілковите заперечення кримінальної процесуальної відповідальності пояснюється її значно меншим проявом порівняно з іншими видами юридичної відповідальності. Запереченню процесуальної відповідальності сприяють й положення чинного законодавства України: 1) КПК не містить терміна «кримінальна процесуальна відповідальність», але визначає заходи забезпечення провадження та запобіжні заходи; 2) Кодекс України про адміністративні правопорушення в ч. 1 ст. 2 визначає: «Законодавство України про адміністративні правопорушення складається із цього Кодексу та інших законів України», але в ч. 3 ст. 2 йдеться про те, що «положення цього Кодексу поширюються і на адміністративні правопорушення, відповідальність за вчинення яких передбачена законами, ще не включеними до Кодексу», а для грошового стягнення як одного з видів процесуальної відповідальності, у свою чергу, застосовуються процедури, передбачені КПК; 3) Конституційний суд України в рішенні від 30 травня 2001 р. № 7-рп/2001 (Справа № 1-22/2001 про відповідальність юридичних осіб) зазначає: «3. Загальновизнаним є поділ юридичної відповідальності за галузевою структурою права на цивільно-правову, кримінальну, адміністративну та дисциплінарну», а процесуальна відповідальність не згадується взагалі.



Все ж таки кримінальна процесуальна відповідальність визнається багатьма дослідниками і останнім часом в Україні є предметом наукових досліджень (Р. М. Білокінь, Л. В. Гаврилюк, А. В. Мурзановська й інші).

На нашу думку, основною проблемою наукової та практичної легальності кримінальної процесуальної відповідальності є визначення її заходів. Так, Р. М. Білокінь зазначає, що «окрему групу заходів процесуального примусу утворюють ті, які застосовуються внаслідок учинення особою кримінального процесуального правопорушення. Такі заходи передбачені штрафними (каральними) санкціями. Дискусійним і таким, що потребує додаткового дослідження, є питання щодо зарахування до кримінальної процесуальної відповідальності заходів, які визначені прововідновлювальними санкціями» [2, с. 218], тобто ним обстоюється ідея про те, що кримінальна процесуальна відповідальність – вид процесуального примусу. Власне, потребується характеристика кожного заходу кримінальної процесуальної відповідальності, тому що в теорії по-різному визначають перелік заходів відповідальності за різними критеріями. Наприклад, П. С. Елькінд визначає, що «кримінальна процесуальна відповідальність – це реальне покладення на правопорушника додаткового кримінального процесуального обов'язку, позбавлення його тих чи інших процесуальних прав або ж покладення додаткових обов'язків і позбавлення відповідних процесуальних прав» [43, с. 96]. З. Ф. Коврига і Л. В. Гаврилюк виділяють позитивну та ретроспективну процесуальну відповідальність [7, с. 7]. Г. Н. Ветрова, Р. Л. Хачатуров, Д. А. Ліпінський розрізняють каральну (штрафну) та правопоновлюючу кримінальну процесуальну відповідальність [6, с. 101-102; 38, с. 840]. Ідею правопоновлюючої

відповідальності ще в минулому столітті сформулював професор О. Е. Лейст на основі видів санкцій правових норм [24, с. 16]. Хоча більшість учених обстоюють ідею лише каральної (штрафної) відповідальності. В. М. Корнуков визначає такі види кримінальної процесуальної відповідальності: 1) накладення грошового стягнення; 2) звернення встановленої суми в дохід держави; 3) позбавлення учасників процесу та інших осіб певних прав; 4) покладення на них додаткових обов'язків; 5) заходів громадського впливу [16, с. 11].

Р. М. Білокінь наводить систему каральних (штрафних) санкцій, що визначають заходи процесуального примусу, зараховуючи їх до процесуальної відповідальності: 1) накладення грошового стягнення; 2) звернення застави в дохід держави; 3) зміна запобіжного заходу на більш суворий; 4) видалення із зали судового засідання [2, с. 217]. А. В. Мурзановська, розширюючи цю систему, до штрафних заходів, пов'язаних із позбавленням прав суб'єктів кримінального процесу в конкретному провадженні, відносить: 1) скасування заходів безпеки у випадках невиконання особою, взятою під захист, законних вимог органів, що здійснюють заходи безпеки; 2) відсторонення слідчого, прокурора від подальшого ведення слідства; 3) видалення підсудного із зали суду за порушення порядку в судовому засіданні [31, с. 344]. Ці класифікації та переліки авторами уточнено в їхніх монографічних роботах [1, с. 430; 30, с. 193-194]. Така динаміка їхніх поглядів свідчить про те, що питання заходів кримінальної процесуальної відповідальності остаточно невирішене, також законодавчі положення не створюють передумови для чіткого визначення системи заходів цієї відповідальності.

Щодо концепції юридичної відповідальності в кримінальному процесі, то така перебуває в стані розроблення і має базуватися,

на нашу думку, на загальнотеоретичних підходах з урахуванням окремих специфічних особливостей:

- юридична відповідальність у кримінальному процесі – комплексний юридичний інститут, що включає такі види юридичної відповідальності: кримінальну процесуальну, кримінальну, адміністративну, дисциплінарну, цивільно-правову;

- метою цього інституту є забезпечення ефективності кримінального провадження шляхом покладення додаткових обов'язків на учасників кримінального процесу щодо понесення обмежень суб'єктивних прав залежно від виду юридичної відповідальності в межах конкретного кримінального провадження чи іншого юридичного процесу;

- настає лише за правопорушення, що визначено законом прямо для учасників процесу, і у виключних випадках, на основі дискреційного конструювання формального складу правопорушення для владних суб'єктів кримінального процесу;

- правопорушення в кримінальному процесі є комплексним юридичним інститутом, який містить усі кримінальні процесуальні правопорушення, усі порушення кримінального процесуального закону, галузеві правопорушення (кримінальні, адміністративні, дисциплінарні, цивільно-правові, матеріальні).

На перспективу, звернемо увагу дослідників проблем правопорушень і юридичної відповідальності на: розуміння правопорушення в кримінальному процесі тільки на основі всіх традиційних ознак правопорушення; уточнення низки суміжних понять із правопорушенням у кримінальному процесі, а також обґрунтування правових умов включення в поняття «правопорушення в кримінальному процесі» як його форми (виду): зловживання правом, невиконання (неналежне виконання) обов'язків (неналежне ставлення до обов'язків),

помилки й ін.; практичне завдання розроблення законодавчого акта про правопорушення в кримінальному процесі та диференційованої юридичної відповідальності за їх вчинення.

### **Сучасні підходи до визначення взаємозв'язку примусу та юридичної відповідальності в кримінальному процесі**

У теорії права юридичну відповідальність пропонується відрізнити від інших заходів державного примусу за такими критеріями: за метою застосування; за підставами для виникнення; за функціями застосування; за характером наслідків; за зв'язком із санкцією правової норми; за порядком застосування; за часом застосування; за наявністю вини [8, с. 5].

Такий підхід дозволяє уникнути помилок під час формування концепцій процесуального примусу, заходів забезпечення провадження та юридичної відповідальності. Водночас варто взяти до уваги названі вище рівні розуміння заходів примусу та юридичної відповідальності: теоретичний, законодавчий (нормативно-правовий) і практичний (емпіричний) рівень.

Співвідношення примусу та юридичної відповідальності проявляється передусім у денотації цих понять. Так, поширеним є розуміння юридичної відповідальності як виду (форми) державного примусу. Тобто державний примус є родовим поняттям щодо юридичної відповідальності. У свою чергу, примус – обов'язкова ознака держави та позитивного права. Примус також обов'язкова ознака юридичної відповідальності, оскільки відповідальність, що немає примусу, немає й юридичного характеру. Отже, примус (примусовість) – обов'язкова ознака юридичної відповідальності, її сутнісна властивість, незалежно від того, на практиці вона реалізується добровільно чи примусово. Тобто взаємозв'язок цих категорій

найчастіше вивчається у двох напрямках: 1. Юридична відповідальність як вид державного примусу. 2. Примус – обов'язкова ознака юридичної відповідальності.

Автори академічного курсу «Теорії держави і права» наводять перелік спільних і відмінних рис між юридичною відповідальністю та державним примусом [37]. Спільні: 1. Всі засоби примусового впливу здійснюються спеціальними державними органами. 2. Вони мають правовий характер, оскільки здійснюються в межах права. 3. Застосовуються на правовій основі в межах закріпленого нормативного процесу. 4. Мають певну мету. 5. Мають примусовий характер, тобто здійснюються поза волею правопорушника. 6. Спрямовані на охорону та відновлення порушених прав чи суспільних інтересів. 7. Підставою для їх застосування є правопорушення. Тут необхідно уточнити риси, наведені в п. п. 1 і 7: окремі засоби примусового впливу державою делеговані не тільки державним органам, а й фізичним особам, наприклад: право на необхідну оборону (ст. 36 Кримінального кодексу України); ст. 207 КПК України визначає право кожного, хто не є уповноваженою службовою особою, на законне затримання. Підставою для застосування юридичної відповідальності завжди є правопорушення, а для примусу, окрім правопорушення, – й інші, визначені в загальних і спеціальних статтях КПК України (ст. 132, 177 та інші), в інших законах України (щодо інших видів примусу в кримінальному процесі).

Відмінні риси наведемо за структурою: юридична відповідальність – інші засоби державного примусу: 1. Передбачається санкцією правової норми. – Передбачається диспозицією норми права. 2. Застосовується з метою перевиховання та покарання. – Застосовується з метою віднов-

лення порушеного права. 3. Застосовується в разі вчинення правопорушення. – Застосовується і для попередження чи припинення правопорушення. 4. Пов'язана з новим додатковим обов'язком – нести відповідальність. – Не передбачає додаткового обов'язку. 5. Примус має основне значення, оскільки через нього реалізується відповідальність. – Примус має допоміжне значення. 6. Передбачає необхідність встановлення вини суб'єкта та доведення його протиправної поведінки. – Встановлення вини та наявності протиправної поведінки не є обов'язковим. Також наведемо своє бачення цих рис. 1. Юридична відповідальність, як і примус, міститься в диспозиції. Санкції мають негативні наслідки як для заходів юридичної відповідальності, так і для заходів примусу. 2. Для юридичної відповідальності також характерним є правовідновлення. 3. Для примусу характерне покладення додаткового обов'язку: виконання наказу уповноваженої особи (ст. 209 КПК України). 4. Для владних суб'єктів кримінального провадження, як ми вже зазначали, допустиме застосування юридичної відповідальності на основі дискреційного конструювання формального складу правопорушення, за якого винуватість – ознака опосередкована неналежним виконанням процесуальних обов'язків. Водночас помилка, об'єктивно протиправні діяння виглядають рудиментами та фікціями правової системи для спотворення вини в разі скоєння правопорушень у кримінальному процесі.

Для з'ясування питання про співвідношення примусу та юридичної відповідальності корисно звернутися й до класифікації заходів примусу в кримінальному процесі. Так, систему кримінального процесуального примусу розуміють далеко неоднаково. За нормативними положеннями КПК України 1960 р., традиційно в науці кримінального процесу заходи

процесуального примусу в загальному вигляді поділялися на дві групи: 1) запобіжні заходи; 2) інші заходи процесуального примусу [28, с. 162]. За такою ж схемою здебільшого здійснюються й сучасні класифікації заходів забезпечення кримінального провадження: 1) запобіжні заходи; 2) інші заходи забезпечення кримінального провадження [11, с. 230]. Такі класифікації не є повними, зокрема, О. М. Гумін вбачає перспективу наукових досліджень цих питань через «науковий аналіз кожного з видів заходів забезпечення кримінального провадження як окремої підсистеми з урахуванням зв'язків між елементами, що впливають із запропонованої нами класифікації» [11, с. 230]. Вказівка на підсистемність кожного заходу, його певну автономію дозволяє судити про неоднорідність цих заходів і можливість відшукування в них ознак юридичної відповідальності та віднесення їх до цього інституту.

Здійснюючи класифікацію заходів процесуального примусу, одні вчені серед них юридичної відповідальності чітко не виділяють. Зокрема, В. А. Михайлов примус у кримінальному процесі класифікує на такі групи: 1) заходи, направлені на попередження та припинення злочинної діяльності обвинуваченого, підозрюваного; 2) заходи, що забезпечують процес доказування; 3) заходи, що забезпечують процес розслідування, судового розгляду й участі в ньому обвинуваченого; 4) заходи, що забезпечують виконання вироку; 5) заходи, що забезпечують компенсацію майнової шкоди та можливу конфіскацію майна [27, с. 9]. Ю. П. Аленін заходи процесуального примусу за своєю правовою природою розподіляє на чотири групи: 1. Заходи, які забезпечують неухилення підозрюваного, обвинуваченого від правосуддя (запобіжні заходи). 2. Заходи, що спрямовані на забезпечення

отримання засобів доказування. 3. Заходи процесуального примусу, за допомогою яких забезпечується законний порядок під час провадження в справі. 4. Заходи із забезпечення цивільного позову і можливої конфіскації майна (ст. 126 КПК) [20, с. 119-120].

З іншого боку, навіть у загальних класифікаціях заходів примусу, що за Ф. М. Кудіним відповідає першому рівню класифікації, як вид примусу називається юридична відповідальність. Сам же вчений класифікує такі заходи на дві загальні групи: 1) санкційні процесуальні заходи та 2) кримінальний процесуальний примус [21, с. 41].

Наведені підходи класифікації заходів кримінального процесуального примусу (перший рівень) називають вузьким розумінням процесуального примусу: заходи забезпечення кримінального провадження й інші заходи процесуального примусу. На відміну від вузького розуміння, широке розуміння передбачає наукові підходи до визначення системи кримінального процесуального примусу на основі наведення різноманітних критеріїв. Оскільки засоби примусу різноманітні, мають специфічні властивості, проводиться їхня класифікація залежно від порядку застосування (судовий і позасудовий), способу охорони правопорядку, функціонального призначення (попередження, припинення, поновлення та відповідальність) [41, с. 12].

Лише кілька прикладів. Так, З.Ф. Коврига розрізняє: 1) заходи запобігання (відібрання зобов'язання про явку, привід, затримання, розшук і етапування, відсторонення обвинуваченого від посади); 2) заходи, що застосовуються до порушників судового порядку; 3) заходи забезпечення (обшук, виїмка, поміщення обвинуваченого чи підозрюваного в медичний



заклад) [13, с. 29-30]. І. Л. Петрухін виділяє такі групи процесуального примусу: 1) процесуальна відповідальність, 2) заходи захисту правопорядку та 3) запобіжні заходи [32, с. 235]. Принаймні така система процесуального примусу є переважно визнаною в юридичній науці, підтримується фахівцями як у теорії права [33, с. 6], так і в теорії кримінального процесу [4, с. 9].

Цікавою щодо зазначеного також є думка Е. К. Кутуєва, який за критерієм зв'язку з юридичної відповідальністю, передбаченою нормами матеріальних галузей права за вчинення правопорушення, заходи процесуального примусу поділяє на три групи: 1) заходи державного примусу, безпосередньо пов'язані з такою відповідальністю (покарання за вчинення злочину й адміністративного правопорушення); 2) заходи державного примусу, опосередковано пов'язані з такою відповідальністю (заходи кримінального процесуального примусу стосовно підозрюваного чи обвинуваченого, адміністративні процесуальні запобіжні заходи); 3) заходи державного примусу, не пов'язані з такою відповідальністю (заходи кримінального процесуального примусу, що застосовуються до особи, яка не є підозрюваною чи обвинуваченою, адміністративні процесуальні запобіжні заходи) [23, с. 18]. Варто пояснити, що заходи примусу, як і юридична відповідальність, передбачена матеріальними нормами права, застосовуються до підозрюваних й обвинувачених, з одного боку, і наведена класифікація Е. К. Кутуєва може бути застосована, з іншого – заходи примусу і заходи юридичної відповідальності, передбачені КПК, заходи так званої кримінальної процесуальної відповідальності можуть застосовуватися, окрім підозрюваного й обвинуваченого, й до інших учасників процесу.

Як співвідносяться кримінальна процесуальна відповідальність і заходи забезпечення кримінального провадження? Радше вони тотожно збіжні, оскільки не всі заходи забезпечення належать до процесуальної відповідальності, і, своєю чергою, заходи відповідальності як конструктивно наявні поза межами р. 2 КПК (наприклад, видалення із зали судового засідання), так і включені в систему заходів забезпечення кримінального провадження (наприклад, накладення грошового стягнення), хоча мета одних й інших єдина – досягнення дієвості кримінального провадження. Багато заходів забезпечення провадження, насамперед запобіжні заходи, застосовуються, виходячи не із процесуального правопорушення, а з інкримінованого особі кримінального правопорушення, з метою забезпечення виконання підозрюваним, обвинуваченим покладених на нього процесуальних обов'язків, а також запобігання ризикам, передбаченим у ч. 1 ст. 177 КПК.

Наш умовивід небезспірний, оскільки система заходів кримінальної процесуальної відповідальності законом чітко не визначена, у цьому напрямі варто ще додатково попрацювати, наслідком чого, на думку М. Є. Шумила, може бути рішення про визначення заходів юридичної відповідальності за правопорушення в кримінальному процесі в окремому законі [42, с. 180].

### **Висновки**

Примус і юридична відповідальність – обов'язкові ознаки позитивного права. Примус – родова ознака юридичної відповідальності. Юридична відповідальність – вид (форма) примусу.

Юридична відповідальність і примус у кримінальному процесі – родові поняття для інших понять, пов'язаних із цими інститутами. Вони є також інтегрованими правовими категоріями.

За законами логічного слідування поняття примусу та юридичної відповідальності можуть бути розташовані так:

– логічний ряд 1: юридична відповідальність – юридична відповідальність за правопорушення в кримінальному процесі – кримінальна процесуальна відповідальність (тотожно збіжна із заходами забезпечення кримінального провадження) або кримінальна процесуальна відповідальність у сукупності з іншою юридичною відповідальністю (кримінальною, адміністративною, дисциплінарною, цивільно-правовою);

– логічний ряд 2: державний примус – примус у кримінальному процесі (кримінальний, адміністративний, процесуальний) – процесуальний примус (заходи забезпечення, запобіжні заходи інші) або (чи) юридична відповідальність за правопорушення в кримінальному процесі.

У перспективі потрібне розроблення теорії юридичної відповідальності в кримінальному процесі, основні ідеї якої запропоновано в цій публікації.

### **Список використаних джерел:**

1. Білокінь Р.М. Кримінально-процесуальна відповідальність: монографія. К.: Кафедра, 2017. 430 с.

2. Білокінь Р.М. Співвідношення кримінальної процесуальної відповідальності й кримінального процесуального примусу. *Jurnalul juridic național: teorie și practică*. 2015. № 6 (16). С. 216-218.

3. Бондарев А.С. Юридическая ответственность и безответственность – стороны правовой культуры и антикультуры

туры субъектов права. СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр «Пресс», 2008. 187 с.

4. Булатов Б.Б. Государственное принуждение в уголовном судопроизводстве: автореф. дисс.... д. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Уголовный процесс; криминалистика и судебная экспертиза; оперативно-разыскная деятельность». М., 2003. 58 с.

5. Вершинина С.И. Государственное принуждение в уголовном судопроизводстве: нормативно-правовая природа и механизм функционирования: дисс. ... д. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Уголовный процесс». Тольятти, 2017. 452 с.

6. Ветрова Г.Н. Уголовно-процессуальная ответственность: монография. М.: Наука, 1987. 112 с.

7. Гаврилюк Л.В. Відповідальність слідчого: кримінально-процесуальні засади: автореф. дис.... канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналіст.; суд. експертиза». К., 2009. 20 с.

8. Глаголев П.В. Юридическая ответственность в системе мер государственного принуждения: автореф. дисс.... канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 «Теория и история права и гос.; история учений о праве и гос.». Саратов, 2007. 18 с.

9. Гловюк І.В. Загальні правила застосування заходів забезпечення кримінального провадження: питання системності. Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України. 2017. № 12. С. 87-92.

10. Гречишникова О.С. Процессуальное принуждение. Уголовный процесс: учебник / под ред. С.А. Колосовича, Е.А. Зайцевой. Волгоград, 2002. С. 161.

11. Гумін О.М. Система заходів забезпечення кримінального провадження за новим Кримінальним процесуальним кодексом

України. Науковий вісник Нац. акад. внутрішніх справ. 2013. № 1. С. 226-231.

12. Зинатуллин З.З. Уголовно-процессуальное принуждение и его эффективность. Казань, 1981. 136 с.

13. Коврига З.Ф. Уголовно-процессуальное принуждение. Воронеж: Изд-во Воронеж. ун-та, 1975. 174 с.

14. Кожевніков Г.К. Заходи забезпечення кримінального провадження. Вісник Нац. акад. прокуратури України. 2012. № 3. С. 68-70.

15. Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. СПб., 1908. 363 с. URL: <https://dspace.lu.lv/dspace/handle/7/1203?locale-attribute=ru>.

16. Корнуков В.М. Меры процессуального принуждения в уголовном судопроизводстве. Саратов: Изд-во Саратовского ун-та, 1978. 137 с.

17. Кримінальний процес: навч. посібн. у питаннях і відповідях / Л.Д. Удалова, В.В. Рожнова, Д.О. Савицький, О.Ю. Хабло. 3-є вид. переробл. і доповн. К.: Видавець, 2012. 275 с.

18. Кримінальний процес: підручник / за заг. ред. В.В. Коваленка, Л.Д. Удалової, Д.П. Письменного. К.: Центр учбової літератури, 2013. 544 с.

19. Кримінальний процес: підручник / Ю.М. Грошевий, В.Я. Тацій, А.Р. Тумаянц та ін.; за заг. ред. В.Я. Тація, О.В. Капліної, О.Г. Шило. Харків: Право, 2014. 824 с.

20. Кримінальний процес України: навч. посібник для підготовки до іспиту / за заг. ред. Ю.П. Аленіна. Х.: ТОВ «Одісей», 2010. 328 с.

21. Кудин Ф.М. Принуждение в уголовном судопроизводстве. Красноярск: Изд-во Красноярского ун-та, 1985. 136 с.

22. Курс советского уголовного процесса: общая часть / кол. авторов; под ред. А.Д. Бойкова, И.И. Карпеца. М.: Юрид. лит., 1989. 640 с.

23. Кутуев Э.К. Уголовно-процессуальное принуждение в досудебных стадиях: автореф. дисс. ... д. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Уголовный процесс; криминалистика и судебная экспертиза; оперативно-разыскная деятельность». СПб., 2004. 40 с.

24. Лейст О.Э. Теоретические проблемы санкций и ответственности по советскому праву: автореф. дисс. ... д. юрид. наук: спец. 12.00.01 «Теория и история государства и права; история политических и правовых учений». М., 1978. 27 с.

25. Лобойко Л.М., Банчук О.А. Кримінальний процес: навчальний посібник. К.: Ваіте, 2014. 280 с.

26. Миколенко О.М. Критерії класифікації заходів забезпечення кримінального провадження та їх співвідношення з заходами кримінального процесуального примусу. Правова держава. 2014. № 17. С. 81-84.

27. Михайлов В.А. Меры пресечения в российском уголовном процессе. М.: Право и Закон, 1996. 304 с.

28. Михеєнко М.М., Нор В.Т., Шибіко В.П. Кримінальний процес України: підручник. 2-ге вид, переробл. і доповн. К.: Либідь, 1999. 536 с.

29. Мельников В.Ю. Понятие мер уголовно-процессуального принуждения и его виды. Северо-Кавказский юридический вестник. 2006. № 2. С. 126-138.

30. Мурзановська А.В. Кримінально-процесуальна відповідальність за новим Кримінальним процесуальним кодексом України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Одеса, 2017. 242 с.

31. Мурзановська А.В. Проблемні аспекти теоретичного визначення видів примусу в кримінальному провадженні

України. Evropsky politickya pravni diskurz. 2015. Vol. 2. Iss. 4. P. 338-344. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/evrpol\\_2015\\_2\\_4\\_56](http://nbuv.gov.ua/UJRN/evrpol_2015_2_4_56).

32. Петрухин И.Л. Человек и власть: в сфере борьбы с преступностью. М.: Юрист, 1999. 392 с.

33. Попкова Е.С. Юридическая ответственность и ее соотношение с иными правовыми формами государственного принуждения: автореф. дисс.... канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве». М., 2001. 23 с.

34. Рожнова В.В. Застосування заходів процесуального примусу, пов'язаних з ізоляцією особи: автореф. дис.... канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза». К., 2003. 27 с.

35. Самощенко И.С., Фарукшин М.Х. Ответственность по советскому законодательству. М.: Юрид. лит., 1971. 239 с.

36. Смоков С.М. Види обмежень конституційних прав громадян у новому Кримінальному процесуальному кодексі України. Форум права. 2012. № 2. С. 628-632. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP\\_index.htm\\_2012\\_2\\_100](http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index.htm_2012_2_100).

37. Теорія держави і права. Академічний курс: підручник / за ред. О.В. Зайчука, Н.М. Оніщенко. К.: Юрінком-Інтер, 2006. 688 с. URL: [http://www.ebk.net.ua/Book/law/zaychuk\\_tdp/part3/2405.htm](http://www.ebk.net.ua/Book/law/zaychuk_tdp/part3/2405.htm).

38. Хачатуров Р.Л., Липинский Д.А. Общая теория юридической ответственности: монография. СПб.: «Юрид. центр «Пресс», 2007. 950 с.

39. Юридическая ответственность: философский, социологический, психологический и межотраслевой аспекты: монография / под общ. ред. Р.Л. Хачатурова. М.: Юрлитинформ, 2017. 600 с.

40. Явич Л.С. Общая теория права. Л.: Изд-во Ленинградск. ун-та, 1976. 286 с.

41. Шевчук О.М. Засоби державного примусу у правовій системі України: автореф. дис.... канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових вчень». Харків, 2003. 20 с.

42. Шумило М.Є. Реабілітація в кримінальному процесі України: монографія. Харків: Арсіс, 2001. 320 с.

43. Элькинд П.С. Цели и средства их достижения в советском уголовно-процессуальном праве. Л., 1976. 143 с.

**Мурзановська А.В.,**  
*кандидат юридичних наук,  
старший викладач кафедри кримінального процесу  
Національного університету «Одеська юридична академія»*

**ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ АСПЕКТИ  
ДОСЛІДЖЕННЯ СУТНОСТІ, ЗНАЧЕННЯ ТА ТЕНДЕНЦІЙ  
РОЗВИТКУ КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ  
ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ**

**Вступ**

Ухвалення 2012 р. нового Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України), зумовлене необхідністю узгодження вітчизняного кримінального процесуального законодавства з європейськими та міжнародними стандартами, започаткувало якісно новий етап розвитку кримінального процесу в нашій державі. Тому виникла потреба не тільки уточнення, а й перегляду в кримінальній процесуальній доктрині ключових понять і категорій, в тому числі примусу в цілому й



примусу в кримінальному процесі загалом і кримінально-процесуальної відповідальності зокрема, особливо у зв'язку з посиленням значення та нормативним урегулюванням інституту заходів забезпечення кримінального провадження.

Одним з основних напрямів забезпечення ефективності та дієвості кримінального провадження є подальший розвиток концепції кримінально-процесуальної відповідальності, адже для досягнення мети та вирішення завдань кримінального провадження необхідними є, з одного боку, дотримання встановленої кримінальним процесуальним правом процесуальної форми, а з іншого – чітка визначеність у законі правових наслідків за порушення заборон, невиконання або неналежне виконання обов'язків. Тому дуже важливою є відповідальність посадових осіб, які здійснюють кримінальне провадження, за дотримання приписів закону. Так, станом на 31 грудня 2016 р. на розгляді в Європейському суді із прав людини (далі – ЄСПЛ) перебувало 18 159 справ проти України у зв'язку зі зверненнями громадян до ЄСПЛ по захист своїх порушених прав унаслідок необґрунтованого притягнення до кримінальної відповідальності, незаконних затримання й утримання під вартою, інших незаконних порушень (обмежень) прав і свобод людини [1]. Не менш важливою є відповідальність інших суб'єктів кримінального процесу за виконання покладених на них кримінальним процесуальним законом обов'язків.

Водночас концепція кримінально-процесуальної відповідальності не набула повного відображення в новому КПК України, що спричинило необхідність дослідження правових, теоретико-методологічних і практичних проблем її реалізації. Саме тому подальше вдосконалення положень науки кримінального

процесу, чинного кримінального процесуального законодавства та практики його застосування щодо кримінально-процесуальної відповідальності є досить актуальним, важливим і необхідним.

Питанням процесуальних засобів забезпечення дотримання норм кримінального процесуального закону в різних аспектах завжди приділялась увага в доктрині кримінального процесу, адже пошук нових і вдосконалення вже наявних засобів постійно триває.

Проблеми кримінально-процесуальної відповідальності в юридичній літературі розглядалися як на загальнотеоретичному, так і на галузевому рівнях, хоча здебільшого в межах досліджень заходів державного примусу загалом. Для проведеного дослідження велике значення мали наукові праці таких учених, як: Ю. П. Аленін, С. С. Алексєєв, О. В. Андрушко, В. Д. Басай, Р. М. Білокінь, В. П. Божьєв, В. М. Вєтрова, І. В. Гловюк, Ю. М. Грошевий, П. С. Елькінд, З. З. Зінатулін, О. С. Іоффе, О. Ф. Скакун, О. В. Капліна, З. Ф. Ковріга, В. М. Корнуков, О. Е. Лейст, Л. М. Лобойко, Т. В. Лукашкіна, П. А. Лупінська, Л. О. Максимова, В. Т. Малярєнко, М. Н. Марченко, О. Р. Михайленко, П. О. Недбайло, В. Т. Нор, Ю. М. Оборотов, М. І. Пашковський, М. А. Погорецький, С. М. Стахівський, В. Т. Очерєдін, І. Л. Петрухін, П. М. Рабінович, В. В. Рожнова, С. М. Смоков, М. С. Строговіч, В. М. Тєртишник, Л. Д. Удалова, О. Ю. Хабло, А. Я. Хитра, М. О. Чельцов, Н. А. Чєчіна, О. Г. Шило, С. А. Шейфер, М. Є. Шумило й ін.

Наукові дослідження в цій сфері в сучасній українській літературі мали вибірковий характер. Лише окремі питання, пов'язані із кримінально-процесуальною відповідальністю, розглядалися в кандидатських дисертаціях В. В. Рожнової «Застосування заходів процесуального примусу, пов'язаних з ізоляцією особи» (2003 р.); О. Ю. Хабло «Зловживання у сфері

кримінального процесу» (2008 р.); Л. В. Гаврилюк «Відповідальність слідчого: кримінально-процесуальні засади» (2009 р.); В. Д. Чабанюка «Кримінально-процесуальні правопорушення в досудовому провадженні та відповідальність за їх вчинення» (2009 р.). Серед робіт, виконаних на основі положень КПК України 2012 р., необхідно виділити такі: «Процесуальний статус засудженого в кримінальному провадженні України» Л. Я. Стрельбіцької (2015 р.); «Процесуальні порушення у досудовому та судовому провадженнях» Е. Є. Томіна (2016 р.).

На особливу увагу заслуговують також дослідження, проведені з урахуванням оновленого кримінального процесуального законодавства, таких українських учених, як: О. В. Андрушко, Р. М. Білокінь, Н. Р. Бобечко, О. В. Верхогляд-Герасименко, Л. О. Максимова, А. М. Мартинців, Е. Є. Томін, А. Я. Хитра, О. Г. Шило. У роботах зазначених науковців були розглянуті окремі питання щодо правової природи, видів, підстав кримінально-процесуальної відповідальності, суб'єктів, які підлягають притягненню до кримінально-процесуальної відповідальності, а також було приділено увагу проблемним аспектам застосування окремих заходів кримінально-процесуальної відповідальності, таких як: грошове стягнення, відшкодування процесуальних витрат, видалення із зали судового засідання, зміна запобіжного заходу на більш суворий.

Проте проблематика кримінально-процесуальної відповідальності в сучасній українській науці кримінального процесу не була предметом комплексного дослідження, в якому на основі єдиної доктринальної концепції було б переосмислено питання з'ясування правової природи, поняття, ознак, видів, системи заходів кримінально-процесуальної відповідальності й особливостей її реалізації під час кримінального провадження.

Саме тому метою статті є розгляд основних теоретико-методологічних і практичних проблем щодо визначення сутності, значення та тенденцій розвитку кримінально-процесуальної відповідальності.

Важливим для дослідження проблематики кримінально-процесуальної відповідальності є визначення методологічних підходів теорії кримінально-процесуальної відповідальності, що дозволить надалі з'ясувати сутність кримінально-процесуальної відповідальності та її ознаки, конституювати систему її заходів і окреслити основні тенденції її подальшого розвитку.

Як зазначає Ю. М. Оборотов, сучасну методологію юриспруденції становлять різні підходи, як-от: антропологічний, аксіологічний, цивілізаційний, синергетичний і герменевтичний. По суті, кожен із названих підходів визначає стратегію дослідних пошуків у взаємозв'язку юриспруденції із правом і державою [2, с. 86]. Ці ж питання мають знаходити своє відображення і на рівні галузевих досліджень, а саме – у методології наукових досліджень проблем кримінального процесу. Крім того, особливо необхідно наголосити на тому, як зазначає В. В. Дудченко, що сучасні європейські правознавці відзначають, що елементом стилю західної правової сім'ї є тенденція «антиформалізму в праві». У зв'язку із цим постає питання, чи не є ця тенденція стрижнем сучасного інтегративного праворозуміння, коли в праві поєднані ідеї (метафізика), факти (позитивізм) і оцінки (аксіологія)? На думку вченого, інтегративне право розуміння якраз і є сучасною домінуючою тенденцією у світовій юриспруденції [3, с. 225]. Зазначимо також, що пошук нових методів і оновлення методології триває. Так, наприклад, підкреслюється, що кримінальне право сучасності не є правом антагонізму, але є правом компромісів між державою, правопорушником і жертвою, і саме ця методологія триангуля-

рності є основою майбутніх досліджень [Див.: 4, с. 6-13; 5, с. 195-198]. З огляду на те, що кримінальний процес – це насамперед складний правозастосовний процес норм матеріального кримінального права, то і в дослідженнях кримінального процесуального права це має відобразитися.

### **Визначення сутності кримінально-процесуальної відповідальності**

Одним з основних теоретико-методологічних аспектів дослідження проблем кримінально-процесуальної відповідальності є необхідність розгляду її в системі заходів кримінально-процесуального примусу. Різні аспекти, як і проблема примусу в кримінальному процесі загалом, постійно перебувають у сфері уваги вчених-юристів і практичних працівників правоохоронних і судових органів. Природно, що така увага до згаданої проблематики не є випадковою, вона визначається як важливістю даних питань на законодавчому, науковому та практичному рівнях, так і необхідністю переосмислення різних аспектів застосування примусу під час кримінального провадження в результаті реформування кримінального процесу.

Період реформування вітчизняного кримінального процесуального законодавства й ухвалення нового КПК України супроводжувалися переоцінкою концептуальних положень науки кримінального процесу – завдань, засад, стадій, цілих кримінальних процесуальних інститутів, тобто самої сутності та характеру кримінального провадження. Новий КПК України, за влучним виразом С. В. Ківалова, є людиноорієнтовним, спрямованим на забезпечення застосування належної правової процедури до кожного учасника кримінального провадження, а також на недопущення необґрунтованого та свавільного застосування примусу в кримінальному провадженні. Для

правової держави, як далі зазначає вчений, таке визначення завдань кримінального провадження є надзвичайно важливим, оскільки вони визначають нову ідеологію кримінального провадження, що відображає спрямування на забезпечення пропорційності втручання під час проведення процесуальних дій у кримінальному провадженні, що цілком відповідає міжнародним і європейським стандартам судочинства [6, с. 3].

КПК України містить самостійний р. II «Заходи забезпечення кримінального провадження», де закріплені заходи кримінально-процесуального примусу, до яких віднесені: виклик слідчим, прокурором, судовий виклик і привід; тимчасове обмеження в користуванні спеціальним правом; відсторонення від посади; тимчасовий доступ до речей і документів; тимчасове вилучення майна; арешт майна, а також грошове стягнення. Одні з них закріплені вперше, а інші – отримали в КПК України більш розгорнуту правову регламентацію, порівняно з КПК України 1960 р. На жаль, сьогодні в доктрині майже відсутні комплексні дослідження заходів забезпечення кримінального провадження, проте серед робіт останніх років, присвячених даній проблематиці, необхідно назвати роботу О. В. Авраменка, Р. І. Благути та А. Я. Хитра [7], в якій проаналізовані види заходів забезпечення кримінального провадження, загальні правила та підстави для їх застосування, а також працю колективу авторів «Заходи забезпечення кримінального провадження» за загальною редакцією доктора юридичних наук, професора В. Т. Маляренка, де, крім визначення поняття, системи, мети, підстав і порядку застосування вказаних заходів, значна увага приділена також і прокурорському нагляду та судовому контролю за застосуванням заходів забезпечення кримінального провадження [8].

У зв'язку з тим, що в КПК України законодавець застосував новий термін – «заходи забезпечення кримінального

провадження», постає проблема визначення співвідношення цих заходів і заходів кримінально-процесуального примусу. Аналіз літератури дає підстави зробити висновок, що із цього питання є такі позиції: 1) кримінально-процесуальний примус ширше за заходи забезпечення кримінального провадження; 2) заходи забезпечення кримінального провадження та заходи кримінально-процесуального примусу співвідносяться як загальне та часткове («загальне та часне» О. М. Миколенко); 3) ототожнення цих понять (Г. К. Кожевніков, С. М. Смоков, К. Г. Горелкіна, Л. Д. Удалова, В. В. Рожнова, Д. О. Савицький, О. Ю. Хабло, В. І. Фаринник) [9, с. 16-17].

Так, на думку Г. К. Кожевнікова, можна ототожнювати заходи кримінально-процесуального примусу та заходи забезпечення кримінального провадження, бо аналіз найбільш поширеного серед науковців визначення примусових заходів у кримінальному судочинстві свідчить, що перелічені в ст. 131 нового КПК України види заходів забезпечення кримінального провадження в разі їх застосування здатні забезпечити виконання завдань кримінального провадження [10]. Аналогічної думки щодо тотожності понять заходів забезпечення кримінального провадження та кримінально-процесуального примусу дотримується значна кількість науковців [Див., наприклад: 11, с. 628-632]. Саме з такого розуміння співвідношення заходів забезпечення кримінального провадження та заходів примусу ми будемо виходити в подальшому дослідженні питань кримінально-процесуальної відповідальності. Водночас, враховуючи досить різноманітну спрямованість заходів кримінально-процесуального примусу, їхня узагальнена назва «заходи забезпечення кримінального провадження» є такою, що за своїм змістовним навантаженням найбільше відповідає призначенню цих заходів [12, с. 351].

І хоча в літературі висловлена й інша думка щодо неможливості ототожнення заходів кримінально-процесуального

примусу та заходів забезпечення кримінального провадження [12, с. 132; 14, с. 25], вважаємо, що ці поняття мають розглядатися як тотожні.

На наш погляд, доцільним є виділення таких видів примусу в кримінальному провадженні: превентивні заходи, які передбачають попередження несприятливих дій або їхніх наслідків; запобіжні заходи, які спрямовані на припинення протиправних діянь або їхніх несприятливих наслідків; заходи правового захисту (відновлення законності), суть яких, полягає в тому, що в указаних в законі випадках держава застосовує примусові заходи з метою відновлення порушеного права та захисту суб'єктивних прав без притягнення порушника до відповідальності; кримінально-процесуальна відповідальність (як вид юридичної відповідальності) [15].

Саме це і має відобразитися в КПК України. На нашу думку, доцільно внести зміни та доповнення до ст. 131 КПК України. Отже, ч. 1 ст. 131 КПК України необхідно викласти в такій редакції: «1. Заходи забезпечення кримінального провадження застосовуються з метою досягнення дієвості цього провадження та включають в себе превентивні заходи, запобіжні заходи, заходи правового захисту (відновлення законності) та юридичну відповідальність, передбачену законом (зокрема кримінально-процесуальну)». Крім того, враховуючи, що ст. 131 КПК України не містить вичерпного переліку заходів примусового характеру, що мають розглядатися як заходи забезпечення кримінального провадження, на що також неодноразово слушно зверталася увага в літературі [див., наприклад: 16, с. 323], доцільно ч. 2 ст. 131 КПК доповнити п. 10 такого змісту: «10) інші заходи примусового характеру, передбачені цим Кодексом» [9, с. 36].

Аналізуючи наявні сьогодні думки щодо теоретико-методологічних підходів до розуміння кримінально-процесуальної відповідальності, можна виділити такі концепції:



як реалізації санкції кримінальної процесуальної норми (Г. М. Ветрова); як реалізації кримінальної відповідальності (Я. О. Мотовіловкер); визначення як позитивної та негативної відповідальності (Г. М. Ветрова, З. Ф. Ковріга); як реалізації тільки штрафних санкцій кримінальної процесуальної норми (В. М. Корнуков, І. Л. Петрухін); як міжгалузевого інституту, коли кримінально-процесуальне правопорушення розглядається і як дисциплінарний проступок, і як адміністративне правопорушення, і як злочин (І. Л. Петрухін, Л. Д. Удалова, О. Ю. Хабло); як комплексної відповідальності, коли кримінально-процесуальна відповідальність супроводжується дисциплінарною, матеріальною (С. Г. Ольков) та взагалі заперечення наявності такого виду відповідальності (І. С. Самощенко, М. Х. Фарукшин, В. Є. Клюков, В. Г. Даєв) [9, с. 55].

На нашу думку, кримінально-процесуальна відповідальність є різновидом юридичної відповідальності, передбаченої нормами кримінального процесуального права за протиправну поведінку у сфері кримінального провадження, та може бути визначена як наявне у формі кримінально-процесуального правовідношення застосування встановленим законом порядком до особи, яка вчинила кримінально-процесуальне правопорушення, заходів кримінально-процесуального примусу, що передбачені санкцією кримінально-процесуальної норми.

Кримінально-процесуальна відповідальність має свої специфічні властивості, які, на думку П. С. Елькінд, полягають в такому: 1) фактичною підставою може бути лише кримінально-процесуальне порушення, тобто поведінка, що заборонена нормами саме даної галузі права; 2) юридичною підставою для застосування кримінально-процесуальної відповідальності є норми кримінально-процесуального права; 3) суб'єктами кримінально-процесуальної відповідальності можуть бути лише суб'єкти кримінального судочинства, а точніше, тільки

громадяни, які мають у кримінальному судочинстві особистий правовий інтерес, та ті, що представляють інтереси інших суб'єктів, а також ті, які здійснюють допоміжні функції; 4) кримінально-процесуальна відповідальність завжди виражена у формі правовідношення [див.: 17, с. 97-105].

Серед ознак процесуальної відповідальності також називають: застосування її виключно до учасників процесуальних відносин; її подвійний характер; що вона є особливою формою державного примусу; підставою для використання її заходів є вчинення правопорушення, передбаченого відповідною правовою нормою, шляхом невиконання або неналежного виконання суб'єктом свого процесуального обов'язку, повноважень державного органу або посадової особи, а також зловживання ним своїми процесуальними правами [18, с. 6]. Проте не можна погодитися з визнанням подвійного (позитивного та негативного) характеру відповідальності, а зловживання процесуальними правами нами розглядається як різновид правопорушення. В. В. Рожнова підкреслює, що основною ознакою кримінально-процесуальної відповідальності, як і будь-якої юридичної відповідальності, є наявність елементів покарання, хоч головною метою водночас є виховання поваги до кримінально-процесуального закону, стимулювання належного виконання учасниками кримінального судочинства вимог закону і покладених на них обов'язків [19, с. 108].

І. Л. Трунов і Л. К. Трунова зазначали, що, запроваджуючи в науковий обіг і пропонуючи ввести в законодавство новий вид юридичної відповідальності, необхідно вказати на її особливості, до яких, на їхню думку, належать такі: 1) заходи кримінально-процесуальної відповідальності є наслідком порушення норм кримінально-процесуального закону; 2) виражаються в негативній державній оцінці; 3) заходи кримінально-процесуальної відповідальності виражаються в позбавленні або обмеженні особи,

до якої вони застосовуються, її особистих або майнових прав; 4) можуть застосовуватися до будь-якого учасника кримінального провадження; 5) застосовуються у зв'язку із кримінально-процесуальною діяльністю в межах кримінально-процесуальних відносин; 6) особлива форма застосування відповідних заходів; 7) санкції тут не завжди прив'язані до диспозиції, тобто до опису правопорушення [див.: 20, с. 44-45].

Враховуючи вищезазначене, зауважимо, що особливості кримінально-процесуальної відповідальності полягають в такому: встановлення нормами кримінально-процесуального права (галузева належність і юридична підстава); настання за вчинення кримінально-процесуального правопорушення (фактична підстава); існує у формі кримінально-процесуального правовідношення; суб'єктом такої відповідальності може бути тільки відповідний суб'єкт кримінально-процесуальної діяльності; виражається в накладені на правопорушника додаткового обов'язку або позбавлення (звуження обсягу) його суб'єктивних прав.

### **Значення кримінально-процесуальної відповідальності**

Говорячи про значення кримінально-процесуальної відповідальності, насамперед необхідно наголосити на тому, що кримінально-процесуальна діяльність повинна ґрунтуватися на певних основоположних засадах, які вказують на вектор розвитку кримінальної процесуальної політики держави. Тому дослідження кримінально-процесуальної відповідальності, зокрема й як наряду забезпечення ефективності кримінального провадження, неможливе без загальної характеристики поняття принципів кримінального процесу та визначення їхніх критеріїв.

Загальновизнано, що для того, щоб окреме правове положення могло вважатися принципом кримінального

провадження, воно має відповідати низці пропонованих до принципів кримінального процесу вимог. Розглядаючи проблему критеріїв, О. П. Кучинська зазначає, що до них необхідно відносити такі вимоги, як: соціальна обумовленість, нормативність, регулятивність, основоположність, системність, універсальність, непорушність [21, с. 52-56]. Однак деякі з вищезгаданих критеріїв не дістали однозначного тлумачення в літературі. Так, наприклад, найважливішою властивістю принципу є його нормативність. Однак стосовно способу закріплення принципів у нормах права в науковців немає єдності. Нормативність принципу кримінального процесу може проявлятися як у формулюванні норм-принципів або норм-приписів найбільш загального характеру (це норми-принципи), так і виводитися в індуктивний спосіб із різних норм кримінального процесуального закону (це принципи, виведені з норм).

Гл. 2 КПК України передбачає основні засади кримінального провадження та їхній зміст, але не визначає, що саме є «засадою кримінального провадження». Крім того, дане визначення викликає дискусії серед вчених-юристів щодо вживання термінів «принцип» і «засада». Засада – це вихідне, головне положення, принцип; основа світогляду, правило поведінки. Значення терміна «принцип» – це основа, початок певного явища або процесу. У філософському розумінні принципом є теоретичне узагальнення найбільш типового, що констатує й виражає закономірність, покладену в основу пізнання взагалі або в основу якої-небудь галузі знання зокрема. Вважаємо, що необхідно підтримати позиції щодо розуміння та вживання понять «принцип» і «засада» як тотожних [22, с. 78-79].

Принципами кримінального провадження є доктринально обґрунтовані основні правові положення, які відображають

предмет і метод кримінального процесуального регулювання, демократичну природу кримінального провадження, визначають сутність і структуру його проваджень, стадій та інститутів, спрямовують кримінальну процесуальну діяльність на досягнення завдань, поставлених державою перед кримінальним судочинством. Критеріями визначення принципів кримінального провадження є: загальнообов'язкова нормативність; доктринальна обґрунтованість; загальний, фундаментальний характер правових положень; спрямованість на досягнення завдань, поставлених державою перед кримінальним судочинством; відбиття предмета й методу кримінального процесуального регулювання; відбиття демократичної природи кримінального процесу; відбиття сутності й структури проваджень, стадій та інститутів кримінального процесу; можливість реалізації в усіх, декількох або одній кримінальній процесуальній стадії; порушення якого-небудь принципу, яке призводить до застосування заходів кримінальної процесуальної відповідальності або заходів захисту [22, с. 78-79]. Отже, значення кримінально-процесуальної відповідальності важко переоцінити.

Визначення поняття й ознак кримінально-процесуальної відповідальності має не тільки теоретико-методологічне, а й велике практичне значення. Як зазначала З. Ф. Ковріга, призначення процесуальної відповідальності в механізмі правового регулювання визначають дві її функціональні особливості: 1) охороняти від порушень норми кримінально-процесуального права – загально визначені правила поведінки суб'єктів кримінального судочинства; 2) сприяти досягненню ефективного результату під час реалізації норм кримінального й інших галузей права у сфері кримінального судочинства [23, с. 117].

Також цілком можна погодитися з думкою, що однозначна позиція щодо розуміння кримінально-процесуальної відповідальності має велике значення для характеристики зловживань у сфері кримінального процесу як різновиду процесуального правопорушення [24, с. 96]; відповідальність учасників кримінального провадження за невиконання чи неналежне виконання вимог кримінального процесуального законодавства є однією з гарантій досягнення завдань кримінального процесу [25, с. 107], а також кримінально-процесуальна відповідальність, як і юридична відповідальність загалом, є необхідним елементом механізму дії кримінального процесуального права [26, с. 6].

Крім того, кримінально-процесуальну відповідальність варто розглядати як гарантію забезпечення прав і законних інтересів учасників кримінального провадження. Як зазначає Л. В. Мединська, одним з основних завдань розробників нового КПК України було забезпечення процесуальної рівності сторін захисту й обвинувачення, яка виражається не лише в рівності прав, а й у рівній відповідальності за невиконання чи неналежне виконання своїх обов'язків у межах визначеного процесуального статусу [27, с. 465, 467], чим і визначається значення кримінально-процесуальної відповідальності. Так, наприклад, як зазначається в літературі, ефективність здійснення слідчим покладених на нього процесуальних обов'язків прямо залежить від заходів відповідальності, які можуть бути застосовані в разі незаконної його діяльності. Тобто мають бути заходи процесуального впливу на слідчого, які, відповідно до кримінально-процесуального закону, регулювали б його діяльність [28, с. 7]. Розглянувши та проаналізувавши санкції відповідних кримінально-процесуальних норм, Л. В. Гаврилюк зазначає, що заходи кримінально-

процесуальної відповідальності виконують охоронну, регулятивну, правовідновлюючу та компенсаційну функції, але головне призначення кримінально-процесуальної відповідальності полягає в тому, що вона є заходом відновлення порушеної законності під час здійснення слідчим процесуальної діяльності. Розроблення поняття кримінально-процесуальної відповідальності є важливим, оскільки основою даного виду відповідальності є забезпечення законності, попередження та припинення правопорушень серед слідчих, вирішення таких завдань кримінального судочинства, як унеможливлення свавілля з боку органів досудового слідства, попередження та запобігання злочинності, захист прав і законних інтересів громадян, які беруть у ньому участь [89, с. 8, 5].

Розвиваючи ідеї концепції кримінально-процесуальної відповідальності, розробленої З. Ф. Коврігою, І. Н. Чеботарьова пов'язала питання кримінально-процесуальної відповідальності з питаннями правового статусу особи в кримінальному провадженні, у результаті чого запропонувала включити кримінально-процесуальну відповідальність окремим компонентом у правовий статус особистості, бо вона ставить особу у визначене положення щодо держави, суспільства, інших громадян, примушуючи утримуватися від здійснення певних дій (позитивна) або відповідати за їх вчинення (негативна) [29, с. 24]. І хоча ми не поділяємо думку про наявність позитивної відповідальності, значення кримінально-процесуальної відповідальності як складового елемента процесуального статусу суб'єктів кримінально-процесуальної діяльності уявляється вельми важливим, до того ж це знайшло підтримку і в сучасній доктрині [див., наприклад: 30]. Так, досліджуючи питання правового статусу, Л. Я. Стрельбіцька дійшла висновку, що

системний аналіз положень КПК України щодо правового положення учасників кримінального провадження дозволяє вважати, що елементами процесуального статусу кожного з них обов'язково є: права, обов'язки та відповідальність, які і підлягають окремому дослідженню в розрізі статусу засудженого, а також гарантії реалізації прав засудженого [30, с. 28].

На наш погляд, у КПК України доцільно закріпити визначення кримінально-процесуальної відповідальності, доповнивши ст. 3 окремим пунктом 9-1 такого змісту: «9-1) кримінально-процесуальна відповідальність – це застосування до учасників кримінального провадження заходів кримінально-процесуального примусу за невиконання або неналежне виконання процесуальних обов'язків у випадках вчинення кримінально-процесуального правопорушення в порядку, передбаченому цим Кодексом».

### **Проблемні аспекти реалізації кримінально-процесуальної відповідальності**

Визначення кримінально-процесуальної відповідальності як застосування заходів державного (кримінально-процесуального) примусу, встановлених санкцією кримінально-процесуальної норми, що було зроблено вище, вказує не тільки на правовий характер кримінально-процесуальної відповідальності, а також і на значущість санкції правової норми для визначення змісту даної відповідальності, а отже, й заходів кримінально-процесуальної відповідальності.

Дослідивши проблемні питання санкцій у кримінальному процесуальному праві, ми дійшли висновку про доцільність виділення в кримінальному процесуальному праві штрафних (каральних) і правовідновлюючих заходів кримінально-



процесуальної відповідальності на підставі поділу санкцій на штрафні та правовідновлюючі (як це було запропоновано свого часу О. Е. Лейстом [31, с. 25-46; 32, с. 60-72]).

Система заходів кримінально-процесуальної відповідальності за КПК України містить: 1) штрафні заходи кримінально-процесуальної відповідальності: грошове стягнення (ст. ст. 144, 144-147 КПК України); звернення застави в дохід держави (ч. 8 ст. 182 КПК України); обрання запобіжного заходу, якщо особою було порушено зобов'язання з'являтися; зміна раніше обраного запобіжного заходу в разі його порушення на більш суворий (ч. 2 ст. 179 КПК України); невизначення розміру застави під час обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту щодо особи, стосовно якої в цьому провадженні вже обирався запобіжний захід у вигляді застави, проте був порушений нею (п. 3 ч. 4 ст. 183 КПК України); скасування заходів безпеки у випадках невиконання особою, взятою під захист, законних вимог органів, які здійснюють заходи безпеки; видалення обвинуваченого та інших осіб, присутніх у судовому засіданні, із зали суду за порушення порядку в судовому засіданні (ч. ч. 1, 3 ст. 330 КПК України); відмова захисника від виконання своїх обов'язків (п. 3 ч. 4 ст. 47 КПК України); наслідки невиконання угоди про примирення або угоди про визнання винуватості (ст. 476 КПК України); проведення кримінального провадження (досудового розслідування та судового розгляду) *in absentia* (ч. 1 ст. 297-1 КПК України);

2) правовідновлюючі заходи кримінально-процесуальної відповідальності: накладення судових витрат, пов'язаних з оголошенням перерви в судовому засіданні, на спеціаліста в разі його неприбуття до суду без поважних причин або неповідомлення про причини неприбуття (ст. 72 КПК України);

відсторонення слідчого від подальшого ведення досудового розслідування (п. 2 ч. 2 ст. 39 КПК України); покладення обов'язків по здійсненню нагляду на іншого прокурора (ч. 3 ст. 37 КПК України); скасування за наявності відповідних підстав незаконних рішень (ст. 412, п. 2 ч. 2 ст. 452, п. 7 ч. 2 ст. 36, п. 1 ч. 2 ст. 307 КПК України); відмова від захисника (ст. 54 КПК України); заміна захисника (ст. 54 КПК України); усунення законного представника від участі в кримінальному провадженні (ч. 2 ст. 488 КПК України); обмеження участі законного представника в кримінальному провадженні (ч. 2 ст. 488 КПК України); усунення присяжного в разі невиконання присяжним обов'язків, передбачених ч. 2 ст. 386 КПК України (ст. 390 КПК України); рішення про відвід, якщо за наявності підстав для відводу не був заявлений самовідвід (ст. ст. 75, 76, 77, 78, 79, 81 КПК України); проведення обшуку в разі невиконання ухвали про тимчасовий доступ до речей і документів (ст. 166 КПК); неможливість використати як докази відомості, щодо яких не було здійснено відкриття (ч. 12 ст. 290 КПК України); визнання доказів недопустимими (ст. 87 КПК України).

Застосування заходів кримінально-процесуальної відповідальності повинно відбуватися у визначеній законом процесуальній формі, основними елементами якої, на наш погляд, є підстави для кримінально-процесуальної відповідальності (статика проблеми) і порядок застосування її окремих заходів (динаміка проблеми).

Питання щодо підстав для кримінально-процесуальної відповідальності є досить дискусійним. У науковій літературі виділяють від однієї до трьох підстав для застосування даного виду відповідальності, розглядаючи як підставу правопорушення (М. Д. Шиндяпіна, І. С. Самощенко, М. Х. Фарукшин, В. І. Гойман,

Н. С. Малєїн), виділяючи фактичну (правопорушення) та юридичну (норма права) підстави (П. С. Елькінд, В. С. Вєпрєв) або додаючи до цього ще й ухвалення відповідного рішення (Л. В. Гаврилюк, Р. М. Білокінь) [9, с. 128].

З першою та останньою позицією важко погодитися, адже без закріплення в законі обов'язків і наслідків їх невиконання не може йтися про притягнення особи до відповідальності. яка не може застосовуватися за аналогією, що вже було підкреслено в науковій літературі [17, с. 97-100], причому йдеться не про заперечення застосування аналогії в кримінальному процесі, адже новий КПК України прямо закріпив можливість застосування аналогії (ст. 9 КПК України), йдеться саме про недопустимість застосування за аналогією заходів кримінально-процесуальної відповідальності. З іншого боку, не можна погодитися і з виділенням такої підстави, як правозастосовний акт, адже в ньому лише констатується вчинення певного правопорушення та визначається захід (вид) і міра відповідальності. Зазначимо також, що це має стосуватися всіх видів відповідальності.

Здається більш обґрунтованою позиція, що була сформульована свого часу П. С. Елькінд, про наявність фактичної та юридичної підстав для застосування кримінально-процесуальної відповідальності [17, с. 97-100]. Поділ підстав на фактичні та юридичні дозволяє методологічно дослідити спочатку фактичний прояв у всіх, притаманних йому формах і різновидах, а потім виявити з урахуванням чинного кримінально-процесуального законодавства та практики його застосування, наскільки повно й адекватно відображено в юридичних складах чи моделях відповідні форми фактичної підстави (поведінки,

діяльності) відповідальності, та дозволяє застосовувати санкції [33, с. 218-219].

Отже, юридичною підставою для застосування заходів кримінально-процесуальної відповідальності є норми кримінального процесуального права, що передбачають як обов'язки та заборони, так і заходи кримінально-процесуальної відповідальності (у санкції) за порушення відповідного правового обов'язку (заборони). Фактичною підставою для кримінально-процесуальної відповідальності є кримінально-процесуальне правопорушення, тобто невиконання або неналежне виконання передбачених кримінальним процесуальним законом дій.

Питання щодо визначення зловживання правом і повноваженнями як підстави для кримінально-процесуальної відповідальності ґрунтовно досліджені в роботах як закордонних (розглядається як підстави для кримінально-процесуальної відповідальності) [33], так і вітчизняних науковців (де дослідженні в межах більш загальної проблеми зловживань у сфері кримінального процесу) [24]. На особливу увагу заслуговує дослідження О. В. Андрушко зловживання правом, яке розглядається як підстава для юридичної відповідальності [34].

Не зупиняючися докладно на цьому питанні, зазначимо, що воно має досліджуватися, враховуючи основні канони герменевтики, адже в такому разі має місце порушення духу права, проте дотримання його букви [див.: 35].

На наш погляд, зловживання правом має розглядатися не як самостійна фактична підстава для застосування заходів кримінально-процесуальної відповідальності, а лише як вид кримінально-процесуального правопорушення за наявності його відповідних ознак і складу. Водночас здається необхідним

доповнення КПК України загальним положенням про недопустимість (заборону) зловживання правами та повноваженнями із зазначенням настання відповідної відповідальності, а саме – треба доповнити ст. 9 КПК України частиною 7 такого змісту: «7. Забороняється під час кримінального провадження зловживати правами та повноваженнями. У разі порушення цієї заборони настає відповідальність, передбачена законом».

Нами неодноразово підкреслювалося, що кримінально-процесуальна відповідальність має бути передбачена для всіх суб'єктів кримінально-процесуальної діяльності, адже на всіх суб'єктів під час кримінального провадження покладаються відповідні обов'язки.

Тому необхідно внести зміни та доповнення до КПК України щодо кримінально-процесуальної відповідальності всіх суб'єктів кримінального провадження, а саме:

1) для суб'єктів кримінально-процесуальної діяльності, наділених владними повноваженнями, передбачити в ст. 9 КПК України, де визначені їхні загальні обов'язки, настання кримінально-процесуальної відповідальності, доповнивши ст. 9 КПК України частиною 2-1 такого змісту: «2-1. За невиконання обов'язків, передбачених у ч. ч. 1, 2 цієї статті, суддя, слідчий суддя, прокурор, керівник органу досудового розслідування, слідчий несуть відповідальність, передбачену законом»;

2) для суб'єктів, які не наділені владними повноваженнями, передбачити права, обов'язки та відповідальність, як це зроблено щодо свідка (ст. 67 КПК України), експерта (ст. 70 КПК України), спеціаліста (ст. 72 КПК України). Тому необхідно доповнити КПК України відповідними статтями: ст. 44-1 «Кримінально-процесуальна відповідальність підозрюваного, обвинуваченого,

виправданого, засудженого, законного представника підозрюваного, обвинуваченого»; ст. 47-1 «Відповідальність захисника»; ст. 59-1 «Відповідальність потерпілого, представника потерпілого, законного представника потерпілого»; ст. 60-1 «Обов'язки та відповідальність заявника»; ст. 63-1 «Відповідальність цивільного позивача, цивільного відповідача, представника цивільного позивача, цивільного відповідача, законного представника цивільного позивача». У кожній із запропонованих статей, окрім зазначення, за необхідності, про адміністративну, кримінальну відповідальність, варто передбачити, що відповідний суб'єкт несе кримінально-процесуальну відповідальність у випадках, передбачених законом.

Основними умовами притягнення особи до кримінально-процесуальної відповідальності є такі: наявність відповідного суб'єкта, який встановлює факт кримінально-процесуального правопорушення та приймає рішення про притягнення до кримінально-процесуальної відповідальності; процесуальне оформлення кримінально-процесуального правопорушення й прийнятого рішення по ньому (постанови або ухвали).

Залежно від суб'єкта, який встановлює підстави й ухвалює рішення про застосування заходів кримінально-процесуальної відповідальності, варто виділити процесуальний порядок притягнення осіб до кримінально-процесуальної відповідальності: судовий (відповідні дії й ухвалення рішення про застосування заходів кримінально-процесуальної відповідальності здійснює суд, слідчий суддя); відомчий (відповідні дії й ухвалення рішення про застосування заходів кримінально-процесуальної відповідальності здійснює прокурор); змішаний (відповідні дії й ухвалення рішення про застосування заходів кримінально-процесуальної

відповідальності здійснює суд, слідчий суддя або прокурор, керівник органу досудового розслідування).

Для вдосконалення механізму реалізації кримінально-процесуальної відповідальності доцільно розширити коло суб'єктів, на яких може бути накладено грошове стягнення (спеціаліст, перекладач, експерт), визначити випадки, коли воно може бути накладено, та його розміри, а саме:

1) змінити відповідальність спеціаліста, виклавши ст. 72 КПК України в такій редакції:

«Ст. 72. Відповідальність спеціаліста

У разі неприбуття за викликом без поважних причин або неповідомлення про причини неприбуття на спеціаліста накладається грошове стягнення»;

2) доповнити ч. 1 ст. 139 КПК України після слів «цивільний відповідач» словами «спеціаліст, перекладач, експерт»; доповнити ч. 1 ст. 327 КПК України окремим реченням такого змісту: «Суд має право постановити ухвалу про накладення на спеціаліста, перекладача, експерта грошового стягнення у випадках та порядку, передбачених гл. гл. 11 та 12 цього Кодексу».

Необхідно більш чітко визначити наслідки невиконання обов'язків під час застосування запобіжних заходів. Доцільно доповнити частиною 3 ст. 194 КПК України положенням такого змісту: «У разі порушення відповідного зобов'язання до підозрюваного, обвинуваченого може бути застосований запобіжний захід», а також доповнити ст. 194 КПК України частиною 6-1 такого змісту: «6-1. Підозрюваному, обвинуваченому письмово під розпис повідомляються покладені на нього обов'язки та роз'яснюється, що в разі їх невиконання до нього може бути застосований більш жорсткий запобіжний захід і

на нього може бути накладено грошове стягнення в розмірі від 0,25 розміру мінімальної заробітної плати до 5 розмірів мінімальної заробітної плати».

Необхідно підкреслити, що оскарженню рішення про звернення застави в дохід держави не підлягає, проте доцільно передбачити можливість його оскарження апеляційним порядком як рішення слідчого судді під час досудового розслідування, так і рішення суду під час судового провадження. Тому доцільно доповнити ст. 309 КПК п. 13 такого змісту: «13) про звернення застави в дохід держави», а також доповнити ст. 182 КПК України ч. 8-1: «8-1. Ухвала про звернення застави в дохід держави може бути оскаржена в апеляційному суді».

### **Висновки**

Підсумовуючи, зазначимо, що методи дослідження, за допомогою яких було переосмислено питання з'ясування правової природи, поняття, ознак, видів, системи заходів кримінально-процесуальної відповідальності й особливостей її реалізації під час кримінального провадження, були обрані з урахуванням мети дослідження. Так, за допомогою діалектичного методу поглиблено понятійний апарат, з'ясовано сутність і особливості кримінально-процесуальної відповідальності в кримінальному провадженні. Системно-структурний метод використовувався для дослідження співвідношення кримінально-процесуальної відповідальності із суміжними категоріями, кримінальних процесуальних норм, особливостей санкцій у кримінальному процесуальному праві. Метод порівняльного аналізу застосовувався в процесі порівняльно-правового аналізу регулювання інституту кримінально-процесуальної відповідальності за законодавством України та



законодавством окремих закордонних країн. Логіко-нормативний метод використовувався для формулювання пропозицій про внесення змін і доповнень до чинного кримінального процесуального законодавства. Прогностичний метод дозволив встановити окремі тенденції розвитку інституту кримінально-процесуальної відповідальності.

Кримінально-процесуальна відповідальність як самостійний вид юридичної відповідальності є одним із видів примусу в кримінальному провадженні й використовується поряд із превентивними заходами, спрямованими на попередження несприятливих дій та їхніх наслідків, запобіжними заходами, суть яких полягає в припиненні протиправних діянь або їхніх несприятливих наслідків, та заходів правового захисту (відновлення законності), які мають забезпечити відновлення порушеного права і захист суб'єктивних прав без притягнення порушника до відповідальності.

Кримінально-процесуальну відповідальність необхідно відмежовувати від заходів процесуальної превенції, запобіжних заходів і заходів правового захисту (відновлення законності). Критеріями розмежування кримінально-процесуальної відповідальності із суміжними інститутами є мета, підстави застосування, коло суб'єктів, до яких можуть бути застосовані відповідні заходи кримінально-процесуального примусу, та частина норми, де міститься вказівка на відповідний захід.

Кримінально-процесуальна відповідальність – це наявне у формі кримінально-процесуального правовідношення застосування встановленим законом порядком до особи, яка вчинила кримінально-процесуальне правопорушення, заходів кримінально-процесуального примусу, передбачених санкцією кримінально-процесуальної норми, які полягають у накладенні

на правопорушника додаткового обов'язку або позбавленні (звуженні обсягу) його суб'єктивних прав.

Значення кримінально-процесуальної відповідальності полягає в тому, що вона забезпечує відповідність поведінки суб'єктів кримінального провадження нормам кримінального процесуального права, слугує укріпленню законності, забезпечує дотримання приписів кримінального процесуального права державними органами та посадовими особами, що здійснюють кримінальне провадження, забезпечує виконання обов'язків суб'єктів кримінального провадження, являє собою специфічний процесуальний засіб забезпечення кримінально-процесуальних відносин та є гарантією виконання процесуальних обов'язків. І в кінцевому підсумку має сприяти ефективності кримінального провадження як складного правозастосовного процесу реалізації норм матеріального права.

Тенденціями розвитку інституту кримінально-процесуальної відповідальності є такі: визначення заходів кримінально-процесуальної відповідальності як наслідків порушення основних засад кримінального провадження для досягнення його завдань і мети; нормативне закріплення її заходів як складового елемента спеціального процесуального статусу суб'єктів кримінального процесу, що має забезпечити виконання процесуальних обов'язків кожним із суб'єктів кримінального провадження; забезпечення ефективного результату під час реалізації норм кримінального й інших галузей права у сфері кримінального судочинства. Розвиток даного інституту має відбуватися у зв'язку з необхідністю подолання таких негативних явищ, як зловживання суб'єктами кримінального провадження правами та повноваженнями.

### **Список використаних джерел:**

1. Щорічний звіт про результати діяльності Урядового уповноваженого у справах Європейського суду з прав людини у 2016 р. URL: <http://old.minjust.gov/ua9329>.

2. Оборотов Ю.М., Завальнюк В.В., Дудченко В.В. та ін. Рівні та сфери методології юриспруденції. Креативність загальнотеоретичної юриспруденції: монографія / за ред. Ю.М. Оборотова. Одеса: Фенікс, 2015. С. 74-86.

3. Дудченко В.В. Тенденції антиформалізму та цінностей у сучасній юриспруденції. Наукові праці НУ ОЮА. 2012. С. 225-234.

4. Комлев Ю.Ю. Интегративная криминология как основа методологической триангуляции при изучении преступности. Вестник Казанского юридического института МВД. 2017. № 1. С. 6-13.

5. Туляков В.О. Новітні методи у дослідженнях науки кримінального права. Традиції та новації юридичної науки: минуле, сучасність, майбутнє: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції, м. Одеса, 19 травня 2017 р.: у 2-х т. Т. 2; відп. ред. Г.О. Ульянова. Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2017. С. 195-198.

6. Ківалов С.В. Передмова до учасників регіонального круглого столу «Шляхи удосконалення кримінального процесуального законодавства». Шляхи удосконалення кримінального процесуального законодавства: матер. регіонального круглого столу, 19 квітня 2013 р.; відп. за випуск д. ю. н., проф. Ю.П. Аленін; Нац. ун-т «Одеська юридична академія». Одеса: Юридична література, 2013. 200 с.

7. Заходи забезпечення кримінального провадження: навч. посіб. / О.В. Авраменко, Р.І. Благута, А.Я. Хитра. Львів: ЛьвДУВС, 2014. 192 с.

8. Богатирьова О.І., Галай А.О., Гладун О.З. та ін. Заходи забезпечення кримінального провадження: наук.-практ. посібник / за заг. ред. доктора юридичних наук, професора В.Т. Маляренка. К.: Національна академія прокуратури України, 2015. 310 с.

9. Мурзановська А.В. Кримінально-процесуальна відповідальність за новим Кримінальним процесуальним кодексом України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Одеса, 2017. 242 с.

10. Кожевніков Г.К. Заходи забезпечення кримінального провадження. Вісник Національної академії прокуратури України. 2012. № 3 (27).

11. Смоков С.М. Види обмежень конституційних прав громадян у новому кримінальному процесуальному кодексі України. Форум права. 2012. № 2. С. 628-632.

12. Шило О.Г. Теоретико-прикладні основи реалізації конституційного права людини і громадянина на судовий захист у досудовому провадженні в кримінальному процесі України. Х.: Право, 2011. 472 с.

13. Лобойко Л.М., Банчук О.А. Кримінальний процес: навчальний посібник. К.: Ваїте, 2014. 280 с.

14. Фаринник В.І. Застосування заходів забезпечення кримінального провадження: теорія та практика: монографія. К.: Алерта, 2017. 548 с.

15. Мурзановська А.В. Проблемні аспекти теоретичного визначення видів примусу в кримінальному провадженні України. European political and discourse. 2015. № 4. С. 338-344.

16. Гловюк І.В. Науково-практичний коментар до Глави 10 «Заходи забезпечення кримінального провадження і підстави їх застосування» КПК України. Кримінальний процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар / відп. ред.: С.В. Ківалов, С.М. Міщенко, В.Ю. Захарченко. Х.: Одісей, 2013. 1104 с.

17. Элькинд П.С. Цели и средства их достижения в советском уголовно-процессуальном праве. Л.: Издательство Ленинградского университета, 1976. 143 с.

18. Мелихов В.А. Процессуальная ответственность как особая форма государственного принуждения: теоретико-правовой анализ: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Саратов, 2011. 20 с.

19. Рожнова В.В. Співвідношення примусу, відповідальності та санкцій у сфері кримінального судочинства. Право України. 2000. № 11. С. 106-109.

20. Трунов И.Л., Трунова Л.К. Меры пресечения в уголовном процессе. СПб.: Издательство «Юридический центр «Пресс», 2003. 356 с

21. Кучинська О.П. Принципи кримінального провадження в механізмі забезпечення прав його учасників: монографія. К.: Юрінком-Інтер, 2013. 288 с.

22. Аленін Ю.П., Волошина В.К. Поняття та система принципів кримінального провадження. Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія». Том XIV. 2015. С. 78-89.

23. Коврига З.Ф. Уголовно-процессуальная ответственность. Воронеж, 1984. 191 с.

24. Удалова Л.Д, Хабло О.Ю Зловживання у сфері кримінального процесу: монографія. К.: Данкор, 2010. 176 с.

25. Білокінь Р.М. Відповідальність захисника за порушення норм кримінального процесуального законодавства. Адвокатура: минуле та сучасність: матеріали V Міжнар. наук. конф. 14 листопада 2015 р., м. Одеса / уклад.: І.В. Гловюк, О.В. Малахова, Л.Ю. Чекмарьова; відп. за вип. М.М. Стоянов. Одеса: Юридична література, 2015. С. 307-308.

26. Білокінь Р.М. Кримінально-процесуальна відповідальність: монографія. К.: Видавничий центр «Кафедра», 2017. 430 с.

27. Мединська Л.В. Кримінально-процесуальна відповідальність сторін кримінального провадження. Університетські наукові записки. 2013. № 3. С. 463-468.

28. Гаврилюк Л.В. Відповідальність слідчого: кримінально-процесуальні засади: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09; Київський нац. ун-т внутр. справ МВС України. Київ, 2009. С. 463-468.

29. Чеботарева И.Н. Обвиняемый в стадии предварительного расследования современного российского уголовного процесса: статус, гарантии прав и законных инт интересов. Курск, 2005. С. 24.

30. Стрельбіцька Л.Я. Процесуальний статус засудженого в кримінальному провадженні України: автореф. дис.... канд. юрид. наук: 12.00.09; Львів. нац. ун-т ім. Івана Франка. Львів, 2015. 20 с.

31. Лейст О.Э. Санкции в советском праве. М.: Госиздат, 1962. 239 с.

32. Лейст О.Э. Санкции и ответственность по советскому праву: теоретические проблемы. М.: Изд-во МГУ, 1981. 239 с.

33. Вепрев В.С. Основания уголовно-процессуальной ответственности: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Челябинск, 2006. 265 с.

34. Андрушко О.В. Зловживання правом в кримінальному судочинстві як підстава юридичної відповідальності. Вісник Національної академії Державної прикордонної служби України. Серія «Юридичні науки». 2017. Вип. 1. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/vnadrscurn\\_2017\\_1\\_6](http://nbuv.gov.ua/UJRN/vnadrscurn_2017_1_6).

35. Дудченко В.В. Основні канони герменевтики. Креативність загальнотеоретичної юриспруденції: монографія / Ю.М. Оборотов, В.В. Завальнюк, В.В. Дудченко та ін.; за ред. Ю.М. Оборотова. Одеса: Фенікс, 2015. С. 58-74.

**Завертайло І.О.,**

*аспірант кафедри кримінального процесу*

*Національного університету «Одеська юридична академія»,*

*начальник відділу прокуратури Одеської області*

## **РОЛЬ ПРОКУРОРА В ДОКАЗУВАННІ ОБСТАВИН ПІД ЧАС ЗАТРИМАННЯ ПІДОЗРЮВАНОГО ТА ОБРАННЯ ЗАПОБІЖНИХ ЗАХОДІВ ПІД ЧАС ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ**

### **Вступ**

Необхідність реформування кримінального процесуального законодавства об'єктивно пов'язувалася з наявністю численних недоліків у діяльності правоохоронних органів, що в сукупності негативно впливали на стан кримінального судочинства. Безперервні дискусії між представниками різних наукових шкіл (під час підготовки законопроектів, проектів відомчих нормативних актів) призвели до тривалого розроблення Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) України (в інших країнах пострадянського простору вже діяли нові КПК, а в Україні він набрав чинності лише 20 листопада 2012 р. – *І. З.*).

З перших років незалежності України одним із пріоритетів реформи кримінальної юстиції в державі вважається послідовна демократизація, лібералізація кримінального процесуального законодавства, спрямована на забезпечення верховенства закону, надійний захист прав і свобод особи. Важливим етапом розвитку кримінального судочинства, пов'язаним із переосмисленням його теоретичних основ, був перехід від кримінального процесу «радянського» зразка до європейських стандартів судочинства [6, с. 20].

Характеризуючи процесуальний статус прокурора згідно із КПК України, передусім варто зазначити, що участь прокурора в

кримінальному процесі визначається насамперед закріпленими ст. 121 Конституції України фундаментальними положеннями щодо основних напрямів діяльності або функцій органів прокуратури України.

Процесуальне керівництво прокурором досудовим розслідуванням є ефективним засобом реалізації визначених Конституцією України наглядових повноважень та забезпечення законності дій і рішень органів досудового розслідування.

Нагляд за додержанням законів у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням надає прокуророві реальну можливість, застосовуючи визначені КПК правові засоби (обов'язкові для виконання визначеними органами вказівки, доручення, процесуальні дії та рішення), безпосередньо спрямовувати перебіг кримінального провадження на його досудових стадіях, цілеспрямовано впливати на результат діяльності органів досудового розслідування та виконання ними завдань кримінального провадження, насамперед щодо захисту особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, щодо охорони прав, свобод і законних інтересів учасників кримінального провадження, а також забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування [7, с. 79-80].

Отже, процесуальне керівництво досудовим розслідуванням – це організація прокурором – процесуальним керівником процесу досудового розслідування – конкретного кримінального правопорушення, визначення його оптимальних напрямів, координація процесуальних дій, забезпечення під час розслідування кримінальних правопорушень додержання законів України іншими учасниками сторони обвинувачення. Адже здійснення нагляду за додержанням законів у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням полягає



в тому, що прокурор, на відміну від виконання суто наглядових повноважень, здійснює також діяльність, пов'язану з визначенням обсягу доказів і способів їх отримання в конкретному кримінальному провадженні, проведенням із зазначеною метою певних слідчих (розшукових) і негласних слідчих (розшукових) дій, під час обрання (зміни, скасування) заходів забезпечення кримінального провадження, а також забезпеченням водночас законності дій слідчого [3; 4].

У процесі вирішення питань щодо погодження клопотань слідчих про обрання (зміну, скасування) заходів забезпечення кримінального провадження варто ретельно перевірити наявність відповідних підстав з урахуванням положень інформаційного листа Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, інформаційного листа від 5 квітня 2013 р. № 223-558/0/4-13 «Про деякі питання здійснення слідчим суддею суду першої інстанції судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб під час застосування заходів забезпечення кримінального провадження» та інформаційного листа Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 4 квітня 2013 р. № 511-550/0/4-13 «Про деякі питання порядку застосування запобіжних заходів під час досудового розслідування та судового провадження відповідно до Кримінального процесуального кодексу України».

Водночас дослідження положень ст. 36 КПК України свідчить про відсутність окремого процесуального повноваження прокурора щодо погодження клопотання до слідчого судді про застосування заходів забезпечення кримінального провадження, зокрема й запобіжних заходів, а також щодо самостійного подання таких клопотань до слідчого судді, суду.

Слушною є думка О. С. Осадчої про необхідність доповнення положень ч. 2 ст. 36 КПК України п. 10-1: «погоджувати або відмовляти у погодженні клопотання слідчого органу досудового розслідування до слідчого судді про застосування заходів забезпечення кримінального провадження та інших заходів забезпечення процесуального примусу у випадках, передбачених цим Кодексом, чи самостійно подавати слідчому судді, суду відповідне клопотання. У таких випадках прокурор зобов'язаний перевірити не лише обґрунтованість, а й законність застосування таких заходів» [8, с. 83].

*Запобіжні заходи.* Запобіжні заходи є різновидом заходів забезпечення кримінального провадження попереджувального характеру, які застосовуються слідчим суддею або судом за наявності підстав і встановленим законом порядком щодо підозрюваного, обвинуваченого з метою забезпечення виконання покладених на нього процесуальних обов'язків, а також запобігання спробам його можливої неправомірної поведінки.

*Характерні ознаки запобіжних заходів:* 1) вони завжди пов'язані з обмеженням конституційних прав людини; мають більший, порівняно з іншими заходами кримінального провадження, ступінь примусу, бо пов'язані з обмеженням права особи на свободу й особисту недоторканність; 2) застосовуються слідчим суддею, судом виключно за наявності підстав, передбачених ст. 177 КПК України; 3) застосовуються до обмеженого кола осіб – підозрюваного, обвинуваченого; 4) мають особистий (персональний) характер, оскільки обмежують особисті права цих суб'єктів кримінального провадження; 5) мають специфічну мету – забезпечення виконання підозрюваним, обвинуваченим процесуальних обов'язків, а також

запобігання спробам його можливої неправомірної поведінки [9, с. 166].

Перелік запобіжних заходів визначений у ч. 1 ст. 176 КПК України, а саме: *особисте зобов'язання* (ст. 179 КПК України); *особиста порука* (ст. 180 КПК України); *застава* (ст. 182 КПК України); *домашній арешт* (ст. 181 КПК України); *тримання під вартою* (ст. 183 КПК України); *затримання особи* – як тимчасовий запобіжний захід (ч. 2 ст. 176 КПК України). Крім того, до неповнолітнього підозрюваного, обвинуваченого можуть бути застосовані такі запобіжні заходи, як *передання під нагляд батьків, опікунів чи піклувальників та передання під нагляд адміністрації дитячої установи* (ст. 493 КПК України). До особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного характеру або вирішувалося питання про їх застосування, можуть бути застосовані судом запобіжні заходи у вигляді *передання на піклування опікунам, близьким родичам чи членам сім'ї з обов'язковим лікарським наглядом або поміщення до психіатричного закладу в умовах, що виключають її небезпечну поведінку* (ст. 508 КПК України). У разі видачі осіб, які вчинили кримінальне правопорушення (екстрадиції), застосовуються *тимчасовий арешт* (ст. 583 КПК України) й *екстрадиційний арешт* (ст. 584 КПК України), які за своєю правовою природою є триманням під вартою, що застосовується в особливому порядку і спрямоване на забезпечення можливості видачі особи.

Варто зазначити, що встановлений у ч. 1 ст. 176 КПК України перелік запобіжних заходів під час кримінального провадження наведений у порядку зростання обмежень прав і свобод людини і громадянина, які з ними пов'язані, та є вичерпним. У ч. 3 цієї статті визначено, що найбільш м'яким запобіжним заходом є *особисте зобов'язання*, а найбільш суворим – *тримання під*

вартою. Диференціація запобіжних заходів на види, враховуючи особу й обставини в кожному конкретному випадку, дозволяє вибрати оптимальний спосіб як досягнення встановлених у ст. 2 КПК України завдань кримінального провадження, так і гарантування прав його учасників.

Як вважає Н. В. Марчук, визначаючи роль прокурора в обранні запобіжних заходів під час досудового розслідування, необхідно зупинитися на двох важливих аспектах діяльності прокурора. По-перше, участь прокурора в застосуванні запобіжних заходів спрямована на забезпечення дієвості кримінального провадження. По-друге, прокурор повинен наглядати за додержанням прав і законних інтересів особи під час застосування запобіжних заходів [10, с. 58]. Тобто, з одного боку, прокурор як носій функції обвинувачення, кримінального переслідування або, виходячи з положень ч. 2 ст. 36 КПК України, процесуального керівництва досудовим розслідуванням, беручи участь у вирішенні питань щодо обрання запобіжних заходів у передбачених законом випадках, оцінює їх із погляду доцільності й ефективності для забезпечення притягнення винного до кримінальної відповідальності. З іншого боку, прокурор як гарант законності, забезпечення прав і свобод учасників процесу не повинен розглядати інститут запобіжних заходів винятково як такий, що має обвинувальну спрямованість, він зобов'язаний кожного разу оцінювати законність і обґрунтованість обрання того чи іншого запобіжного заходу. У цьому аспекті варто звернути увагу на те, що обрання запобіжного заходу має бути неухильно пов'язане з вимогами принципів презумпції невинуватості та забезпечення права на захист.

Питання прокурорського нагляду на досудовому розслідуванні в разі застосування запобіжних заходів висвітлено

в п. 8 наказу Генерального прокурора України від 19 грудня 2012 р. № 4 гн «Про організацію діяльності прокурорів у кримінальному провадженні», яким зобов'язано керівників органів прокуратури та галузевих підрозділів апаратів прокуратур усіх рівнів здійснювати контроль за законністю застосування заходів забезпечення кримінального провадження [5].

Під час характеристики ролі прокурора в забезпеченні законності обрання запобіжних заходів необхідно врахувати два моменти: 1) прокурор здійснює нагляд за додержанням законів під час обрання запобіжних заходів; 2) прокурор бере безпосередню участь у процесі їх обрання. Так, відповідно до ч. 4 ст. 176 КПК України, запобіжні заходи під час досудового розслідування застосовуються слідчим суддею за клопотанням слідчого, погодженим із прокурором, або за клопотанням прокурора, а під час судового провадження – судом за клопотанням прокурора.

Слушною є позиція А. В. Лапкіна, що алгоритм участі прокурора в застосуванні запобіжних заходів у кримінальному провадженні має три етапи: 1) ініціювання застосування запобіжного заходу; 2) обрання запобіжного заходу; 3) виконання запобіжного заходу.

На *першому етапі* прокурор реалізує повноваження, визначене в п. 10 ч. 2 ст. 36 КПК України, а саме: погоджує або відмовляє в погодженні клопотань слідчого до слідчого судді про проведення процесуальних дій чи самостійно подає слідчому судді такі клопотання [11, с. 59].

Прокурор, ухвалюючи рішення щодо необхідності обрання того чи іншого запобіжного заходу, повинен врахувати, що останні є заходами превентивного характеру. Превентивний

характер запобіжних заходів проявляється в меті їх обрання, якою є забезпечення виконання підозрюваним, обвинуваченим покладених на нього процесуальних обов'язків, а також запобігання спробам, закріпленим у положеннях ч. 1 ст. 177 КПК України.

Саме превентивна дія запобіжних заходів «знаходиться в найбільшій проблемній зоні правозастосування», адже на практиці дуже часто запобіжний захід застосовується на підставі припущення про ймовірну негативну поведінку підозрюваного, обвинуваченого в майбутньому. Тому в основі рішення про обрання того чи іншого запобіжного заходу завжди повинна бути сукупність конкретних доказів, які свідчать про необхідність попередження неналежної поведінки підозрюваного чи обвинуваченого (підсудного).

У ч. 2 ст. 177 КПК України встановлено, що підставою для застосування запобіжного заходу є, по-перше, наявність обґрунтованої підозри у вчиненні особою кримінального правопорушення, по-друге, наявність ризиків, які дають достатні підстави слідчому судді, суду вважати, що підозрюваний, обвинувачений, засуджений може здійснити дії, передбачені ч. 1 цієї статті. Слідчий, прокурор не мають права ініціювати застосування запобіжного заходу без наявності для цього підстав, передбачених цим Кодексом.

Якщо вказані вище підстави свідчать про необхідність застосування запобіжного заходу, то обрання його виду здійснюється також з урахуванням тих обставин, що передбачено в ст. 178 КПК України.

Без позитивного волевиявлення прокурора щодо необхідності застосування запобіжного заходу, оформленого у вигляді клопотання встановленої форми, складеного або затвердженого

прокурором, слідчий суддя не має права розглянути та вирішити це питання [12, с. 341].

Зміст клопотання слідчого, прокурора про обрання запобіжних заходів має відповідати вимогам ст. 184 КПК України. Правовими наслідками недотримання слідчим, прокурором вимог ст. 184 КПК України є рішення слідчого судді про відмову в його задоволенні. Обрання запобіжного заходу до кожної особи потребує внесення окремого клопотання.

Копія клопотання та матеріалів, якими обґрунтовується необхідність застосування запобіжного заходу, надається підозрюваному, обвинуваченому не пізніше ніж за три години до початку розгляду клопотання (ч. 2 ст. 184). Таке клопотання подається до місцевого суду, у межах територіальної юрисдикції якого здійснюється досудове розслідування.

Якщо після подання клопотання про застосування запобіжного заходу прокурору стали відомі обставини, що виключають обґрунтовану підозру у вчиненні особою кримінального правопорушення, він зобов'язаний відкликати клопотання про застосування запобіжного заходу та відкликати дозвіл на затримання, якщо такий дозвіл був отриманий. Слідчий, прокурор зобов'язаний доповнити або змінити клопотання, або замінити його новим клопотанням, якщо після подання клопотання про застосування запобіжного заходу стали відомі інші обставини, що можуть вплинути на вирішення судом питання про застосування запобіжного заходу (ст. 185).

На *другому етапі* прокурор бере участь у вирішенні питання про застосування запобіжного заходу слідчим суддею, судом, що здійснюється шляхом участі прокурора в розгляді клопотання про застосування запобіжного заходу. Згідно із ч. 1 ст. 193 КПК України, розгляд клопотання про застосування запобіжного

заходу здійснюється за участю прокурора, підозрюваного, обвинуваченого, його захисника [11, с. 60]. Отже, прокурор є обов'язковим учасником такого розгляду, він має керуватися нормами ст. ст. 177, 178 КПК України, щоб надалі під час судового розгляду відповідного клопотання довести таке: 1) наявність обґрунтованої підозри у вчиненні підозрюваним, обвинуваченим кримінального правопорушення; 2) наявність достатніх підстав вважати, що є хоча б один із ризиків, передбачених ст. 177 КПК України; 3) недостатність застосування більш м'яких запобіжних заходів для запобігання ризику або ризикам у клопотанні.

Основним завданням прокурора на цьому етапі є доведення слідчому судді, суду умов і підстав для обрання конкретного запобіжного заходу, аби переконати їх у тому, що рішення про обрання одного з видів запобіжних заходів, який обмежує права і свободи підозрюваного, обвинуваченого, відповідає характеру певного суспільного інтересу (визначеним у КПК України конкретним підставам і меті), що, незважаючи на презумпцію невинуватості, превалює над принципом поваги до прав і свобод особи.

Нагляд за додержанням встановлених законом порядку й умов реалізації запобіжного заходу прокурор здійснює на *етапі виконання* запобіжного заходу.

Особливості наглядової діяльності прокурора, передусім, залежать від суті конкретного запобіжного заходу.

### **Затримання особи як тимчасовий запобіжний захід**

Конституція України в ст. 29 гарантує право кожної людини на свободу й особисту недоторканність і передбачає, що затримана особа негайно звільняється, якщо протягом 72 годин із моменту затримання їй не вручено вмотивованого рішення суду про тримання під вартою.



Визначення на конституційному рівні строку затримання в годинах передбачає необхідність встановлення в галузевому законодавстві початкового моменту, з якого має розпочинатися відлік 72 годин затримання. Таким, відповідно до ст. 209 КПК України, є момент, коли особа силою або через підкорення наказу змушена залишатися поряд з уповноваженою службовою особою чи в приміщенні, визначеному уповноваженою службовою особою. Саме цей момент має бути чітко зафіксовано в протоколі затримання і з нього, з урахуванням правил ст. 115 КПК України, треба розпочинати відлік 72-годинного строку затримання.

КПК передбачає такі види затримання: 1) затримання на підставі ухвали слідчого судді, суду про дозвіл на затримання з метою приводу (у порядку ст. ст. 190, 191 КПК України); 2) законне затримання (у порядку ст. 207 КПК України); 3) затримання уповноваженою службовою особою (у порядку ст. 208 КПК України); 4) затримання з метою екстрадиції (у порядку ст. 582 КПК України). Ці види затримання відрізняються за цільовим призначенням, підставами та порядком застосування, а також суб'єктами, які уповноважені ухвалювати таке рішення.

*Затримання на підставі ухвали слідчого судді, суду про дозвіл на затримання з метою приводу* (у порядку ст. ст. 190, 191 КПК України). Метою такого затримання є забезпечення прибуття особи для розгляду клопотання про обрання запобіжного заходу, оскільки для забезпечення об'єктивності такого розгляду необхідною умовою є особиста присутність на судовому засіданні підозрюваного, обвинуваченого. Варто зауважити, що слідчий суддя, суд мають право постановити ухвалу про дозвіл на затримання з метою приводу винятково в разі, якщо: 1) ухвала про привід підозрюваного, обвинуваченого (для розгляду клопотання про обрання запобіжного заходу у вигляді застави,

домашнього арешту, тримання під вартою) не була виконана або 2) прокурор, слідчий за погодженням із прокурором звернувся із клопотанням про дозвіл на затримання з метою приводу для участі в розгляді клопотання про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою. Це клопотання може бути подане: 1) одночасно з поданням клопотання про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою або зміни іншого запобіжного заходу на тримання під вартою; 2) після подання клопотання про обрання запобіжного заходу і до прибуття підозрюваного, обвинуваченого до суду на підставі судового виклику; 3) після неприбуття підозрюваного, обвинуваченого за судовим викликом для участі в розгляді клопотання про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою і за відсутності в слідчого судді, суду на початок судового засідання відомостей про поважні причини, що перешкоджають його своєчасному прибуттю.

Порядок судового розгляду клопотання про дозвіл на затримання з метою приводу, на відміну від розгляду клопотання про обрання запобіжного заходу, має певну специфіку, а саме: такий розгляд відбувається в закритому судовому засіданні за участю прокурора; мета цього виду затримання обумовлює обов'язок прокурора довести наявність підстав для тримання під вартою підозрюваного, обвинуваченого, а також достатніх підстав вважати, що особа переховується від органів досудового розслідування або може вчинити неправомірні дії, передбачені ч. 1 ст. 177 КПК України. За результатами судового розгляду слідчий суддя, суд постановляє ухвалу про надання дозволу на затримання підозрюваного, обвинуваченого з метою приводу або відмову в цьому.

У разі затримання особи копія ухвали про надання дозволу на затримання з метою приводу вручається затриманому. У КПК

України не передбачено складання протоколу в цьому разі, однак вважаю за доцільне внести відповідні зміни та доповнення до ч. 5 ст. 191 КПК України про необхідність його складання, оскільки пріоритетного значення набуває фіксування часу затримання, що пов'язано з імперативною вимогою закону доставити в такому разі затриману особу до слідчого судді, суду не пізніше 36 годин із моменту затримання.

Необхідно звернути увагу на відмінність строків доставлення до слідчого судді, суду в разі затримання на підставі ухвали слідчого судді (36 годин із моменту затримання) і без такої ухвали (60 годин із моменту затримання). Це спричинене необхідністю мати достатньо часу в другому випадку для перевірки даних про особу та складання обґрунтованого клопотання про обрання запобіжного заходу, на відміну від затримання на підставі дозволу слідчого судді, суду, коли особа вже встановлена та наявні підстави для обрання до неї запобіжного заходу, клопотання про який вже подане до суду.

Ухвала про відмову в наданні дозволу на затримання може бути оскаржена апеляційним порядком (ч. 1 ст. 309 КПК України). Ухвала про дозвіл на затримання оскарженню не підлягає.

*Законне затримання* (у порядку ст. 207 КПК України). Метою такого затримання є попередження та припинення протиправної діяльності особи, яка затримується, запобігання ухиленню її від слідства та суду. Така мета досягається шляхом фізичного захоплення кожним (тобто будь-якою особою) правопорушника з метою позбавлення можливості подальшого вчинення протиправних дій, зокрема і спрямованих на зникнення з місця події, а також доставлення правопорушника до органу досудового розслідування [13, с. 226].

Згідно зі ст. 207 КПК України, кожен має право затримати без ухвали слідчого судді, суду будь-яку особу (за винятком судді та народного депутата України, для яких законом передбачено додаткові гарантії), за наявності підстав, коли особу застали:

- 1) під час скоєння або замаху на вчинення кримінального правопорушення;
- 2) безпосередньо після вчинення кримінального правопорушення чи під час безперервного переслідування особи, яка підозрюється в його скоєнні.

Зазначений вид затримання може застосовуватися як за вчинення кримінального проступку, так і злочину. Особа, яка здійснила затримання в порядку ст. 207 КПК України, зобов'язана негайно доставити затриманого до уповноваженої службової особи або негайно її повідомити про затримання та місцезнаходження особи, яка підозрюється у вчиненні кримінального правопорушення. Варто звернути увагу на необхідність дотримання вимоги негайного доставлення до уповноваженої службової особи (або негайного її повідомлення), що свідчить про недопустимість незаконного обмеження свободи іншої людини. Затримання особи на тривалий строк за відсутності необхідності є неправомірним і може бути підставою для притягнення особи до юридичної відповідальності за незаконне позбавлення волі.

Після доставлення затриманого до уповноваженої службової особи за наявності підстав до початку досудового розслідування слідчий, прокурор зобов'язаний внести відповідні відомості до Єдиного реєстру досудових розслідувань (далі – ЄРДР) і перевірити наявність у діях особи складу злочину, за який може бути передбачено покарання у виді позбавлення волі. Якщо ці обставини будуть встановлені, з дотриманням вимог ч. 5 ст. 208 КПК України складається протокол затримання особи за

підозрою у вчиненні злочину. За відсутності таких обставин затримана особа має бути звільнена. У разі встановлення в діях особи підстав для притягнення її до адміністративної відповідальності, застосовується порядок, передбачений Кодексом України про адміністративні правопорушення.

*Затримання уповноваженою службовою особою* (у порядку ст. 208 КПК України). Мета затримання на підставі ч. 1 ст. 208 КПК України полягає в попередженні та припиненні протиправної діяльності особи, запобіганні її ухиленню від досудового розслідування та суду.

За загальним правилом цей запобіжний захід застосовується до особи, підозрюваної у вчиненні злочину, за який може бути призначене покарання у виді позбавлення волі (ч. 1 ст. 208 КПК України). Нормативний характер цієї умови забезпечує дію принципу пропорційності втручання в права людини, що означає адекватність останнього суспільній небезпечності вчиненого кримінального правопорушення [14, с. 326].

Згідно з положеннями ст. 208 КПК України, 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 за таких обставин:

1) якщо особу застали під час вчинення злочину або замаху на його вчинення;

2) якщо безпосередньо після скоєння злочину очевидець, зокрема й 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.

Даний перелік є вичерпним.

Проте трапляються випадки, коли місцезнаходження підозрюваної особи встановлюється через певний час, а не одразу після вчинення злочину, водночас уповноважена особа не може оперативно отримати ухвали суду на її затримання. Наприклад, підозрюваний намагається залишити територію України, перебуває в аеропорту, у таких умовах потрібно негайно приймати рішення про затримання, що суперечить вимогам ст. 208 КПК України. Отже, вказане питання доцільно врегулювати шляхом виключення з п. 2 ч. 1 ст. 208 КПК України умови, за якої можна здійснити затримання «безпосередньо після вчинення злочину».

Крім того, у п. 3 ч. 1 ст. 208 КПК України вказано, що затримувати можна лише за вчинення тяжкого або особливо тяжкого *корупційного злочину*, віднесеного до підслідності Національного антикорупційного бюро України.

Однак вивченням майнових кримінальних правопорушень, рівень яких зростає, доводить, що вони становлять левову частину тяжких і особливо тяжких злочинів, скоєних на території держави.

У зв'язку із чим вважаю за необхідне внесення змін і доповнень п. 3 ч. 1 ст. 208 КПК України, а саме: що особу можна затримувати без ухвали слідчого судді, якщо під час розслідування зібрано достатньо доказів, які в сукупності з іншими доказами дають підстави вважати, що саме вона його вчинила чи причетна до його вчинення, а також є підстави вважати, що можлива втеча з метою ухилення від кримінальної

відповідальності особи, підозрюваної в скоєнні тяжкого або особливо тяжкого злочину.

Порядок затримання уповноваженою службовою особою складається з таких етапів:

1) повідомлення затриманому підстав затримання та його прав – відповідно до ч. 4 ст. 208 КПК України, уповноважена службова особа повинна негайно повідомити затриманому зрозумілою для нього мовою підстави затримання й у вчиненні якого злочину він підозрюється, а також роз'яснити права мати захисника, отримувати медичну допомогу, давати пояснення, показання або не говорити нічого щодо підозри проти нього, негайно повідомити інших осіб про його затримання і місце перебування, вимагати перевірки обґрунтованості затримання й інші процесуальні права, передбачені законом;

2) вручення затриманому пам'ятки про процесуальні права – за змістом ст. 5 Закону України від 20 грудня 1990 р. «Про міліцію», під час затримання особі надаються в друкованому вигляді роз'яснення ст. ст. 28, 29, 55, 56, 59, 62 і 63 Конституції України та прав затриманих осіб;

3) доставлення до органу досудового розслідування – за ст. 210 КПК України уповноважена службова особа зобов'язана доставити затриману особу до найближчого підрозділу органу досудового розслідування, в якому негайно реєструються дата, точний час (година і хвилини) доставлення затриманого й інші відомості, передбачені законодавством;

4) забезпечення права на участь захисника – його порядок визначається залежно від того, чи бажає затриманий самостійно запросити захисника, чи йому необхідно забезпечити його участь.

У першому випадку, відповідно до ст. 48 КПК України, слідчий, прокурор зобов'язані надати затриманій особі допомогу у

встановленні зв'язку із захисником або особами, які можуть запросити захисника, а також надати можливість використати засоби зв'язку для запрошення захисника. Водночас слідчий, прокурор, зобов'язані утримуватися від надання рекомендацій щодо залучення конкретного захисника.

У другому випадку слідчий, прокурор зобов'язані негайно повідомити центр із надання безоплатної вторинної правової допомоги про затримання особи;

5) складання протоколу про затримання особи, підозрюваної у вчиненні злочину, – згідно із ч. 5 ст. 208 КПК України, складається протокол, в якому, крім відомостей, указаних у ст. 104 КПК України, зазначаються: місце, дата і точний час (година і хвилини) затримання; підстави затримання; результати особистого обшуку (який, відповідно до ч. 3 ст. 208 КПК України, може бути здійснено уповноваженою службовою особою, слідчим, прокурором із дотриманням правил, передбачених ч. 7 ст. 223 і ст. 236 КПК України); клопотання, заяви чи скарги затриманого, якщо такі надходили; повний перелік процесуальних прав і обов'язків затриманого. У практичному аспекті важливим є фіксування в протоколі точних відомостей стосовно місця та часу затримання, що забезпечує можливість здійснення контролю за дотриманням вимог закону стосовно 72 годин затримання. Протокол про затримання підписується особою, яка його склала, і затриманим. Копія протоколу негайно під розпис вручається затриманому, а також надсилається прокурору;

б) повідомлення інших осіб про затримання – за змістом ст. 213 КПК України уповноважена службова особа, що здійснила затримання, зобов'язана надати затриманій особі можливість негайно повідомити про своє затримання та місце перебування



близьких родичів, членів сім'ї чи інших осіб за вибором цієї особи. Якщо є підстави для обґрунтованої підозри, що під час повідомлення про затримання особа може зашкодити досудовому розслідуванню, уповноважена службова особа може здійснити таке повідомлення самостійно, проте без порушення вимоги негайності;

7) не пізніше 60 годин із моменту затримання особа має бути звільнена або доставлена до суду для розгляду клопотання про обрання стосовно неї запобіжного заходу. Встановлення такого строку для доставлення затриманого до суду обумовлено тим, що слідчий суддя повинен мати достатньо часу для розгляду клопотання в судовому засіданні. У разі доставлення затриманого не пізніше 60 годин із моменту затримання в слідчого судді залишається 12 годин у межах 72-годинного строку, передбаченого ст. 29 Конституції України, що є цілком достатнім для постановлення законної та обґрунтованої ухвали.

*Затримання з метою екстрадиції* (у порядку ст. 582 КПК України). Такий вид затримання передбачено законом для забезпечення можливості видачі осіб, які вчинили кримінальні правопорушення (екстрадиції), а тому й відзначається певною специфікою, що обумовлена його метою та стосується підстав і порядку здійснення.

Мета такого затримання полягає у виконанні запиту іноземної держави про видачу особи (екстрадицію), яка перебуває на території України. Підставою для затримання з метою екстрадиції є оголошення іноземною державою в розшук особи у зв'язку зі скоєнням нею кримінального правопорушення.

Про затримання негайно інформується прокурор, у межах територіальної юрисдикції якого здійснено затримання. Отримавши таке повідомлення, прокурор перевіряє законність затримання особи та негайно інформує прокуратуру Автономної

Республіки Крим, області, міст Києва чи Севастополя, яка протягом 60 годин після затримання повідомляє відповідний центральний орган України (Генеральну прокуратуру України), який протягом трьох днів інформує компетентний орган іноземної держави. Про кожен випадок затримання громадянина іноземної держави, який вчинив злочин за межами України, повідомляється Міністерство закордонних справ України.

Якщо не встановлені обставини, за наявності яких видача (екстрадиція) не здійснюється, протягом 60 годин із моменту затримання особа доставляється до слідчого судді для розгляду клопотання про обрання стосовно неї запобіжного заходу тимчасового або екстрадиційного арешту, ініціатором якого є прокурор.

Затримання з метою екстрадиції може бути оскаржено в порядку, передбаченому законом (ч. 7 ст. 582 КПК України).

### **Висновки**

З огляду на суттєві зміни, які відбулися в кримінальному судочинстві у зв'язку з ухваленням КПК України 2012 р., істотно змінився і підвищився статус прокурора в кримінальному провадженні.

Відповідно до положень нового КПК України, прокурор, здійснюючи свої повноваження згідно з вимогами цього Кодексу, є самостійним у своїй процесуальній діяльності, втручання в яку осіб, що не мають на те законних повноважень, забороняється. Органи державної влади, органи місцевого самоврядування, підприємства, установи й організації, службові й інші фізичні особи зобов'язані виконувати законні вимоги та процесуальні рішення прокурора.

Прокурор у світлі КПК України 2012 р. наділений виключними повноваженнями владно-розпорядчого характеру щодо ухвалення основних, ключових рішень у кримінальному провадженні під час досудового розслідування. Аналізуючи конкретні повноваження прокурора, передбачені ст. 36 та деякими іншими статтями нового КПК України, варто зазначити, що прокурор, наділений повноваженнями, пов'язаними з необхідністю проведення під час досудового розслідування слідчих і процесуальних дій, що певною мірою обмежують чи втручаються в конституційні права та свободи учасників кримінального провадження, або пов'язані із застосуванням до них визначених новим КПК примусових заходів. Зокрема це стосується обрання запобіжних заходів та затримання підозрюваного. Прокурор, самотійно складаючи клопотання або вирішуючи питання про погодження чи відмову в погодженні клопотання слідчого, має з'ясувати наявність обґрунтованої підозри у вчиненні кримінального правопорушення особою, щодо якої застосовуються зазначені заходи, наявність потреби в здійсненні саме таких дій для виконання завдань кримінального провадження тощо. Під час розгляду клопотання слідчим суддею прокурор в обґрунтування своєї правової позиції має навести відповідні доводи.

Отже, прокурор здійснюючи визначені законом повноваження, самотійно та повністю несе відповідальність за правильність, законність і обґрунтованість ухвалених рішень і проведених процесуальних дій.

### **Список використаних джерел:**

1. Конституція України, ухвалена на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>.
2. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.
3. Інформаційний лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ Інформаційного листа від 5 квітня 2013 р. № 223-558/0/4-13 «Про деякі питання здійснення слідчим суддею суду першої інстанції судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб під час застосування заходів забезпечення кримінального провадження». URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0558740-13>.
4. Інформаційний лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 4 травня 2013 р. № 511-550/0/4-13 «Про деякі питання порядку застосування запобіжних заходів під час досудового розслідування та судового провадження відповідно до Кримінального процесуального кодексу України». URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v0511740-13>.
5. Про організацію діяльності прокурорів у кримінальному провадженні: Наказ Генеральної прокуратури України від 19 грудня 2012 р. № 4 гн. URL: [http://www.gp.gov.ua/ua/gl.html?\\_m=publications&\\_t=rec&id=94102](http://www.gp.gov.ua/ua/gl.html?_m=publications&_t=rec&id=94102).
6. Вакулік О.А., Азаров Ю.І. Початок досудового розслідування у кримінальному провадженні: навч. посібник. К.: Центр учбової літератури, 2015. 184 с.

7. Геселев О.В. Процесуальний статус та повноваження прокурора за новим Кримінальним процесуальним кодексом України. Слово Національної школи суддів України. 2012. № 1. С. 78-92

8. Осадча О.С., Юхно О.О. Повноваження прокурора при застосуванні запобіжних заходів: монографія / за заг. ред. О.О. Юхна. Харків, 2016. 224 с.

9. Кримінальний процес: підручник / за заг. ред. В.В. Коваленка, Л.Д. Удалової, Д.П. Письменного. К.: Центр учбової літератури, 2013. 554 с.

10. Марчук Н.В. Основні напрями участі прокурора в кримінальному провадженні на досудових стадіях. Вісник Національної академії прокуратури України. 2011. № 4. С. 57-62.

11. Лапкін А.В. Забезпечення прокурором законності застосування запобіжних заходів у кримінальному провадженні. Вісник Національної академії прокуратури України. 2014. № 1 (34). С. 58-63.

12. Гультай П.М. Роль прокурора в механізмі застосування запобіжних заходів у досудовому кримінальному провадженні. Часопис Київського університету права. 2012. № 3. С. 338–342.

13. Макаренко Є.І. Затримання підозрюваного у вчиненні злочину: вимоги чинного КПК України та євростандарти. Право і суспільство. 2014. № 5. С. 222-230.

14. Кримінальний процес: підручник / за ред. В.Я. Тація, Ю.М. Грошевого, О.В. Капліної, О.Г. Шило. Х.:Право, 2013. 824 с.

**Завтур В.А.,**

*аспірант кафедри кримінального процесу*

*Національного університету «Одеська юридична академія»*

**РОЗГЛЯД ТА ВИРІШЕННЯ СЛІДЧИМ СУДДЕЮ КЛОПОТАНЬ  
ПРО ЗАСТОСУВАННЯ ЗАХОДІВ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ  
КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ: СУЧАСНІ ПРОБЛЕМИ  
ФОРМУВАННЯ СУДОВО-КОНТРОЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ**

**Вступ**

Проблеми захисту прав людини в кримінальному судочинстві та механізмів їх забезпечення завжди залишалися центральними для вітчизняної кримінально-процесуальної доктрини. Чинний Кримінальний процесуальний кодекс (далі – КПК) України впровадив кардинально нові підходи до нормативного врегулювання підстав і порядку застосування примусових заходів до учасників кримінального провадження, серед яких провідне місце посідає інститут судового контролю.

Нормативне врегулювання порядку розгляду ключових питань, пов'язаних з обмеженням фундаментальних прав і свобод людини в межах змагальної процедури неупередженим суб'єктом – слідчим суддею свого часу сприймалося як найвизначніше досягнення оновленого процесуального законодавства та впевнений крок на шляху до гармонізації вітчизняного законодавства із загальноприйнятими міжнародними та європейськими стандартами. Проте поступова реалізація норм КПК України показала, що інститут судового контролю не виправдовує покладених на нього сподівань і першочерговою та системною причиною того є формалізація процесу ухвалення відповідних рішень. Дедалі частіше в доктрині лунають пропозиції на користь обмеження повноважень слідчого

судді, нарікання на громіздкість, неоперативність та недоцільність розгляду окремих клопотань у порядку судового контролю. Водночас сьогодні, на «хвилі» чергового вдосконалення КПК України зберігається тенденція до розширення повноважень слідчого судді в досудовому провадженні.

Після набрання чинності КПК України 2012 р. судова діяльність у кримінальному провадженні піддалася ґрунтовній диверсифікації, однак найбільш об'ємними в цьому контексті є повноваження слідчого судді з розгляду та вирішення клопотань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження, які спрямовані на забезпечення його дієвості та водночас супроводжуються обмеженням гарантованих Конституцією та законами України прав і свобод осіб, що беруть участь у кримінальному судочинстві.

До проблеми розгляду та вирішення слідчим суддею клопотань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження зверталися такі вчені, як: О. Н. Агакерімов, Л. М. Бабіч, Р. І. Благута, К. Д. Волков, І. В. Гловюк, К. Г. Горелкіна, Ю. М. Дьомін, Т. Г. Ільєва, М. А. Макаров, О. В. Мироненко, О. В. Сівак, С. М. Смоков, М. М. Стоянов, О. Ю. Татаров, О. І. Тищенко, Л. Д. Удалова, В. І. Фаринник, С. Л. Шаренко, О. Г. Шило. Їхні праці стали основою розуміння дефініції заходів забезпечення кримінального провадження, їхньої правової природи, системи та шляхів вдосконалення правової регламентації окремих видів цих заходів.

Однак зараз недостатньо дослідженими залишаються питання порядку розгляду слідчим суддею клопотань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження, повноважень слідчого судді під час такого розгляду,

процесуального статусу учасників розгляду відповідних клопотань, доказування необхідності застосування заходів забезпечення кримінального провадження, реалізації загальних умов судового розгляду в змагальному розгляді слідчим суддею клопотань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження. Окремі наукові розвідки в цьому напрямі здійснювалися І. В. Гловюк, Х. Р. Слюсарчук, М. М. Стояновим, С. Л. Шаренко, О. Г. Шило, а також автором цієї праці.

Вказані питання мають вагоме теоретичне та практичне значення. Для кримінально-процесуальної доктрини – це розуміння сутності судово-контрольного провадження як особливого порядку розгляду клопотань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження і його місця в системі кримінально-процесуальної діяльності, а для правозастосовної практики – створення належної нормативної основи для ухвалення законного, обґрунтованого та пропорційного рішення про застосування заходів забезпечення кримінального провадження.

### **Судово-контрольне провадження: теоретичний аспект**

Кримінально-процесуальна діяльність є різновидом правозастосовної діяльності, що ускладнена не лише нормативно окресленими завданнями, необхідністю дотримуватися балансу приватних і публічних інтересів, залученням широкого кола суб'єктів, а й неможливістю її здійснення без ухвалення проміжних рішень, що вирішуватимуть певні завдання, які виникають у межах здійснення кримінального провадження та визначають його рух.

У межах загальної теорії права визнається, що іноді правозастосовна діяльність створює складний багаторівневий



процес, на кожному рівні якого відбуваються відносно завершені правозастосовні дії [1, с. 14].

Значно розширивши межі судового контролю, КПК України надав цим теоретичним положенням принципово нового змісту, адже вирішення питань неупередженим суб'єктом, слідчим суддею закріплює новий стандарт ухвалення рішень, що передбачає судовий порядок розгляду відповідних питань із значним розширенням принципу змагальності та доведенням учасниками кримінального провадження переконливості своїх позицій.

У сучасній доктрині спостерігається тенденція до переосмислення сталих наукових уявлень щодо системи сучасного кримінального процесу.

На думку В. М. Трофименка, винятково стадійне розуміння системи кримінального провадження не відображає багатогранності кримінальної процесуальної діяльності, оскільки відбиває лише один з її аспектів – динамічну характеристику, тоді як її предметно-функціональна характеристика відображена в таких компонентах структури кримінального процесу, як кримінальні процесуальні провадження [2, с. 234].

Сам дослідник відносить до ознак кримінального процесуального провадження: комплексний відносно автономний характер – воно являє собою сукупність взаємопов'язаних процесуальних дій, спрямованих на вирішення конкретного завдання; особливий предмет провадження – такі дії здійснюються щодо процесуальних правовідносин, що відрізняються предметною характеристикою; специфіка способів здійснення процесуальної діяльності в межах провадження; наявність процесуальних актів, які притаманні конкретному провадженню, забезпечують вирішення його завдань і в яких

формалізуються отримані процесуальні результати; багатосуб'єктність провадження; полістадійність [2, с. 245-246].

О. Г. Шило, яка ввела у вітчизняний доктринальний обіг сам термін «судово-контрольне провадження», пропонує більш розгорнутий перелік іманентних ознак окремих проваджень у кримінальному судочинстві: спільне завдання; особливий порядок ініціації процесуального провадження; особливе коло суб'єктів ініціації; особливе процесуальне становище учасників; особливий предмет доказування; власна структура процесуального провадження (відкриття, судовий розгляд, порядок оскарження); специфічні правові засоби, за допомогою яких вирішується завдання; особливий порядок судового розгляду (строки, форми здійснення, закритий розгляд); особливий порядок оформлення матеріалів за результатами розгляду провадження; специфічні рішення суду за наслідками розгляду; особливий порядок апеляційного оскарження рішень суду; особливий порядок провадження в суді апеляційної інстанції [3, с. 246-248].

Наведений перелік ознак є максимально повним і вичерпним, але очевидно, що не всім окремим провадженням, що відбуваються під час кримінального провадження, притаманний повний їх спектр.

Аби зрозуміти ключові характерні риси судово-контрольних проваджень, варто насамперед окреслити їх коло, що по-різному визначається в доктрині та законодавстві.

Так, на думку І. В. Гловюк, з усієї діяльності слідчого судді контролем (з певними зауваженнями) можна назвати лише розгляд скарг на дії, бездіяльність, рішення слідчого, прокурора та перевірку підстав для проникнення до житла чи іншого володіння особи без ухвали слідчого судді (ч. 3 ст. 233); перевірку

підстав для проведення негласної слідчої (розшукової) дії у виняткових невідкладних випадках (ч. ч. 2, 3 ст. 250), оскільки ані дозвільна функція, ані забезпечення законності й обґрунтованості застосування заходів кримінально-процесуального примусу не мають ознак контролю в його загально-правовому розумінні [4, с. 70].

Оскільки КПК України визначає лише одну функцію слідчого судді – судовий контроль за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні, на що прямо вказано в п. 18 ч. 1 ст. 3 КПК України, вважаємо, що судово-контрольним провадженням можна вважати будь-який комплекс процесуальних дій, пов'язаний з ініціюванням і зверненням до слідчого судді з метою розгляду та вирішення ним питань, віднесених законом до його компетенції.

І хоча судово-контрольні провадження об'єднані однією нормативно визначеною метою, їхні конкретні завдання суттєво диференціюються, залежно від напрямку діяльності та суті питання, що вирішується в його межах: забезпечення прав учасників кримінального провадження під час розгляду питань про обрання, зміну, продовження чи скасування заходів забезпечення кримінального провадження (р. 2 КПК України, ст. ст. 492, 493, 508 КПК України); відновлення прав і свобод, обмежених внаслідок незаконних рішень, дій чи бездіяльності слідчого або прокурора (ст. 303 КПК України); забезпечення прав осіб, щодо яких провадяться слідчі (розшукові) та негласні (слідчі) розшукові дії (ст. 234, ч. 2 ст. 237, ч. 5 ст. 240, ч. 3 ст. 246 КПК України); забезпечення доказів (ст. ст. 225, 244, ч. 1 ст. 257 КПК України); забезпечення прав та свобод осіб у межах міжнародного співробітництва (ст. ст. 583-585, ч. 2 ст. 588, ч. 1 ст. 591 КПК України); забезпечення інших прав і свобод учасників кримінального

провадження (встановлення розумних строків (ч. 6 ст. 28 КПК України), надання дозволу на проведення спеціального досудового розслідування (ст. 297-3 КПК України), залучення захисника, законного представника слідчим суддею (ч. 3 ст. 44, ч. 2 ст. 48, ч. 2 ст. 49, ч. 1 ст. 53 КПК України), реалізація загальних обов'язків щодо захисту прав людини (ст. 206 КПК України) тощо).

Суттєва диверсифікація питань, розгляд і вирішення яких у досудовому провадженні належить до компетенції слідчого судді, значно ускладнює пошуки єдиної кримінально-процесуальної форми такого розгляду.

Незважаючи на те, що окремі норми КПК України містять нормативні приписи щодо порядку розгляду відповідних клопотань, обставин, що мають бути встановлені за його результатом, вимог до змісту судового рішення, все одно виникає питання стосовно загальної моделі судової процедури в межах судово-контрольних проваджень, або, якщо розглядати цей аспект вужче, чи має судова процедура розгляду клопотань у порядку судового контролю відповідати загальній процедурі судового розгляду кримінального провадження по суті?

На думку А. К. Утарбаєва, судова процедура є тим, що споріднює судовий контроль і судовий розгляд по суті, і, незважаючи на те, що в судовому контролі не вирішується питання про винуватість особи, процедура ухвалення рішення є саме судовою і має бути побудована за зразком судового розгляду [5, с. 156-157].

Безумовно, розгляд слідчим суддею клопотань за процедурою, встановленою ст. ст. 318-380 КПК України, може сприяти максимально повній реалізації засад кримінального провадження та всебічному дослідженню його обставин, але водночас значно ускладнює процес ухвалення відповідних рішень.

Незважаючи на дещо усічений характер, судовий контроль є напрямом діяльності суду в кримінальному провадженні. КПК України не встановлює інших правил провадження в суді, аніж процедура судового розгляду, визначена гл. 28 КПК України. Тому можна стверджувати, що судово-контрольне провадження має відповідати процедурі судового розгляду за загальною структурою та послідовністю процесуальних дій. Усі судово-слідчі дії мають бути проведені максимально повно, наскільки це можливо з погляду доцільності для вирішення питання, винесеного на розгляд слідчого судді.

У будь-якому разі, у кожному судово-контрольному провадженні, незалежно від питань, що в ньому розглядаються, мають бути дотримані мінімальні стандарти прав, визначених ст. 6 Конвенції про захист прав та основоположних свобод, зокрема: право на справедливий і публічний розгляд незалежним і безстороннім судом, встановленим законом; право на розгляд відповідних питань протягом розумного строку; право бути проінформованим про характер і причини висунутого проти особи обвинувачення (підозри); право мати достатньо часу та можливостей для підготовки захисту; право захищати себе особисто або користуватися юридичною допомогою захисника; право одержувати допомогу перекладача.

Наріжною для формування сучасних судово-контрольних проваджень є проблема доведення учасниками своїх позицій під час розгляду питань слідчим суддею, що відбувається за допомогою кримінально-процесуального доказування. КПК України заклав доволі потужний фундамент для розповсюдження процесу доказування на правові процедури, пов'язані з ухваленням проміжних рішень, про що свідчать нормативні підходи до визначення доказів, їхніх властивостей, а також

положення окремих норм кримінально-процесуального закону, які регулюють порядок розгляду та вирішення слідчим суддею тих чи інших клопотань.

Особливостями, у контексті, що розглядається, відзначається, передусім, коло фактичних обставин, що підлягають встановленню під час розгляду слідчим суддею. У літературі воно поіменоване як «локальний предмет доказування», з огляду на його процесуальне значення [6, с. 225]. Його правильне визначення і закріплення в законі, з одного боку, забезпечує всебічний розгляд клопотань слідчим суддею й ухвалення оптимального рішення за його результатами, а з іншого, як слушно зазначає Ю. П. Аленін, сприяє «запобіганню розширенню обставин, які намагаються дослідити під час розгляду клопотань слідчим суддею та спроб перетворення судового засідання щодо цього на повноцінне судове слідство» [7, с. 26].

Порівнюючи положення КПК України, що регламентують процес розгляду та вирішення слідчим суддею окремих клопотань у досудовому провадженні, можна констатувати певну диспропорцію в характері визначення обставин, що становлять локальний предмет доказування під час розгляду тих чи інших питань: закон може не містити такого переліку (під час розгляду клопотань про встановлення розумних строків, розгляду та вирішення скарг у досудовому провадженні), містити єдиний перелік (надання дозволу на проведення обшуку, надання дозволу на проведення негласних (слідчих) розшукових дій), містити багаторівневий перелік обставин, що підлягають встановленню (під час розгляду питань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження – загальний локальний предмет доказування (ч. 3 ст. 132 КПК України) і спеціальний, для окремих видів заходів забезпечення).

Нормативна вимога подання доказів на підтвердження своїх вимог під час розгляду та вирішення слідчим суддею клопотань у досудовому провадженні (ч. 5 ст. 132 КПК України) актуалізує питання прийнятності загальних критеріїв їхньої належності та допустимості в контексті судово-контрольного провадження.

Відповідно до положень ст. 85 КПК України, належними є докази, які прямо чи непрямо підтверджують наявність чи відсутність обставин, що підлягають доказуванню в кримінальному провадженні, та інших обставин, які мають значення для кримінального провадження. Вказане дозволяє дійти висновку про прийнятність загальної концепції належності доказів щодо локального предмета доказування. Отже, можна зробити висновок, що належними в контексті судово-контрольного провадження є докази, що прямо чи непрямо підтверджують або спростовують наявність обставин, які становлять предмет доказування під час розгляду та вирішенню відповідного питання слідчим суддею.

На підставі системного аналізу норм КПК України можна впевнено стверджувати, що докази, якими підтверджується наявність чи відсутність певних обставин у судово-контрольних провадженнях, мають бути допустимими. Відповідно до ч. 2 ст. 86 КПК України, недопустимий доказ не може бути використаний для ухвалення процесуальних рішень (до яких, відповідно до ч. 1 ст. 110 КПК України, закон відносить і всі рішення слідчого судді), водночас положення ч. 4 ст. 87 КПК України вказує на необхідність визнання доказів недопустимими під час будь-якого судового розгляду. У попередніх дослідженнях ми звертали увагу на те, що кримінальний процесуальний закон не встановлює порядок визнання слідчим суддею доказів недопустимими та не наділяє його достатніми повноваженнями щодо перевірки

допустимості доказів, і пропонували шляхи вирішення цих проблем [8].

Сьогодні слідчі судді в мотивувальних частинах ухвал, постановлених в порядку судового контролю, доволі часто зазначають, що суд не вправі оцінювати докази на цій стадії. Така позиція частково може бути пояснена усталеною практикою, яка склалася в період чинності КПК 1960 р. Зокрема, у п. 10 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами запобіжного заходу у вигляді взяття під варту та продовження строків тримання під вартою на стадіях дізнання та досудового слідства» від 25 квітня 2003 р. зазначалося, що під час розгляду подання про взяття під варту суддя не вправі досліджувати докази та давати їхню оцінку [9]. Однак такі вимоги суперечать окресленим вище нормативним засадам чинного КПК України.

Зазначене свідчить про те, що проблеми формування судово-контрольного провадження на сучасному етапі полягають не лише в належній якості кримінального процесуального закону, але й у правозастосовній площині.

### **Порядок розгляду слідчим суддею клопотань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження**

У КПК України не встановлено єдиного порядку розгляду слідчим суддею клопотань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження, що пояснюється диференційованою метою та сутністю заходів. Проте системний аналіз положень р. 2 КПК України дозволяє зазначити три загальні передумови відкриття судово-контрольного провадження у зв'язку з поданням клопотання про застосування



заходів забезпечення: 1) наявність розпочатого кримінального провадження, відомості про яке внесені до Єдиного реєстру досудових розслідувань; 2) кримінально-процесуальну компетенцію суб'єкта, що звертається з відповідним клопотанням; 3) відповідність клопотання про застосування заходу забезпечення кримінального провадження встановленим законом вимогам.

З положень ч. 3 ст. 132 КПК України, якими встановлено перелік обставин, що мають довести слідчий і прокурор під час розгляду питання про застосування заходів забезпечення, можна зробити висновок, що саме вони є суб'єктами, що уповноважені ініціювати його розгляд у судово-контрольному провадженні шляхом подання відповідного клопотання. Але в окремих положеннях р. р. 2 та 6 КПК України суб'єктами ініціювання розгляду питання про застосування окремих заходів забезпечення можуть бути слідчий, прокурор, слідчий за погодженням із прокурором, сторона захисту, цивільний позивач, а також слідчий суддя із власної ініціативи. Загалом, чинне нормативне врегулювання даного аспекту цілком відповідає критеріям доцільності, оперативності та в його основі закладена ідея реалізації процесуального інтересу.

Єдиний дискусійний момент, на який ми звертали увагу в наших попередніх дослідженнях, пов'язаний із ненаданням слідчому права подавати слідчому судді клопотання про передання неповнолітнього підозрюваного під нагляд, адже в ч. 6 ст. 493 КПК України суб'єктом, уповноваженим на звернення з відповідним клопотанням, названий лише прокурор. Дане правоположення викликає сумнів не тільки з погляду доцільності, але й є доволі непослідовним кроком у системному контексті, адже, відповідно до ст. 484 КПК України, кримінальне

провадження щодо неповнолітніх здійснюється слідчим, який спеціально уповноважений керівником органу досудового розслідування на здійснення досудового розслідування щодо неповнолітніх, а отже, позбавлення його права на звернення, за погодженням із прокурором, до слідчого судді із клопотанням про застосування заходу забезпечення особливого типу звужує його процесуальний статус, визначений ст. 40 КПК України і потребує усунення шляхом внесення відповідного доповнення до ч. 6 ст. 493 КПК України [10, с. 143].

Відповідно до ст. 185 КПК України, слідчий, прокурор мають право на відкликання, зміну та доповнення клопотання про застосування запобіжного заходу. Водночас таке право передбачено лише в контексті запобіжних заходів. У положеннях КПК України, що регулюють порядок застосування інших заходів забезпечення кримінального провадження, дані права законом не закріплені, хоча на практиці реалізуються.

Що стосується відкликання клопотання про застосування запобіжних заходів, то варто звернути увагу на декілька аспектів. По-перше, закон не визначає форму відповідного волевиявлення прокурора (заява або клопотання); по-друге, недостатньо зрозуміло, чи має воно бути письмовим, чи можна обмежитися усною заявою в судовому засіданні. На нашу думку, у даному разі прокурор має подати письмове клопотання, в якому мають бути викладені обставини, що виключають обґрунтовану підозру у вчиненні кримінального правопорушення. Після цього слідчий суддя має ухвалити рішення про повернення клопотання про застосування запобіжного заходу слідчому або прокурору, незалежно від того, на якій стадії розгляду воно перебувало, і без судової перевірки обставин, викладених у клопотанні про його

повернення, адже ч. 1 ст. 185 КПК України не вказує на будь-яку активність слідчого судді в цьому аспекті.

Відповідно до ч. 2 ст. 185 КПК України, якщо після подання клопотання про застосування запобіжного заходу слідчому, прокурору стали відомі інші обставини, що можуть вплинути на вирішення судом питання про застосування запобіжного заходу, він зобов'язаний доповнити або змінити клопотання, або замінити його новим клопотанням.

Аналіз відповідного правоположення дозволяє виокремити низку положень, що можуть бути проблемними в контексті їх практичного застосування, зокрема: законом недостатньо чітко визначені часові межі реалізації даних прав; не зрозуміло, яке процесуальне рішення має ухвалити слідчий суддя щодо первісного клопотання в разі отримання заміненого чи доповненого клопотання; чи має бути розпочатий судовий розгляд клопотання про застосування запобіжного заходу спочатку, у разі внесення доповненого або зміненого клопотання.

Початковим моментом, з якого слідчий або прокурор набувають права доповнити чи замінити первісне клопотання, є його подання слідчому судді. До якого моменту вони можуть його реалізувати, закон не встановлює. Виходячи з логіки кримінально-процесуальної діяльності, можна припустити, що цим кінцевим моментом є вихід слідчого судді до нарадчої кімнати.

Варто зауважити, що можливість доповнення чи зміни клопотання про застосування запобіжного заходу пов'язана з однією умовою – виникненням обставин, що зумовили необхідність вчинення цих процесуальних дій *після* подання первісного клопотання. Так, в ухвалі слідчого судді Суворовського районного суду м. Одеси, якою було відмовлено в

задоволенні клопотання прокурора про зміну раніше поданого клопотання про продовження строку тримання під вартою, було звернено увагу на те, що обставини, які зумовили його заміну, існували на момент подання [11]. Водночас судове рішення містить доволі спірний висновок про те, що ст. 185 КПК України пов'язує зміну клопотання про застосування запобіжного заходу з наявністю обставин, «що можуть вплинути на вирішення судом питання про застосування запобіжного заходу по суті (тобто за виглядом і тривалістю такого заходу, процесуальних обов'язків підозрюваного чи обвинуваченого), а не являють собою зміну текстового змісту мотивувальної частини самого клопотання чи його обґрунтування, із залишенням прохальної частини клопотання в раніше запропонованому вигляді» [11]. Зміна фактичних обставин, що відбулася після подання первісного клопотання, може мати значення в контексті його вирішення по суті, і в цьому разі його слід доповнити в порядку ст. 185 КПК України, чинна редакція якої вказує на цей випадок.

Отже, під час розгляду питання про зміну чи доповнення клопотання прокурор має довести, що обставини, які зумовили вчинення цих процесуальних дій, стали відомі після подання первісного клопотання.

Виходячи із загальних засад змагального кримінального судочинства, слідчий суддя має відмовити в задоволенні таких клопотань, якщо прокурором не буде доведено ці обставини, проте практичної потреби в цьому немає, адже в даному разі прокурор може відкликати первісне клопотання про застосування запобіжного заходу, а потім подати повторно з урахуванням висунутих змін і доповнень.

Водночас ми вважаємо, що рішення слідчого судді про зміну або доповнення клопотання про застосування запобіжного заходу

повинно мати належне процесуальне оформлення, тому вважаємо за доцільне доповнити ст. 185 ч. 3 такого змісту: «Про доповнення, зміну клопотання прокурора, слідчого, погодженого із прокурором про застосування запобіжного заходу слідчий суддя постановляє ухвалу».

Ще одним питанням, яке не врегульоване в положеннях ст. 185 КПК України, є необхідність розпочинати розгляд клопотання спочатку, якщо питання про зміну до доповнення було порушено після початку його розгляду. На нашу думку, це питання має вирішуватися з урахуванням позицій учасників розгляду відповідного клопотання. Варто доповнити ст. 185 КПК України ч. 4 такого змісту: «Після доповнення або зміни клопотання про застосування запобіжного заходу його розгляд слідчим суддею, судом продовжується, крім випадків, коли прокурор, підозрюваний, обвинувачений, його захисник подають клопотання про його розгляд спочатку».

Ані в р. 2 КПК України, ані в листі Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про деякі питання здійснення слідчим суддею суду першої інстанції судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб під час застосування заходів забезпечення кримінального провадження» не міститься вказівки на те, що розгляд слідчим суддею клопотання про застосування заходів забезпечення здійснюється за загальними правилами судового розгляду. Наприклад, у ч. 1 ст. 306 КПК України, яка встановлює порядок розгляду скарг на рішення, дії чи бездіяльність слідчого, прокурора під час досудового розслідування, зазначено, що розгляд відповідних скарг слідчим суддею відбувається згідно із правилами судового розгляду, передбаченими ст. ст. 318-380 КПК України.

Як вже було визначено нами вище, системний аналіз положень КПК України дозволяє дійти висновку, що правила судового розгляду поширюються на всі питання, розгляд і вирішення яких відбувається в судовому порядку, і клопотання про застосування заходів забезпечення кримінального провадження в цьому ключі не є винятком. Натомість положення ст. ст. 142, 146, 151, 156, 163, 172, 193 КПК України встановлюють особливості розгляду клопотань про застосування того чи іншого заходу забезпечення, що зумовлені його сутністю.

Сама процедура судового розгляду клопотання про застосування заходу забезпечення кримінального провадження складається з тих самих частин, що і судовий розгляд кримінального провадження судом, зокрема, підготовчої частини судового засідання, дослідження доказів, судових дебатів, постановлення і проголошення судового рішення.

Враховуючи це, цілком справедливо буде стверджувати, що слідчий суддя під час розгляду відповідних клопотань виконує обов'язки головуєчого, визначені ст. 321 КПК України, зокрема, щодо спрямування судового розгляду на забезпечення з'ясування всіх обставин кримінального провадження, усуваючи з нього все, що не має значення для кримінального провадження.

За аналогією із гл. 28 КПК України, підготовча частина судового засідання з розгляду клопотання про застосування заходу забезпечення кримінального провадження має містити такі процесуальні дії, як відкриття судового засідання, перевірка явки учасників розгляду клопотання, повідомлення про умови фіксування судового розгляду клопотання технічними засобами, оголошення складу суду та роз'яснення права відводу, а також з'ясування можливості розпочати судовий розгляд клопотання в разі неявки учасників, що беруть в ньому участь. Що стосується

останнього, то варто зазначити, що коло осіб, які беруть участь у розгляді клопотань про застосування того чи іншого заходу забезпечення, а також наслідки їх неявки визначені р. 2 КПК України.

Більш детального розгляду потребують й умови фіксування розгляду слідчим суддею відповідних клопотань. Ч. 4 ст. 107 КПК України з урахуванням змін, що передбачені Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо забезпечення дотримання прав учасників кримінального провадження та інших осіб правоохоронними органами під час здійснення досудового розслідування», передбачає обов'язкове фіксування за допомогою технічних засобів кримінального провадження під час розгляду питань слідчим суддею, крім вирішення питання про проведення негласних слідчих (розшукових) дій. Друге речення п. 1 ч. 4 ст. 107 КПК України містить положення, відповідно до якого фіксування технічними засобами не здійснюється в разі неприбуття в судове засідання всіх осіб, які беруть участь у судовому провадженні, чи в разі, якщо, відповідно до положень КПК України, судове провадження здійснюється судом за відсутності осіб. По-перше, не зрозуміло, чи розраховане застосування даної норми на розгляд клопотань слідчим суддею, адже в ній вказується лише на її поширення на судове провадження, що здійснюється судом; по-друге, здається неправильним визначення умовою нездійснення фіксування технічними засобами вказаного неприбуття учасників саме судового провадження, адже їх коло, визначене ст. 3 КПК України, не збігається з колом учасників розгляду клопотань слідчим суддею. Зокрема, наприклад, потерпілий, який визначений законом учасником судового провадження, не бере участі в розгляді клопотань про застосування запобіжних заходів.

Натомість у п. 9 інформаційного листа Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про деякі питання здійснення слідчим суддею суду першої інстанції судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб під час застосування заходів забезпечення кримінального провадження» вказується, що повне фіксування судового розгляду клопотання щодо застосування запобіжного заходу (за допомогою звукозаписувального технічного засобу) здійснюється в разі наявності клопотання однієї зі сторін про таке фіксування. За його відсутності фіксування судового розгляду за допомогою технічних засобів не здійснюється, що не позбавляє секретаря судового засідання обов'язку вести журнал судового засідання.

На нашу думку, фіксування судового засідання щодо розгляду клопотання про застосування заходу забезпечення кримінального провадження за допомогою технічного засобу є позитивним кроком на шляху вдосконалення нормативної регламентації відповідного судово-контрольного провадження, зокрема, може бути розглянуте як додаткова гарантія забезпечення прав осіб, що за законом не беруть у ньому участь, а саме: потерпілого, поручителя, заставодавців тощо.

Враховуючи це, вважаємо, що друге речення п. 1 ч. 4 ст. 107 КПК України має бути викладеним у такій редакції: «У разі неприбуття в судові засідання всіх осіб, які беруть участь у судовому провадженні, чи розгляді питання слідчим суддею, а також у разі, якщо, відповідно до положень цього Кодексу, судові засідання здійснюється слідчим суддею, судом за відсутності осіб, фіксування за допомогою технічних засобів кримінального провадження в суді не здійснюється, що не позбавляє секретаря судового засідання обов'язку вести журнал судового засідання».



Після закінчення підготовчої частини судового засідання й оголошення про початок судового розгляду слідчий суддя має встановити особу підозрюваного й інші персонографічні дані, визначені ч. 1 ст. 348 КПК України, а також роз'яснити суть клопотання, яке розглядається, запитати підозрюваного, чи воно йому зрозуміле. Безумовно, з огляду на положення ст. 17 КПК України, слідчий суддя не може запитувати підозрюваного, чи визнає він себе винним, а будь-які твердження чи заяви підозрюваного, обвинуваченого, зроблені під час розгляду клопотання про застосування запобіжного заходу, не можуть бути використані на доведення його винуватості в кримінальному правопорушенні (ч. 5 ст. 193 КПК України).

Після цього слідчий суддя має з'ясувати думку учасників розгляду клопотання про застосування заходів забезпечення кримінального провадження про те, які докази потрібно дослідити, та про порядок їх дослідження. З положень р. 2 КПК України важко зробити висновок про те, чи має слідчий суддя постановляти окрему ухвалу про обсяг доказів та порядок їх дослідження. На нашу думку, враховуючи, що судово-контрольне провадження в будь-якому разі має спрощений характер і менший обсяг фактичних даних, що підлягають дослідженню, порівняно із судовим розглядом, постановлення окремої ухвали є недоцільним, вважаємо, що відповідне рішення слідчого судді має бути відображене в журналі судового засідання. Чинне формулювання п. 5 ч. 1 ст. 108 КПК України, відповідно до якого до журналу судового засідання вносяться ухвали, постановлені судом (слідчим суддею) без виходу до нарадчої кімнати, є цілком прийнятним для оформлення відповідного процесуального рішення.

Процесуальний порядок проведення судово-слідчих дій необхідний для встановлення всіх обставин, що мають значення

для ухвалення законного, вмотивованого й обґрунтованого рішення про застосування заходів забезпечення кримінального провадження, а також судових дебатів. За аналогією зі ст. 365 КПК України, після судових дебатів підозрюваному треба надати слово. Постановлення та проголошення слідчим суддею рішення не відрізняється від загального порядку, встановленого ст. ст. 375-376 КПК України.

### **Висновки**

Вищезазначене дозволяє зробити певні висновки та сформулювати пропозиції щодо вдосконалення кримінального процесуального законодавства.

1. Судово-контрольне провадження – це комплекс процесуальних дій, пов'язаний з ініціюванням і зверненням до слідчого судді з метою розгляду та вирішення ним питань, віднесених законом до його компетенції.

2. Проблема уніфікації процесуальної форми розгляду клопотань в порядку судового контролю пов'язана із суттєвою диференціацією його напрямів і завдань, що належить вирішити під час розгляду слідчим суддею певного питання. Загальний порядок розгляду клопотань в порядку судового контролю має відповідати моделі судового розгляду кримінального провадження за своєю структурою та послідовністю вчинення процесуальних дій.

3. Встановлення обставин, що мають значення для повного та всебічного розгляду питання в межах судово-контрольного провадження, відбувається за допомогою кримінально-процесуального доказування. Визначені гл. 4 КПК України загальні критерії належності та допустимості доказів

поширюються й на процес доказування, що відбувається під час розгляду та вирішенні клопотань порядком судового контролю.

4. Процесуальний порядок доповнення або зміни прокурором клопотання про застосування заходів забезпечення кримінального провадження потребує уточнення в контексті часових меж реалізації цього права, повноважень слідчого судді за результатами розгляду клопотань про доповнення або зміну клопотання, можливості розпочати судовий розгляд клопотання спочатку. Для цього варто доповнити ст. 185 КПК України ч. 3 та ч. 4 такого змісту:

«3. Про доповнення, зміну клопотання прокурора, слідчого, погодженого із прокурором про застосування запобіжного заходу слідчий суддя постановляє ухвалу.

4. Після доповнення або зміни клопотання про застосування запобіжного заходу його розгляд слідчим суддею, судом продовжується, крім випадків, коли прокурор, підозрюваний, обвинувачений, його захисник подають клопотання про його розгляд спочатку».

5. Процедура судового розгляду клопотання про застосування заходу забезпечення кримінального провадження складається з тих же частин (або аналогічних), що і судовий розгляд кримінального провадження судом, а саме: підготовчої частини судового засідання, дослідження доказів, судових дебатів, надання слова підозрюваному, постановлення і проголошення судового рішення.

#### **Список використаних джерел:**

1. Гнатюк М.Д. Правозастосування та його місце в процесі реалізації права: автореф. дис.... канд. юрид. наук; Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького. К., 2007. 19 с.

2. Трофименко В.М. Теоретичні та правові основи диференціації кримінального процесу України: дис.... д. юрид. наук: 12.00.09; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2017. 437 с.

3. Шило О.Г. Теоретико-прикладні основи реалізації конституційного права людини і громадянина на судовий захист у досудовому провадженні в кримінальному процесі України: монографія. Х.: Право, 2011. 472 с.

4. Гловюк І.В. До питання про функціональну спрямованість діяльності слідчого судді. Впровадження нового Кримінального процесуального кодексу України в правоохоронну діяльність та навчальний процес: досвід та шляхи удосконалення: матеріали наук.-практ. конф., м. Харків, 5 квітня 2013 р.; Харк. нац. ун-т внутр. справ. Х.: ХНУВС, 2013. С. 68-71.

5. Утарбаев А.К. Проблемы правового регулирования и доказывания оснований ограничения конституционных прав личности в уголовном процессе РФ: дисс.... канд. юрид. наук: 12.00.09. Самара, 2009. 231 с.

6. Аленін Ю.П., Лукашкіна Т.В. Локальний предмет доказування в кримінальному процесі. Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. 2009. № 4. С. 222-228.

7. Аленін Ю.П. Напрями удосконалення законодавства з метою підвищення ефективності діяльності органів досудового розслідування. Актуальні проблеми удосконалення кримінального процесуального законодавства: матер. Всеукр. наук.-практ. конферен., присвяч. 70-річчю д. ю. н., професора Ю.П. Аленіна, 21 квітня 2017 р., м. Одеса / за ред. Г.О. Ульянової, І.В. Гловюк; відп. за вип. І.В. Гловюк; уклад. В.А. Завтур; Нац. ун-т «Одес. юрид. акад.». Одеса: Юрид. л-ра, 2017. С. 22-26.

8. Завтур В.А. Допустимість доказів під час розгляду та вирішення слідчим суддею клопотань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право». 2016. № 41. Т. 2. С. 148-151.

9. Про практику застосування судами запобіжного заходу у вигляді взяття під варту та продовження строків тримання під вартою на стадіях дізнання та досудового слідства: постанова Пленуму Верховного Суду України від 25 квітня 2003 р. № 4. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0004700-03>.

10. Завтур В.А. Прокурор як суб'єкт доказування при застосуванні заходів забезпечення кримінального провадження. Вісник кримінального судочинства. 2016. № 3. С. 140-146.

11. Ухвала слідчого судді Суворовського районного суду м. Одеси від 8 грудня 2017 р. Справа № 523/16909/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/70872284>.

***Зіньковський І.П.,***

*аспірант кафедри кримінального процесу*

*Національного університету «Одеська юридична академія»*

**ПОВНОВАЖЕННЯ СЛІДЧОГО ПІД ЧАС ОБРАННЯ,  
ЗМІНИ ТА СКАСУВАННЯ ЗАХОДІВ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ  
КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ**

**Вступ**

Обрання, продовження строків, зміна, скасування, застосування заходів забезпечення кримінального провадження в досудовому розслідуванні є складною системою процесуальних дій слідчого, прокурора, слідчого судді, сторони захисту й інших

учасників кримінального провадження. Попри те, що слідчий несе відповідальність за законність і своєчасність здійснення процесуальних дій, для чого застосування заходів забезпечення кримінального провадження є абсолютно необхідним, його повноваження в контексті обрання, зміни, скасування заходів забезпечення кримінального провадження є обмеженими, оскільки більшість таких заходів застосовуються в досудовому розслідуванні за ухвалою слідчого судді. Однак слідчий все ж таки має повноваження щодо самостійного застосування деяких заходів забезпечення кримінального провадження, ініціювання обрання, зміни, скасування заходів забезпечення кримінального провадження перед прокурором, слідчим суддею, участі в розгляді деяких клопотань щодо застосування заходів забезпечення кримінального провадження слідчим суддею, виконання ухвали щодо застосування заходів забезпечення кримінального провадження.

Проблематика повноважень слідчого під час обрання, зміни та скасування заходів забезпечення кримінального провадження розглядалася в кримінально-процесуальній доктрині, але наявні дослідження за Кримінальним процесуальним кодексом 2012 р. (далі – КПК) не мають системного та комплексного характеру. Зокрема, відповідні питання досліджувалися, по-перше, лише щодо окремих заходів забезпечення кримінального провадження в контексті загальної характеристики процедури їх обрання, зміни, скасування (О. Н. Агакерімов, Л. М. Бабіч, К. В. Білецька, О. В. Білоус, О. М. Бондаренко, К. Д. Волков, І. А. Воробйова, І. В. Гловюк, М. І. Дерев'янка, І. Л. Дідюк, В. А. Завтур, А. В. Захарко, Т. Г. Ільєва, О. М. Коріняк, Г. М. Куцкір, М. В. Лепей, К. Є. Лисенкова, Ю. В. Лук'яненко, М. А. Макаров, А. М. Мельник, О. В. Мироненко, Н. С. Моргун, Ю. Д. Москалюк, А. О. Побережник, В. В. Рожнова, В. В. Романюк, Д. О. Савицький, О. В. Сівак, В. І. Сліпченко,

С. М. Смоков, М. І. Соф'їн, О. Ю. Татаров, Д. А. Чухраєв, Л. Д. Удалова, В. І. Фаринник, А. В. Чуб, О. В. Шульга та ін.), причому більшість досліджень стосуються саме запобіжних заходів; по-друге, у контексті мотивування кримінально-процесуальних рішень слідчого (О. І. Марочкін); по-третє, у контексті процесуальної самостійності слідчого (О. О. Кіпер) та правовідносин із прокурором і слідчим суддею (І. В. Гловюк, І. В. Канфуї). Отже, комплексно проблематика повноважень слідчого під час обрання, зміни та скасування заходів забезпечення кримінального провадження в доктрині на основі КПК 2012 р. ще не розглядалася. Тому метою дослідження є визначення поняття, правової природи, системи та видів повноважень слідчого під час обрання, зміни та скасування заходів забезпечення кримінального провадження; внесення науково обґрунтованих пропозицій щодо вдосконалення кримінального процесуального законодавства України в цій сфері.

### **Поняття та правова природа повноважень слідчого під час обрання, зміни та скасування заходів забезпечення кримінального провадження**

Дослідження повноважень слідчого під час обрання, зміни та скасування заходів забезпечення кримінального провадження варто розпочати з визначення їхньої правової природи в контексті категорій більш високого рівня узагальнення, а саме повноважень слідчого як елемента його кримінально-процесуальної компетенції. У фундаментальній праці з теорії компетенції вона визначається як покладений законно на уповноваженого суб'єкта обсяг публічних справ, а до компетенційних елементів віднесено нормативно встановлені цілі; предмети відання як юридично визначені певні сфери й

об'єкти впливу; владні повноваження як гарантована законом міра ухвалення рішень та вчинення дій [1, с. 55-56].

У кримінально-процесуальній доктрині сформульовані визначення кримінально-процесуальної компетенції. На думку Л. М. Лобойка, це покладений кримінально-процесуальним законом на органи дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду обсяг публічних справ у сфері вирішення кримінально-правових конфліктів, що виникають у суспільстві [2, с. 74]. Сукупність повноважень, установлених кримінальним процесуальним законом конкретно для кожного органу й посадової особи, розглядається як компетенція державних органів і посадових осіб у сфері кримінального судочинства [3, с. 28]. Як зазначає Т. О. Лоскутов, органи кримінального судочинства зобов'язані здійснювати кримінальне провадження в межах своєї кримінальної процесуальної компетенції, що охоплює чітко окреслений процесуальними нормами предмет відання – «територію реалізації повноважень» [4, с. 56]. Проте в останньому з визначень враховано лише один з елементів кримінально-процесуальної компетенції, а саме предмет відання.

У кримінально-процесуальній доктрині запропоновано декілька визначень кримінально-процесуальної компетенції саме слідчого, і вони, відповідно, ґрунтуються на більш загальних визначеннях терміна «компетенція» та термінологічного сполучення «кримінально-процесуальна компетенція». Як зазначає М. С. Городецька, кримінально-процесуальна компетенція слідчого органів внутрішніх справ (далі – ОВС) – це покладений кримінально-процесуальним законом обсяг публічних справ, змістом яких є порушення і розслідування кримінальних справ, віднесених законом до його відання, з метою підготовки їх до судового розгляду [5, с. 180]. Більш



оновлений варіант цього визначення запропонований О. О. Ли-сецьким: покладений кримінальним процесуальним законом обсяг публічних справ, змістом яких є внесення відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань і їх розслідування, що віднесені законом до його відання, з метою направлення кримінальних проваджень з обвинувальними актами до суду [6, с. 181]. Такі визначення кримінально-процесуальної компетенції слідчого програмують його діяльність саме на обов'язкове встановлення обґрунтованості підозри та формулювання обвинувачення, що на практиці не завжди можливе, а також не враховують наявність інших форм закінчення досудового розслідування. Саме тому варто звернути увагу на визначення процесуальної компетенції слідчого як обсягу його владно-розпорядчих повноважень, що виникають у межах конкретного кримінального провадження з метою швидкого, повного та неупередженого розслідування [7, с. 13], де повно визначена спрямованість компетенції, проте вона тлумачиться звужено і враховує лише один з елементів кримінально-процесуальної компетенції, а саме повноваження слідчого. Не вдаючися до аналізу елементів кримінально-процесуальної компетенції, оскільки це не є предметом цього дослідження, зазначимо, що для характеристики кримінально-процесуальної компетенції слідчого в цьому дослідженні буде використано підхід, за яким до структури кримінально-процесуальної компетенції варто відносити предмети відання як юридично визначені певні сфери й об'єкти впливу та повноваження як правообов'язок, який не можна не реалізувати в публічних інтересах [8, с. 61].

Процесуальна компетенція слідчого може виражатися водночас у трьох взаємопов'язаних формах, а саме: перша –

внутрішня: виникнення та межі процесуальної компетенції слідчого безпосередньо пов'язані з належністю його до конкретного органу досудового розслідування, виходячи з положень ст. 38 КПК України; друга – зовнішня: її межі пов'язані з наявністю обсягу загальних прав і обов'язків слідчого, регламентованих КПК України; третя – функціональна: її виникнення та межі залежать безпосередньо від конкретного кримінального провадження, розслідування якого здійснює слідчий [7, с. 8-9].

Зараз загалом безспірним на рівні кримінально-процесуальної доктрини є розуміння того, що повноваження є елементом кримінально-процесуальної компетенції [2, с. 74; 5, с. 61; 9, с. 138; 10, с. 196; 11, с. 208; 12, с. 209] та поєднанням прав і обов'язків [1, с. 56; 13; 14, с. 27-28; 15, с. 10]. Це стосується і повноважень слідчого в кримінальному провадженні [5, с. 133; 13; 14, с. 27-28; 16, с. 136].

Враховуючи базис для визначення поняття «повноваження слідчого» як поєднання прав і обов'язків, спробуємо визначити поняття «повноваження слідчого» для подальшого використання його як теоретичної основи для формулювання поняття «повноваження слідчого під час обрання, зміни та скасування заходів забезпечення кримінального провадження». Для визначення поняття «повноваження слідчого» доцільно акумулювати в ньому ключові елементи, як-от: суб'єктний (носій повноважень – слідчий), змістовний (поєднання публічно-владних прав і обов'язків), нормативний (їх регламентація кримінальним процесуальним законодавством), цільовий (спрямованість на досягнення завдань досудового розслідування); процедурний (реалізація в межах кримінально-процесуальної форми); інструментальний (процесуальні дії та

рішення як процесуальні засоби). Повноваження слідчого – це система регламентованих кримінальним процесуальним законодавством публічно-владних прав і обов'язків службових осіб органу Національної поліції, органу безпеки, органу, що здійснює контроль за додержанням податкового законодавства, органу Державного бюро розслідувань, органу Державної кримінально-виконавчої служби України, підрозділу детективів, підрозділу внутрішнього контролю Національного антикорупційного бюро України, уповноважених здійснювати досудове розслідування кримінальних правопорушень, спрямованих на досягнення завдань досудового розслідування, у порядку та з використанням засобів, передбачених КПК. Крім наведених, ознакою повноважень слідчого є обумовленість їх кримінально-процесуальною функцією (функціями) слідчого: як зазначає І.В. Гловюк, кримінально-процесуальна функція визначає права й обов'язки суб'єкта (суб'єктів) реалізації функції, які відображають зміст кримінально-процесуальної функції в аспекті спрямованості діяльності, однак не є її елементом [8, с. 48].

У наукових дослідженнях запропоновано декілька класифікацій повноважень слідчого, серед яких виділяються: повноваження із застосування заходів процесуального примусу [13]; повноваження щодо застосування заходів кримінально-процесуального примусу [14, с. 30]; щодо обрання та застосування запобіжних заходів та інших заходів процесуального примусу [17, с. 132]; повноваження щодо ухвалення рішень про застосування заходів забезпечення кримінального провадження [18, с. 540] та повноваження щодо застосування заходів забезпечення кримінального провадження [18, с. 541]; повноваження, пов'язані з рухом кримінального провадження (зокрема, звертатися за погодженням із прокурором до слідчого судді із клопотаннями про застосування заходів

забезпечення кримінального провадження; звертатися до слідчого судді із клопотанням про накладення грошового стягнення на учасників кримінального провадження) [19, с. 126]. Повноваження слідчого, пов'язані із заходами забезпечення кримінального провадження, варто виділити в окрему групу його повноважень, враховуючи їхню важливість і самостійний характер інституту заходів забезпечення кримінального провадження в кримінальному процесуальному праві. Крім того, варто чітко визначити термінологію, яка використовуватиметься надалі.

Ст. 132 КПК регламентує загальні правила застосування заходів забезпечення кримінального провадження, а в ч. 6 вказує на «клопотання слідчого, прокурора про застосування, зміну або скасування заходу забезпечення кримінального провадження»; це стосується і запобіжних заходів: вживаються визначення «застосування» (наприклад, ст. ст. 176, 177 та ін.) та «обрання» (наприклад, ст. ст. 178, 193 КПК). Водночас етимологічне значення цих слів різне: обирати означає виділити, відбирати за якою-небудь ознакою; надавати перевагу комусь, чомусь перед ким-, чим-небудь іншим [20]; застосовувати – використовувати що-небудь, запроваджувати в ужиток [21]. Ця різниця повинна бути відображена і на рівні кримінально-процесуальної термінології. Тому варто підтримати думку І. В. Гловюк, що ст. 132 КПК має бути викладена в іншій редакції та називатися «Загальні правила обрання, зміни, скасування та застосування заходів забезпечення кримінального провадження» [22, с. 179]. Для дослідження повноважень слідчого в контексті заходів забезпечення кримінального провадження доцільно розглядати їх «застосування» як реалізацію «обрання», а продовження строків – також як елемент «обрання». Отже, група повноважень слідчого як елемент загальної системи повноважень слідчого

повинна мати назву «повноваження слідчого під час обрання, зміни та скасування заходів забезпечення кримінального провадження».

**Система та види повноважень слідчого  
під час обрання, зміни та скасування заходів  
забезпечення кримінального провадження**

У ст. 40 КПК стосовно заходів забезпечення кримінального провадження прямо вказано лише, що слідчий уповноважений звертатися за погодженням із прокурором до слідчого судді із клопотаннями про застосування заходів забезпечення кримінального провадження (п. 5 ч. 2). Про інші повноваження слідчого в цій сфері не йдеться. Водночас аналіз інших норм КПК показує, що відповідних повноважень слідчого значно більше, а саме: здійснювати виклик (ст. 133 КПК); звертатися до слідчого судді із клопотанням про здійснення приводу (ч. 2 ст. 140 КПК); викладати доводи під час розгляду слідчим суддею клопотанням про здійснення приводу (ч. 1 ст. 142 КПК); звертатися до слідчого судді із клопотанням про накладення грошового стягнення на особу (ч. 1 ст. 146 КПК); брати участь у розгляді слідчим суддею клопотання про накладення грошового стягнення на особу; брати участь у розгляді слідчим суддею клопотання про скасування ухвали про накладення грошового стягнення (ч. 2 ст. 147); тимчасово вилучити документи, які посвідчують користування спеціальним правом, у законно затриманій ним особи (ч. 1 ст. 148 КПК), скласти про це протокол (ч. 2 ст. 149); передати тимчасово вилучені документи на зберігання в порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України (ч. 3 ст. 149); за погодженням із прокурором звернутися до слідчого судді із клопотанням про тимчасове обмеження в

користуванні спеціальним правом (ч. 1 ст. 150); брати участь у розгляді слідчим суддею клопотання про тимчасове обмеження в користуванні спеціальним правом (ч. 1 ст. 151); за погодженням із прокурором звернутися до слідчого судді із клопотанням про відсторонення особи від посади (ч. 1 ст. 155); брати участь у розгляді слідчим суддею клопотання про відсторонення особи від посади (ч. 1 ст. 156); за погодженням із прокурором звернутися до слідчого судді із клопотанням про тимчасовий доступ до речей і документів (ч. 1 ст. 160); брати участь у розгляді слідчим суддею клопотання про тимчасовий доступ до речей і документів (ч. 4 ст. 163 КПК); здійснити тимчасовий доступ до речей і документів на підставі ухвали слідчого судді (ч. 2 ст. 165); пред'явити особі, яка зазначена в ухвалі як володілець речей і документів, оригінал ухвали про тимчасовий доступ до речей і документів та вручити її копію (ч. 2 ст. 165); залишити володільцю речей і документів опис речей і документів, які були вилучені на виконання ухвали слідчого судді (ч. 3 ст. 165); на вимогу володільця залишити копію вилучених документів (ч. 4 ст. 165); за погодженням із прокурором звернутися до слідчого судді із клопотанням про дозвіл на проведення обшуку з метою відшукання та вилучення зазначених речей і документів у разі невиконання ухвали про тимчасовий доступ до речей і документів (ч. 1 ст. 166); проводити обшук із метою відшукання та вилучення зазначених речей і документів у разі невиконання ухвали про тимчасовий доступ до речей і документів, якщо дозвіл на проведення обшуку надано слідчим суддею за клопотанням сторони захисту (ч. 2 ст. 166); тимчасово вилучати майно (ч. 1 та 2 ст. 168), скласти про це протокол (ч. 3 ст. 168); забезпечити схоронність такого майна в порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України

(ч. 4 ст. 168); повертати тимчасово вилучене майно; за погодженням із прокурором звернутися до слідчого судді із клопотанням про арешт майна (ч. 1 ст. 171); брати участь у розгляді слідчим суддею клопотання про арешт майна (ч. 1 ст. 172 КПК); брати участь у розгляді слідчим суддею клопотання про скасування арешту майна; за погодженням із прокурором звернутися до слідчого судді із клопотанням про застосування запобіжного заходу (ч. 4 ст. 176, ч. 1 ст. 184 КПК, ч. 1 ст. 192); здійснювати контроль за виконанням зобов'язань про особисту поруку (ч. 6 ст. 180); отримати від органу Національної поліції повідомлення про постановку на облік особи, щодо якої застосовано запобіжний захід у вигляді домашнього арешту (ч. 4 ст. 181); за погодженням із прокурором звернутися до слідчого судді із клопотанням про затримання підозрюваного з метою його приводу для участі в розгляді клопотання про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою (ч. 1 ст. 188); застосувати електронні засоби контролю на підставі ухвали слідчого судді про обрання стосовно підозрюваного запобіжного заходу, не пов'язаного з позбавленням волі, якою на останнього покладено відповідний обов'язок (ч. 2 ст. 195 КПК); перед застосуванням електронного засобу контролю під розпис роз'яснити підозрюваному правила користування пристроєм, техніку безпеки поведіння з ним і наслідки його зняття або неправомірного втручання в його роботу з метою ухилення від контролю (ч. 5 ст. 195 КПК); за погодженням із прокурором звернутися до слідчого судді із клопотанням про продовження строку тримання під вартою (ч. 1 ст. 199); за погодженням із прокурором звернутися до слідчого судді із клопотанням про зміну запобіжного заходу, в тому числі про скасування, зміну або покладення додаткових

обов'язків, передбачених ч. 5 ст. 194 КПК, чи про зміну способу їх виконання (ч. 1 ст. 200 КПК); за погодженням із прокурором подати клопотання про дозвіл на затримання особи (ч. 5 ст. 200 КПК); здійснювати затримання (ст. 208 КПК); у разі наявності підстав для обґрунтованої підозри, що доставлення затриманої особи тривало довше, ніж це необхідно, зобов'язаний провести перевірку для вирішення питання про відповідальність винуватих у цьому осіб (ч. 3 ст. 210); виклик особи, яка перебуває за межами території України (ст. 566); здійснення дій із метою виявлення та арешту майна, грошей і цінностей, отриманих злочинним шляхом, а також майна, яке належить підозрюваному, обвинуваченому або засудженому особам (ст. 568).

Крім того, підтримавши висловлені в літературі позиції щодо невичерпаності обсягу заходів забезпечення кримінального провадження лише р. 2 КПК [23, с. 323; 24, с. 106], можна виділити і повноваження слідчого, не зазначені в р. р. 2 та 9 КПК, а саме: за погодженням із прокурором звернутися до слідчого судді із клопотанням про передання на піклування опікунам, близьким родичам чи членам сім'ї з обов'язковим лікарським наглядом особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного характеру (ст. 508 КПК; у літературі вже зверталася увага на те, що зазначена стаття указує лише на суд як на суб'єкта застосування цих заходів, однак, враховуючи, що вони застосовуються до особи з моменту встановлення факту розладу психічної діяльності чи психічної хвороби, а цей факт може бути встановлено і в досудовому провадженні, вважаємо, слідчий суддя також може бути суб'єктом застосування, зміни, скасування цих заходів [24, с. 106]); брати участь у розгляді слідчим суддею клопотання про передання на піклування опікунам, близьким родичам чи членам сім'ї з обов'язковим лікарським наглядом



особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного характеру; за погодженням із прокурором звернутися до слідчого судді із клопотанням про поміщення особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного характеру, до психіатричного закладу в умовах, що виключають небезпечну поведінку (ст. 508 КПК); продовження строку (слідчими суддями такі клопотання розглядаються, незважаючи на вищенаведене формулювання ст. 508 КПК [25; 26]); брати участь у розгляді слідчим суддею клопотання про поміщення особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного характеру, до психіатричного закладу в умовах, що виключають небезпечну поведінку, продовження строку (про це свідчать ухвали слідчих суддів [25; 26]); звернутися до слідчого судді із клопотанням про примусове залучення особи до проведення медичної або психіатричної експертизи (це впливає з положень ч. 3 ст. 242 КПК, а також із положення ч. 1 ст. 242 КПК, що експертиза проводиться експертом за зверненням сторони кримінального провадження); брати участь у розгляді слідчим суддею клопотання про примусове залучення особи до проведення медичної або психіатричної експертизи; за погодженням із прокурором звернутися до слідчого судді із клопотанням про направлення особи до медичного закладу для проведення стаціонарної психіатричної експертизи; брати участь у розгляді слідчим суддею клопотання про направлення особи до медичного закладу для проведення стаціонарної психіатричної експертизи; звернутися до слідчого судді із клопотанням про встановлення строку для ознайомлення з матеріалами, до яких надано доступ у порядку ст. 290 КПК, у разі зволікання під час ознайомлення з ними; брати участь у розгляді слідчим суддею

клопотання про встановлення строку для ознайомлення з матеріалами, до яких надано доступ у порядку ст. 290 КПК, у разі зволікання під час ознайомлення з ними.

Виділяючи ці повноваження, звернемо увагу на деякі проблемні аспекти їхньої регламентації. Так, повноваження звернутися до слідчого судді із клопотанням про примусове залучення особи до проведення медичної або психіатричної експертизи, хоч у такому формулюванні в КПК не відображене, випливає з положень ч. 3 ст. 242 КПК, а також із положення ч. 1 ст. 242 КПК, що експертиза проводиться експертом за зверненням сторони кримінального провадження, а до сторони обвинувачення, відповідно, відноситься і слідчий. Про його реалізацію саме слідчим свідчать і ухвали слідчих суддів за результатами розгляду клопотань саме слідчих [27; 28]. Водночас лаконічний виклад ч. 3 ст. 242 КПК не дає відповіді, чи потребує клопотання слідчого погодження із прокурором. Вважаємо, що в даному разі, враховуючи елемент примусу, що потенційно може бути застосований до особи (до речі, який вона повинна мати статус, ця стаття КПК не визначає), таке клопотання слідчого потребує попереднього погодження. Адже клопотання про направлення особи до медичного закладу для проведення стаціонарної психіатричної експертизи має бути погоджене прокурором, і це питання вирішується слідчим суддею в порядку, передбаченому для подання та розгляду клопотань щодо обрання запобіжного заходу. Враховуючи деякі спільні риси цих процедур, зазначимо, що варто звернути увагу на викладений у доктрині критерій їх розмежування: оскільки в ст. 509 КПК йдеться про призначення психіатричної експертизи за наявності тих же підстав, що передбачені п. 3 ч. 2 ст. 242, виникає необхідність вирішити питання про співвідношення цих статей.

Ст. ст. 242, 243, 244 КПК (які передбачають підстави та порядок залучення експерта) є загальними, а ст. 509 КПК – спеціальною, вона регулює питання призначення психіатричної експертизи в кримінальному провадженні щодо застосування примусових заходів медичного характеру. Отже, коли здійснюється саме таке провадження, залучити експерта відповідно до ч. 1 ст. 509 КПК зобов'язана сторона обвинувачення. А коли є необхідність тривалого спостереження та дослідження особи, що потребує призначення стаціонарної експертизи, для її проведення необхідна ухвала слідчого судді, причому звернутися до нього з відповідним клопотанням на підставі ч. 2 ст. 509 мають право сторони. В іншому провадженні експертиза призначається за правилами, передбаченими ст. ст. 242-244, це стосується і психіатричної експертизи [29, с. 136]. Отже, доходимо висновку про необхідність регламентації клопотання слідчого про примусове залучення особи до проведення медичної або психіатричної експертизи процесуальним керівником. Як наслідок, будучи суб'єктом подання клопотання, слідчий має повноваження і брати участь у розгляді слідчим суддею клопотання про примусове залучення особи до проведення медичної або психіатричної експертизи.

Про наявність повноваження слідчого за погодженням із прокурором звернутися до слідчого судді із клопотанням про направлення особи до медичного закладу для проведення стаціонарної психіатричної експертизи за відсутності прямої норми КПК свідчать положення ч. 2 ст. 509 КПК, що питання про направлення особи до медичного закладу для проведення психіатричної експертизи вирішується під час досудового розслідування – ухвалою слідчого судді за клопотанням сторони кримінального провадження в порядку, передбаченому для

подання та розгляду клопотань щодо обрання запобіжного заходу, і на реалізацію такого повноваження вказують ухвали слідчих суддів [30; 31; 32]. Враховуючи наявність такого повноваження, як наслідок, слідчий уповноважений брати участь у розгляді слідчим суддею клопотання про направлення особи до медичного закладу для проведення стаціонарної психіатричної експертизи, на що вказують ухвали слідчих суддів [30; 31].

Як зазначалося вище, слідчий уповноважений звернутися до слідчого судді із клопотанням про примусове залучення особи до проведення медичної або психіатричної експертизи (це впливає з положень ч. 3 ст. 242 КПК, а також із положення ч. 1 ст. 242 КПК, що експертиза проводиться експертом за зверненням сторони кримінального провадження). Хоча, як слушно зазначає І. В. Гло-вюк, ч. 3 ст. 242 КПК не передбачає, які учасники кримінального провадження можуть ініціювати примусове залучення особи для проведення медичної або психіатричної експертизи [33, с. 86], а для вдосконалення нормативної регламентації примусового залучення особи для проведення медичної або психіатричної експертизи за ч. 3 ст. 242 КПК України необхідно регламентувати суб'єктів і порядок ініціації питання про примусове залучення особи для проведення медичної або психіатричної експертизи, порядок розгляду питання про примусове залучення особи для проведення медичної або психіатричної експертизи [33, с. 89]. Зазначимо, що такі клопотання слідчих розглядаються слідчими суддями [27; 34], а в деяких прямо вказано на його погодження прокурором [34; 35]. Отже, варто уточнити редакцію ч. 3 ст. 242 КПК.

На повноваження слідчого звернутися до слідчого судді із клопотанням про встановлення строку для ознайомлення з матеріалами, до яких надано доступ у порядку ст. 290 КПК, у разі зволікання під час ознайомлення з ними, вказує

ч. 10 ст. 290 КПК, і це повноваження реалізується слідчими, що відображено в судовій практиці [36; 37]. Водночас питання про необхідність погодження клопотання прокурором знову ж не вирішено. На практиці таке погодження здійснюється [36; 37]. Враховуючи, що відповідне питання про встановлення строку для ознайомлення з матеріалами вирішується слідчим суддею, а слідчий має доручення прокурора для здійснення процедури відкриття матеріалів за ст. 290 КПК, таке погодження вважаємо зайвим і таким, що ускладнює реалізацію повноважень слідчого. Внаслідок подання клопотання слідчий має повноваження брати участь у розгляді слідчим суддею клопотання про встановлення строку для ознайомлення з матеріалами, до яких надано доступ у порядку ст. 290 КПК, у разі зволікання під час ознайомлення з ними, адже ч. 10 ст. 290 КПК передбачає, що клопотання розглядається з повідомленням сторін кримінального провадження. Ухвали слідчих суддів свідчать про участь слідчих у розгляді клопотань [38; 39].

Отже, повноваження слідчого можна класифікувати на такі групи: 1) за засобами, які використовуються для реалізації повноважень під час обрання, зміни та скасування заходів забезпечення кримінального провадження: із здійснення процесуальних дій, ухвалення процесуальних рішень і комплексні (наприклад, у разі затримання за ст. 208 КПК); 2) за ступенем самостійності під час реалізації повноважень: самостійні повноваження слідчого під час обрання та скасування заходів забезпечення кримінального провадження; повноваження слідчого під час обрання, зміни та скасування заходів забезпечення кримінального провадження, що застосовуються за ухвалою слідчого судді; останні, відповідно, поділяються на: самостійні повноваження; повноваження, які реалізуються за

погодженням із прокурором; повноваження, які реалізуються під час розгляду слідчим суддею клопотання; повноваження, які реалізуються на підставі ухвали слідчого судді; 3) за формами реалізації: здійснення процесуальних дій, складання клопотань, звернення до прокурора за погодженням, звернення до слідчого судді, участь у розгляді клопотання слідчим суддею, виконання або участь у виконанні ухвали слідчого судді; 4) за видами заходів забезпечення кримінального провадження: щодо запобіжних заходів та інших заходів забезпечення кримінального провадження; 5) за колом учасників кримінального провадження, до яких застосовуються заходи забезпечення кримінального провадження; 6) за порядками кримінального провадження – ті, що реалізуються в загальному порядку кримінального провадження та ті, що реалізуються в особливих порядках кримінального провадження; 7) за характером здійснення: основні та супутні (наприклад, щодо повідомлення про затримання (ч. ч. 1 та 4 ст. 213), щодо передання документів на зберігання в порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України (ч. 3 ст. 149), щодо забезпечення схоронності тимчасово вилученого майна в порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України (ч. 4 ст. 168)); 8) за часом здійснення: попередні, тобто спрямовані на обрання, зміну, скасування заходів забезпечення кримінального провадження (складання клопотань), виконавчі (застосувати електронні засоби контролю на підставі ухвали слідчого судді про обрання стосовно підозрюваного запобіжного заходу, не пов'язаного з позбавленням волі, якою на останнього покладено відповідний обов'язок (ч. 2 ст. 195 КПК); перед застосуванням електронного засобу контролю під розпис роз'яснити підозрюваному правила користування пристроєм, техніку безпеки поводження з ним і наслідки його зняття або

неправомірного втручання в його роботу з метою ухилення від контролю (ч. 5 ст. 195 КПК)) та контрольні (у разі наявності підстав для обґрунтованої підозри, що доставлення затриманої особи тривало довше, ніж це необхідно, слідчий зобов'язаний провести перевірку для вирішення питання про відповідальність винуватих у цьому осіб (ч. 3 ст. 210)); 9) за спрямуванням: повноваження щодо обрання, зміни, скасування заходів забезпечення кримінального провадження.

### **Межі повноважень слідчого під час обрання, зміни та скасування заходів забезпечення кримінального провадження**

Характеризуючи межі повноважень слідчого, зазначимо, що вони визначені недостатньо повно в контексті забезпечення дієвості кримінального провадження. Питання щодо вдосконалення механізму попереднього арешту майна вже розглядалися в попередніх дослідженнях [40], тому звернемо увагу на дещо інші аспекти проблематики.

У літературі є пропозиції розширення повноважень слідчого стосовно тимчасового доступу до речей і документів. С. М. Смоков та Д. С. Смоков пропонують внести зміни до КПК у частині можливості тимчасового доступу, вилучення та приєднання до матеріалів провадження слідчим за погодженням із прокурором без ухвали слідчого судді речей і документів, відсутність яких не обмежує конституційні права особи (підприємницька діяльність, особисте життя та ін.). В інших випадках відповідний дозвіл надається слідчим суддею за клопотанням слідчого, погодженого з прокурором, в якому одразу може порушуватися питання про тимчасовий доступ, вилучення й арешт майна, речей і документів [41, с. 48]. Водночас ця пропозиція викликає деякі зауваження.

По-перше, якщо йдеться про тимчасовий доступ до об'єктів, які розташовані в житлі чи іншому володінні особи, то такий процесуальний механізм суперечитиме засаді недоторканності житла чи іншого володіння особи, враховуючи норму ст. 30 Конституції України, що не допускається проникнення до житла чи до іншого володіння особи, проведення в них огляду чи обшуку інакше як за вмотивованим рішенням суду. У невідкладних випадках, пов'язаних із врятуванням життя людей і майна чи з безпосереднім переслідуванням осіб, які підозрюються у вчиненні злочину, можливий інший, встановлений законом, порядок проникнення до житла чи до іншого володіння особи, проведення в них огляду й обшуку. По-друге, якщо припустити, що відповідні об'єкти можуть бути видані добровільно їхнім володільцями, то ця процесуальна дія буде являти собою вже не тимчасовий доступ, а прийняття (отримання) речей і документів, що як окрема процесуальна дія в ст. 93 КПК не виділена, проте в науці логічно визнається наявність цього способу збирання доказів [42, с. 103; 43, с. 2]. Потретьє, приєднання до матеріалів провадження як окрема процесуальна дія в КПК не передбачена.

У літературі з урахуванням положень КПК 2012 р. сформувалося два основні підходи до коректності та доцільності приналежності повноважень з обрання заходів забезпечення кримінального провадження. Перший із них пов'язує застосування будь-яких заходів кримінально-процесуального примусу лише із судом, оскільки тільки він наділений компетенцією щодо притягнення винної особи до кримінальної відповідальності та призначення покарання. Суд повинен порівняти ступінь можливого обмеження прав особи внаслідок застосування кримінально-процесуальних заходів примусу і ступінь обмеження прав особи, що може бути



наслідком притягнення її до кримінальної відповідальності та призначення покарання за вчинення злочину. У разі їхньої «приблизної пропорційності» суд може застосувати до особи заходи процесуального примусу [4, с. 94]. У межах другого пропонується розширити процесуальну самостійність слідчого і передбачити можливість ухвалення саме ним рішення про застосування деяких запобіжних заходів, зокрема, особистого зобов'язання, особистої поруки, застави, додаткових обов'язків (крім застосування електронних засобів контролю, обов'язку пройти курс лікування від наркотичної або алкогольної залежності) [44, с. 76; 45, с. 115; 46, с. 57-58; 47, с. 63; 48, с. 155; 49, с. 11; 50, с. 9]. Ці пропозиції варто частково підтримати та навести додаткові аргументи на їх впровадження. Особисте зобов'язання, особиста порука, зобов'язання підозрюваного перебувати за кожною вимогою до суду або до іншого визначеного органу державної влади, додаткові обов'язки, застава ніяк не пов'язані з обмеженням права на свободу й особисту недоторканність, гарантованим, зокрема, ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, що підлягає обов'язковому судовому контролю. Винятком є носіння електронного засобу контролю, адже воно пов'язане із закріпленням на тілі підозрюваного пристрою, який дозволяє відстежувати та фіксувати його місцезнаходження, що обмежує особисту недоторканність особи, її свободу. Крім того, враховуючи широкі можливості для дискреції під час визначення розміру застави, істотне обмеження у зв'язку із цим майнових прав особи, а також потенційний ризик застосування тримання під вартою в разі непомірності розміру застави для особи, цей запобіжний захід також має бути залишений у компетенції слідчого судді.

Надалі варто проаналізувати ці пропозиції в аспекті пропорційності обмеження прав людини. Якщо в ситуаціях застосування особистого зобов'язання, особистої поруки, зобов'язання підозрюваного прибувати на кожну вимогу до суду або до іншого визначеного органу державної влади, додаткових обов'язків (крім носіння електронних засобів контролю) не обмежуються конвенційні права, то втручання в інші права особи без судового рішення, на нашу думку, не буде явно непропорційним. Оцінка пропорційності є завжди трикроковим тестом: належність, необхідність, розумність. Належність означає, що використані засоби мають бути належними для досягнення мети. Необхідність використаних засобів повинна мати найменш обтяжуючий ефект для тієї чи іншої цінності. І нарешті, тест на розумність означає, що використані засоби мають бути пропорційними очікуваним результатам, тобто тягар, який несе особа, не повинен бути надмірним [51, с. 118]. Отже, метою є досягнення дієвості кримінального провадження, а через це – завдань кримінального провадження, передбачених ст. 2 КПК; виконання підозрюваним його процесуальних обов'язків у цій частині здатне забезпечити дієвість кримінального провадження, тобто вони є належними. Ступінь примусу під час застосування особистого зобов'язання, особистої поруки, зобов'язання підозрюваного прибувати за кожною вимогою до суду або до іншого визначеного органу державної влади, додаткових обов'язків (крім носіння електронних засобів контролю), застави є мінімальним, конвенційні права не обмежуються; тобто це відповідає критерію необхідності.

Згідно із принципом пропорційності *stricto iuris*, для того, щоб виправдати певні обмеження прав, мають існувати відповідні відношення («пропорційні» у вузькому сенсі слова) між

результатом, який досягається за задоволення легітимної мети, та шкодою, яка завдається правам через використання законних засобів [52, с. 72-73]. Враховуючи мінімальний обтяжуючий ефект цих заходів для підозрюваного, а також те, що спрощення процедури застосування цих заходів позитивно впливатиме на дотримання розумних строків досудового розслідування, оперативності відновлення прав потерпілих від кримінальних правопорушень, вбачається, що серйозність втручання не є надмірною для досягнення мети навіть за відсутності судового рішення, і забезпечено пропорційність *stricto iuris*.

Водночас за наявності легітимної мети втручання повинне відбуватися «згідно із законом». Вимога «згідно із законом» має автономне тлумачення в практиці Європейського суду із прав людини: наприклад, у рішенні «Михайлюк та Петров проти України» Суд нагадав, що вираз «згідно із законом» насамперед вимагає, щоб оскаржуване втручання мало певну підставу в національному законодавстві; він також стосується якості відповідного законодавства і вимагає, щоб воно було доступне відповідній особі, яка, крім того, повинна передбачати його наслідки для себе, а також це законодавство повинно відповідати принципу верховенства права [53]. Для забезпечення відповідності вимог КПК таким вимогам варто передбачити чітку процедуру оскарження застосованих слідчим запобіжних заходів.

Окремо слід розглянути питання щодо здійснення обшуку затриманої особи в контексті повноважень слідчого. Ч. 3 ст. 208 КПК передбачає, що уповноважена службова особа, слідчий, прокурор може здійснити обшук затриманої особи з дотриманням правил, передбачених ч. 7 ст. 223 і ст. 236 цього Кодексу. Таке формулювання виключає можливість законного здійснення обшуку затриманої особи без ухвали слідчого судді,

на що вказується й у доктрині [54, с. 92; 55, с. 114]. Практика із цього питання є дуже суперечливою. На рівні Узагальнення судової практики визначається можливим, що обшук особи може бути здійснений без ухвали слідчого судді уповноваженою особою, слідчим, прокурором у порядку ч. 3 ст. 208 КПК [56]. Проте на практиці в одних регіонах суди вимагають дозволу слідчого судді на проведення особистого обшуку, в інших – достатньо постанови слідчого, прокурора. Така неоднозначність пов'язана насамперед із диспозицією ст. 234 КПК України, в якій передбачено, що обшук проводиться з метою виявлення та фіксації відомостей про обставини вчинення кримінального правопорушення, відшукування знаряддя кримінального правопорушення або майна, яке було здобуте в результаті його вчинення, встановлення місцезнаходження розшукуваних осіб. А також те, що обшук проводиться на підставі ухвали слідчого судді [57, с. 105]. Також є випадки поіменування обшуку особи оглядом: як вказано у вирoku, того ж дня, у період часу з 15 год. 30 хв. до 16 год. 10 хв., під час огляду громадянина ОСОБА\_2 неподалік від будинку АДРЕСА\_1 у лівій внутрішній кишені куртки, яка була на громадянinі, працівниками поліції виявлено та вилучено поліетиленовий пакет із паперовим згортком із речовиною рослинного походження масою 15,50 г, яка, згідно з висновком експерта № 137 від 10 лютого 2016 р., є особливо небезпечним наркотичним засобом – канабісом, маса в перерахунку на суху речовину становить 14,04 г [58]; під час огляду ОСОБИ\_2 неподалік від будинку АДРЕСА\_1 у правій боковій кишені куртки, яка була на ОСОБИ\_2, виявлено та вилучено працівниками поліції поліетиленовий пакет, де містилися металеві предмети, зовні схожі на патрони [58].

У літературі пропонується вирішити цю проблему шляхом передбачення в ч. 3 ст. 208 КПК України права під час фізичного затримання особи згідно із ч. 1 цієї статті на її догляд без участі понятих на предмет вилучення зброї та інших предметів, якими можна завдати тілесні ушкодження [45, с. 113]; спеціально унормувати обшук особи [55; 59]. Вважаємо, можна запропонувати вирішити цю проблему дещо по-іншому. Затримання особи за ст. 208 КПК України являє собою певну послідовність дій, пов'язаних із фізичним (фактичним) затриманням (захопленням) особи, змушенням її залишатися поряд з уповноваженою службовою особою, проведенням обшуку затриманої особи, негайним повідомленням затриманому зрозумілою для нього мовою підстави затримання й у вчиненні якого злочину він підозрюється, а також роз'яснення права мати захисника, отримувати медичну допомогу, давати пояснення, показання або не говорити нічого щодо підозри проти нього, негайно повідомити інших осіб про його затримання і місце перебування, відповідно до положень ст. 213 КПК, вимагати перевірки обґрунтованості затримання та інших процесуальних прав, передбачених КПК, після чого здійснюється доставлення затриманої особи до органу досудового розслідування. Отже, варто розглядати обшук затриманої особи не як окрему слідчу (розшукову) дію, а як структурний елемент затримання як запобіжного заходу, що і дозволить проводити його без ухвали слідчого судді. На те, що на нормативному рівні така можливість може бути запроваджена, вказують, зокрема, положення ч. 5 ст. 208 КПК, де зазначено, що в протоколі затримання особи, підозрюваної у вчиненні злочину, зазначаються результати особистого обшуку. Отже, із ч. 3 ст. 208 КПК треба видалити посилання на те, що обшук затриманої особи здійснюється з

дотриманням правил, передбачених «ст. 236 цього Кодексу», що дозволять розглядати цю норму як спеціальну стосовно ст. 234 КПК і проводити такий обшук без ухвали слідчого судді.

### **Висновки**

Повноваження слідчого під час обрання, зміни та скасування заходів забезпечення кримінального провадження можна визначити як систему регламентованих кримінальним процесуальним законодавством публічно-владних прав і обов'язків під час обрання, зміни та скасування заходів забезпечення кримінального провадження службових осіб органу Національної поліції, органу безпеки, органу, що здійснює контроль за додержанням податкового законодавства, органу Державного бюро розслідувань, органу Державної кримінально-виконавчої служби України, підрозділу детективів, підрозділу внутрішнього контролю Національного антикорупційного бюро України, уповноважених здійснювати досудове розслідування кримінальних правопорушень, спрямованих на досягнення дієвості досудового розслідування, шляхом провадження процесуальних дій і ухвалення процесуальних рішень у порядку, передбаченому КПК. Ці повноваження в КПК не систематизовано, але вони не вичерпуються лише тими, які зазначені в р. 2, враховуючи те, що цей розділ не містить вичерпного переліку заходів забезпечення кримінального провадження. Відповідні повноваження слідчого варто класифікувати за такими критеріями: за засобами, які використовуються для реалізації повноважень; за ступенем самостійності слідчого під час реалізації повноважень; за формами реалізації; за видами заходів забезпечення кримінального провадження; за колом учасників кримінального провадження, до яких застосовуються заходи

забезпечення кримінального провадження; за порядками кримінального провадження; за характером здійснення; за часом здійснення; за спрямуванням здійснення.

Реалізація низки повноважень слідчого стикається зі складнощами через недосконалість норм КПК. Для вдосконалення правової основи повноваження слідчого звернутися до слідчого судді із клопотанням про примусове залучення особи до проведення медичної або психіатричної експертизи варто ч. 3 ст. 242 КПК викласти в такій редакції: «3. Примусове залучення підозрюваного, обвинуваченого, потерпілого, свідка для проведення медичної або психіатричної експертизи здійснюється під час досудового розслідування – за ухвалою слідчого судді за клопотанням слідчого, погодженого із прокурором, прокурора, сторони захисту, а під час судового провадження – за ухвалою суду в порядку, передбаченому для подання та розгляду клопотань щодо обрання запобіжного заходу».

Межі повноважень слідчого визначені недостатньо вичерпно для забезпечення дієвості кримінального провадження. Варто передати слідчому повноваження з обрання запобіжного заходу у вигляді особистого зобов'язання, особистої поруки, а також зобов'язання підозрюваного прибувати на кожен вимогу до суду або до іншого визначеного органу державної влади, додаткових обов'язків, що не суперечитиме пропорційності обмеження прав людини. Для забезпечення втручання «згідно із законом» варто передбачити чітку процедуру оскарження застосованих слідчим запобіжних заходів, а саме передбачити в ст. 303 КПК окремим пунктом оскарження стороною захисту постанови слідчого про обрання запобіжного заходу у вигляді особисто зобов'язання, особистої поруки, а також зобов'язання підозрюваного прибувати

на кожну вимогу до суду або до іншого визначеного органу державної влади, додаткових обов'язків (крім носіння електронних засобів контролю).

Для усунення суперечливості практик обшуку затриманої особи треба розглядати обшук затриманої особи не як окрему слідчу (розшукову) дію, а як структурний елемент затримання як запобіжного заходу, що і дозволить проводити його без ухвали слідчого судді, що вимагає викладу ч. 3 ст. 208 КПК у такій редакції: «3. Уповноважена службова особа, слідчий, прокурор може здійснити обшук затриманої особи з дотриманням правил, передбачених ч. 7 ст. 223 цього Кодексу».

Зазначені вище пропозиції сприятимуть ефективності реалізації повноважень слідчого під час обрання, зміни та скасування заходів забезпечення кримінального провадження.

### **Список використаних джерел:**

1. Тихомиров Ю.А. Теория компетенции. М., 2001. 355 с.
2. Лобойко Л.М. Кримінально-процесуальна компетенція: поняття і структура. Юридична Україна. 2005. № 3. С. 73-77.
3. Мичурина О.В. О компетенции государственных органов и должностных лиц в уголовном судопроизводстве и ее разграничении на примере органов дознания. Российский судья. 2006. № 6. С. 28-31.
4. Лоскутов Т.О. Предмет правового регулювання у кримінальному процесі: дис.... д. юрид. наук: 12.00.09. Київ, 2016. 443 с.
5. Городецька М.С. Кримінально-процесуальна компетенція слідчого органів внутрішніх справ: дис.... канд. юрид. наук: 12.00.09; Дніпропетр. держ. ун-т внутр. справ. Дніпропетровськ, 2010. 271 с.



6. Лисецький О.О. Кримінальна процесуальна компетенція слідчого. Право і суспільство. 2015. № 6.2 (2). С. 178-182.

7. Бабіч Л.М. Застава як вид запобіжного заходу у кримінальному судочинстві України: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.09. Київ, 2014. 19 с.

8. Гловюк І.В. Кримінально-процесуальні функції: теорія, методологія та практика реалізації на основі положень Кримінального процесуального кодексу України 2012 р.: монографія. Одеса: Юрид. літ., 2015. 712 с.

9. Лисецький О.О. Співвідношення компетенції слідчого з предметом відання та його повноваженнями. Jurnalul juridic national: teorie şipractică. 2016. № 6. Ч. 2. С. 137-140.

10. Гринів О.Д. Кримінально-процесуальна компетенція прокурора – процесуального керівника досудовим розслідуванням. Jurnalul juridic national: teorie şipractică. 2016. № 4. С. 193-197.

11. Єна І.В. Функції як структурний елемент кримінальної процесуальної компетенції прокурора у досудовому провадженні. Порівняльно-аналітичне право. 2016. № 2. С. 207-210. URL: [http://www.pap.in.ua/2\\_2016/63.pdf](http://www.pap.in.ua/2_2016/63.pdf).

12. Толкаченко О.О. Щодо кримінальної процесуальної компетенції судді. Право і суспільство. 2014. № 6.2. С. 205-209.

13. Власов А.А. Полномочия следователя в советском уголовном процессе: автореф. дисс.... канд. юрид. наук: 12.00.09. М., 1979. 23 с. URL: <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=48653>.

14. Шумилин С.Ф. Полномочия следователя. М.: Экзамен, 2006. 382 с.

15. Пшенічко С.О. Повноваження слідчого судді з розгляду та вирішення скарг у досудовому провадженні: автореф. дис.... канд. юрид. наук: 12.00.09. О., 2014. 20 с.

16. Кримінально-процесуальне право України: підручник / за заг. ред. Ю.П. Аленіна. Харків: Одіссей, 2009. 816 с.

17. Ванін Д.В. Функциональное назначение деятельности следователя и его полномочия в состязательном уголовном процессе: дисс.... канд. юрид. наук: 12.00.09. Саратов, 2003. 201 с.

18. Кіпер О.О. Щодо класифікації повноважень слідчого у кримінальному провадженні. Актуальні проблеми кримінального права, процесу, криміналістики та оперативно-розшукової діяльності: тези Всеукраїнської науково-практичної конференції, Хмельницький, 3 березня 2017 р. Хмельницький: Вид-во НАДПСУ, 2017. С. 539–542.

19. Кримінальний процес: підручник / Ю.М. Грошевий, В.Я. Тацій, А.Р. Туманянц та ін.; за ред. В.Я. Тація, Ю.М. Грошевого, О.В. Капліної, О.Г. Шило. Х.: Право, 2013. 824 с.

20. Словник української мови. Академічний тлумачний словник (1970–1980 pp.). URL: <http://sum.in.ua/s/obyraty>.

21. Словник української мови. Академічний тлумачний словник (1970–1980 pp.). URL: <http://sum.in.ua/s/zastosovuvaty>.

22. Гловюк І.В. Актуальні питання вдосконалення статті 132 КПК України. Актуальні проблеми удосконалення кримінального процесуального законодавства: матер. Всеукр. наук.-практ. конфер., присвяч. 70-річчю д. ю. н., професора Ю.П. Аленіна, 21 квітня 2017 р., м. Одеса / за ред. Г.О. Ульянової, І.В. Гловюк; відп. за вип. І.В. Гловюк; уклад. В.А. Завтур; Нац. ун-т «Одес. юрид. акад.». Одеса: Юрид. л-ра, 2017. С. 176-180.

23. Кримінальний процесуальний кодекс України: наук.-практ. комент. / відп. ред.: С.В. Ківалов, С.М. Міщенко, В.Ю. Захарченко. Харків: Одіссей, 2013. 1104 с.

24. Гловюк І.В. Повноваження слідчого судді у досудовому провадженні. Митна справа. 2012. №. 6. Частина 2. Книга 2. С. 103-110.

25. Ухвала слідчого судді Солом'янського районного суду міста Києва від 4 серпня 2017 р., справа № 760/14551/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/68210401>.

26. Ухвала слідчого судді Вінницького міського суду Вінницької області від 28 липня 2017 р., справа № 127/16177/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/68191778>.

27. Ухвала слідчого судді Галицького районного суду м. Львова від 20 січня 2016 р., справа № 461/10162/15-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/55086060>.

28. Ухвала слідчого судді Деснянського районного суду міста Чернігова від 29 листопада 2016 р., справа № 750/11387/16-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/63032454>.

29. Комплексне дослідження доказової діяльності суду (судді) у кримінальному процесі України: звіт про НДР (заключ.). Нац. ун-т «Одес. юрид. акад.»; керівн. Ю.П. Аленін; викон. В.В. Тіщенко та ін. Одеса, 2013. 265 с.

30. Ухвала слідчого судді Петропавлівського районного суду Дніпропетровської області від 14 серпня 2017 р., справа № 188/1067/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/68274679>.

31. Ухвала слідчого судді Золотоніського міськрайонного суду Черкаської області від 14 серпня 2017 р., справа № 695/2297/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/68253055>.

32. Ухвала слідчого судді Деснянського районного суду м. Києва від 11 серпня 2017 р., справа № 754/10467/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/68270912>.

33. Гловюк І.В. Примусове залучення особи для проведення медичної або психіатричної експертизи: проблемні питання. Актуальні питання кримінального права, процесу і криміналістики, удосконалення судової і правоохоронної систем:

матер. Всеукр. наук.-практ. конф., м. Сєверодонецьк, 19 травня 2017 р. Сєверодонецьк: Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Е.О. Дідоренка, 2017. С. 86-90.

34. Ухвала слідчого судді Шацького районного суду Волинської області від 6 листопада 2014 р., справа № 170/853/14-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/59133474>.

35. Ухвала слідчого судді Солом'янського районного суду міста Києва від 27 липня 2016 р., справа № кс/760/10131/16. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/61941092>.

36. Ухвала слідчого судді Бердичівського міськрайонного суду Житомирської області від 13 серпня 2014 р., справа № 274/4566/14-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/48628099>.

37. Ухвала слідчого судді Київського районного суду м. Одеси від 21 червня 2016 р., справа № 520/7122/16-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/58571701>.

38. Ухвала слідчого судді Бабушкінського районного суду м. Дніпропетровська від 28 листопада 2016 р., справа № 200/20256/16-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/64312571>.

39. Ухвала слідчого судді Бориславського міського суду Львівської області від 24 березня 2016 р., справа № 438/328/16-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/56897397>.

40. Зіньковський І.П. Застосування арешту майна у кримінальному провадженні: деякі проблемні питання. Вісник кримінального судочинства. 2017. № 2. С. 182-189.

41. Смоков С.М., Смоков Д.С. Деякі проблемні питання, які виникають при застосуванні заходів забезпечення кримінального провадження за новим КПК України. Шляхи удосконалення кримінального процесуального законодавства:

матер. регіонального круглого столу, 19 квітня 2013 р. Одеса: Юридична література, 2013. С. 45-48.

42. Гринюк В.О. Функція обвинувачення в кримінальному провадженні України: теорія та практика: монографія. К.: Алерта, 2016. 358 с.

43. Ковальчук С.О. Способи збирання речових доказів стороною обвинувачення. Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». 2014. № 2. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/Choasp\\_2014\\_2\\_18](http://nbuv.gov.ua/UJRN/Choasp_2014_2_18).

44. Кіпер О.О. Процесуальна самостійність слідчого в умовах реформованого кримінального процесуального законодавства України. Вісник прокуратури. 2015. № 5. С. 68-77.

45. Смоков С.М. Окремі проблемні питання що виникають при застосуванні норм нового КПК України. Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. 2013. № 1. С. 110-115.

46. Функція судового контролю у кримінальному процесі: монографія / Л.Д. Удалова, Д.О. Савицький, В.В. Рожнова, Т.Г. Ільєва. К.: Центр учбової літератури, 2015. 176 с.

47. Макаров М.А. Судовий контроль у кримінальному провадженні: монографія. Київ: Центр учбової літератури, 2016. 340 с.

48. Фаринник В.І. Поняття та підстави застосування запобіжних заходів, не пов'язаних з тимчасовою ізоляцією особи. Бюлетень Міністерства юстиції України. 2015. № 5. С. 146-156.

49. Білецька К.К. Особиста порука як запобіжний захід: автореф. дис.... канд. юрид. наук: 12.00.09. К., 2017. 20 с.

50. Сівак О.В. Запобіжні заходи у кримінальному провадженні щодо неповнолітніх: автореф. дис.... канд. юрид. наук: 12.00.09. Київ, 2016. 20 с.

51. Юдківська Г.Ю. Принцип пропорційності в системі захисту прав людини. Слово Національної школи суддів України. 2015. № 4 (13). С. 118-123.

52. Тоцький Б.А. Принцип пропорційності: історичний аспект і теоретичні складові. Часопис Київського університету права. 2013. № 3. С. 70-74.

53. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Михайлюк та Петров проти України» від 10 грудня 2009 р. URL: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974\\_500](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_500).

54. Стоянов М.М. Деякі питання допустимості речей та документів, вилучених при законному затриманні та затриманні уповноваженою службовою особою. Шляхи удосконалення кримінального процесуального законодавства: матер. Регіонального круглого столу, 19 квітня 2013 р. Одеса: Юридична література, 2013. С. 91-92.

55. Гловюк І.В. Особистий обшук: до питання розробки нормативної моделі. Теоретичні аспекти організації досудового розслідування: матеріали всеукраїнської науково-практичної конференції м. Харків, 4 грудня 2015 р. Харків: ХНУВС, 2015. С. 114-116.

56. Узагальнення судової практики щодо розгляду слідчим суддею клопотань про надання дозволу на проведення обшуку житла чи іншого володіння особи: витяг. URL: [sc.gov.ua/uploads/tinymse/files/Обшук%20узагальнення%20останній.doc](http://sc.gov.ua/uploads/tinymse/files/Обшук%20узагальнення%20останній.doc).

57. Бортун М. Особливості затримання особи без ухвали слідчого судді. Вісник Національної академії прокуратури України. 2014. № 5 (38). С. 102-106.

58. Вирок Краснолиманського міського суду Донецької області від 1 грудня 2016 р., справа № 236/439/16-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/63095529>.

59. Савицький Д.О. Застосування примусу під час проведення обшуку. Проблемні питання застосування КПК України в сучасних умовах: матеріали круглого столу, м. Київ, 4 квітня 2014 р. К.: ФОП О.С. Ліпкан, 2014. С. 62-65.

**Соловйов В.О.,**

*аспірант кафедри кримінального процесу*

*Національного університету «Одеська юридична академія»,*

*лейтенант поліції, слідчий слідчого відділу*

*Київського відділу поліції в місті Одесі*

*Головного управління Національної поліції в Одеській області*

**ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО  
СТАТУСУ ТИМЧАСОВО ВИЛУЧЕНОГО МАЙНА  
ТА ЙОГО АРЕШТУ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ ПРОЦЕСУАЛЬНИМ  
КОДЕКСОМ УКРАЇНИ 2012 РОКУ**

**Вступ**

Основний закон держави в ст. 41 передбачає правові гарантії захисту права власності в Україні – кожен має право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності. Ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності. Право приватної власності є непорушним. Примусове відчуження об'єктів права приватної власності може бути застосоване лише як виняток із мотивів суспільної необхідності, на підставі і в порядку, встановлених законом, та за умови попереднього і повного відшкодування їх вартості [6].

Дані положення Конституції України кореспондуються з Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод, зокрема зі ст. 1 Першого протоколу до неї, згідно з якою кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном. Ніхто не може бути позбавлений своєї власності інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом і загальними принципами міжнародного права. Проте попередні положення жодним чином не обмежують право держави вводити в дію такі закони, які вона вважає за необхідне, щоб здійснювати контроль за користуванням майном відповідно до загальних інтересів або для забезпечення сплати податків чи інших зборів або штрафів [5].

Згідно зі ст. 325 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України, суб'єктами права приватної власності є фізичні та юридичні особи. Фізичні та юридичні особи можуть бути власниками будь-якого майна, за винятком окремих видів майна, які, відповідно до закону, не можуть їм належати [17].

Дані положення становлять правові гарантії забезпечення в Україні права власності. У разі порушення цих прав кожна особа може звернутися по захист не лише в суди національної інстанції, а й у Європейський суд із прав людини.

Кримінальний процесуальний кодекс (далі – КПК) України 2012 р. однією із загальних засад кримінального провадження визначає недоторканність права власності. Дана засада має велике значення в кримінальному процесі, адже здійснення кримінальної процесуальної діяльності має проводитися з дотриманням її положень.

Отже, згідно зі 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, передбачених КПК України, допускається тимчасове вилучення майна без судового рішення [8].

Зі змісту даної статті можна зробити висновок, що позбавлення або обмеження права власності під час кримінального провадження без судового рішення може бути здійснено лише в порядку тимчасового вилучення майна.

У зв'язку з дотриманням у кримінальному провадженні принципу пропорційності (балансу) публічних і приватних інтересів, а також впровадженням даного принципу в інститут тимчасового вилучення майна, актуальними є питання визначення процесуального статусу майна, яке може бути вилучено в кримінальному провадженні, надання класифікації такого майна, висвітлення проблемних питань процедури тимчасового вилучення майна та запропонування їх вирішення шляхом внесення змін і доповнень до КПК України, проведення аналізу правової процедури вилучення предметів, вилучених законом з обігу, вдосконалення законодавства в частині строків накладення арешту на майно.

### **Тимчасове вилучення майна**

Тимчасове вилучення майна є одним із заходів забезпечення кримінального провадження, передбачений гл. 16 КПК України.

Згідно із ч. 1 ст. 167 КПК України, тимчасовим вилученням майна є фактичне позбавлення підозрюваного або осіб, у володінні яких перебуває зазначене в ч. 2 цієї статті майно, можливості володіти, користуватися та розпоряджатися певним майном до вирішення питання про арешт майна або його повернення. Тобто тимчасове вилучення майна є заходом забезпечення кримінального провадження, який має певну

часову обмеженість, у межах якої сторона обвинувчення має право позбавити прав володіння, користування, розпорядження на майно певну особу. Дана часова обмеженість починається з моменту фактичного вилучення майна та триває до моменту повернення особі майна, а тому в протоколі про проведення відповідної процесуальної дії, у межах якої вилучається майно, час вилучення майна повинен обов'язково збігатися із часом фактичного вилучення. Якщо на майно за рішенням суду накладено арешт, позбавлення (обмеження) права власності триває до повернення майна володільцю, однак вважаю, що таке майно вже не є тимчасово вилученим.

Тимчасове вилучення не може здійснюватися щодо будь-якого майна. А тому ч. 2 ст. 167 КПК України передбачає конкретні ознаки (критерії), яким повинно відповідати майно для того, щоб його можна було законно тимчасово вилучити. Так, тимчасово вилученим може бути майно у вигляді речей, документів, грошей тощо, щодо яких є достатні підстави вважати, що вони:

1) підшукані, виготовлені, пристосовані чи використані як засоби чи знаряддя вчинення кримінального правопорушення та (або) зберегли на собі його сліди;

2) призначалися (використовувалися) для схиляння особи до вчинення кримінального правопорушення, фінансування та/або матеріального забезпечення кримінального правопорушення або винагороди за його вчинення;

3) є предметом кримінального правопорушення, зокрема й пов'язаного з їх незаконним обігом;

4) одержані внаслідок вчинення кримінального правопорушення та/або є доходами від них, а також майно, в яке їх було цілком або частково перетворено.

Розглянемо детальніше, яким саме ознакам має відповідати майно, яке можна тимчасово вилучити. Так, по-перше, тимчасово вилученим може бути майно у вигляді речей, документів, грошей тощо.

КПК України не закріплює поняття «речі», натомість визначає, що саме треба вважати речовим доказом. Згідно зі ст. 179 ЦК України, річчю є предмет матеріального світу, щодо якого можуть виникати цивільні права та обов'язки. Ст. 181 ЦК України передбачає два види речей: нерухомі та рухомі. До нерухомих речей належать земельні ділянки, а також об'єкти, розташовані на земельній ділянці, переміщення яких є неможливим без їх знецінення та зміни їхнього призначення. Рухомими речами є речі, які можна вільно переміщувати в просторі. У ст. 167 КПК України йдеться все ж про тимчасове вилучення рухомих речей, адже нерухомі речі вилучити не має фізичної можливості.

Виникає питання – чи можна вважати тимчасово вилученим майном тварину чи рослину, та чи підпадає в такому разі тварина, рослина під ознаки речі? Адже, згідно зі ст. 180 ЦК України, тварини є особливим об'єктом цивільних прав. На них поширюється правовий режим речі, крім випадків, встановлених законом (наприклад, це стосується диких тварин, правовий режим захисту яких передбачений Законом України «Про тваринний світ»). Вважаю, що в певних випадках жива тварина може вважатися тимчасово вилученим майном, а саме – коли тварина відповідає ознакам, передбаченим у ч. 2 ст. 167 КПК України.

Змодулюємо ситуацію, за якої жива тварина матиме значення для кримінального провадження і вилучення її необхідне на відповідному етапі розслідування злочину. Уявимо, що особа вчиняє умисні вбивства з корисливих мотивів, використовуючи

як знаряддя вбивства дресированого відповідним чином та відповідної породи собаку, яка за певних команд здатна своїми діями призвести до смерті людини. У такому разі собака буде відповідати ознакам майна, щодо якого можна здійснити тимчасове вилучення, – собака в даному разі буде річчю, щодо якої є достатні підстави вважати, що вона використана як знаряддя вчинення кримінального правопорушення, до того ж ще й зберегла на собі сліди вчинення злочину. У такому разі володільцем собаки є особа, яка вчинила злочин. Вилучити собаку можна у два способи: у результаті огляду місця події чи обшуку. Так, ухвалою Камінь-Каширського районного суду Волинської області від 13 жовтня 2017 р. накладено арешт на мисливську собаку породи естонська на кличку Тузик віком 4 роки чорно-жовтого забарвлення та мисливську собаку породи гончак на кличку Рекс віком 6 років чорно-жовто-білого забарвлення. Дані собаки були вилучені під час обшуку, у зв'язку з розслідуванням злочину, передбаченого ч. 1 ст. 248 КК України [14].

Що стосується рослин, то вони теж можуть бути тимчасово вилучені, якщо вони мають значення для кримінального провадження, наприклад, оглядом місця події чи обшуком вилучаються дерева та чагарники, незаконно порублені та виявлені у відповідному місці під час розслідування злочину, передбаченого ст. 246 КК України [7].

Також, вважаю, що до речей, які можна тимчасово вилучити, належать трупи тварин. Розслідуючи злочин, передбачений ст. 299 КК України, для подальшого проведення експертизи необхідно вилучити труп загиблої тварини.

Іншим видом об'єктів, які можна тимчасово вилучити, є документ. КПК України визначає документ як спеціально

створений із метою збереження інформації матеріальний об'єкт, який містить зафіксовані за допомогою письмових знаків, звуку, зображення тощо відомості, які можуть бути використані як доказ факту чи обставин, що встановлюються під час кримінального провадження.

Також вважаю, що до об'єктів, які можуть бути тимчасово вилучені, крім грошей, належать цінні папери.

Отже, для можливості тимчасового вилучення перелічених вище об'єктів, вони мають відповідати критеріям, передбаченим у ч. 2 ст. 167 КПК України.

Окрім вищезазначених, у кримінальній процесуальній діяльності трапляються й інші матеріальні об'єкти, щодо яких в осіб не може виникати право власності, однак вони мають велике значення для розслідування кримінального провадження, через що стосовно них проводиться низка слідчих (розшукових) дій, зокрема й першочергові з їх вилучення. Це такі матеріальні об'єкти, як: труп людини, частини трупа, біологічні речовини, тканини, виявлені на місці події (кров, слина, сеча, волосся, зрізи нігтів та інші). Щодо таких об'єктів право приватної власності виникати не може, а тому, вважаю, що такі об'єкти у разі їх вилучення не є тимчасово вилученим майном. Дані об'єкти в кримінальному провадженні мають визнаватися речовими доказами, арешт на такі об'єкти накладати не треба, а тому не можна погодитися із практикою, коли слідчий, прокурор звертаються до слідчого судді із клопотанням про накладення арешту на такі об'єкти. Так, ухвалою Оріхівського районного суду від 16 червня 2017 р. у зв'язку з розслідуванням злочину, передбаченого ч. 1 ст. 115 КК України, слідчим суддею накладено арешт на фрагмент ребра трупа, волосся з п'яти частин голови

труп, піднігтьовий вміст трупу невідомої жінки, виявленої поблизу с. Оленівка Оріхівського району Запорізької області [15].

Також окремий процесуальний статус мають предмети, вилучені із цивільного обігу, тобто щодо яких право приватної власності виникати теж не може, чи такі, для користування та використання яких необхідні спеціальні дозволи. Такі предмети в КПК України визначені як «речі, вилучені з обігу» та мають особливий правовий режим і процесуальний порядок їх вилучення.

До таких речей можуть належати:

- 1) наркотичні засоби, психотропні речовини, прекурсори;
- 2) вогнепальна, холодна зброя, боєприпаси, спеціальні засоби;
- 3) вибухові та радіоактивні речовини;
- 4) спирт етиловий, алкогольні напої, тютюнові вироби;
- 5) воєнізована техніка, бойові машини;
- 6) підроблена готівка в національній валюті України або іноземній валюті;
- 7) підроблені цінні папери тощо.

Вважаю, що вищезазначене майно, у разі його вилучення, необхідно вважати вилученим майном (а не тимчасово вилученим), у зв'язку з тим, що стосовно таких об'єктів зазвичай право приватної власності ні в кого не виникає. Винятком є речі, на які в особи є спеціальний дозвіл. Вважаю, що в разі вилучення таких речей, за пред'явлення особою спеціального дозволу, вони матимуть процесуальний статус тимчасово вилученого майна.

Що стосується предметів, вилучених законом з обігу, на мою думку, речі, зовні схожі на такі предмети, повинні вважатися вилученими з обігу доти, доки висновком експерта не буде встановлено зворотнє.

Після підтвердження висновком експерта статусу предмета, вилученого законом з обігу, такий предмет повинен вважатися «вилученою річчю», адже повертати його особі, в якій він був вилучений (і яка не має спеціального дозволу), не можна, бо ця особа не має права володіти, користуватися та розпоряджатися таким предметом через специфіку його правового статусу (як вже зазначалося вище, згідно зі ст. 325 ЦК України, фізичні й юридичні особи можуть бути власниками будь-якого майна, за винятком окремих видів майна, які відповідно до закону не можуть їм належати).

Вважаю, що арешт на такі речі теж накладати не треба, і знов таки не згоден із відповідною практикою. Ухвалою Тернопільського міськрайонного суду Тернопільської області від 13 січня 2017 р., у зв'язку з розслідуванням злочину, передбаченого ч. 1 ст. 263 КК України, слідчим суддею, за клопотанням слідчого, погодженого із прокурором, накладено арешт на предмет, схожий на вогнепальну зброю АКС 74 № ПГ 87, предмет схожий на вогнепальну зброю ППС № 358, які вилучені під час проведення огляду місця події в публічно доступному місці [16].

Ст. 168 КПК України встановлює порядок тимчасового вилучення майна, а саме: тимчасово вилучити майно може кожен, хто законно затримав особу в порядку, передбаченому ст. ст. 207, 208 КПК України. Кожна особа, яка здійснила законне затримання, зобов'язана одночасно з доставленням затриманої особи до слідчого, прокурора, іншої уповноваженої службової особи передати їй тимчасово вилучене майно. Факт передання тимчасово вилученого майна засвідчується протоколом. Тимчасове вилучення майна може здійснюватися також під час обшуку, огляду.

Однак у науці кримінального процесу є різні погляди на те, у результаті яких саме процесуальних дій може бути тимчасово вилучене майно. Так, на думку Ю. М. Мирошніченка, тимчасово вилученим може вважатися лише майно, одержане в результаті: 1) затримання особи в порядку, передбаченому ст. ст. 207, 208 КПК України; 2) обшуку; 3) огляду. Водночас автор вважає, що тимчасово вилученими є: під час затримання – усі речі, документи, гроші тощо; під час обшуку – речі та документи, які не входять до переліку, щодо якого прямо надано дозвіл на їх відшукання в ухвалі про дозвіл на проведення обшуку, та не належать до предметів, які вилучені законом з обігу; під час огляду – речі та документи, що не належать до предметів, які вилучені законом з обігу [10, с. 311].

Н. С. Моргунов вважає, що тимчасове вилучення окремих речей може здійснюватися не лише під час огляду, обшуку чи затримання, як це прямо передбачено КПК України, а й під час проведення інших процесуальних дій. Так, автор вважає, що тимчасово вилучити майно можна в результаті проведення слідчого експерименту, допиту, освідування, отримання зразків для експертизи, під час проведення яких майно зазвичай добровільно надається або примусово вилучається [11, с. 321].

Вважаю, що з такою пропозицією погодитися не можна, адже кожна слідча (розшукова) дія має свою індивідуальну мету та призначення. Такі слідчі (розшукові) дії, як допит, слідчий експеримент, освідування мають зовсім інші цілі, ніж огляд, обшук. Вилучати під час цих слідчих (розшукових) дій речі, документи не можна, адже в майбутньому це призведе до визнання в суді доказів, отриманих у такий спосіб, недопустими. Коли особа добровільно надає відповідне майно, не можна говорити про вилучення, у такому разі речі не вилучаються, вони



отримуються стороною обвинувачення, що теж є неправильним способом збирання доказів, адже, на відміну від КПК України 1960 р., КПК України 2012 р. не закріплює отримання стороною обвинувачення доказів під час подання (добровільної видачі) речей і документів іншими особами [9].

Ч. 3 ст. 168 КПК України передбачає, що слідчий, прокурор, інша уповноважена службова особа під час затримання або обшуку і тимчасового вилучення майна або негайно після їх здійснення зобов'язана скласти відповідний протокол, копія якого надається особі, в якій вилучено майно, або її представнику. КПК України неясно регламентує, який саме протокол має складатися – чи окремий протокол, чи вилучене майно має зазначатися в протоколі проведення відповідної процесуальної дії. На мою думку, все ж таки йдеться про складання протоколу відповідної процесуальної дії: затримання, обшуку, огляду, в якому повинен закріплюватися перелік і опис вилученого майна.

У разі вилучення майна під час затримання в порядку ст. ст. 207, 208 КПК України, такі речі, документи, гроші тощо вважаються тимчасово вилученим майном до вирішення питання про їх арешт чи повернення.

Тимчасово вилученим майном треба вважати і вилучені під час огляду речі та документи, що не належать до предметів, які вилучені законом з обігу.

Так, ст. 237 КПК України передбачає, що під час огляду дозволяється вилучення лише речей і документів, які мають значення для кримінального провадження, та речей, вилучених з обігу.

Предмети, які вилучені законом з обігу, підлягають вилученню незалежно від їхньої причетності до кримінального провадження. Вилучені речі та документи, що не належать до предметів, які вилучені законом з обігу, вважаються тимчасово

вилученим майном. Тобто можна зробити висновок, що під час огляду за своїм правовим статусом вилучаються два види речей, документів тощо:

1) речі та документи, які мають значення для кримінального провадження;

2) предмети, вилучені законом з обігу.

Формулювання «речі і документи, які мають значення для кримінального провадження» досить оціночне, у зв'язку із чим під час огляду слідчий, прокурор на свій розсуд вирішують, які саме речі вилучатимуться на даний момент розслідування. Трапляються ситуації, коли під час огляду виявляються речі, які вочевидь мають значення для розслідування. Однак найчастіше слідчий, прокурор заздалегіть не можуть бути впевненими в тому, що дані речі мають значення для кримінального провадження, тому для перевірки причетності цих речей до кримінального провадження законодавець і вжив таке формулювання, як «речі, які мають значення для кримінального провадження». У даному разі йдеться про спростовну презумпцію в кримінальному процесі, адже відповідні речі набувають статусу речей, які мають значення для кримінального провадження, автоматично з їх вилученням і мають такий статус до встановлення зворотнього. Саме для цього випадку, з метою гарантування та захисту права власності громадян від свавільного вилучення будь-яких речей співробітниками правоохоронних органів, законодавець і передбачив, що такі речі набувають статусу тимчасово вилучених і, у разі, якщо на такі речі не буде накладено арешт, мають повертатися власнику негайно. Вважаю, що в зазначеному відбито принцип пропорційності публічних і приватних інтересів у кримінальному провадженні.

Що стосується процесуального статусу речей, документів, вилучених під час обшуку, то в науці є різні погляди. Так, І. В. Гловюк виділяє два види правових статусів речей, документів, вилучених під час обшуку:

1) речі і документи, які входять до переліку, щодо якого прямо надано дозвіл на їх відшукання в ухвалі про дозвіл на проведення обшуку;

2) речі і документи, які не входять до цього переліку, тобто тимчасово вилучене майно, яке перебуває в такому статусі відповідно до ч. 1 ст. 167 КПК України до вирішення питання про його арешт або повернення [2, с. 521].

Деякі автори вважають, що речі і документи, які входять до переліку, щодо якого прямо надано дозвіл на їх відшукання в ухвалі про дозвіл на проведення обшуку, вважаються речовими доказами, а не тимчасово вилученим майном, і арешт на них накладати не треба [10, с. 311]. Вважаю, не можна погодитися з такою позицією, у зв'язку з тим, що таке майно може належати будь-якій особі, та з метою запобігання порушення засади недоторканості права власності в кримінальному провадженні, погоджуючись із позицією С. М. Смокова, вважаю, що на таке майно необхідно накладати арешт, інакше воно має бути повернено власнику [13, с. 112-113]. Однією із цілей арешту майна є забезпечення збереження речових доказів. Для виконання цієї мети і необхідно накладати арешт на такі речі.

Інша ситуація, коли під час затримання, обшуку, огляду вилучаються речі, вилучені законом з обігу, які для їх законного вилучення не повинні відповідати критерію речей, які мають значення для кримінального провадження, і на відшукання їх не потрібен дозвіл слідчого судді в ухвалі про надання дозволу на проведення обшуку. Про дані речі ми писали вище, вони мають

особливий, відмінний від інших речей статус. Вони не можуть перебувати у власності громадян або для володіння, користування, розпорядження ними необхідні спеціальні дозволи, а тому, тримаючи їх у себе, використовуючи їх у цивільному обігу, відповідна особа грубо порушує норми права, за що передбачена кримінальна, адміністративна відповідальність.

Такі речі слідчий, прокурор зобов'язані вилучити в будь-якому разі. Під час вилучення предметів, обіг яких заборонений або обмежений законом, у практичних ситуаціях виникають проблемні моменти, які нечітко врегульовані законодавством і які в будь-якому разі необхідно врегульовувати.

Так, під час затримань, проведення оглядів і обшуків, у багатьох випадках, коли слідчий вилучає предмети, які зовні схожі на речі, вилучені законом з обігу, для засвідчення даних про те, що ця річ є предметом, обіг якого заборонено, у кримінальному провадженні необхідно проводити експертні дослідження. Отриманий слідчим висновок експерта, яким встановлюється, що вилучений предмет є предметом, обіг якого заборонено, наприклад, вогнепальною зброєю чи наркотичним засобом, підтверджує даний факт.

Однак до отримання висновку експерта, що підтверджує статус цих речей, слідчий не може напевно вважати такі предмети саме речами, вилученими законом з обігу, тому, проводячи відповідну процесуальну дію – огляд місця події, у протоколі слідчий для визначення такої речі використовує формулювання «предмет, зовні схожий на <...>».

Іноді особи, в яких вилучаються дані речі, використовуючи недосконалість законодавчого регламентування таких правовідносин, з метою уникнення відповідальності, пояснюють,

що дана річ не заборонена, водночас оскаржують неповернення їм майна.

Частіше ситуації виникають щодо предметів, зовні схожих на вогнепальну зброю, наркотичні речовини. Так, є практика, коли в деяких іноземних державах на заводах виробляються пістолети, які позиціонуються заводами-виробниками як стартові, тобто які не потребують спеціального дозволу й обіг яких не заборонено. Однак під час проведення щодо таких пістолетів експертних досліджень, виявляється, що під час вилучення з механізму пістолета деяких деталей, останній стає повноцінною вогнепальною зброєю, здатною до ураження живих цілей, нанесення тілесних ушкоджень та спричинення смерті. У такому разі даний пістолет є вогнепальною зброєю, обіг якої заборонено. Особа, стверджуючи, що це стартовий пістолет, оскаржує дії слідчого в прокуратуру. Та в разі, коли слідчий, прокурор за будь-яких причин не звернулися із клопотанням про накладення арешту на дану річ до слідчого судді (чи не встигли звернутися), прокуратура надає вказівки повернути таку річ як тимчасово вилучене майно, на яке не було накладено арешт, водночас ініціюючи службове розслідування щодо порушення слідчим права власності особи на дану річ. Здебільшого такі ситуації виникають через встановлення законодавством необґрунтовано маленького строку, до спливу якого слідчий, прокурор зобов'язані звернутися до слідчого судді із клопотанням про арешт (ч. 5 ст. 171 КПК України передбачає, що клопотання слідчого, прокурора про арешт тимчасово вилученого майна повинно бути подано не пізніше наступного робочого дня після вилучення майна, інакше майно має негайно повертатися особі, в якої його було вилучено). Так, погоджуємося з В. І. Брездень і вважаємо, що доцільним є внесення змін до ч. 5 ст. 171 КПК

України в частині звернення із клопотанням про арешт майна не наступного робочого дня, а не пізніше трьох робочих днів із моменту вилучення [1, с. 374].

Для запобігання зазначеній проблемі необхідно закріпити в КПК України спростовну презумпцію про те, що предмети, які зовні схожі на речі, вилучені законом з обігу, та візуально відповідають характеристикам таких речей, до отримання слідчим, прокурором висновку експерта, який встановить приналежність даної речі, повинні вважатися речами, вилученими законом з обігу, поки інше не буде доведено (спростовано) висновком експерта. Вважаю, що для необхідно передбачити право, а не обов'язок слідчого, прокурора в такому разі звертатися із клопотанням про накладення арешту на такі речі до слідчого судді. У ч. 2 ст. 242 КПК України необхідно встановити, що, окрім передбачених випадків, слідчий, прокурор зобов'язані звернутися до експерта для проведення експертизи щодо предметів, вилучених законом з обігу (знов-таки використовуємо вищезазначену презумпцію).

Вважаю, що необхідно встановити строки винесення слідчим, прокурором постанови про призначення експертизи щодо таких речей, а в ст. 242 КПК України передбачити, що слідчий не пізніше трьох робочих днів із моменту вилучення зобов'язаний винести постанову про призначення експертизи щодо речей, вилучених законом з обігу та відправити такі речі до відповідного експертного центру. У разі, коли наберуть чинності положення законодавства, згідно з якими слідчий, прокурор для проведення експертизи мають звертатися до слідчого судді, вважаю, що клопотання про призначення експертизи щодо речей, вилучених законом з обігу слідчий, прокурор повинні подавати не пізніше трьох робочих днів із моменту вилучення таких речей.

Якщо висновок експертизи встановлює, що наданий на експертизу предмет, схожий на певну річ, вилучену законом з обігу, не є таким, а навпаки, є предметом не забороненим, вільний обіг якого дозволено, то в такому разі, якщо даний предмет має велике значення для кримінального провадження, слідчому, прокурору законодавчо необхідно надати строк для можливості звернутися із клопотанням про накладення арешту на це майно. У такому разі слідчий, прокурор повинні звернутися до слідчого судді із клопотанням про накладення арешту на таке майно не пізніше трьох робочих днів із моменту отримання висновку експерта.

Вважаю, що в даному разі повинен застосовуватися принцип пропорційності (балансу) публічних і приватних інтересів, адже наслідки повернення речі, яка є вилученою з обігу, можуть бути дуже тяжкими. Вважаю, що мета запобігання виникнення тяжких наслідків виправдовує часткове обмеження права користування особи річчю, яке є тимчасовим та триватиме до отримання висновку експерта.

У зв'язку з вищезазначеним вважаю за необхідне викласти ст. 16 КПК України в такій редакції:

«Стаття 16. Недоторканність права власності.

1. Позбавлення або обмеження права власності під час кримінального провадження здійснюється лише на підставі вмотивованого судового рішення, ухваленого в порядку, передбаченому цим Кодексом.

2. На підставах та в порядку, передбачених цим Кодексом, допускається тимчасове вилучення майна без судового рішення.

3. Не є позбавленням або обмеженням права власності вилучення під час затримання в порядку ст. ст. 207, 208 цього Кодексу, огляду або обшуку речей, вилучених законом з обігу.

Предмети, щодо яких є достатні підстави вважати їх вилученими законом з обігу, вважаються такими до моменту отримання стороною обвинувачення висновку експерта щодо таких предметів».

Також ст. 168 КПК України за своїм процесуальним статусом окремим видом майна називає електронні інформаційні системи або їхні частини, мобільні термінали систем зв'язку. Так, 5 жовтня 2016 р. набрав чинності Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення умов ведення бізнесу (дерегуляція)», який у ст. 168 КПК України вніс такі доповнення: «Тимчасове вилучення електронних інформаційних систем або їх частин, мобільних терміналів систем зв'язку для вивчення фізичних властивостей, які мають значення для кримінального провадження, здійснюється лише у разі, якщо вони безпосередньо зазначені в ухвалі суду» [3]. Даними положеннями законодавець захистив підприємців від необґрунтованого вилучення електронних інформаційних систем або їхніх частин, на яких зазвичай міститься документація з ведення господарської, фінансової діяльності підприємцями. Метою законодавчих змін була мінімізація випадків необґрунтованого вилучення такого майна. Однак, напевно, мета даних змін досягнута не була. А тому 16 листопада 2017 р. ухвалений Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо забезпечення дотримання прав учасників кримінального провадження та інших осіб правоохоронними органами під час здійснення досудового розслідування», яким ч. 2 ст. 168 КПК України доповнено такими положеннями: «Забороняється тимчасове вилучення електронних інформаційних систем або їх частин, мобільних терміналів систем зв'язку, крім випадків, коли їх надання разом з



інформацією, що на них міститься, є необхідною умовою проведення експертного дослідження, або якщо такі об'єкти отримані в результаті вчинення кримінального правопорушення чи є засобом або знаряддям його вчинення, а також якщо доступ до них обмежується їх власником, володільцем або утримувачем чи пов'язаний з подоланням системи логічного захисту.

У разі необхідності слідчий чи прокурор здійснює копіювання інформації, що міститься в інформаційних (автоматизованих) системах, телекомунікаційних системах, інформаційно-телекомунікаційних системах, їх невід'ємних частинах. Копіювання такої інформації здійснюється із залученням спеціаліста». Отже, як ми бачимо, щодо даного майна законодавець визначив конкретні випадки (умови) тимчасового вилучення, а тому даний вид речей, документів має особливий статус у контексті можливості стати тимчасово вилученим майном [4].

Підсумовуючи вищезазначене, вважаю, що майно (речі та документи) у кримінальному провадженні поділяється на тимчасово вилучене (яке передбачено в ст. 167 КПК України) і вилучене (на яке накладено арешт або предмети, обіг яких заборонено законом, та об'єкти, щодо яких в осіб не може виникати права власності).

Вважаю за необхідне надати класифікацію майна, яке може бути тимчасово вилучене в кримінальному провадженні (на яке необхідно накладати арешт) за такими критеріями:

1. Залежно від процесуальної дії, у результаті проведення якої вилучається майно:

1.1. Майно, тимчасово вилучене під час затримання особи в порядку ст. ст. 207, 208 КПК України;

1.2. Майно, тимчасово вилучене під час проведення огляду (ст. 237 КПК України);

1.3. Майно, тимчасово вилучене під час проведення огляду за ухвалою слідчого судді (ч. 2 ст. 237 КПК України);

1.4. Майно, тимчасово вилучене під час обшуку, проведеного за ухвалою слідчого судді (ст. 234 КПК України);

1.5. Майно, тимчасово вилучене під час обшуку, проведеного без ухвали слідчого судді, але дозвіл на який необхідно отримати невідкладно (ч. 3 ст. 233 КПК України).

2. Залежно від процесуального статусу об'єктів, які необхідно тимчасово вилучити:

2.1. Речі і документи, які входять до переліку, щодо якого прямо надано дозвіл на їх відшукання в ухвалі про дозвіл на проведення обшуку, огляду;

2.2. Речі і документи, які не входять до цього переліку, тобто тимчасово вилучене майно, яке перебуває в такому статусі відповідно до ч. 1 ст. 167 КПК України до вирішення питання про його арешт або повернення;

2.3. Речі і документи, які виявлені під час огляду та мають значення для кримінального провадження;

2.4. Електронні інформаційні системи або їхні частини, мобільні термінали систем зв'язку.

Майно, яке є вилученим у кримінальному провадженні (і на яке не потрібно накладати арешт) поділяється на:

1. Майно, на яке накладено арешт і яке є вилученим до моменту скасування арешту в законному порядку.

2. Предмети, обіг яких заборонено законом, які є вилученими назавжди і поверненню не підлягають.

3. Об'єкти, щодо яких в осіб не може виникати право власності (труп людини, частини трупа, елементи біологічних речовин, вилучені під час проведення відповідних процесуальних дій).

Після тимчасового вилучення майна уповноважена службова особа зобов'язана забезпечити схоронність такого майна в порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України, а саме постановою Кабінету Міністрів України № 1104 від 19 листопада 2012 р. «Про реалізацію окремих положень Кримінального процесуального кодексу України», якою затверджується [12]:

1. Порядок зберігання речових доказів стороною обвинувачення, їх реалізації, технологічної переробки, знищення, здійснення витрат, пов'язаних з їх зберіганням і пересиланням, схоронності тимчасово вилученого майна під час кримінального провадження.

2. Порядок передачі на зберігання тимчасово вилучених під час кримінального провадження документів, які посвідчують користування спеціальним правом.

Тимчасово вилучене майно повертається особі, в якій воно було вилучено, на таких підставах:

1) за постановою прокурора, якщо він визнає таке вилучення майна безпідставним;

2) за ухвалою слідчого судді чи суду, у разі відмови в задоволенні клопотання прокурора про арешт цього майна;

3) у випадках, передбачених ч. 5 ст. 171, ч. 6 ст. 173 КПК України;

4) у разі скасування арешту.

### **Висновки**

Дослідивши положення законодавства, що регулює процесуальний статус майна, яке може бути тимчасово

вилученим, проаналізувавши судову практику щодо накладення арешту на тимчасово вилучене майно, вважаю, що майно, яке вилучається в кримінальному провадженні, поділяється на вилучене майно та тимчасово вилучене майно. Для розмежування даних видів майна в роботі надається класифікація майна за різноманітними критеріями, розмежовуються випадки, коли необхідно накладати арешт на майно, а коли не треба.

Також необхідно закріпити в КПК України презумпцію речі, вилученої законом з обігу, сутність якої полягає в тому, що предмети, стосовно яких є достатні підстави вважати, що вони є речами, вилученими з обігу, до отримання слідчим, прокурором висновку експерта, який встановить приналежність даних предметів, повинні вважатися речами, вилученими законом з обігу, доки інше не буде доведено (спростовано) висновком експерта. У зв'язку із цим ст. 16 КПК України пропоную доповнити ч. 3 в такій редакції:

«3. Не є позбавленням або обмеженням права власності вилучення під час затримання в порядку ст. ст. 207, 208 цього Кодексу, огляду або обшуку речей, вилучених законом з обігу. Предмети, щодо яких є достатні підстави вважати їх вилученими законом з обігу, вважаються такими до моменту отримання стороною обвинувачення висновку експерта щодо такого предмета».

У ст. 242 КПК України необхідно встановити, що, окрім передбачених випадків, слідчий, прокурор зобов'язані звернутися до експерта для проведення експертизи щодо предметів, вилучених законом з обігу. Слідчий не пізніше трьох робочих днів із моменту вилучення зобов'язаний винести постанову про призначення експертизи щодо речей, вилучених законом з обігу та відправити такі речі до відповідного експертного центру.

Арешт на такі речі слідчий, прокурор накладати не зобов'язані.

### **Список використаних джерел:**

1. Брездень В.І. Окремі проблеми правового забезпечення кримінальної процесуальної діяльності за КПК України. Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. 2016. № 4. С. 367-375. URL: <http://www.naukovipraci.nuoua.od.ua/arhiv/tom13/54.pdf>.

2. Гловюк І.В. Деякі проблеми тимчасового вилучення та арешту майна як заходів забезпечення кримінального провадження. Наукові праці НУ ОЮА. Вип. 13. С. 520-528. URL: <http://www.naukovipraci.nuoua.od.ua/arhiv/tom13/54.pdf>.

3. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення умов ведення бізнесу (дерегуляція): Закон України від 5 жовтня 2016 р. № 191-VIII. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/191-19>.

4. Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо забезпечення дотримання прав учасників кримінального провадження та інших осіб правоохоронними органами під час здійснення досудового розслідування: Закон України від 16 листопада 2017 р. № 2213-VIII. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2213-19>.

5. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод: ухвалена 4 листопада 1950 р. Ратифікована Законом № 475/97-ВР від 17 липня 1997 р. URL: [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_004).

6. Конституція України: ухвалена на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>.

7. Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>.

8. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 19 листопада 2012 р. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.

9. Кримінально-процесуальний кодекс України: Закон України від 28 грудня 1960 р. № 1001-05, втратив чинність. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1001-05>.

10. Мирошниченко Ю.М. Проблемні питання тимчасового вилучення й арешту майна за новимкримінально-процесуальним законом. Порівняльно-аналітичне право. 2013. № 3-2. С. 310-312.

11. Моргун Н.С. Тимчасове вилучення майна як захід забезпечення кримінального провадження, що обмежує право власності. Митна справа: Митні правила. 2014. № 3 (93). Ч. 2. Кн. 1. С. 318-323.

12. Про реалізацію окремих положень Кримінального процесуального кодексу України: постанова Кабінету Міністрів України від 19 листопада 2012 р. № 1104. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1104-2012-%D0%BF>.

13. Смоков С.М. Окремі проблемні питання, які виникають при застосуванні норм нового КПК України. Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. 2013. № 1. С. 110-115.

14. Ухвала Камінь-Каширського районного суду Волинської області від 13 жовтня 2017 р. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/64251124>.

15. Ухвала Оріхівського районного суду Запорізької області від 16 червня 2017 р. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/67176346>.

16. Ухвала Тернопільського міськрайонного суду Тернопільської області від 13 січня 2017 р. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/69559216>.

17. Цивільний кодекс України: Закон України від 1 січня 2004 р. №435-IV. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.

## **ПРОБЛЕМИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЕФЕКТИВНОСТІ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ**

**Аленін Ю.П.,**

*доктор юридичних наук, професор,  
член-кореспондент Національної академії правових наук України,  
заслужений юрист України,  
професор кафедри кримінального процесу  
Національного університету «Одеська юридична академія»*

### **НАПРЯМИ УДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА З МЕТОЮ ПІДВИЩЕННЯ ЕФЕКТИВНОСТІ ДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІВ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ**

#### **Вступ**

5-річна практика застосування Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) 2012 р. свідчить про те, що він не повною мірою відповідає вимогам сучасності. Науковці та практики привертали увагу до значної кількості нормативних колізій та прогалин правової регламентації на кожній стадії кримінального судочинства. Наслідком нейтралізації цих негативних явищ і стали численні поправки та поява нових норм у КПК, наприклад: доповнення до ст. 42 КПК та поява нової підстави для визначення особи підозрюваною з моменту складання підозри; введення процесуального інституту заочного розслідування та розгляду справи в суді по суті тощо.

Варто підкреслити, що найбільше зауважень викликає процесуальна регламентація стадії досудового розслідування, а тому саме на цій проблемі ми, хоча і частково, зупинимося та висловимо щодо неї свої міркування. Зокрема, це стосується процесуального порядку початку та закінчення досудового



розслідування, статусу прокурора, слідчого (детектива) на цій стадії; системи та регламентації слідчих (розшукових) дій, введення в КПК інституту локального предмета доказування тощо.

Практика застосування КПК свідчить, що в розслідуванні кримінальних правопорушень з'явилися певні труднощі, які спричинили значне перевантаження слідчих і прокурорів, що здійснюють безпосереднє процесуальне керівництво досудовим розслідуванням, що негативно впливає на якість самого розслідування загалом і розкриття тяжких і особливо тяжких злочинів зокрема.

### **Початок кримінального провадження**

Взагалі треба зазначити, що в діяльності правоохоронних органів України однією з найбільш складних була і є проблема диференційного підходу до розгляду заяв і повідомлень про злочини. Складність цього питання полягає в тому, що загальна кількість відповідних звернень із боку громадян і юридичних осіб щороку збільшується, а механізм їх перевірки дотепер належно не врегульований. Проте чітка правова регламентація процесуальної діяльності саме на першому етапі досудового провадження є передумовою законності й обґрунтованості подальшого розслідування та судового розгляду справи, тобто є однією з гарантій ефективного виконання завдань кримінального судочинства (ст. 2 КПК).

У концепції реформування кримінальної юстиції України, затвердженій Указом Президента України від 8 квітня 2008 р. № 311, наголошено на необхідності запровадження спрощеної процедури початку досудового розслідування, яким має вважатися момент отримання уповноваженими законом органами інформації про кримінальний проступок або злочин. Як

наслідок, у КПК України з'явилася ст. 214, згідно з якою в кримінальному судочинстві України відмовилися від ухвалення процесуального рішення про порушення кримінальної справи.

Відповідно до ч. 1-4 цієї статті, основні положення їх зводяться до такого.

Слідчий, прокурор невідкладно, але не пізніше 24 годин від подання заяви, повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення або самотійного виявлення ним з будь-якого джерела обставин, що можуть свідчити про скоєне кримінальне правопорушення, зобов'язаний внести відповідні відомості до Єдиного реєстру досудових розслідувань та розпочати розслідування, тобто розслідування починається з моменту внесення інформації до Реєстру. До внесення такої інформації здійснення досудового розслідування не допускається, за винятком проведення в невідкладних випадках огляду місця події. Слідчий, прокурор, інша службова особа, уповноважена на прийняття заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення, зобов'язані прийняти та зареєструвати таку заяву чи повідомлення. Відмова в прийнятті їх не допускається.

Аналізуючи зміст цих частин ст. 214 КПК, можна зробити декілька висновків як позитивного, так і негативного характеру.

Так, інформація про вчинене діяння, передбачене законодавством України про кримінальну відповідальність або підготовку до нього, приймається від громадян, службових осіб, підприємств, організацій, установ в усній, письмовій чи в іншій формі. Завідомо неправдиві заяви, повідомлення про вчинення кримінального правопорушення повинні призводити до передбаченої законом відповідальності (ст. 383 КК).

Слідчий, прокурор не вправі відмовити в прийнятті заяви, повідомлення чи іншої інформації про діяння, передбачене

законодавством України про кримінальну відповідальність, зокрема, з посиланням на неповноту викладених у них відомостей, неналежність заяви чи повідомлення, закінчення строку давності притягнення до кримінальної відповідальності, віку, стану здоров'я особи та будь-яких інших обставин.

Очевидно, що водночас із прийняттям заяви, повідомлення чи іншої інформації про кримінальне правопорушення слідчим, прокурором повинні вживатися всі можливі заходи, щоб запобігти такому діянню або припинити його. За наявності відповідних підстав, що свідчать про реальну загрозу життю та здоров'ю осіб, які повідомили про діяння, передбачене законодавством України про кримінальну відповідальність, вживаються необхідні заходи забезпечення заявника, а також членів його сім'ї та близьких родичів, якщо шляхом погроз або інших протиправних дій щодо них робляться спроби вплинути на заявника. Але в ст. 214 КПК таке положення не передбачене і взагалі права на забезпечення заявника й інших осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, у КПК подані досить стисло і лише в окремих нормах, а не в концентрованому вигляді, як це мало місце в Кодексі 1960 р., де докладно були вписані права осіб і регламентована процедура гарантування безпеки суб'єктів кримінального провадження. Наведене свідчить про певний недолік нового КПК.

Джерелами інформації про вчинення або підготовлювані діяння, передбачені законодавством України про кримінальну відповідальність, яка надійшла до слідчого, прокурора, судді, тобто приводами є: заяви та повідомлення громадян; повідомлення уповноваженої особи, яка затримала особу, підозрювану у вчиненні злочину (ст. 208 КПК); повідомлення службових осіб державних органів, установ, підприємств і організацій; засобів масової інформації; заяви із зізнанням;

безпосереднє виявлення оперативним підрозділом, слідчим, прокурором, судом відомостей про ознаки діяння, передбаченого законодавством України про кримінальну відповідальність, під час здійснення своїх повноважень.

Автори заяв і повідомлень мають право надати документи й інші матеріали, які є в них і підтверджують зроблені заяви чи повідомлення, за винятком випадків, коли конфіденційність чи таємність цих матеріалів гарантується законом.

Заяви громадян про скоєні кримінальні правопорушення або підготовку до них можуть бути усними або письмовими. У зв'язку із цим треба зазначити, що наявність спрощеного порядку ще не означає огульного, без розбору підходу до прийняття та реєстрації всіх без винятку заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення (дійсні чи надумані). Очевидно, що має існувати і певна, хоч і проста, але ефективна процедура прийняття й фіксації надаваної інформації з метою запобігання безпідставному початку досудового розслідування. На жаль, цього ст. 214 КПК не передбачає, а тому, на наш погляд, варто дотримуватися таких правил, які не суперечать решті процесуальних норм. Зокрема, письмова заява повинна бути підписана особою, від якої вона подається. До внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань та початку досудового розслідування варто пересвідчитися в особі заявника. Якщо заявник не може пред'явити документи, повинні бути вжиті інші заходи для термінової перевірки відомостей про його особу. Вважаємо, що непідписана або підписана підробленим підписом чи написана від імені вигаданої особи заява, лист чи інше повідомлення про діяння, передбачене законодавством про кримінальну відповідальність, не може служити приводом до занесення в Єдиний реєстр та початку досудового розслідування. Вважаємо

також за доцільне, щоб усна заява про кримінальне правопорушення заносилася до протоколу, який підписують заявник і службова особа органу досудового розслідування чи прокуратури, яка прийняла заяву. Протокол повинен містити відомості про заявника або особу, яка затримала підозрюваного на місці злочину, місце його проживання, а також про його особисті документи, які посвідчують його особу. До протоколу заносяться від першої особи повідомлення про обставини вчиненого чи підготовлюваного діяння, передбаченого законодавством України про кримінальну відповідальність.

Під час прийняття усної заяви чи повідомлення про кримінальне правопорушення заявник у протоколі під розписку попереджається про кримінальну відповідальність за завідомо неправдиве повідомлення про вчинення злочину (ст. 383 КК). У разі надходження письмової заяви чи повідомлення про діяння, передбачене законодавством України про кримінальну відповідальність, бажано, щоб у заявника окремо відбиралася підписка про його попередження про кримінальну відповідальність за завідомо неправдиве повідомлення про злочин, яка долучається до матеріалів кримінального провадження. Якщо особа відмовилася підписати такий протокол чи дати таку підписку, в яких вона попереджена про кримінальну відповідальність за завідомо неправдиве повідомлення про злочин або підготовку до нього, така заява, на наш погляд, не повинна прийматися, розглядатися, не може бути підставою для внесення відомостей до Єдиного реєстру та початку досудового розслідування. Із цих причин не підлягають розгляду та реєстрації анонімні заяви та повідомлення про злочин. Мета таких вимог до заяв і повідомлень про кримінальні правопору-

шення або підготовку до них полягає в тому, щоб запобігти появі доносів і зловживань із боку недобросовісних заявників.

У ст. 214 КПК залишається без відповіді питання, яким чином можна пересвідчитися в особі заявника, якщо повідомлення про кримінальне правопорушення зроблено ним телефоном. Очевидно, що тут підставою для внесення до Єдиного реєстру і початку досудового розслідування буде не інформація з телефонного дзвінка, а результати її негайної перевірки уповноваженими на те особами, оскільки пересвідчитися в особі заявника по телефону не завжди можливо.

Особливо ретельно треба ставитися до фіксації факту з'явлення особи зі зізнанням, оскільки достовірно засвідчена така подія породжує в майбутньому важливі правові наслідки для заявника, мається на увазі, що в п. 1 ч. 1 ст. 66 КК явка з повинною розглядається як обставина, що пом'якшує покарання.

Аналізуючи загалом положення ст. 214 КПК, ми не цілком підтримуємо надто оптимістичну думку деяких авторів [1-5] про те, що запропонований КПК процесуальний порядок прийняття, реєстрації заяв і повідомлень про вчинене кримінальне правопорушення та початок досудового розслідування є надійною й ефективною гарантією забезпечення дотримання законності й обґрунтованості розгляду такої інформації на першому етапі стадії досудового розслідування.

Зокрема, варто зазначити, що ст. 214 КПК не є еквівалентом стадії з перевірки заяв і повідомлень про злочини, яка раніше існувала як стадія порушення кримінальної справи. Незважаючи на певні недоліки в правозастосуванні, які пов'язані здебільшого не із процесуальною формою, а з позапроцесуальними чинниками, вказана стадія все ж таки дозволяла досить

ефективно фільтрувати повідомлення і заяви про злочини і відділяти некримінальні події.

Варто також підкреслити, що запропонований КПК порядок початку досудового розслідування фактично скасовує так звану дослідчу перевірку за заявами та повідомленнями про вчинення кримінального правопорушення. Тому все процесуальне навантаження щодо перевірки таких заяв і повідомлень автоматично покладається на слідчого, а не на відповідні підрозділи, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність. Отже, складається ситуація, за якої слідчі вимушені інколи перевіряти найабсурдніші заяви під час досудового слідства, тоді як відповідного слідчого реагування вимагає розслідування тяжких і особливо тяжких злочинів. А це не сприяє підвищенню якості досудового розслідування й ефективності захисту прав громадян правоохоронними органами.

Варто звернути увагу і на те, що КПК не враховує особливості початку провадження щодо окремих категорій громадян, які користуються імунітетом (наприклад, народних депутатів України, суддів). Отже, слідчий, отримавши інформацію про вчинення кримінального правопорушення народним депутатом України й іншими особами, повинен розпочати розслідування.

Загалом, процесуальний порядок, запропонований ст. 214 КПК не враховує загальні положення процесуальної діяльності та національні правові традиції. Будь-яка процесуальна галузь процесуального права повинна передбачати попередній, перевірочний, фільтраційний етап перед основним провадженням. Специфікою кримінального судочинства є й те, що в ньому декілька основних проваджень: досудове розслідування, судовий розгляд, перегляд судових рішень, повинні мати відповідний фільтраційний механізм.

Запропонований порядок початку досудового розслідування також не передбачає ухвалення відповідного процесуального рішення у формі постанови слідчого або прокурора, що не узгоджується із ч. 3 ст. 110 КПК, згідно з якою рішення слідчого ухвалюється саме у формі мотивованої постанови. Окрім того, відсутність формального початку кримінального провадження у формі постанови також робить неможливим оскарження факту його порушення. Зазначений механізм розпочинання досудового розслідування не передбачає і здійснення за ним судового контролю, що не узгоджується з рішенням Конституційного Суду України у справі про розгляд судом окремих постанов слідчого і прокурора від 30 січня 2003 р. У вказаному рішенні Конституційний Суд України зазначив, що унеможливлення розгляду судом скарги на постанову про порушення кримінальної справи щодо певної особи на стадії досудового слідства, відкладення її перевірки судом на стадію попереднього розгляду кримінальної справи або на стадію розгляду її по суті, відстрочка судового контролю обмежують конституційне право людини на судовий захист, який є гарантією всіх прав і свобод людини та громадянина.

Правосуддя по своїй суті визнається таким лише за умови, що воно відповідає вимогам справедливості та забезпечує ефективне поновлення в правах. Загальною декларацією прав людини 1948 р. передбачено, що кожна людина має право на ефективне поновлення в правах компетентними національними судами в разі порушення її основних прав, наданих їй конституцією або законом (ст. 8). Право на ефективний засіб захисту закріплено також у Міжнародному пакті про громадянські та політичні права (ст. 2) і в Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (ст. 13).



Право на судовий захист прав людини є одним із конституційних прав. А тому положення ч. 6 ст. 234, ч. 3 ст. 236 КПК України, які унеможливають розгляд судом на стадії судового слідства скарг на постанови слідчого та прокурора про порушення кримінальної справи щодо певної особи, обмежуючи право людини на судовий захист, закріплене ч. 3 ст. 8, ч. ч. 1, 2 ст. 35 Конституції України, порушують вимоги ст. 3, 21, ч. 2 ст. 22, ч. 1 ст. 64 Конституції України, тобто є неконституційними.

Скарги до суду на постанови слідчого та прокурора про порушення кримінальної справи щодо певної особи повинні розглядатися судом за чинним законодавством порядком кримінального судочинства. Водночас суд, розглядаючи такі скарги на стадії досудового слідства, перевіряє наявність приводів і підстав для винесення зазначених постанов і не повинен розглядати та вирішувати заздалегідь ті питання, які повинен вирішувати суд у процесі розгляду кримінальної справи по суті, оскільки це буде порушенням конституційних засад правосуддя.

Отже, унеможливлення (внаслідок відсутності постанови) розгляду судом скарги на відкриття кримінального провадження на стадії досудового розслідування, відкладення її перевірки судом на стадію попереднього (підготовчого) провадження або на стадію розгляду її по суті, відстрочка судового контролю обмежують конституційне право людини на судовий захист, який є гарантією всіх прав і свобод людини і громадянина. Про те, що право на оскарження відкриття кримінального провадження є суттєвою гарантією захисту прав і законних інтересів громадянина та юридичних осіб, свідчить і судова практика, адже наявність положення, передбаченого п. 1 ч. 1 ст. 303 КПК, згідно з яким на досудовому провадженні можуть бути оскаржені до слідчого судді бездіяльність слідчого, прокурора, яка полягає в

невнесенні відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань після отримання заяви або повідомлення про кримінальне правопорушення, жодним чином не замінюють того, що діяв раніше, повноцінного інституту оскарження дій (бездіяльності) слідчого, прокурора на стадії порушення кримінальної справи.

Підкреслимо також, що ст. 214 КПК ініціювання кримінально-процесуальної діяльності покладається на особу, яка звертається із заявою чи повідомленням. Вбачається, що такий порядок є надто спрощеним і може призвести до зловживань як із боку органів досудового розслідування, так і осіб, які звертаються із заявами чи повідомленнями. Досудовому розслідуванню має передувати перевірна діяльність компетентних органів і осіб, результати якої повинні бути формалізовані у відповідному процесуальному документі: постановах про початок або про відмову в початку досудового розслідування, який у чинному законодавстві має лінгвістично некоректну назву, проте по суті і функціонально означає порушення кримінального провадження. Тому вважаємо, що на етапі ініціювання досудового розслідування необхідно запровадити своєрідний процесуальний фільтр, завдяки якому кримінальне провадження буде розпочинатися за діяннями, які дійсно мають ознаки злочину чи кримінального проступку.

Отже, можна зробити остаточний висновок, який базується як на практиці застосування нового КПК, так і на розробленнях багатьох вчених, що в процесуальному регулюванні початку досудового розслідування мають суттєві недоліки, прогалини, а тому до КПК варто внести відповідні зміни та доповнення і ст. 214 викласти в такій редакції:

«1. Приводами (джерелами) до початку досудового розслідування є: 1) заяви або повідомлення підприємств, установ, організацій, посадових осіб, представників влади, громадськості або окремих громадян; 2) повідомлення представників влади, громадськості або окремих громадян, які затримали особу за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення без ухвали слідчого судді, суду про дозвіл на затримання; 3) явка з повинною; 4) повідомлення про вчинені або про підготовлювані кримінальні правопорушення, які отримані з інших джерел.

2. Підставою для початку кримінального провадження є наявність достатніх даних, що вказують на ознаки діяння, передбаченого кримінальним законодавством України.

3. Заяви або повідомлення про кримінальне правопорушення можуть бути усними або письмовими. Усні заяви заносяться до протоколу, який підписують заявник та посадова особа, що прийняла заяву. Заявник попереджається про кримінальну відповідальність за завідомо неправдиве повідомлення про вчинення злочину, відповідно до ст. 383 КК України.

Повідомлення службових осіб, органів, установ, підприємств та організацій про вчинення кримінального правопорушення викладається в письмовій формі. До повідомлення можуть бути додані документи і предмети, які підтверджують обставини вчинення діяння, передбаченого законом України про кримінальну відповідальність.

Явка з повинною – добровільне, особисте і безпосереднє письмове чи усне повідомлення заявником слідчому, прокурору, судді або суду про кримінальне правопорушення до початку досудового розслідування. Якщо кримінальне провадження вже розпочато, таке повідомлення заявником має бути зроблене до його повідомлення про підозру.

Усна заява заноситься до протоколу, в якому зазначаються відомості про особу заявника і зміст його заяви від першої особи. Протокол підписують заявник і посадова особа, яка склала протокол.

Якщо усна заява про явку з повинною зроблена в судовому засіданні, то відомості про особу заявника і зміст його заяви заносяться до журналу судового засідання і підписуються заявником. Слідчий суддя або головуючий протягом трьох днів надсилає витяг із журналу судового засідання відповідному прокурору.

Письмова заява про явку з повинною має бути підписана заявником і посадовою особою, яка прийняла заяву, із зазначенням на заяві дати її прийняття.

Особа, яка звернулася із заявою про явку з повинною користується правами заявника, передбаченими ч. 2 ст. 60 КПК України.

4. Слідчий, прокурор невідкладно, але не пізніше 24 годин після подання заяви, повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення або після самостійного виявлення ним із будь-якого джерела обставин, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення, зобов'язаний внести відповідні відомості до Єдиного реєстру досудових розслідувань.

Водночас слідчий зобов'язаний вжити всіх можливих заходів, щоб запобігти кримінальному правопорушенню або припинити його. За наявності відповідних підстав, що свідчать про реальну загрозу життю та здоров'ю особи, яка повідомила про кримінальне правопорушення, треба вжити необхідних заходів для убезпечення заявника, а також членів його сім'ї та близьких родичів, якщо шляхом погроз або інших протиправних дій щодо них робляться спроби вплинути на заявника.

5. Коли необхідно перевірити заяву або повідомлення про кримінальне правопорушення, така перевірка здійснюється слідчим, прокурором у строк не більше десяти днів із моменту внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань. Протягом проведення такої перевірки забороняється вчинення будь-яких слідчих (розшукових) дій, передбачених цим Кодексом, за винятком огляду місця події в невідкладних випадках. Перевірка може проводитися шляхом відібрання пояснень від окремих громадян чи посадових осіб, витребування необхідних документів чи їх копій, одержання висновків спеціалістів у відповідних галузях знань або проведенням ревізій, матеріалів перевірки.

6. За результатами проведення перевірки відомостей про кримінальне правопорушення слідчий, прокурор ухвалює постанову про початок досудового розслідування або постанову про відмову в початку такого розслідування.

Постанови, ухвалені за результатами проведення перевірки відомостей про кримінальне правопорушення, можуть бути оскаржені до слідчого судді.

7. Слідчий, прокурор у постанові про початок досудового розслідування вказує приводи і підстави, статтю кримінального закону, за ознаками якої розпочинається кримінальне провадження.

Якщо на момент ухвалення рішення про початок досудового розслідування встановлено особу, яка вчинила кримінальне правопорушення, кримінальне провадження повинно бути почато щодо цієї особи, із цього моменту цю особу треба вважати підозрюваною.

Після початку досудового розслідування прокурор направляє матеріали кримінального провадження відповідному слідчому з

дотриманням правил підслідності та доручає ведення досудового розслідування.

Якщо слідчий самостійно ухвалив рішення про початок досудового розслідування, то він у письмовій формі повідомляє про це прокурора і після прийняття на себе кримінального провадження починає досудове розслідування.

У разі початку кримінального провадження прокурор, слідчий зобов'язаний негайно вручити копію відповідної постанови особі, щодо якої розпочато досудове розслідування, та потерпілому. За неможливості негайного вручення копія постанови вручається не пізніше трьох діб із моменту її винесення. У разі неможливості вручення зазначеним особам копії постанови про початок досудового розслідування у вказаний вище строк через їхню хворобу, неможливість встановлення місця перебування чи з інших поважних причин, копія постанови вручається протягом трьох діб із моменту явки, приводу чи встановлення місця перебування цих осіб.

Якщо особа відмовляється одержати копію постанови про початок досудового розслідування, прокурор, слідчий складають відповідний протокол. Представнику потерпілого, захиснику чи законному представнику підозрюваного копія постанови про початок досудового розслідування вручається або надсилається на їхню письмову вимогу протягом трьох діб із моменту надходження такої вимоги».

Отже, навіть стисло наведені пропозиції дають підставу для висновку про термінове введення до загальної системи кримінального судочинства першої стадії кримінального процесу – стадії початку досудового розслідування.

## **Порядки закінчення досудового розслідування**

Певні недоліки та неузгодженості мають і норми, які регулюють порядки закінчення досудового розслідування.

Так, аналіз положень ст. 283 КПК дає підстави для висновків, що фактично в ч. 2 закон передбачає не три, а чотири форми закінчення досудового розслідування, оскільки в п. 3 зазначеної частини передбачається, що прокурор може: а) звернутися до суду з обвинувальним актом; б) з клопотанням про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру. На самотійність існування цих форм закінчення досудового розслідування вказує як наявність окремих норм в § 3 гл. 24 КПК, так і передбачених законом особливих порядків кримінального провадження про застосування примусових заходів виховного і медичного характеру.

Крім того, у ст. 283 КПК акцентується увага на тому, що лише прокурор може ухвалити підсумкове рішення за результатами досудового розслідування, що не узгоджується із ч. 3 ст. 284 КПК, згідно з якою і слідчий має право своєю постановою закрити кримінальне провадження з підстав, передбачених п. п. 1, 2, 4 ч. 1 цієї статті, якщо в цьому провадженні жодній особі не повідомлено про підозру.

Використання в ст. 283 КПК терміна «у найкоротший строк» має декларативний характер і якого-небудь змістовного навантаження не несе, оскільки законом передбачені певні строки.

У ч. 5 ст. 284 КПК вказується, що постанова слідчого про закриття провадження також може бути скасована прокурором за скаргою заявника, потерпілого, якщо така скарга подана протягом десяти днів із моменту отримання заявником, потерпілим копії постанови. Вважаємо, що останнє положення сформульовано не досить коректно, оскільки підставою для

скасування постанови слідчого є не наявність скарги, а результати її перевірки і встановлення фактів незаконності чи необґрунтованості рішення слідчого.

Далі. У ст. 284 КПК із невідомих для нас причин, окрім підстав і процесуального порядку закриття кримінального провадження, яке здійснюють слідчий, прокурор, передбачені підстави та порядок закриття провадження судом (див. ч. ч. 2, 6, 7, 8 цієї статті). Незрозумілість позиції законодавця в цьому питанні полягає в тому, що в даній статті може йтися лише про закриття провадження на стадії досудового розслідування, а не на судових стадіях. Про це свідчить розміщення ст. 284 КПК в р. III «Досудове розслідування» та назви гл. 24 і § 1 КПК цієї глави. А вказані вище підстави і процесуальний порядок закриття кримінального провадження мають бути предметом регулювання, який стосується стадії судового розгляду, оскільки рішення про закриття провадження ухвалюються судом на основі розгляду матеріалів провадження по суті, тобто в суді першої інстанції чи наступних судових інстанціях, але жодним чином не належать до стадії досудового розслідування. Наявні і деякі інші неузгодженості, які стосуються процесуального порядку закінчення досудового розслідування та потребують корегування.

### **Учасники кримінального провадження**

На наш погляд, потребують змін положення щодо процесуального статусу деяких суб'єктів кримінального судочинства, які діють на стадії досудового розслідування. Зокрема, це стосується прокурора, слідчого, потерпілого. Згідно із ч. 2 ст. 36 КПК, прокурор здійснює нагляд за додержанням законів під час проведення досудового розслідування у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням. Але повноваження



прокурора, які дістали узагальнену назву «процесуальне керівництво» та передбачені ч. 2 згаданої статті КПК, по суті своїй є нічим іншим, як одним із засобів здійснення кримінального переслідування. Але водночас не враховано, що Конституція України не покладає на органи прокуратури здійснення функцій кримінального переслідування на етапі досудового розслідування. Варто мати на увазі, що покладання на прокуратуру функції процесуального керівництва означає не тільки появу нових повноважень органів досудового розслідування, а й персональної відповідальності прокурорів за якість і ефективність розкриття і подальшого розслідування всіх злочинів. Відсутня і конкретна юридична відповідальність за недбале виконання прокурорами обов'язків щодо керівництва органами досудового розслідування, оскільки такої не передбачається.

Як на нашу думку, то на пильну увагу заслуговує корекція кримінально-процесуального статусу слідчого – центральної фігури стадії досудового розслідування. Під час аналізу положення ст. 40 КПК є підстави констатувати, що процесуальний статус слідчого виписаний не досить чітко, а за кількома позиціями його повноваження значно звужені порівняно із правилами, які передбачалися ст. 114 КПК (1960 р.). Зокрема, незважаючи на задекларовану самостійність слідчого, він зобов'язаний виконувати доручення та вказівки як прокуратури, так і керівника органу досудового розслідування, але водночас він не має права на їх оскарження. Окрім того, очевидне звуження повноважень слідчого й обмеження його самостійності в ухваленні процесуальних рішень призводить на практиці до затягування досудового слідства, оскільки для того, щоб вчинити більшість процесуальних дій, він повинен отримувати згоду прокурора та дозвіл слідчого судді або

повідомляти про їх учинення, що відволікає його від виконання своєї прямої професійної функції – розслідування злочинів. І все це сьогодні відбувається на фоні небувалого перевантаження слідчих як через кадровий некомплект слідчих, так і виконання невластивих їм функцій (здійснення негласних слідчих (розшукових) дій, роботи з розслідування багатьох проваджень, які потім закриваються на підставі п. п. 1, 2 ч. 1 ст. 284 КПК, тобто тут фактично йдеться про результати їхньої роботи, яка нікому не потрібна, коли можна було обмежитися відмовними матеріалами (на сленгі слідчих – це робота на кошик)).

Вважаємо, що з урахуванням практики застосування КПК варто передбачити такі положення, які б сприяли формуванню дійсної, а не уявної самостійності і незалежності слідчого, а саме:

а) що слідчий у разі незгоди з рішенням (вказівками) прокурора чи керівника органу досудового розслідування має право подати матеріали кримінального провадження з письмовим викладом своїх заперечень прокурору, який здійснює нагляд за досудовим розслідуванням, або прокурору вищого рівня. Подання заперечення на рішення (вказівки) не зупиняє їх виконання, за винятком подання заперечення на вказівки щодо повідомлення про підозру, про кваліфікацію кримінального правопорушення та обсяг підозри (обвинувачення), про складання обвинувального акта або про закриття провадження;

б) витребування в слідчого кримінального провадження неможливе, крім випадків, передбаченими КПК. Слідчий не зобов'язаний давати пояснення щодо суті закінчених ним кримінальних проваджень, які перебувають чи перебували в нього, а також надавати їх будь-кому для ознайомлення інакше, як у випадках і в порядку, передбачених КПК;

в) суттєво скоротити кількість слідчих та інших процесуальних дій, які потребують згоди та дозволу слідчого судді.

Тільки за додержання вказаних і деяких інших умов можливе максимальне використання інтелектуального та творчого потенціалу наших слідчих у розкритті та якісному розслідуванні, насамперед, тяжких і особливо тяжких злочинів, замість біганини по кабінетах і виконання ними не властивих їм функцій.

Доцільно, на наш погляд, потерпілого віднести до сторони обвинувачення, оскільки злочином порушено його права, інтереси, завдано шкоди, і він має на меті справедливе притягнення до відповідальності винного, та з огляду на його активну роль у справах про приватне обвинувачення та наявність права підтримувати обвинувачення в суді в разі відмови прокурора від підтримання державного обвинувачення.

### **Слідчі (розшукові) дії**

Наступна пропозиція щодо вдосконалення КПК стосується системи слідчих (розшукових) дій, та їхньої процесуальної регламентації – основного способу збирання і перевірки доказів на стадії досудового розслідування. Почнемо з того, що з незрозумілих для нас причин цей спосіб безпідставно названий ще й «розшуковим». Розшук – це тільки одна із цілей слідчих дій, та й то лише деяких, наприклад, обшук. Із системи слідчих дій зникли як самостійні очна ставка, виїмка, допущені неточні формулювання змісту та мети слідчого експерименту тощо. Так, згідно із ч. 9 ст. 224 КПК, передбачається, що слідчий, прокурор мають право провести одночасний допит двох чи більше вже допитаних осіб для з'ясування розбіжностей в їхніх показаннях, тобто мова йде про очну ставку. Визнаємо той факт, що очна ставка має деякі риси, притаманні допиту, але водночас цей допит має свої специфічні

процесуальні, психологічні та тактичні особливості, зумовлені предметом, умовами та порядком проведення, що характерні тільки для цієї дії, які в сукупності дозволяють відрізнити її від інших слідчих дій. Законодавець із неясних для нас мотивів ввів заборону на очну ставку за участі малолітнього або неповнолітнього свідка чи потерпілого разом із підозрюваним у провадженнях щодо злочинів проти статевої свободи, недоторканості, а також щодо злочинів, вчинених із застосуванням насильства або погрозою його застосування (ч. 9 ст. 224 КПК). Вказана заборона суперечить міжнародно-правовим документам, зокрема порушено право підозрюваного на конфронтацію, а тому має бути вилучена з тексту відповідної статті.

Варто змінити як назву ст. 239 КПК, так і мету цієї слідчої дії, назвавши її просто «Експертиза», а мета – це насамперед проведення додаткової, повторної або комісійної експертизи, впізнання трупа, а не тільки його огляд, як це записано в КПК.

Як на наш погляд, варто повернутися до назви «Відтворення обстановки і обставини подій», передбачити дві самостійні слідчі дії «Слідчий експеримент» і «Перевірка показань на місці».

### **Локальний предмет доказування**

Має рацію і доцент Т. В. Лукашкіна [3] та інші науковці щодо актуальності введення такого поняття, як «локальний предмет доказування». Це пов'язано з тим, що під час кримінального провадження виникає необхідність вирішення деяких питань, для чого потрібно встановити певні обставини, зокрема, у зв'язку зі здійсненням слідчим суддею функції судового контролю. Так, розгляд слідчим суддею клопотання слідчого, прокурора про застосування до підозрюваного, обвинуваченого запобіжного заходу потребує встановленої наявності відповідних підстав та

умов (ст. 177 КПК). Перелік тих обставин, які необхідно встановити для ухвалення окремих процесуальних рішень під час провадження, і становить так званий локальний предмет доказування. Конкретність передбачуваних елементів локального предмета доказування буде сприяти запобіганню розширенню обставин, які намагаються дослідити під час розгляду клопотань слідчим суддею та спроб перетворення судового засідання щодо зазначеного на повноцінне судове слідство, як це подекуди спостерігаємо в практичній діяльності.

### **Підслідність**

Потребує, на наш погляд, і більш ретельної редакції норма щодо підслідності кримінальних проваджень, оскільки вже сьогодні є суперечності між різним правоохоронними органами (прокуратура, Служба безпеки України, Національне антикорупційне бюро України, Міністерство внутрішніх справ, Державне бюро розслідувань, військова прокуратура). Варто пам'ятати, що порушення правила про підслідність може в майбутньому призвести до визнання доказів недопустимими внаслідок збирання і перевірки фактичних даних неналежними суб'єктами доказування.

### **Висновки**

Удосконалення ефективності досудового розслідування потребує внесення системних змін і доповнень до КПК України. Насамперед це стосується ст. 214, в якій треба регламентувати: приводи (джерела) та підставу для початку досудового розслідування; вимоги до заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення; можливість перевірки заяви та повідомлення про кримінальне правопорушення (така перевірка має здійснюватися слідчим, прокурором у строк не більше десяти днів із моменту внесення відомостей до Єдиного реєстру

досудових розслідувань, протягом її проведення забороняється вчинення будь-яких слідчих дій, передбачених КПК, за винятком огляду місця події в невідкладних випадках; перевірка може проводитися шляхом відібрання пояснень окремих громадян чи посадових осіб, витребування необхідних документів чи їх копій, одержання висновків спеціалістів у відповідних галузях знань або проведенням ревізій, матеріалів перевірки); необхідність ухвалення за результатами проведення перевірки постанови про початок досудового розслідування або постанови про відмову в початку такого розслідування, яка може бути оскаржена в слідчого судді; негайне вручення копії постанови особі, щодо якої розпочато досудове розслідування, та потерпілому. Також для реальної процесуальної самостійності і незалежності слідчого необхідно передбачити такі правила: слідчий у разі незгоди з рішенням (вказівками) прокурора чи керівника органу досудового розслідування має право подати матеріали кримінального провадження з письмовим викладом своїх заперечень прокурору, який здійснює нагляд за досудовим розслідуванням, або прокурору вищого рівня. Подання заперечення на рішення (вказівки) не зупиняє їх виконання, за винятком подання заперечення на вказівки щодо повідомлення про підозру, про кваліфікацію кримінального правопорушення й обсяг підозри (обвинувачення), про складання обвинувального акта або про закриття провадження; витребування в слідчого кримінального провадження неможливе, крім випадків, передбаченими КПК. Слідчий не зобов'язаний давати пояснення щодо суті закінчених ним кримінальних проваджень, які перебувають чи перебували в нього, а також надавати їх будь-кому для ознайомлення інакше, як у випадках і в порядку, передбачених КПК; скоротити кількість слідчих та інших процесуальних дій, які потребують згоди та дозволу слідчого судді. До сторони обвинувачення варто віднести потерпілого.

У контексті системи слідчих (розшукових) дій треба повернутися до назви «Відтворення обстановки і обставини подій», передбачити дві самостійні слідчі дії: «Слідчий експеримент» і «Перевірка показань на місці».

### **Список використаних джерел:**

1. Волобуєв А.Ф. Проблемні питання початку досудового розслідування. Актуальні проблеми кримінального права, процесу та криміналістики: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої ХХ-річчю Національної академії правових наук України, м. Одеса, 1 листопада 2013 р. Одеса: Фенікс. С. 237-240.

2. Татаров О.Ю. Застосування деяких положень нового КПК України потребує унормування. Митна справа. 2013. № 4 (88). Ч. 2. Кн. 1. С. 182-187.

3. Якубова А.З. Окремі аспекти початку досудового розслідування за новим кримінальним процесуальним законодавством України. Національний вісник Ужгородського національного університету. 2012. С. 139-141.

4. Берназ В.Д., Неледва Н.В. Регламентация початку досудового розслідування як основа кримінально-процесуального провадження. Новини кримінального процесуального кодексу України. 2012. Ч. 2. К.: Істина. С. 43-50.

5. Чурікова І.В. Початок досудового розслідування у кримінальному процесі України. Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. 2013. № 2. С. 226-231.

6. Лукашкіна Т.В. Локальний предмет доказування. Кримінально-процесуальне право України / за загал. ред. Ю.П. Аленіна. Харків: Одісей, 2009. С. 239-242.

**Аркуша Л.І.,**  
*доктор юридичних наук, професор,  
професор кафедри криміналістики  
Національного університету «Одеська юридична академія»*

## **ПОНЯТТЯ ТА ОСОБЛИВОСТІ ВИКОРИСТАННЯ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ У РОЗСЛІДУВАННІ ЗЛОЧИНІВ**

### **Вступ**

Злочинність постійно видозмінюється, злочинці вдосконалюють способи і форми своїх протиправних дій, а це, у свою чергу, закономірно негативно впливає на досудове розслідування, ускладнюючи реалізацію його процедур. Це зазвичай виражається в проблемному підході до вибору слідчим процесуальних засобів оптимально і ситуаційно відповідних до збирання доказів, орієнтуючої криміналістично значущої інформації, контролю над ситуацією розслідування, скорочення його термінів, покращення якості.

Сучасна практика діяльності правоохоронних органів свідчить, що визначені законом слідчі і процесуальні дії зі збирання, дослідження й оцінки слідчими доказів не завжди повною мірою дозволяють досягти поставленої мети – повного розкриття злочину за допомогою викриття винного, притягнення його до кримінальної відповідальності і призначення справедливого покарання.

Сучасна кримінальна ситуація закономірно вимагає вдосконалення способів і засобів діяльності органів досудового розслідування. Об'єктивно вони потребують сучасних удосконалених криміналістичних методів і засобів доведення. Їх застосування може сприяти оптимізації процесів досудового провадження.



Особливе місце посідають негласні слідчі (розшукові) дії як засіб вирішення складних тактичних завдань добування кримінально значущої інформації (доказової та орієнтуючої криміналістично значущої) про злочин у процесі його розслідування.

Саме негласні слідчі (розшукові) дії створюють зараз можливість виявлення і подальшого документування окремих проявів сучасної злочинної діяльності.

І хоча практика застосування окремих негласних слідчих (розшукових) дій накопичується, з теоретичного погляду поняття, сутність і особливості проведення стали предметом дослідження багатьох науковців, як-от: Ю. П. Аленін, К. В. Антонов, Л. І. Аркуша, О. М. Бандурка, В. Д. Берназ, Р. І. Благута, М. П. Водько, А. Ф. Волобуєв, В. Г. Гончаренко, О. В. Капліна, В. А. Колесник, Д. Й. Никифорчук, В. Т. Нор, М. А. Погорецький, Д. Б. Сергєєва, Є. Д. Скулиш, М. В. Стацак, С. Р. Тагієв, В. Є. Тарасенко, В. Г. Уваров, Л. Д. Удалова, В. В. Шендрик, Р. М. Шехавцов, М. Є. Шумило, С. С. Чернявський та ін.

Однак сутність і значення негласного характеру слідчих (розшукових) дій, їх класифікація, а також особливості їх проведення залежно від проявів злочинної діяльності, мають дискусійний характер, потребують подальшого дослідження та зумовлюють актуальність обраного напрямку.

### **Поняття та класифікація негласних слідчих (розшукових) дій**

Згідно зі змістом гл. 21 Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) України, негласні слідчі (розшукові) дії (далі – НСРД) – це різновид слідчих (розшукових) дій, спрямованих на отримання (збирання) доказів або перевірку вже отриманих доказів у

конкретному кримінальному провадженні. Отже, НСРД є процесуальними діями, підстави, порядок проведення та використання результатів яких визначено ст. 246 та іншими статтями КПК України.

Якщо порівняти негласні слідчі (розшукові) дії з оперативно-розшуковими заходами, останні не мають процесуального характеру, підстави та порядок їх проведення, напрями використання їхніх результатів передбачено не в КПК України, а в Законі України «Про оперативно-розшукову діяльність» та інших спеціальних законах [15; 16; 17; 18], які регламентують діяльність суб'єктів оперативно-розшукової діяльності (далі – ОРД). Крім того, підстави та мета заходів ОРД визначені ст. ст. 6, 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», де досить чітко й однозначно вказано на цю різницю і підкреслено, що проведення оперативно-розшукових заходів регулюється з урахуванням питань, обумовлених специфікою мети їх проведення, й інших особливостей.

Запровадження інституту негласних слідчих (розшукових) дій дає можливість слідчому застосовувати їх аналогічно слідчим (розшуковим) діям, але використовуючи негласні, конфіденційні заходи та засоби або методи, що не підлягають розголошенню.

Вказану ключову ознаку НСРД зазначають і вітчизняні вчені-процесуалісти та практики, зауважуючи, що слідчі (розшукові) дії треба відрізняти від негласних слідчих (розшукових) дій, які, хоча і є їх різновидом, проте відомості про факт та методи їх проведення не підлягають розголошенню [4, с. 17].

Зазначена ознака зумовила негласність слідчих (розшукових) дій, що передбачає особливий порядок їх підготовки, проведення та зберігання і використання отриманих результатів у режимі

прихованості до певного часу від інших осіб, непричетних до їх проведення.

Таємниця одержання зазначених відомостей повинна бути забезпечена не тільки щодо осіб-фігурантів негласних слідчих (розшукових) дій, а й стосовно осіб, які можуть мати доступ до матеріалів кримінального провадження й оперативних матеріалів.

На наш погляд, негласність має враховуватися під час процесуального оформлення дозволів та в самому порядку проведення НСРД [8, с. 129-134], а також в окресленні кола учасників, у способі фіксування та використання результатів їх проведення. Така форма проведення НСРД дозволяє попередити можливу протидію розслідуванню злочину, гарантувати безпеку учасників кримінального провадження, зібрати відомості про злочин і особу, яка його скоїла [11, с. 554].

Згідно із тлумачним словником, «негласний» означає невідомий для більшості; прихований, таємний [21, с. 445], а «таємниця» – це те, що приховується від інших, відоме не всім; секрет, таїна, тайна; відомості, знання про щось, способи досягнення чого-небудь, невідомі іншим; те, що не пізнане, не стало відомим або ще не доступне пізнанню, таїнство; прихована внутрішня суть явища, предмета; прихована причина [13, с. 501].

Деякі автори вважають, що негласність проведення слідчих (розшукових) дій виражається в нерозголошенні інформації особам, злочинна діяльність яких документується, та іншим сторонам, що не беруть безпосередньої участі в провадженні, за винятком випадків, передбачених КПК України [19, с. 86].

Стосовно кримінального процесу й оперативно-розшукової діяльності негласність – статичність певної інформації або діяльності, приховуваної від зацікавлених осіб. Забезпечення негласності – діяльність уповноважених учасників кримінального

процесу та суб'єктів оперативно-розшукової діяльності, спрямована на приховування підготовки і застосування дій, сил, заходів, методів, а також отриманої інформації, здатної вплинути на виявлення, розкриття та розслідування злочинів.

Негласність у кримінальному процесі, оперативно-розшуковій діяльності й інших галузях дозволяє досягти різних цілей, вирішити індивідуальні завдання, оскільки негласність – це не самоціль, а засіб досягнення цілей.

Відмінність поставлених перед зазначеними вище видами діяльності цілей і завдань зумовлює і специфіку засобів їх досягнення. Для кримінального процесу здебільшого достатньо відсторонити конкретну особу від певних відомостей шляхом забезпечення дотримання режиму нерозповсюдження закритої інформації. Водночас для ОРД, де суб'єкти мають протилежні цілі, де стикаються інтереси сторін, а їхні відносини мають характер конфлікту, необхідно застосовувати засоби, здатні протистояти протидії законній діяльності оперативних підрозділів [23, с. 22-23].

Варто підкреслити, що *негласність* для негласних слідчих (розшукових) дій є обов'язковим складником, без якого втрачається сенс їх застосування під час виявлення та розслідування злочинів, які визначені законодавцем. Також варто наголосити на негласності як категорії, яка має означати неочевидність, прихованість здійснюваних заходів, підвищену конспіративність у повсякденній робочій діяльності спеціальних суб'єктів, спрямованій на виявлення, запобігання, розкриття злочинів і подальше їх розслідування.

Окресливши особливості окремих складників сутності поняття негласних слідчих (розшукових) дій, доцільно навести їх класифікацію, що ґрунтується на положеннях чинного кримінального процесуального законодавства, Інструкції [14].

У науковій літературі поняття «класифікація» розглядається як система розподілу однорідних предметів на основі їхніх загальних ознак [20].

Необхідність класифікації негласних слідчих (розшукових) дій обумовлюється тим, що цей аспект пізнання предмета дослідження пов'язаний із з'ясуванням відповідних підстав, що відображають суттєві ознаки досліджуваних дій і сприяють пізнанню як внутрішніх зв'язків між окремими НСРД, так і негласних слідчих (розшукових) дій зі слідчими (розшуковими) й іншими процесуальними діями, а також оперативно-розшуковими заходами.

Велике теоретичне та практичне значення класифікації, на думку І. М. Козьякова, полягає в тому, що вона дозволяє на науковій основі здійснити достатньо чітке розмежування видів НСРД, сприяючи тим самим правильному розумінню їхнього змісту, призначення та місця в системі процесуальних засобів досудового розслідування [6, с. 85-89].

Оптимальним підходом до класифікації НСРД є позиція професора В. А. Колесника, в якій поєдналася нормативно-правовий і науковий складники. На його думку, класифікація негласних слідчих (розшукових) дій може бути запропонована за різними підставами, як-от: за порядком надання дозволу на проведення; за характером і обсягом втручання у сферу прав та інтересів особи; за процесуальним статусом особи, що їх проводить, та участю у слідчій дії інших осіб; за характером відомостей, які отримують у результаті їх проведення тощо. Кожна з таких класифікаційних систем передбачатиме окрему мету їх створення. У процесуальному розумінні доцільно зводити до певної системи види окремих негласних слідчих (розшукових) дій, проведення яких встановлено КПК України, оскільки в основі

такої класифікації лежать методи правового регулювання й ідея законодавця, яка втілена в процесуальних нормах, що стосуються порядку їх підготовки і здійснення на стадії досудового розслідування [7, с. 45].

Наголосимо на тому, що класифікація в якійсь галузі юридичного знання – це здебільшого результат інтелектуальної діяльності дослідника. Слідчих і оперативних працівників здебільшого цікавить вид та підстави для проведення якоїсь негласної слідчої (розшукової) дії, вони не вдаються до детальної класифікації, хоча така класифікація здатна збагатити їхню правосвідомість додатковими структурно-логічними зв'язками, що надалі може сприяти оптимізації відомчої та міжвідомчої взаємодії із проведення негласних слідчих (розшукових) дій.

З набранням чинності КПК України в теорії кримінального процесу сформувалося декілька підходів до визначення підстав для класифікації негласних слідчих (розшукових) дій [9, с. 435; 10, с. 252-253].

Так, КПК України групує досліджувані дії за характером і обсягом втручання у сферу прав та інтересів особи на такі класифікаційні блоки: негласні слідчі (розшукові) дії, пов'язані із втручанням у приватне спілкування (§ 2 гл. 21); інші види негласних слідчих (розшукових) дій (§ 3 гл. 21). Своєю чергою, Інструкція передбачає класифікацію негласних слідчих (розшукових) дій на такі: а) негласні слідчі (розшукові) дії, які проводяться виключно в кримінальному провадженні щодо тяжких або особливо тяжких злочинів; б) негласні слідчі (розшукові) дії, що проводяться незалежно від тяжкості злочину.

Класифікація, яка міститься в Інструкції, на наш погляд, визначає вичерпний перелік негласних слідчих (розшукових) дій.

Аналіз наявних поглядів багатьох фахівців [3, с. 55-57; 22, с. 48-57; 7, с. 45; 1, с. 149-151; 2, с. 141-144] дозволяє класифікувати негласні слідчі (розшукові) дії за такими підставами:

1) за тяжкістю злочинів, для виявлення, попередження та розслідування яких застосовуються НСРД, згідно з Інструкцією [14], негласні слідчі (розшукові) дії доцільно розподілити на: негласні слідчі (розшукові) дії, які проводяться виключно в кримінальному провадженні щодо тяжких або особливо тяжких злочинів (ст. ст. 260, 261, 262, 263, 264, 267, 269, 269-1, 270, 274, 269, 271, 272 КПК України), та негласні слідчі (розшукові) дії, які проводяться незалежно від тяжкості злочину (ч. 2 ст. 264, ст. 268 КПК України);

2) за наявністю втручання в приватне спілкування внаслідок застосування НСРД виокремлюють негласні слідчі (розшукові) дії, які пов'язані із втручанням у приватне спілкування (ст. ст. 260, 261, 262, 263, 264 КПК України), та інші негласні слідчі (розшукові) дії (ст. ст. 267, 268, 269, 270, 271, 272, 274 КПК України);

3) за суб'єктом ухвалення процесуальних рішень НСРД поділяються на такі, що проводяться за рішенням: слідчого судді за клопотанням прокурора або за клопотанням слідчого, погодженого із прокурором (ст. ст. 260-264, 267, 268, 269, 269-1, 270, ч. 8 ст. 271, ст. 274 КПК України); прокурора (ст. 269-1 КПК України); прокурора або слідчого, за погодженням із прокурором (ч. 1 ст. 250 КПК України); прокурора або слідчого (ч. 2 ст. 264 КПК України); прокурора або слідчого, за погодженням із керівником органу досудового розслідування (ст. 272 КПК України);

4) за суб'єктом проведення – негласні слідчі (розшукові) дії, які ініціюються та проводяться основними суб'єктами (слідчий

(ч. 6 ст. 246 КПК), або за дорученням слідчого – уповноваженими оперативними підрозділами (ст. 40 КПК України)), та додатковими суб'єктами (співробітниками оперативно-технічних відділів (ч. 1 ст. 262 КПК України); керівниками та працівниками установ зв'язку ( ч. ч. 1, 5 ст. 262, ч. 4 ст. 263 КПК України), банківських установ (абз. 2 ч. 2 ст. 269-1 КПК України); особою, яка, відповідно до закону, виконує спеціальне завдання, беручи участь в організованій групі чи злочинній організації (ч. 1 ст. 272 КПК України); конфідентом – особою, яка є учасником організованої групи чи організації, який на конфіденційній основі співпрацює з органами досудового розслідування (ч. 1 ст. 272 КПК України), або з іншими особами, або особисто залучена до проведення НСРД (ч. 1 ст. 275 КПК України));

5) за місцем розгляду клопотань про надання дозволу НСРД поділяються на негласні слідчі (розшукові) дії, які проводяться в межах територіальної юрисдикції органу досудового розслідування (ч. 1 ст. 247 КПК України), а також ті, які проводяться поза межами територіальної юрисдикції органу досудового розслідування, який здійснює досудове розслідування щодо суддів, працівників суду та правоохоронних органів та/або в приміщеннях судових і правоохоронних органів (ч. 2 ст. 247 КПК України);

6) за строками виконання дозволу слідчого судді НСРД поділяються на негласні слідчі (розшукові) дії, які проводяться до строків, указаних в ухвалі слідчого судді (ст. 249 ч. 4 КПК України); а також ті, які проводяться до виконання конкретної дії, наприклад, встановлення місцезнаходження розшукуваної особи (ч. 4 ст. 249 КПК України);



7) за цільовим призначенням – це негласні слідчі (розшукові) дії, спрямовані: а) на збирання доказів; б) на перевірку зібраних доказів; в) на розшук осіб, які переховуються від слідства і суду.

Представлена класифікація негласних слідчих (розшукових) дій має не лише теоретичне, а й практичне значення, та може бути врахована в подальших дослідженнях.

### **Деякі особливості використання окремих негласних слідчих (розшукових) дій**

Не зменшуючи вагомості застосування всіх негласних слідчих (розшукових) дій під час попередження, виявлення та розслідування злочинів, зосередимо свою увагу на деяких із них, як-от контроль за вчиненням злочину (окремі його форми – спеціальний слідчий експеримент та імітація обстановки вчинення злочину) і спостереження за особою, місцем або реччю.

Якщо говорити про поняття контролю за вчиненням злочину, то варто зазначити, що більшість дослідників визначає контроль за вчиненням злочину через його форми, що цілком відповідає змісту відповідної правової норми (ст. 271 КПК), і можна визначити як нормативний підхід. Так, наприклад, у навчально-практичному посібнику С. С. Кудінова, Р. М. Шехавцова, О. М. Дроздова, С. О. Гриненко контроль за вчиненням злочину визначений як негласна слідча (розшукова) дія, яка полягає в перевірці за рішенням прокурора відомостей про підготовку або вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину в таких формах, як: контрольована поставка; контрольована закупівля, спеціальний слідчий експеримент; імітування обстановки злочину [12, с. 326].

Отже, етимологічно контроль за вчиненням злочину варто визначити як стан спостереження з метою перевірки будь-якої діяльності, яка здійснюється (проводиться) (і в результаті

оформляється), за суспільно-небезпечним, протиправним, злочинним діянням, передбаченим кримінальним законом.

Ознаки, що характеризують контроль за скоєнням злочину, можна умовно розділити на дві групи:

1) об'єктивні ознаки: характер вчиненого або підготовлюваного злочинного діяння (тяжкий чи особливо тяжкий злочин; підвищена суспільна небезпека); неможливість нейтралізації скоєння злочину або настання наслідків за допомогою профілактичного впливу (виняток – не проводиться, якщо неможливо цілком запобігти: а) посягання на життя або заподіяння особі (особам) тяжких тілесних ушкоджень; б) поширенню речовин, небезпечних для життя багатьох людей; в) втечі осіб, які вчинили тяжкі або особливо тяжкі злочини; г) екологічній або техногенній катастрофі. У цих випадках усі дії спрямовані на припинення злочину з мінімальними ризиками); мета здійснення – виявлення злочинних намірів, недопущення настання суспільно-небезпечних наслідків;

2) суб'єктивні ознаки: стійкий намір досягнення злочинної мети, властивий особам, які планують і готують вчинення злочину; з боку особи, яка здійснює дане НСРД, забороняється провокувати особу на вчинення злочину, допомагаючи якимись способами вчинити злочин або впливаючи за допомогою насильства, загроз, шантажу, яке особа б не вчинила, якби слідчий цьому не сприяв. Варто врахувати, що здобуті таким неправомірним шляхом речі і документи не можуть використовуватися як докази в кримінальному провадженні.

З метою запобігання вчиненню окремих злочинів оперативними підрозділами й органами досудового розслідування проводяться дії для створення умов, за яких виявляються справжні наміри особи щодо вчинення злочину, у межах

спеціального слідчого експерименту; або здійснюється імітування вчинення злочину – у формі імітації обстановки злочину. Яскравим прикладом є застосування зазначених форм контролю за скоєнням злочину в разі виявлення ознак підготовки до вчинення вбивства на замовлення.

Тактичними завданнями спеціального слідчого експерименту й імітації обстановки злочину в разі виявлення підготовки до вчинення вбивства на замовлення, зокрема, виходячи із цілей їх проведення, на наш погляд, є:

1. Встановлення реальності намірів особи (замовника або виконавця) щодо вчинення конкретного злочину: спостереження за поведінкою особи (замовника або виконавця скоєння вбивства на замовлення), зокрема й за прийняттям ним певних рішень; встановлення кінцевого результату поведінки особи щодо реалізації злочинних намірів (тобто самого вчинення вбивства на замовлення).

2. Встановлення невідомої особи (осіб), злочинних зв'язків, співучасників. У статті КПК йдеться про певну особу, але вона не завжди відома, іноді це може бути особа, з якою підозрюваний не знайомий, або з точністю не можна сказати, буде це особа А. або особа Б., через що буде цікавити її реакція та поведінка і в першому, і в другому випадку.

3. Недопущення злочинних наслідків, припинення злочинної діяльності: можливих злочинних реакцій обох сторін; припинення злочинної діяльності з інших злочинів, якщо йдеться про злочинну організацію, організовану злочинну групу тощо; перевірка фактів здійснення впливу (психічного, фізичного) на конкретну особу з боку інших осіб, встановлення останніх.

4. Отримання і фіксація відповідної доказової інформації. Варто підкреслити обов'язкову необхідність перед проведенням

спеціального слідчого експерименту й імітації обстановки злочину складання письмового плану, в який необхідно внести такі обставини: а) місце і час проведення (місце може бути підготовлене за ініціативою слідчого або працівника оперативного підрозділу, а може бути визначено за умовою замовника); б) основні завдання (наприклад, документування процесу спілкування мобільним телефоном або через Інтернет); в) кількість учасників та їх розташування (з огляду на необхідність гарантування безпеки всіх учасників); г) сутність дій, їхня послідовність і роль учасників експерименту в проведенні кожної з них (водночас, на наш погляд, необхідно визначити тільки вузлові моменти та врахувати можливі зміни в обстановці проведення заходу); г) вирішити питання про засоби зв'язку між виконавцем, посередником і замовником (залежно від рівня професіоналізму злочинців вид засобів зв'язку може бути визначений ними як обов'язкова умова); д) вивчити місце майбутнього експерименту або імітації, щоб краще орієнтуватися в навколишньому середовищі під час його проведення.

З тактичного погляду, спеціальний слідчий експеримент під час запобігання замаху на вчинення вбивства на замовлення проводиться тоді, коли слідчий чи працівники оперативних підрозділів отримують інформацію про те, що певна особа (кілер) планує скоїти вказаний злочин. Така інформація може бути отримана як від посередника, що добровільно (з різних причин) вирішив повідомити про наміри організатора та виконавця вчинення вбивства, або оточення будь-кого із суб'єктів вчинення зазначеного злочину за допомогою правильно організованої та функціонуючої конфіденційної (оперативно-розшукової) діяльності.

Також необхідно вказати, що, з тактичного погляду, імітування обстановки злочину в разі запобігання замаху на вчинення вбивства на замовлення здійснюється тоді, коли слідчий чи працівники оперативних підрозділів отримують інформацію про те, що певними особами (замовник, посередник) підшукується кілер для вчинення умисного вбивства.

Крім того, зазначені форми контролю за вчиненням злочину можуть бути складником тактичної операції «Реконструкція з перспективним характером». Перспективний характер можна розуміти як звернення до дослідження подій, обставин або явищ майбутнього, що пов'язано із практичною діяльністю зі встановлення обставин вчинення злочину (результати можуть фіксуватися в планах розслідування, проведення тактичної операції, окремого СРД / НСРД / ОРЗ).

Під час проведення зазначеної тактичної операції, ядром якої є згадані форми контролю за скоєнням злочину, слідчий, прокурор і уповноважені оперативні підрозділи мають право та повинні використовувати: 1) технічні засоби; 2) засоби забезпечення (конспірації, а саме: засоби маскуванню – матеріальні джерела для зміни зовнішнього вигляду суб'єктів НСРД, їхніх дій, апаратури, обладнання, приміщень і транспорту; засоби забезпечення конспірації, які можуть вільно використовуватися під час проведення всіх НСРД. У протоколах НСРД відомості про використання цих засобів не вказують; 3) попередньо ідентифіковані (помічені) засоби – засоби, які в процесі НСРД повинні виконувати функцію певних матеріальних об'єктів або юридичних утворень (підприємств, установ, організацій), пов'язаних із вчиненням злочину. Ці засоби можуть бути спеціально виготовленими (створеними) або справжніми. Відомості про їхню попередню ідентифікацію (опис) і нанесення

на них певних знаків (позначок, маркування) вказують у протоколі НСРД. Попередньо ідентифіковані (помічені) засоби, що застосовуються в проведенні НСРД, використовуються в процесі доведення у вигляді первинних матеріальних об'єктів, пов'язаних із вчиненням злочину (зокрема, документів щодо спеціально створених підприємств, установ, організацій), крім випадків, якщо суд встановить порушення положень КПК під час проведення НСРД; 4) комп'ютерні й інші бази даних, зокрема автоматизовані інформаційні системи оперативних та інших підрозділів правоохоронних органів, органів виконавчої влади та місцевого самоврядування; 5) розвідувальні комп'ютерні програми [5, с. 152-158].

Незамінним у зазначеній ситуації, а також в разі виявлення та розслідування інших тяжких злочинів є спостереження за особою, річчю або місцем. Це негласна слідча (розшукова) дія, яка полягає в негласному (замаскованому) візуальному стеженні за діями особи (або групи осіб) з метою пошуку, фіксації та перевірки під час досудового розслідування тяжкого або особливо тяжкого злочину відомостей про особу (осіб) та її (їхню) поведінку, або тих, з ким ця особа (особи) контактує, або певної речі чи місця в публічно доступних місцях із використанням або без використання відеозапису, фотографування, спеціальних технічних засобів для спостереження (ст. 269 КПК України).

Як свідчить практика запобігання вчиненню тяжким злочинам, у всіх випадках їх виявлення та розслідування використовувався відеозапис і фотографування.

Як свідчить аналіз оперативно-розшукової та слідчої практики, для отримання необхідних результатів від зазначеної дії необхідно володіти певними професійними здібностями, які властиві співробітникам підрозділів, що обслуговують оперативні

підрозділи суб'єктів ОРД, забезпечуючи їх необхідною інформацією, яка має не тільки доказове, але й орієнтовне значення.

Специфіка (підвищений рівень конфіденційності) наявності та застосування зазначених підрозділів також виправдовується умовами протидії злочинній діяльності.

Завданнями спостереження є: попередження та припинення злочинної діяльності осіб, за якими ведеться спостереження; встановлення та фіксація злочинної діяльності осіб, які є підозрюваними; виявлення злочинних зв'язків об'єктів спостереження, з якими вони вступають у контакт; фіксація телефонних розмов і надходження поштово-телеграфної кореспонденції; вивчення способу життя та поведінки об'єктів спостереження, їхніх звичок і маршрутів руху для використання цих відомостей у слідчій діяльності; виявлення причин і умов, що сприяють скоєнню зазначених злочинів; фіксація конкретних фактів злочинної діяльності осіб, за якими ведеться спостереження, та їхніх зв'язків за допомогою фото-, відеозйомки, оптичних та радіоприладів, інших технічних засобів; забезпечення проведення інших слідчих (розшукових) і негласних слідчих (розшукових) дій; гарантування безпеки працівників правоохоронних органів та осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві.

Важливою умовою успіху проведення спостереження є отримання необхідної інформації. Аналіз і оцінка такої інформації дає можливість прогнозувати поведінку об'єкта, а отже, планувати тактику спостереження.

У процесі спостереження за особою, річчю або місцем виявляється і накопичується різного роду інформація про діяльність об'єкта спостереження, серед якої передусім цікавить протиправна діяльність спостережуваного. На відміну від

побутової і професійної діяльності, вона залежить від цілої низки особливих обставин, які в кінцевому підсумку визначають її особливості. Така інформація насамперед обумовлена конкретною злочинною метою, яка може бути і підготовкою до злочину, і здійсненням його, і прихованням злочинних результатів. Водночас вона майже завжди конспіративна, а отже, не може надходити спокійно і рівномірно, оскільки її ритм обумовлений непередбачуваними життєвими ситуаціями, що швидко змінюються, тому вимагає певних гарантій від можливого викриття.

Здійснений аналіз застосування спостереження за особою, річчю та місцем з урахуванням аналізу положень законодавчих і відомчих нормативних актів дає підстави стверджувати, що поняття «спостереження за особою, річчю та місцем» і «візуальне спостереження», які використовуються в чинному законодавстві України та нормативних актах з обмеженим колом доступу, пов'язані між собою. На наш погляд, варто підкреслити, що візуальне спостереження є оперативно-розшуковим заходом, за допомогою якого здійснюється спостереження за особою, річчю та місцем як негласна слідча (розшукова) дія.

### **Висновки**

Інститут негласних слідчих (розшукових) дій дає можливість застосовувати їх у досудовому розслідуванні аналогічно слідчим (розшуковим) діям, але використовуючи негласні, конфіденційні заходи та засоби або методи, що не підлягають розголошенню. Водночас негласність визначається як статичність певної інформації або діяльності, приховуваної від зацікавлених осіб. Забезпечення негласності – це діяльність уповноважених учасників кримінального процесу та суб'єктів оперативно-



розшукової діяльності, спрямована на приховування підготовки і застосування дій, сил, заходів, методів, а також отриманої інформації, здатної вплинути на виявлення, розкриття та розслідування злочинів.

Аналіз поглядів багатьох фахівців дозволяє так класифікувати негласні слідчі (розшукові) дії: 1) за тяжкістю злочинів, для виявлення, попередження та розслідування яких застосовуються НСРД, негласні слідчі (розшукові) дії доцільно розподілити на: НСРД, які проводяться виключно в кримінальному провадженні щодо тяжких або особливо тяжких злочинів, і негласні слідчі (розшукові) дії, які проводяться незалежно від тяжкості злочину; 2) за наявністю втручання в приватне спілкування внаслідок застосування НСРД виокремлюють негласні слідчі (розшукові) дії, які пов'язані із втручанням у приватне спілкування, та інші негласні слідчі (розшукові) дії; 3) за суб'єктом ухвалення процесуальних рішень – на такі, що проводяться за рішенням: слідчого судді за клопотанням прокурора або за клопотанням слідчого, погодженого із прокурором; прокурора; прокурора або слідчого, за погодженням із прокурором; прокурора або слідчого; прокурора або слідчого, за погодженням із керівником органу досудового розслідування; 4) за суб'єктом проведення – це негласні слідчі (розшукові) дії, які ініціюються та проводяться основними суб'єктами (слідчим або за дорученням слідчого – уповноваженими оперативними підрозділами) та додатковими суб'єктами (співробітниками оперативно-технічних відділів; керівниками та працівниками установ зв'язку, банківських установ; особою, яка відповідно до закону виконує спеціальне завдання, беручи участь в організованій групі чи злочинній організації; конфідентом – особою, яка є учасником організованої групи чи організації, яка на конфіденційній основі співпрацює з

органами досудового розслідування, або з іншими особами, або особисто залучена до проведення НСРД); 5) за місцем розгляду клопотань про надання дозволу – на негласні слідчі (розшукові) дії, які проводяться в межах територіальної юрисдикції органу досудового розслідування, а також ті, які проводяться поза межами територіальної юрисдикції органу досудового розслідування, який здійснює досудове розслідування щодо суддів, працівників суду та правоохоронних органів та/або в приміщеннях судових і правоохоронних органів; 6) за строками виконання дозволу слідчого судді – на негласні слідчі (розшукові) дії, які проводяться до строків, указаних в ухвалі слідчого судді; а також ті, які проводяться до виконання конкретної дії, наприклад, встановлення місцезнаходження розшукуваної особи; 7) за цільовим призначенням – це негласні слідчі (розшукові) дії, спрямовані: а) на збір доказів; б) на перевірку зібраних доказів; в) на розшук осіб, які переховуються від слідства і суду.

Окремі негласні слідчі (розшукові) дії можуть бути складниками тактичних операцій, тактичні завдання та особливості застосування яких необхідно розробляти з урахуванням проявів злочинної діяльності та результатів слідчої і оперативно-розшукової діяльності. Водночас варто враховувати, що тактичні особливості застосування спеціального слідчого експерименту й імітації обстановки вчинення злочину (як форми контролю за вчиненням злочину), спостереження за особою, річчю та місцем (яке здійснюється з використанням методу візуального спостереження) повинні бути визначені у відповідних відомчих нормативних актах, які регламентують діяльність оперативних підрозділів спеціального призначення, з урахуванням змін чинного законодавства.

### **Список використаних джерел:**

1. Антіпова О.І. Деякі особливості доказування за новим КПК України. Актуальні проблеми застосування нового кримінального процесуального законодавства України та тенденції розвитку криміналістики на сучасному етапі: матеріали Всеукр. наук.-практ. конф. Харків, 5 жовтня 2012 р. МВС України; Харк. нац. ун-т внутр. справ; Кримінологічна асоціація України. Х.: ХНУВС, 2012. С. 149-151.

2. Аркуша Л.І. Поняття, система та підстави проведення негласних слідчих (розшукових) дій. Південноукраїнський правничий часопис. 2013. № 3. С. 141-144.

3. Ворона В.В. Правові підстави проведення негласних слідчих (розшукових) дій за новим Кримінальним процесуальним кодексом України. Розкриття злочинів за новим Кримінальним процесуальним кодексом України: зб. матеріалів наук.-практ. конф. Київ, 8 листопада 2012 р. К.: Нац. акад. внутр. справ, 2012. С. 55-57.

4. Городовенко В.В. Судовий контроль за проведенням слідчих (розшукових) і негласних слідчих дій. Слово Національної школи суддів України. 2013. № 1. С. 15-20.

5. Грібов М.Л. Засоби, що використовуються під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій. Бюлетень Міністерства юстиції України. 2014. № 9. С. 152-158. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/bmjju\\_2014\\_9\\_36](http://nbuv.gov.ua/UJRN/bmjju_2014_9_36).

6. Козьяков І.М. Теоретичні основи класифікації негласних слідчих (розшукових) дій. Вісник Національної академії прокуратури України. 2014. № 1. С. 85-89.

7. Колесник В.А. Негласні слідчі (розшукові) дії: кримінально-процесуальні та криміналістичні аспекти підготовки і проведення: наук.-практ. посіб. К.: Прецедент, 2014. 135 с.

8. Колесник В.А. Суб'єкти здійснення та класифікація негласних слідчих (розшукових) дій. Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. 2013. № 1. С. 129-134.

9. Кримінальний процес: підручник / Ю.М. Грошевий, В.Я. Тацій, А.Р. Туманянц та ін.; за заг. ред. В.Я. Тація, Ю.М. Грошевого, О.В. Капліної, О.Г. Шило. Х.: Право, 2013. 824 с.

10. Кримінальний процес: підручник / за заг. ред. В.В. Коваленка, Л.Д. Удалової, Д.П. Письменного. К.: Центр учбової літератури, 2013. 544 с.

11. Кримінальний процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар / за заг. ред. В.Г. Гончаренка, В.Т. Нора, М.С. Шумила. К.: Юстініан, 2012. 1224 с.

12. Негласні слідчі (розшукові) дії та використання результатів оперативно-розшукової діяльності у кримінальному провадженні: навчально-практичний посібник / С.С. Кудінов, Р.М. Шехавцов, О.М. Дроздов, С.О. Гриненко. Х.: Оберіг, 2013. 344 с.

13. Новий тлумачний словник української мови: в 3 т. 200 000 слів / уклад. В.В. Яременко, О.М. Сліпушко. 2-е вид., виправ. К.: Аконт, 2007. Т. 3. 864 с.

14. Про затвердження Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні: наказ Генеральної прокуратури України, Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України, Адміністрації Державної прикордонної служби України, Міністерства фінансів України, Міністерства юстиції України від 16 листопада 2012 р. № 114/1042/516/1199/936/1687/5. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/v0114900-12>.

15. Про контррозвідувальну діяльність: Закон України від 26 грудня 2002 р. № 374-IV. Відомості Верховної Ради. 2003. № 12. Ст. 89.

16. Про Національне антикорупційне бюро України: Закон України від 14 жовтня 2014 р. № 1698-VII. Відомості Верховної Ради. 2014. № 47. Ст. 2051.

17. Про оперативно-розшукову діяльність: Закон України від 18 лютого 1992 р. № 2135-XII. Відомості Верховної Ради. 1992. № 22. Ст. 303.

18. Про Службу безпеки України: Закон України від 25 березня 1992 р. № 2229-XII. Відомості Верховної Ради. 1992. № 27. Ст. 382.

19. Слободзян А.П. Нормативно-правове регулювання діяльності суб'єктів негласних слідчих (розшукових) дій. Вісник Національної академії прокуратури України. 2014. № 2. С. 86-91.

20. Субботин А.Л. Классификация. М., 2001. 94 с. С. 9-10. URL: [http://iph.ras.ru/uplfile/root/biblio/2001/Subbotin\\_1.pdf](http://iph.ras.ru/uplfile/root/biblio/2001/Subbotin_1.pdf).

21. Сучасний тлумачний словник української мови: 60 000 слів / за заг. ред. В.В. Дубічинського. Х.: ВД «Школа», 2007. 832 с.

22. Тагієв С.Р. Наукові погляди вчених на проблему класифікації негласних слідчих (розшукових) дій в кримінальному процесі України. Вісник прокуратури. 2015. № 10. С. 48-57.

23. Шиенок В.П. К вопросу о содержании реализации принципа соблюдения конспирации в оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел. Пути совершенствования оперативно-розыскной деятельности в условиях правовой реформы: сб. науч. тр. Минск, 1993. С. 22-23.

*Лукашкіна Т.В.,  
доцент кафедри кримінального процесу  
Національного університету «Одеська юридична академія»*

## **ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ПІДСТАВ ДЛЯ ЗУПИНЕННЯ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ УКРАЇНИ**

### **Вступ**

Чинний Кримінальний процесуальний кодекс (далі – КПК) України серед засад (принципів) кримінального провадження передбачає таку засаду, як розумні строки (ст. 28). Реалізація положень даного принципу спрямована на забезпечення ефективності кримінального судочинства, а отже – і на забезпечення ефективності норм матеріального кримінального права, яка залежить від своєчасного застосування кримінальної відповідальності, покарання та інших заходів кримінально-правового характеру.

Не менш важливо те, що вимоги проведення досудового розслідування та судового провадження в розумні строки спрямовані на захист прав та інтересів підозрюваного і обвинуваченого, як передбачено ч. 5 ст. 28 КПК, кожен має право, щоб обвинувачення щодо нього в найкоротший строк або стало предметом судового розгляду, або щоб відповідне кримінальне провадження щодо нього було закрите. Право кожного на розгляд будь-якого обвинувачення, висунутого щодо нього, у розумні строки передбачено ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., ст. 14 Пакту про громадянські та політичні права 1966 р. (право на розгляд обвинувачення без невиправданої затримки). Право на вирішення кримінальної справи «у розумний строк», як зазначає Л. В. Головка, відносять до фундаментальних прав особистості. Далі автор посилається на практику Європейського суду з прав

людини, за даними якого найбільше скарг, що надходять до цього Суду, стосуються «затримки під час вирішення правових спорів», причому це передусім стосується саме кримінального судочинства [1, с. 38]. Дотримання розумних строків розглядається і як важлива гарантія принципу правової визначеності [2, с. 56], а також як важливий аспект темпоральної складової компетенційного елемента принципу доступу до правосуддя [3, с. 250].

Серед чинників, які впливають на визначення розумних строків, передбачено поведінку учасників кримінального провадження (п. 2 ч. 3 ст. 28 КПК), додамо, що, на наш погляд, йдеться насамперед про поведінку підозрюваного, обвинуваченого. За загальним правилом, кримінальне провадження, зокрема, досудове розслідування, здійснюється за участю підозрюваного (обвинуваченого); винятки можливі в разі провадження щодо реабілітації померлого підозрюваного чи обвинуваченого, а також у спеціальному (*in absentia*) досудовому розслідуванні (ст. 297-1 КПК) та судовому розгляді (ч. 3 ст. 323 КПК)<sup>6</sup>. Неможливість забезпечення участі підозрюваного, обвинуваченого зазвичай є перешкодою до продовження та закінчення досудового розслідування. Такі ситуації регулюються нормами інституту зупинення досудового розслідування. Від того, наскільки повно та логічно сформульовані норми даного інституту, від того, як вони будуть застосовані в слідчій та судовій практиці, багато в чому залежить ефективність кримінального провадження, забезпечення публічних і

---

<sup>6</sup> Ми не згадуємо про можливість здійснення спрощеного провадження в суді першої інстанції щодо кримінальних проступків (§ 1 гл. 30 КПК), оскільки такого провадження на даний час немає. Зазначимо, що процесуальний порядок провадження повинен забезпечувати застосування норм матеріального права. Створити процесуальний порядок провадження щодо невідомих норм матеріального права взагалі нелогічно.

У провадженнях щодо застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру (щодо осіб, які не досягли віку кримінальної відповідальності), підозрюваного взагалі немає, а питання про можливість зупинення таких проваджень КПК не регулює.

приватних інтересів, на захист яких спрямоване кримінальне судочинство.

На жаль, норми чинного КПК, які регулюють підстави, умови та порядок зупинення досудового розслідування, не завжди достатньо послідовні. В юридичній літературі пропонується різне тлумачення підстав для зупинення провадження, зокрема, визначення критерію для розмежування підстав для зупинення провадження чи його продовження для вирішення питання про застосування примусових заходів медичного характеру щодо особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, а після цього захворіла на психічне захворювання. Всі ці питання набули особливої актуальності у зв'язку із внесеними до КПК змінами та доповненнями (Законом України № 2147-VIII від 3 жовтня 2017 р.), зокрема, передбаченим ч. 3 ст. 219 положенням про те, що в разі скасування слідчим суддею постанови про зупинення досудового розслідування, строк із дня винесення такої постанови до дня її скасування включається в строки досудового розслідування.<sup>7</sup> Отже, незаконне, необґрунтоване зупинення провадження та подальше скасування постанови про зупинення може призвести до негативних наслідків – необхідності закриття провадження за наявності даних про вчинене кримінальне правопорушення.

### **Загальні умови та деякі підстави зупинення досудового розслідування**

Питання про зупинення досудового розслідування постає тільки після того, як на підставі доказів буде встановлено наявність події кримінального правопорушення, тобто слідчий, прокурор переконуються, що було вчинене певне діяння (дія або

---

<sup>7</sup> Питання про те, чи буде при цьому належним чином захищений публічний інтерес, права й інтереси потерпілого, ми залишаємо за межами даного дослідження.



бездіяльність), яке містить ознаки складу злочину; будуть проведені всі слідчі (розшукові) дії та негласні слідчі (розшукові) дії, які можливо провести за наявності підстав для зупинення провадження (ч. 2 ст. 280 КПК). Оскільки ст. 280 КПК передбачена можливість зупинення провадження після повідомлення особі про підозру, то до ухвалення відповідного рішення необхідно скласти повідомлення про підозру та вручити його підозрюваному в спосіб, передбачений ч. 1 ст. 278 КПК. Крім того, звичайно ж, треба встановити наявність підстав для зупинення досудового розслідування, передбачених ч. 1 ст. 280 КПК. Якщо в провадженні є декілька підозрюваних, а підстави для зупинення стосуються не всіх, прокурор повинен буде вирішити питання про виділення матеріалів досудового розслідування щодо тих підозрюваних, яких стосуються підстави зупинення провадження (ч. 3 ст. 280 КПК).

Вважаємо, що всі підстави для зупинення досудового розслідування повинні бути пов'язані з неможливістю участі в ньому саме підозрюваного, тільки в такому разі буде забезпечене його право на розгляд справи в розумні строки.

За КПК України 1960 р. (ст. 206) підстави для зупинення досудового розслідування і були пов'язані з неможливістю забезпечити участь обвинуваченого (місцезнаходження обвинуваченого невідомо; психічне або інше тяжке захворювання обвинуваченого перешкоджає закінченню провадження в справі) або з тим, що не була встановлена особа, що вчинила злочин. Передбачалася також можливість зупинення судом слідчих дій на час розгляду скарги на постанову про порушення кримінальної справи. Остання підстава цілком зрозуміла – йшлося не про зупинення досудового розслідування, а про заборону здійснювати слідчі дії, які зазвичай пов'язані із процесуальним примусом, доки не буде перевірено законність і обґрунтованість рішення про порушення кримінальної справи.

У чинному КПК (ст. 280) підстави для зупинення сформульовані дещо інакше:

- підозрюваний захворів на тяжку хворобу, яка перешкоджає його участі в кримінальному провадженні, за умови підтвердження цього відповідним медичним висновком;
- оголошено підозрюваного в розшук;
- слідчий суддя відмовив у задоволенні клопотання про здійснення спеціального досудового розслідування;
- наявна необхідність виконання процесуальних дій у межах міжнародного співробітництва.

Очевидно, що перші три підстави зупинення провадження свідчать про неможливість забезпечення участі підозрюваного в досудовому розслідуванні, а от остання підстава викликає заперечення, адже йдеться про необхідність виконання певних процесуальних дій за межами України. А виконання будь-яких слідчих, процесуальних дій, по-перше, не повинно впливати на право підозрюваного на розгляд провадження в розумні строки, недопустимо було б зупинити провадження, коли тяжка хвороба (поранення) потерпілого чи свідка не дозволяють провести їх допит для з'ясування обставин провадження. По-друге, відповідно до ч. 5 ст. 280 КПК, після зупинення досудового розслідування проведення слідчих (розшукових) дій не допускається, крім тих, які спрямовані на встановлення місцезнаходження підозрюваного (недопустимо зупинити провадження, якщо для проведення експертизи необхідний тривалий час).

Отже, маємо протиріччя – заборонено провадити слідчі (розшукові) дії після зупинення досудового розслідування, а на підставі запиту про міжнародне співробітництво такі дії провадитимуться. Тому, на наш погляд, цю підставу (необхідність виконання процесуальних дій у межах міжнародного співробітництва) слід виключити зі ст. 280, передбачивши

можливість продовження строків досудового розслідування на час виконання міжнародних доручень.

Така підстава для зупинення досудового розслідування, як відмова слідчого судді в задоволенні клопотання про здійснення спеціального досудового розслідування, пов'язана з відсутністю в провадженні підозрюваного. Слідчий суддя може відмовити в задоволенні клопотання про здійснення спеціального досудового розслідування, якщо прокурор, слідчий не доведе, що підозрюваний переховується від органів слідства та суду з метою ухилення від кримінальної відповідальності та оголошений у міждержавний та/або міжнародний розшук (ч. 1 ст. 297<sup>4</sup> КПК). Враховуючи положення ч. 2 ст. 297<sup>4</sup> КПК, можна зробити висновок, що слідчий суддя може відмовити в задоволенні клопотання також у зв'язку з відсутністю достатніх доказів для підозри особи у вчиненні кримінального правопорушення. Вважаємо, що слідчий суддя може відмовити в клопотанні і з інших підстав – особа підозрюється у вчиненні злочину, якого немає в переліку, що міститься в ч. 2 ст. 297<sup>1</sup> КПК; якщо йдеться про здійснення спеціального досудового розслідування щодо особи, яка підозрюється у вчиненні іншого злочину (якого немає в переліку), а розслідування здійснюється в одному кримінальному провадженні зі злочинами, зазначеними в переліку, але слідчий суддя вважає за можливе виділення матеріалів щодо неї в окреме провадження, оскільки це не може негативно вплинути на повноту досудового розслідування тощо. Відмова слідчого судді в зазначеному клопотанні не приводить автоматично до винесення рішення про зупинення досудового розслідування. Не погодившись з рішенням слідчого судді, прокурор має право оскаржити його в апеляційному порядку (п. 12 ч. 1 ст. 309 КПК). Крім того, відповідно до ч. 3 ст. 297<sup>4</sup> КПК, допускається повторне звернення із клопотанням про здійснення провадження *in absentia*, якщо будуть встановлені нові обставини, які

підтверджуватимуть, що підозрюваний переховується від органів слідства та суду з метою ухилення від кримінальної відповідальності та оголошений у міждержавний та/або міжнародний розшук. Для встановлення таких обставин досудове розслідування може бути продовжено в загальному порядку. Коли слідчий суддя відмовив у клопотанні, пославшись на те, що бракує достатніх доказів для визнання обґрунтованості підозри, досудове розслідування також слід продовжувати для збирання необхідних доказів.

Інша підстава для зупинення досудового розслідування – оголошення підозрюваного у розшук. Так сформульована дана підстава у зв'язку із внесенням змін до КПК законом України від 16 березня 2017 р. № 1950/VIII.

До внесення зазначених змін слідчий, прокурор мав змогу ухвалити рішення про зупинення досудового розслідування у зв'язку з тим, що підозрюваний переховується від органів слідства та суду з метою ухилення від кримінальної відповідальності і його місцезнаходження невідоме. Факт «переховування» підтверджувався документами про те, що за місцем постійного чи тимчасового проживання (перебування) підозрюваний не знаходився, за місцем його роботи його теж неможливо було знайти. Вважалося, якщо особі було вручено повідомлення про підозру, а вона поводиться так, що забезпечити її явку неможливо, то вона має намір ухилитися від кримінальної відповідальності<sup>8</sup>. Рішення про зупинення провадження у зв'язку з тим, що підозрюваний переховується, мало, на наш погляд, і кримінально-правове значення, оскільки

---

<sup>8</sup> На недоліки формулювання такої підстави для зупинення провадження звертали увагу науковці, оскільки застосування її вимагало від слідчого, прокурора зібрати докази, що підтверджували б вчинення підозрюваним активних дій із метою ухилення від кримінальної відповідальності (Див. Кривонос І.С. Зупинення досудового розслідування у випадку, якщо підозрюваний переховується від органів слідства та суду, у контексті нового Кримінального процесуального кодексу України. *Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ*. 2012. № 3 (58). С. 112–113).

констатувало, що особа ухиляється від досудового слідства, що, відповідно до ч. 2 ст. 49 Кримінального кодексу (далі – КК) тягнуло зупинення перебігу строків давності<sup>9</sup>.

Зараз для зупинення за розглядуваною підставою необхідно оголосити розшук підозрюваного. Формально оголосити розшук підозрюваного можна незалежно від причин, з яких невідоме місце знаходження підозрюваного, незалежно від тяжкості злочину, в якому особа підозрюється. Тому оголошення розшуку підозрюваного не повинно автоматично вважатися підставою для зупинення перебігу строків давності відповідно до ч. 2 ст. 49 КК, у матеріалах провадження мають міститись дані про причини, з яких невідомо місцезнаходження підозрюваного (дані про те, чи відомо йому про здійснюване кримінальне провадження, чи переховується він із метою уникнення кримінальної відповідальності)<sup>10</sup>.

Постанова слідчого, прокурора про розшук підозрюваного не передбачає можливості затримання особи. Для того, щоб розшуканого підозрюваного можна було затримати відповідно до закону, доцільно, на наш погляд, було б слідчому, прокурору одержувати ухвалу слідчого судді про дозвіл на затримання<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Як зазначено в ч. 2 ст. 49 КК, перебіг давності відновлювався із дня з'явлення особи із зізнанням або її затримання. Таке формулювання підстав для відновлення перебігу строків давності не можна визнати достатньо коректним. Перебіг таких строків повинен відновлюватися і тоді, коли особа з'явилася до органу досудового розслідування чи прокуратури і категорично заперечує факт ухилення від слідства і свою участь у вчиненні злочину, тобто про «зізнання» не йдеться.

<sup>10</sup> Зараз взагалі важко спрогнозувати, як «працюватимуть» норми кримінально-правового інституту давності, оскільки чинним КПК встановлено новий порядок обчислення строків досудового розслідування – з моменту внесення даних до Єдиного реєстру досудових розслідувань до повідомлення особі про підозру, а також окреме обчислення строків після повідомлення про підозру. Відповідно до п. 10 ч. 1 ст. 284 КПК, вплив строків досудового розслідування, в якому жодній особі на повідомлено про підозру, зобов'язує слідчого, прокурора закрити провадження. Закриттю підлягають і провадження, в яких було зроблено повідомлення про підозру, якщо спливили строки, передбачені ст. 219 КПК, які обчислюються після повідомлення про підозру, крім випадків повідомлення особі про підозру у вчиненні тяжкого чи особливо тяжкого злочину проти життя та здоров'я особи.

<sup>11</sup> Без ухвали слідчого судді особа може бути затримана тільки за наявності підстав, передбачених ч. 1 ст. 208 КПК, тобто під час вчинення злочину або безпосередньо після вчинення злочину. Крім того, може бути затримана особа, яка підозрюється у вчиненні тяжкого або особливо тяжкого корупційного злочину, віднесеного законом до підслідності Національного антикорупційного бюро України, якщо є

А щоб одержати таку ухвалу прокурор, слідчий за погодженням з прокурором мають звернутися до слідчого судді із клопотанням про обрання до підозрюваного запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, а також із клопотанням про затримання його з метою приводу для участі в розгляді клопотання про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою (ч. 1 ст. 188 КПК). Отже, звернутися із клопотанням про надання дозволу на затримання підозрюваного можна тільки за наявності умов для застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою (про підстави для обрання такого запобіжного заходу зараз не йдеться). Чинний КПК до умов застосування такого запобіжного заходу відносить тяжкість злочину, в якому підозрюється особа, і передбачає, що до раніше судимої особи його можна обрати, якщо особа підозрюється у вчиненні злочину, за який передбачено покарання понад три роки позбавлення волі (п. 2 ч. 2 ст. 183 КПК), а до раніше не судимої – якщо вона підозрюється у вчиненні злочину, за який передбачено покарання понад п'ять років позбавлення волі (п. 3 ч. 2 ст. 183 КПК). Якщо ж є дані про те, що особа переховується від органів досудового розслідування, ці обмеження не діють, але в будь-якому разі йдеться про те, що особа підозрюється у вчиненні злочину, за який передбачено покарання у вигляді позбавлення волі. Щодо неповнолітнього підозрюваного обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою чи затримання можливі тільки тоді, коли він підозрюється у вчиненні тяжкого чи особливо тяжкого злочину (ч. 2 ст. 492 КПК). Коли немає умов для звернення із клопотанням про обрання до підозрюваного запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою і у зв'язку із цим неможливо порушити питання про надання дозволу на затримання, доцільно звернутися до слідчого судді з клопотанням про привід підозрюваного (відповідно до ст. ст. 140-143 КПК). До постанови

---

обґрунтовані підстави вважати, що можлива втеча такої особи з метою ухилення від кримінальної відповідальності.

про розшук, яка зазвичай передається для виконання оперативним підрозділам, бажано було б додавати ухвалу слідчого судді про затримання підозрюваного або його привід.

Запропонований нами порядок одержання ухвали слідчого судді про дозвіл на затримання чи привід підозрюваного досить складний, краще було б прямо передбачити в КПК, що постанова про розшук підозрюваного дає право на його короткочасне затримання та привід до слідчого, прокурора, які винесли постанову про розшук. Можна передбачити також перевірку підстав для такого затримання слідчим суддею у всіх випадках або на вимогу затриманого.

### **Зупинення досудового розслідування та інші процесуальні рішення в зв'язку з захворюванням підозрюваного**

Наступна підстава для супинення провадження – підозрюваний захворів на тяжку хворобу, яка перешкоджає його участі в кримінальному провадженні, за умови підтвердження цього відповідним медичним висновком. Очевидно, що хвороба може бути психічною або іншою. (У КПК України 1960 р. аналогічна підстава так і була визначена – коли психічне або інше тяжке захворювання обвинуваченого перешкоджає закінченню провадження в справі). Що означає «тяжка» хвороба, КПК не визначає, у науковій літературі запропоновано різне тлумачення даного поняття. Щодо цього деякі науковці пишуть, що «за наявності у підозрюваного тяжкої хвороби питання про супинення досудового розслідування може вирішуватися за умови такого перебігу цієї хвороби, котрий на даний момент вимагає госпіталізації хворого», пропонують визначати хворобу як тяжку на підставі Переліку захворювань, які є підставою для подання в суді матеріалів про звільнення засуджених від подальшого відбування покарання, встановленого наказом від 18 січня 2000 р. (Зараз цей перелік втратив чинність на підставі

наказу Міністерства юстиції № 1348/5/572 від 15 серпня 2014 р., яким затверджений новий Перелік захворювань, що є підставою для подання в суди матеріалів про звільнення засуджених від дальшого відбування покарання) [4, с. 612]. Вважаємо, що захворювання, яке тривалий час може перешкоджати участі підозрюваного в провадженні, не завжди пов'язане з госпіталізацією, після перенесеного інсульту особа може лікуватися вдома, але взяти участь у провадженні буде неспроможна (позбавлена можливості розмовляти, рухатися).

У Переліку захворювань, у зв'язку з якими можливе звільнення засуджених, зазначені тяжкі хвороби, наявність яких не сумісна з відбуванням покарання, але серед них є й такі, що не перешкоджають участі особи у провадженні. Наприклад, серед хвороб нервової системи та органів чуття в Переліку названо повну сліпоту, а також стан, коли на ґрунті стійких патологічних змін гострота зору ока, що краще бачить, не перевищує 0,03, і вона не може бути коригована або коли поле зору обох очей концентрично звужене до 10 град. У чинному КПК передбачено, що психічні чи фізичні вади підозрюваного, обвинуваченого (німі, глухі, сліпі) потребують обов'язкового призначення захисника (п. 3 ч. 2 ст. 52), очевидно, що законодавець виходить із того, що сліпі можуть брати участь у провадженні як підозрювані та обвинувачені. Разом із тим, підставою для зупинення провадження можуть бути захворювання, яких немає в Переліку, але які перешкоджають участі підозрюваного у провадженні протягом досить значного часу.

Висловлюється також думка щодо того, що захворювання повинно визнаватися тяжким і внаслідок цього таким, що може слугувати підставою для зупинення провадження, коли участь обвинуваченого (підозрюваного) за наявності захворювання несе суттєву небезпеку для самого обвинуваченого (інсульт, інфаркт і



т. ін.), або небезпечно для оточуючих (інфекційні захворювання) [5, с. 567].

Інші автори, коментуючи розглядувану підставу, зазначають, що хвороба підозрюваного має бути тяжкою, тобто такою, яка на тривалий час позбавляє його можливості брати участь у досудовому розслідуванні. У той же час захворювання повинно бути тимчасовим, таким, що піддається лікуванню, результатом якого є одужання підозрюваного [6, с. 555]. Як треба діяти, якщо прогноз лікарів щодо одужання хворого підозрюваного вкрай невтішний, автори не визначають.

Слушну думку щодо розглядуваного питання пропонує Ю. П. Аленін, який вважає, що визначення хвороби як тяжкої цілком залежить від того, чи перешкоджає вона участі підозрюваного в кримінальному провадженні, якщо, наприклад, хвороба, яку можна оцінити як тяжку, не перешкоджає участі підозрюваного в провадженні, дозволяє прийняти остаточне рішення в досудовому розслідуванні, то вона не може слугувати підставою для зупинення провадження. А от хворобу, яка перешкоджає участі підозрюваного в досудовому розслідуванні, автоматично треба визнавати тяжкою, а отже, такою, що дозволяє ухвалити рішення про зупинення досудового розслідування. Автор пропонує виключити слово «тяжку» з п. 1 ч. 1 ст. 280 КПК<sup>12</sup> [7, с. 6]. З такою думкою можна цілком погодитися. Слід тільки зауважити, що захворювання, що дозволяє зупинити провадження, повинно бути більш-менш тривалим, з урахуванням досить стислих строків розслідування та ускладненим порядком їх продовження його тривалість може обчислюватися тижнями, а можливо, і днями. Крім того, звичайно

---

<sup>12</sup> До речі, у КПК Республіки Білорусь відповідну підставу для зупинення досудового розслідування в п. 4 ч. 1 ст. 246 так і визначено – тимчасове психічне або інше захворювання обвинуваченого перешкоджає його участі в провадженні процесуальних дій, посвідчене лікарем, який працює в державному медичному закладі. (Уголовный кодекс Республики Беларусь. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Беларусь. Минск: Нац. центр правовой информации Респ. Беларусь. 2007. С. 519. 704 с.

ж, дані про таку хворобу повинні встановлюватися на підставі лікарського висновку або висновку медичної експертизи, які будуть ретельно перевірені слідчим, прокурором.

В окремих випадках наявність у підозрюваного тяжкого захворювання може вимагати не зупинення досудового розслідування, а звернення до суду з клопотанням про звільнення підозрюваного від кримінальної відповідальності. Таку пропозицію висловлюють науковці, які вважають, що в тих випадках, коли захворювання підозрюваного тимчасове і піддається лікуванню, провадження необхідно зупинити, а в інших – вирішувати питання про звільнення підозрюваного від кримінальної відповідальності за підставою, передбаченою ст. 48 КК – у зв'язку зі зміною обстановки [8, с. 424-425].

На наш погляд, скористатися такою пропозицією можна лише за умови, що особа підозрюється у вчиненні вперше злочину невеликої або середньої тяжкості, крім корупційних злочинів, стан її здоров'я свідчить про те, що особа перестала бути суспільно небезпечною. Крім того, стан здоров'я підозрюваного повинен дозволити йому висловити свою згоду на закриття провадження за зазначеною підставою (як це передбачено ст. ст. 285, 286 КПК).

Наявність психічного захворювання повинна, на наш погляд, підтверджуватися висновком психіатричної експертизи, оскільки в усіх випадках, коли виникають сумніви щодо осудності підозрюваного (або обмеженої осудності), призначення експертизи є обов'язковим, відповідно до вимог п. 3 ч. 2 ст. 242 КПК. Подальше рішення залежатиме від висновку експертизи.

Якщо експерти дійдуть висновку про наявність у підозрюваного хронічного психічного захворювання, тимчасового розладу психічної діяльності, недоумства або іншого хворобливого стану психіки, внаслідок якого він під час вчинення суспільно небезпечного діяння не міг усвідомлювати свої дії (бездіяльність)

або керувати ними (тобто був неосудним), слідчий повинен буде винести постанову про зміну порядку досудового розслідування і продовжити його згідно з правилами, передбаченими гл. 39 КПК (Кримінальне провадження щодо застосування примусових заходів медичного характеру). Коли з висновку психіатричної експертизи (який буде перевірений і оцінений слідчим, прокурором відповідно до ст. 94 КПК) вбачатиметься, що особа, що вчинила суспільно небезпечне діяння (і має бути визнана неосудною), потребує застосування примусових заходів медичного характеру, очевидно, що досудове розслідування потрібно буде завершити складанням клопотання про застосування примусових заходів медичного характеру щодо такої особи. Яке рішення може бути ухвалене слідчим, коли експерти вважатимуть, що на момент вчинення суспільно небезпечного діяння особа не могла усвідомлювати свої дії (бездіяльність) або керувати ними, але застосування примусових заходів не потребує, КПК чітко не визначає. Ст. 511 КПК передбачено, що досудове розслідування в кримінальному провадженні щодо застосування примусових заходів медичного характеру закінчується закриттям кримінального провадження або складанням клопотання про застосування примусових заходів медичного характеру, з яких підстав можливе закриття провадження, КПК не вказує. На наш погляд, закрити провадження на досудовому розслідуванні у зв'язку з тим, що особа не потребує застосування примусових заходів медичного характеру, неможливо, адже в такому разі треба буде констатувати, що особа, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, є неосудною, а це повинно бути виключним правом суду. Суд матиме можливість, не визнаючи за необхідне застосування до психічно хворого (якого суд визнає неосудним) примусових заходів медичного характеру, передати його на піклування родичам або опікунам з обов'язковим

лікарським наглядом, як це передбачено ч. 6 ст. 94 КК (на жаль, про можливість ухвалення такого рішення чинний КПК не згадує)<sup>13</sup>.

Зазначимо, що деякі науковці висловлюють пропозицію щодо закриття кримінального провадження з реабілітуючих підстав (за п. п. 1-3 ч. 1 ст. 284, ч. 3 ст. 284 КПК тільки судом, для чого пропонують закінчувати досудове розслідування в разі встановлення зазначених підстав складанням клопотання про направлення провадження до суду для закриття його судом [9, с. 11]. Не торкаючись питання про доцільність введення такої форми закінчення досудового розслідування у всіх кримінальних провадженнях, зазначимо, що стосовно провадження щодо застосування примусових заходів медичного характеру розглядувану пропозицію можна було б вважати слушною.

Чи може бути закрито провадження щодо застосування примусових заходів медичного характеру в разі відмови потерпілого від обвинувачення? Ми маємо на увазі такі випадки, коли провадження щодо одного зі злочинів, що перелічені в ст. 477 КПК, було розпочато за заявою потерпілого, під час досудового розслідування встановлено, що особа, щодо якої здійснюється провадження, була неосудною на момент вчинення суспільно небезпечного діяння. Жодних обмежень щодо закриття провадження у зв'язку з відмовою потерпілого від обвинувачення КПК не передбачає. Але не можна не замислитися: а чи доцільно ставити питання про можливість застосування примусових заходів медичного характеру до осіб, що вчинили суспільно небезпечне діяння в стані неосудності і є суспільно

---

<sup>13</sup> Закриття на досудовому розслідуванні провадження щодо застосування примусових заходів медичного характеру (незалежно від того, чи потребує особа застосування примусових заходів медичного характеру), мабуть, можливе за наявності підстав, передбачених ст. 284 КПК, зокрема, якщо буде встановлено, що суспільно небезпечного діяння не було; діяння, яке було вчинено особою, не підпадає під ознаки будь-якої статті Особливої частини КК; особа, що вчинила суспільно небезпечне діяння, померла; немає доказів вчинення суспільно небезпечного діяння саме особою, щодо якої здійснюється провадження; суспільно небезпечне діяння декриміналізоване.

небезпечними, у залежність від розсуду потерпілого, тобто закриття провадження в разі відмови потерпілого від обвинувачення. Візьмемо до уваги, що в таких провадженнях обвинувачення взагалі не здійснюється, як слушно зазначає С. Л. Шаренко, у розглядуваних справах прокурор у судовому засіданні не здійснює функцію обвинувачення, а виконує завдання охорони прав та законних інтересів особи, щодо якої вирішується питання про застосування примусових заходів медичного характеру [10, с. 14].

Отже, відмова потерпілого від обвинувачення (якого не існує) навряд чи можлива. Додамо також, що потерпілий не повинен мотивувати свою відмову від обвинувачення. На цю обставину як на недолік чинного законодавства звертає увагу С. І. Перепелиця, який вважає, що на потерпілого може бути здійснений тиск із боку зацікавлених осіб, автор пропонує надати можливість суду та прокурору перевіряти добровільність такої відмови (як це передбачено в разі перевірки дотримання умов укладення угод)<sup>14</sup> [11, с. 81].

На наше переконання, закриття провадження про застосування примусових заходів медичного характеру щодо осіб, які в стані неосудності вчинили суспільно небезпечне діяння, яке має ознаки одного зі злочинів, що перелічені в ст. 477 КПК, у зв'язку з відмовою потерпілого від обвинувачення, не повинно відбуватися. Навіть більше, вважаємо за доцільне передбачити в чинному КПК необхідність здійснення кримінального провадження щодо зазначених осіб в усіх випадках у формі публічного обвинувачення.

А от коли буде встановлено, що особа вчинила злочин, а після цього захворіла на психічне захворювання, закриття

---

<sup>14</sup> У своїй змістовній монографії автор, на жаль, не торкається питання про можливі особливості здійснення провадження у формі приватного обвинувачення в разі, коли буде встановлено неосудність особи, що вчинила суспільно небезпечне діяння.

провадження можливе за всіма підставами, передбаченими чинним КПК, зокрема, у зв'язку з відмовою потерпілого від обвинувачення (якщо йдеться про злочини, провадження в яких здійснюється у формі приватного обвинувачення).

Якщо з висновку психіатричної експертизи вбачатиметься, що підозрюваний під час вчинення злочину через наявний у нього психічний розлад не був здатний повною мірою усвідомлювати свої дії (бездіяльність) та (або) керувати ними, тобто може бути визнаний судом обмежено осудним, слідчий повинен буде продовжувати досудове розслідування у загальному порядку, оскільки обмежено осудні особи є суб'єктами злочину (ст. 20 КК). У такому провадженні обов'язкова буде участь захисника, згідно з вимогами п. 3 ч. 2 ст. 52 КПК (оскільки підозрюваний є особою, що має психічні вади, через які не здатний повною мірою реалізувати свої права). Здійснюючи таке провадження, слідчий повинен буде з'ясувати і обставини, що можуть слугувати підставами для призначення обмежено осудному обвинуваченому примусових заходів медичного характеру.

Отже, встановлення того, що суспільно небезпечне діяння вчинено неосудною особою, або злочин вчинила обмежено осудна особа, не потребує вирішення питання про зупинення провадження.

Таке питання постає тільки тоді, коли буде з'ясовано, що особа вчинила злочин (була осудною), а потім захворіла на психічну хворобу, внаслідок якої на момент здійснення провадження вона позбавлена можливості усвідомлювати свої дії (бездіяльність) або керувати ними. Тут можливі два рішення: 1) про зупинення досудового розслідування; 2) про здійснення провадження щодо застосування примусових заходів медичного характеру і направлення до суду відповідного клопотання про застосування таких заходів. Чинне кримінальне процесуальне законодавство не містить критерію для розмежування підстав

для ухвалення таких рішень, у науковій літературі висловлені різні погляди з розглядуваного питання. Правда, деякі висловлювання щодо цього ніяк не можна розцінити як визначення критерію для розмежування підстав для ухвалення зазначених рішень. Ось як коментує ст. 280 КПК проф. О. М. Бандурка: «Якщо під час кримінального провадження буде встановлено, що особа вчинила суспільно небезпечне діяння в стані неосудності або після вчинення кримінального правопорушення захворіла на психічну хворобу, яка виключає її осудність, то в таких випадках досудове розслідування не зупиняється. Кримінальне провадження продовжується за правилами, встановленими гл. 39 КПК» [6, с. 555].

Не можна не погодитися з автором у тому, що в разі встановлення даних про вчинення особою суспільно небезпечного діяння в стані неосудності про зупинення провадження не йдеться, така ситуація розглянута нами вище. А от що означає таке психічне захворювання особи, яка вчинила кримінальне правопорушення (тобто була осудною), яке «виключає її осудність», незрозуміло<sup>15</sup>. Мабуть малося на увазі, що особа, яка вчинила кримінальне правопорушення (злочин), тобто була осудною, до постановлення вироку захворіла на психічну хворобу, що позбавляє її можливості усвідомлювати свої дії (бездіяльність) або керувати ними (ч. 3 ст. 19 КК). А от в такому разі можливі і зупинення провадження, відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 280 КПК, і зміна порядку провадження, як це передбачено ч. 2 ст. 503 КПК.

---

<sup>15</sup> Хотілося би нагадати, що, відповідно до ст. 19 КК, осудною визнається особа, яка під час вчинення злочину могла усвідомлювати свої дії (бездіяльність) і керувати ними. Не підлягає кримінальній відповідальності особа, яка під час вчинення суспільно небезпечного діяння, передбаченого КК, перебувала в стані неосудності, тобто не могла усвідомлювати свої дії (бездіяльність) або керувати ними внаслідок хронічного психічного захворювання, тимчасового розладу психічної діяльності, недоумства або іншого хворобливого стану психіки. Отже, вчинити кримінальне правопорушення (злочин), а потім стати неосудним, неможливо.

Підстави для ухвалення таких рішень запропоновано проф. В. Г. Гончаренком, який вважає, що вирішення питання про зупинення провадження залежить від характеристики хворобливого розладу психічної діяльності підозрюваного. Якщо встановлений психіатричною експертизою розлад психічної діяльності є тимчасовим, тобто має повну зворотність, досудове розслідування може бути зупинене на підставі п. 1 ч. 1 ст. 280 КПК, такі розлади, зазначає автор, тривають зазвичай не більше трьох місяців. Якщо ж розлад психічної діяльності належить до категорії хронічних психічних захворювань (які тривають не менше трьох місяців або мають частий рецидив із тенденцією до прогресивності), пропонуються два варіанти вирішення справи: перший – щодо особи, яка, хоча і вчинила суспільно небезпечне діяння, що має ознаки конкретного кримінального правопорушення, але перебуває в такому психічному стані, що, за висновком судово-психіатричної експертизи, не становить небезпеки для себе або інших осіб, прокурор після проведення необхідних процесуальних дій має скласти постанову про закриття кримінального провадження за відсутністю в діянні складу кримінального правопорушення на підставі п. 2 ч. 1 ст. 284 КПК (автор мотивує таку пропозицію тим, що «неодмінною складовою злочину є його суб'єкт – фізична осудна особа»); другий – стосовно особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, що має ознаки кримінального правопорушення, захворіла на тяжку психічну хворобу і, за висновком судово-психіатричної експертизи, перебуває в такому психічному стані, що становить небезпеку для себе або інших осіб, прокурор після проведення необхідних процесуальних дій має звернутися до суду із клопотанням про застосування примусових заходів медичного характеру відповідно до ст. ст. 92 та 93 КПК (?) на підставі п. 3 ч. 2 ст. 283 та ст. 292 КПК [4, с. 612].



Знов-таки зазначимо – позиція і даного автора викликає деяке непорозуміння та заперечення, передусім у частині запропонованих рішень щодо особи, яка має розлад психічної діяльності, що належить до категорії хронічних психічних захворювань. Незрозуміло, чому йдеться про вчинення такою особою суспільно небезпечного діяння, а не кримінального правопорушення (за термінологією чинного КК – злочину), адже, як можна зрозуміти, йдеться про особу, яка вчинила злочин, а після цього захворіла на психічне захворювання, інакше навіщо було б вирішувати питання про можливість зупинення провадження залежно від характеру психічного розладу підозрюваного. Якщо ж автор мав на увазі випадки встановлення факту вчинення суспільно небезпечного діяння неосудною особою, це необхідно було б чітко визначити. Щодо неосудних осіб, як вже нами було зазначено, про зупинення провадження вести мову неможливо. Що стосується закриття провадження щодо неосудної особи, до якої не пропонується (за висновком психіатричної експертизи) застосування примусових заходів медичного характеру, то нами раніше вже висловлено незгоду з таким рішенням. Якщо ж автор все ж таки мав на увазі ситуацію, коли особа вчинила злочин, після цього захворіла на психічне захворювання, але «не становить небезпеки для себе або інших осіб», то пропозиція закриття провадження за відсутністю складу злочину викликає здивування і категоричну незгоду, адже йдеться про особу, яка вчинила злочин, на момент його вчинення вона була суб'єктом такого злочину, а потім втратила процесуальну дієздатність.

Коментуючи положення п. 1 ч. 1 ст. 280 КПК, проф. Ю. П. Алєнін зазначає, що захворювання підозрюваного може бути підставою для зупинення провадження тільки в разі наявності висновку (довідки) лікаря, висновку медичної або психіатричної експертизи (оскільки згадується висновок

психіатричної експертизи, мабуть, мається на увазі і психічне захворювання), з якого вбачається, що захворювання: а) тяжке, тобто таке, за якого стан здоров'я підозрюваного тривалий час не дозволяє допитати його та залучити до участі в інших слідчих (розшукових) діях; б) не хронічне, а тимчасове, яке піддається лікуванню і можна чекати одужання підозрюваного. Далі автор зазначає, що в разі вчинення правопорушення в стані неосудності (мабуть, йдеться про суспільно небезпечне діяння) або якщо особа після вчинення правопорушення захворіла на невиліковну душевну хворобу, про зупинення не йдеться, провадження продовжується за правилами гл. 39 КПК [12, с. 551]. Аналогічну думку висловив Ю.П. Аленін і в іншій своїй роботі [8, с. 424].

Запропонований критерій розмежування підстав для зупинення провадження чи здійснення його за правилами гл. 39 КПК, на наш погляд, теж не можна визнати достатньо слушним.

Звернемося ще до однієї пропозиції з розглядуваного питання. Намагаючись вирішити проблеми застосування примусових заходів медичного характеру до осіб, які вчинили злочин у стані осудності, але захворіли на психічну хворобу до постановлення вироку, А. Я. Берш вважає найбільш раціональним такий порядок: ухвалення судом щодо зазначеної особи вироку з призначенням справедливого покарання з урахуванням характеру і ступеня суспільної небезпеки злочину, всіх пом'якшуючих і обтяжуючих обставин та інших чинників, що беруться до уваги в таких випадках, і з відстрочкою виконання такого вироку на період лікування психічно хворого. Вона пропонує доповнити ст. 76 КК (де передбачені обов'язки, які покладає суд на особу, звільнену від відбування покарання з випробуванням) окремим пунктом про відстрочку виконання покарання щодо осіб, які, як пише автор, «вчинили суспільно небезпечне діяння, але захворіли психічним розладом після вчинення злочину, довилікування психічного захворювання чи покращення психічного стану» [13, с. 11].

Така пропозиція викликає категоричні заперечення, адже ухвалити вирок щодо особи, яка позбавлена процесуальної дієздатності внаслідок психічного захворювання<sup>16</sup>, не зможе взяти участь у судовому розгляді, не спроможна реалізувати своє право на захист, нехтуючи принципом змагальності та іншими засадами кримінального судочинства, за чинним законодавством неможливо.

Для того, щоб сформулювати свою думку щодо підстав для ухвалення можливих рішень у разі встановлення наявності в підозрюваного психічного розладу, який виник після вчинення злочину, звернемося до недавнього минулого. Ще за радянських часів судова практика стикнулася з необхідністю визначення підстав для ухвалення рішень, про які ми ведемо мову. І слушний критерій для розмежування підстав для ухвалення двох визначених рішень був сформульований у рішеннях Верховного Суду СРСР у конкретних справах, а саме: у тих випадках, коли, відповідно до висновку психіатричної експертизи особа, яка вчинила злочин, а потім захворіла на психічне захворювання, потребує застосування саме примусових заходів медичного характеру, провадження необхідно продовжити та направити до суду для вирішення питання про застосування таких заходів. Якщо ж особа, що вчинила злочин, а після цього захворіла на психічне захворювання, не потребує застосування примусових заходів медичного характеру, провадження треба зупинити з дотриманням передбачених КПК умов [14, с. 236].

Вважаємо, що такий критерій розмежування підстав для ухвалення рішення про зупинення провадження та направлення

---

<sup>16</sup> Ми виходимо з того, що примусові заходи медичного характеру мають різну правову природу залежно від того, до яких осіб вони застосовуються. У разі застосування таких заходів до осіб, які вчинили суспільно небезпечне діяння в стані неосудності, вони являють собою заходи безпеки (заходи соціального захисту). У разі застосування їх до осіб, які вчинили злочин, а потім захворіли на психічне захворювання до ухвалення вироку, тобто втратили процесуальну дієздатність, вони можуть розглядатися як заходи процесуального примусу (заходи забезпечення кримінального провадження). Такий погляд переконливо обґрунтований у роботі С.Л. Шаренко, на яку ми посилалися.

клопотання про застосування примусових заходів медичного характеру доцільно використовувати і зараз.

### **Деякі питання вдосконалення норм кримінального процесуального законодавства відносно зупинення досудового розслідування**

Ми розглянули підстави для зупинення провадження, маючи на увазі ситуації, коли певній особі було повідомлено про підозру, як це прямо зазначено в ст. 280 КПК.

Зазначимо, що в частині посилання на можливість зупинення провадження після повідомлення особі про підозру ст. 280 не змінювалася з моменту прийняття чинного КПК, таке регулювання було слушним на той час, оскільки тоді особу можна було поставити в процесуальне становище підозрюваного тільки шляхом затримання або вручення повідомлення про підозру. Строки досудового розслідування обчислювалися з моменту повідомлення особі про підозру, отже зупиняти провадження до повідомлення про підозру не було сенсу. Із внесенням доповнення до ст. 42 КПК (Законом № 1689-VII від 7 жовтня 2014 р.) підозрюваним визнається також особа, щодо якої складено повідомлення про підозру, однак його не вручено їй внаслідок невстановлення її місцезнаходження, проте вжито заходів для вручення в спосіб, передбачений КПК для вручення повідомлень<sup>17</sup>.

Постає питання – чи можна оголосити розшук підозрюваного, щодо якого було складено повідомлення про підозру, яке неможливо вручити (хоч було вжито передбачених КПК заходів

---

<sup>17</sup> Повідомлення, відповідно до ч. 3 ст. 111 КПК, здійснюється в порядку, передбаченому гл. 11, тобто шляхом вручення повістки про виклик, надіслання її поштою, електронною поштою чи факсимільним зв'язком, по телефону або телеграмою. У разі тимчасової відсутності особи за місцем проживання повістка для передачі їй вручається під розписку дорослому члену сім'ї особи чи іншій особі, яка з нею проживає, житлово-експлуатаційній організації за місцем проживання особи або адміністрації за місцем її роботи. Очевидно, що надіслання повідомлення про підозру житлово-експлуатаційній організації за місцем проживання особи (точніше – за місцем реєстрації особи, де особа може не перебувати, може переховуватися), адміністрації за місцем роботи (куди особа може не з'являтися) не забезпечує у всіх випадках реального вручення особі повідомлення про підозру.

для вручення)? Очевидно, що є нагальна потреба в розшуку такої особи, ст. 281 КПК передбачено, що слідчий, прокурор оголошує розшук підозрюваного, якщо під час досудового розслідування місцезнаходження його невідоме, не зазначаючи, яким чином особа набула статус підозрюваного. Отже, можна оголосити розшук підозрюваного, якому повідомлення про підозру не вручено (хоч було вжито всіх заходів для цього). Однак зупинити провадження, не маючи підтвердження, що особа отримала повідомлення про підозру, неможливо, не порушуючи вимоги ст. 280 КПК. Можливо, така неузгодженість у розглядуваному питанні стала підставою для висловленої в літературі думки: оголосити розшук підозрюваного можна тільки після вручення йому повідомлення про підозру<sup>18</sup> [15, с. 129-130].

На наш погляд, необхідно чітко врегулювати дане питання в КПК, передбачивши можливість оголошення розшуку підозрюваного, щодо якого складено повідомлення про підозру, яке неможливо вручити, і, відповідно, зупинення провадження. Можливо, це і малося на увазі, коли було внесено розглянуті вище доповнення до ст. 42 КПК.

Із внесенням змін і доповнень до КПК Законом України від 3 жовтня 2017 р. № 2147-VIII істотно змінено види та порядок обчислення строків досудового розслідування. Частиною 1 ст. 219 КПК зараз передбачені, так би мовити, два види строків досудового розслідування: перший – з моменту внесення відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань до повідомлення особі про підозру; другий – зі дня повідомлення про підозру до завершення досудового розслідування. І хоч ч. 1 ст. 294 КПК передбачена

---

<sup>18</sup> Аргументує свою позицію автор досить непослідовно, посилається на те, що особа набуває статусу підозрюваного тільки після вручення їй повідомлення про підозру, і водночас зазначає, що, відповідно до ст. 42 КПК, особу можна поставити в процесуальне становище підозрюваного шляхом складення повідомлення про підозру, яке неможливо їй вручити через те, що невідоме її місцезнаходження.

можливість продовження строків розслідування, які обчислюються до повідомлення про підозру, слідчим суддею неодноразово,<sup>19</sup> вважаємо, що доцільно було б передбачити в КПК можливість зупинення досудового розслідування до повідомлення особі про підозру, наприклад, у зв'язку з необхідністю виконання процесуальних дій у межах міжнародного співробітництва.

Можливо, така пропозиція не дуже коректна з огляду на те, що в провадженні, яке зупинено, будуть провадитися певні процесуальні (можливо, і слідчі (розшукові) дії), але права підозрюваного, якого ще немає в провадженні, не будуть порушені, тому зупинення провадження за такою підставою, можливо, було б доречним.

Зазвичай автори, які розглядали питання зупинення досудового розслідування, підкреслювали, що перелік підстав для зупинення є вичерпним, із чим не можна не погодитися. Але доповнити наявний перелік підстав, мабуть, було б доцільно. Оскільки ми вважаємо, що підстави для зупинення досудового розслідування повинні бути пов'язані з неможливістю участі в провадженні підозрюваного, логічно було б передбачити в КПК України ще й таку підставу, яка передбачена в деяких КПК інших держав, а саме: місцезнаходження підозрюваного відоме, але відсутня реальна можливість його участі в провадженні<sup>20</sup>. Як ми вже зазначали, у КПК України 1960 р. було передбачено таку підставу для зупинення досудового розслідування, як невстановлення особи, яка вчинила злочин, як пропонують деякі

---

<sup>19</sup> На жаль, і порядок продовження таких строків визначено не досить чітко – ч. 1 ст. 294 КПК передбачено, що строк досудового розслідування до повідомлення особі про підозру, визначений в абз. 1 ч. 1 ст. 219 (залежно від тяжкості кримінального правопорушення – 6, 12, 18 місяців), може бути неодноразово продовжений слідчим суддею за клопотанням прокурора або слідчого, погодженого з прокурором, на строк, встановлений п. п. 1-3 ч. 2 ст. 219 (відповідно – 2, 6, 12 місяців), але незрозуміло, чи може слідчий суддя кожного разу продовжувати строк розслідування на 2, 6 чи 12 місяців, чи він може продовжувати строк у межах, визначених ч. 2 ст. 219, тобто всього залежно від тяжкості злочину не більше ніж на 2, 6, 12 місяців.

<sup>20</sup> Таку підставу передбачено п. 3 ч. 1 ст. 246 КПК Республіки Білорусь, п. 3 ч. 1 ст. 208 КПК Росії.

науковці, таку підставу бажано було включити і до чинного КПК [16, с. 364]. Враховуючи недоліки практики застосування даної підстави в період дії КПК 1960 р. (коли провадження зупиняли через декілька днів після порушення кримінальної справи), можна було б передбачити обов'язок слідчого, прокурора проводити досудове розслідування протягом певного часу і тільки після встановлення події кримінального правопорушення і запровадження всіх можливих процесуальних заходів для встановлення особи, що вчинила таке правопорушення, зупинити провадження. Розуміємо, що така пропозиція суперечить намаганням законодавця обмежити проведення досудового розслідування певним часом і закривати провадження, якщо воно не досягло бажаних результатів – розкриття кримінального правопорушення для того, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності. Можна констатувати, що передбачений зараз порядок провадження не забезпечуватиме досягнення завдань кримінального провадження, визначених ст. 2 КПК, не будуть вирішені і завдання Кримінального кодексу (ст. 1 КК України). Аналіз змін, що в цій частині внесені до КПК, виходить за межі даного дослідження. Але ще раз наголосимо на тому, що зупинення провадження у зв'язку з невстановленням особи, що вчинила кримінальне правопорушення (можливо у випадках, коли встановлено факт вчинення злочину середньої тяжкості, тяжкого або особливо тяжкого) буде кращим виходом, ніж закриття такого провадження.

### **Список використаних джерел:**

1. Головки Л.В. Альтернативи уголовному преследованию в современном праве СПб.: Издательство «Юридический центр «Пресс»», 2002. 544 с.

2. Дикарев И.С. Принцип правовой определенности и законная сила судебного решения в уголовном процессе: монография. Волгоград: Изд-во ВолГУ. 2015. 175 с.

3. Судебная власть / под ред. И.Л. Петрухина. М.: ООО «ТК Велби», 2003. 720 с.

4. Кримінальний процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар / за заг. ред. проф. В.Г. Гончаренка, В.Т. Нора, М.Є. Шумила. К.: Юстиніан, 2012. 1224 с.

5. Кримінально-процесуальне право України: підручник / за заг. ред. Ю.П. Аленіна. Х.: ТОВ «Одіссей», 2009. 816 с.

6. Кримінальний процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар: у 2 т. / О.М. Бандурка, Є.М. Блажівський, Є.П. Бурдоль та ін.; за заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, А.В. Портнова. Т. 1. Х.: Право, 2012. 768 с.

7. Аленін Ю.П. Інститут зупинення досудового розслідування: питання оновлення. Сучасне кримінальне провадження України: доктрина, нормативна регламентація та практика функціонування: матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції, м. Одеса 17 квітня 2015 р. / відп. ред. Ю.П. Аленін. Одеса: Національний університет «Одеська юридична академія», 2015. 220 с.

8. Аленін Ю.П. Підстави зупинення досудового розслідування за новим КПК України. Правове життя сучасної України: матер. Міжнар. наук.-практ. конф. 16–17 грудня 2013 р. Т. 2 / відп. за випуск д. ю. н., проф. В.М. Дрьомин; Націон. ун-т «Одеська юридична академія». Одеса: Фенікс, 2013. 814 с.

9. Боржецька Н.Л. Форми закінчення досудового розслідування: правові, теоретичні та прикладні проблеми: автореф. дис.... канд. юрид. наук: 12.00.09; Нац. у-нт «Острозька академія». Київ, 2016. 19 с.



10. Шаренко С.Л. Кримінально-процесуальні проблеми застосування примусових заходів медичного характеру: автореф. дис.... канд. юрид. наук: 12.00.09; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. Х., 2000. 19 с.

11. Перепелиця С.І. Кримінальне провадження у формі приватного обвинувачення: монографія. Х.: Право, 2015. 184 с.

12. Кримінальний процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар / відп. ред.: С.В. Ківалов, С.М. Міщенко, В.Ю. Захарченко. Х.:Одіссей, 2013. 1104 с.

13. Берш А.Я. Примусові заходи медичного характеру: правова природа та види: автореф. дис.... канд. юрид. наук: 12.00.09; Нац. ун-т «Одеська юрид. акад.». Одеса, 2017. 20 с.

14. Сборник постановлений Пленума и определений коллегий Верховного Суда СССР по уголовным делам (1971–1979 гг.). М.: Известия, 1981. 983 с.

15. Боруш А.О. Проблемні питання розшуку підозрюваного за кримінальним процесуальним кодексом України. Сучасне кримінальне провадження України: доктрина, нормативна регламентація та практика функціонування: матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції, м. Одеса, 17 квітня 2015 р. / відп. ред. Ю.П. Аленін. Одеса: Національний університет «Одеська юридична академія», 2015. 220 с.

16. Кривонос І.С. Доцільність використання у Кримінальному процесуальному кодексі України підстави для зупинення кримінального провадження у зв'язку з невстановленням особи, яка вчинила злочин. Університетські наукові записки: часопис Хмельниц. університету управління та права. Право. Економіка. Управління. 2012. Вип. 3. 364 с.

**Волошина В.К.,**  
кандидат юридичних наук, доцент,  
доцент кафедри кримінального процесу  
Національного університету «Одеська юридична академія»

**Немчинов Є.С.,**  
аспірант кафедри кримінального процесу  
Національного університету «Одеська юридична академія»,  
прокурор Павлоградської місцевої прокуратури  
Дніпропетровської області, юрист II класу

## **ДЕЯКІ ПИТАННЯ ЩОДО ПОРЯДКУ ОБЧИСЛЕННЯ ТА ПРОДОВЖЕННЯ СТРОКІВ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ**

### **Вступ**

В останній час в Україні відбуваються системні зміни в економічній, політичній і соціальній сферах, які спрямовані на розбудову демократичної, правової держави європейського зразка. Ухвалення Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) України [1] є визначальним у системі реформування кримінального судочинства. Для узгодження кримінального процесуального законодавства України з міжнародними стандартами особливого змісту й актуальності набуває ретельне дослідження проблем реформування досудового розслідування. Враховуючи сталі тенденції в країні до збільшення кількості злочинів [2, с. 67], питання належного законодавчого забезпечення досудового розслідування набувають першочергового значення.

Водночас не менш важлива реалізація кримінального процесуального законодавства в діяльності органів досудового розслідування, яка ще не повною мірою відповідає суспільним потребам щодо додержання засад верховенства права та законності.

Проблемні питання, що стосуються строків досудового розслідування, постіно були предметом дослідження в працях багатьох учених-криміналістів і процесуалістів. Особливої актуальності ці питання набрали у зв'язку з набранням чинності КПК України (2012 р.) та Закону України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» (далі – Закон № 2147-VIII) [3].

У тому чи іншому аспекті питання строків досудового розслідування розглядалися в працях Ю. І. Азарова, Ю. П. Аленіна, В. І. Галагана, І. В. Гловюк, Ю. М. Грошевого, А. Я. Дубинського, Н. В. Неледві, В. Т. Нора, Д. П. Письменного, М. А. Погорецького, В. О. Попелюшка, Г. І. Сисоєнка, С. М. Стахівського, О. Ю. Татарова, В. М. Тертишника, О. О. Торбаса, Л. Д. Удалової, В. І. Фаринника, С. Б. Фоміна, Д. В. Ягунова й ін.

Констатуючи вагомий внесок зазначених учених у розроблення цієї проблематики, варто зауважити, що вони розкривали лише певні її сторони, тому ще й досі залишається чимало дискусійних, недостатньо опрацьованих питань, що пояснюється відносною новизною кримінального процесуального законодавства та складністю й різнобічністю інституту строків досудового розслідування.

Отже, зараз є досить нагальним виявлення проблемних питань, що стосуються початку та закінчення досудового розслідування, а також порядку обчислення та продовження строків досудового розслідування у зв'язку з окремими змінами до КПК України, зокрема, ухваленням Закону № 2147-VIII, та внесення пропозицій щодо їх вирішення.

## **Початок та закінчення досудового розслідування**

Відповідно до п. 5 ч. 1 ст. 3 КПК України, досудове розслідування – це стадія кримінального провадження, яка починається з моменту внесення відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань і закінчується закриттям кримінального провадження або направленням до суду обвинувального акта, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, клопотання про звільнення особи від кримінальної відповідальності.

Згідно зі ст. 219 КПК України, досудове розслідування повинно бути закінчено протягом одного місяця з дня повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального проступку та протягом двох місяців зі дня повідомлення особі про підозру у вчиненні злочину. У разі складності, особливої складності чи виняткової складності кримінального провадження ці строки можуть бути продовжені. Отже, на даний час КПК України пов'язує момент відліку строків досудового розслідування не з фактом внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань, а з моментом повідомлення особі про підозру. Цим законодавець гарантує забезпечення оперативного досудового розслідування щодо конкретної особи та дозволяє слідчому відсортувати всі наявні в нього кримінальні провадження залежно від наявності чи відсутності в них підозрюваних. З іншого боку, КПК України чітко не встановлює момент обов'язкового повідомлення особі про підозру.

Водночас Законом № 2147-VIII законодавець ввів новий вид обчислення строку досудового розслідування – з моменту внесення відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань до дня повідомлення особі про підозру.

Строк досудового розслідування з моменту внесення відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань до дня повідомлення особі про підозру становить: шість місяців – у кримінальному провадженні щодо кримінального проступку; дванадцять місяців – у кримінальному провадженні щодо злочину невеликої або середньої тяжкості; вісімнадцять місяців – у кримінальному провадженні щодо тяжкого або особливо тяжкого злочину.

Європейський суд із прав людини (далі – ЄСПЛ) у рішенні від 15 липня 1982 р., ухваленому в справі «Екле проти Федеративної Республіки Німеччини», у п. 73 наголосив на тому, що в кримінальних справах «розумний строк», про який йдеться в ст. 6 п. 1 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, відлічується з моменту, коли особі «пред'явлено обвинувачення»; це може статися раніше, ніж справа потрапить до суду (див., наприклад, рішення від 27 лютого 1980 р. в справі Девеєра. Серія А, т. 35, с. 22, п. 42), зі дня арешту, з дати, коли зацікавлена особа була офіційно повідомлена, що проти неї порушено кримінальну справу, або з дати, коли було розпочато попереднє слідство (див. рішення в справі Вемгофф від 27 червня 1968 р.; у справі Неймастера, винесене того ж дня; у справі Рінгейзена від 16 липня 1971 р.) [4].

Аналогічну позицію ЄСПЛ висловив у рішенні від 30 березня 2004 р., постановленому в справі «Меріт проти України» [5]. Отже, ЄСПЛ зазначає, що «розумні строки» починаються з моменту, коли було розпочато досудове слідство.

Таке рішення законодавця збігається з вищезазначеними рішеннями ЄСПЛ, а також із п. 5 ч. 1 ст. 3 КПК України.

Зауважимо, що однією із загальних засад кримінального провадження, передбачених ст. 7 КПК України, що конкрети-

зовано в ст. 28 КПК України, є розумні строки. Так, відповідно до ч. 1 ст. 28 КПК України, під час кримінального провадження кожна процесуальна дія або процесуальне рішення повинні бути виконані або ухвалені в розумні строки. Розумними вважаються строки, що є об'єктивно необхідними для виконання процесуальних дій і ухвалення процесуальних рішень. Розумні строки не можуть перевищувати передбачені кримінальним процесуальним законом строки виконання окремих процесуальних дій або ухвалення окремих процесуальних рішень. Взагалі, поняття «розумний строк» є оціночним.

На даний час формується судова практика щодо встановлення слідчими суддями строку, необхідного й достатнього для закінчення досудового розслідування.

Так, наприклад, ухвалою слідчого судді Комінтернівського районного суду Одеської області від 30 листопада 2017 р. встановлено строк у два місяці з моменту отримання органом досудового розслідування даного рішення для проведення процесуальних дій, необхідних і достатніх для закінчення досудового розслідування в кримінальному провадженні № 12015160330001010 від 9 липня 2015 р. [6]. Ухвалюючи дане рішення, слідчий суддя керувався практикою ЄСПЛ, Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод та ст. ст. 3, 28, 113, 114 КПК України.

На аналогічних підставах ухвалою слідчого судді Звенигородського районного суду Черкаської області від 4 грудня 2017 р. встановлено строк у два місяці з моменту отримання органом досудового розслідування даного рішення для проведення процесуальних дій, необхідних та достатніх для закінчення досудового розслідування в кримінальному провадженні № 12016250140001389 від 17 грудня 2016 р. за

ч. 1 ст. 125 КК України, та в кримінальному провадженні № 12017250140001087 за ч. 1 ст. 367 КК України [7].

Отже, судова практика вказує на те, що під час здійснення досудового розслідування в кримінальному провадженні, в якому жодній особі не було повідомлено про підозру, повинні бути встановлені строки досудового розслідування.

На нашу думку, досудове розслідування не може тривати нескінченно, а тому встановлення чітких строків, які будуть активізувати органи досудового розслідування до здійснення дізнання та досудового слідства, є слушними. Вочевидь, встановлення конкретного строку досудового розслідування дисциплінує органи досудового розслідування та робить такий строк – «строком обмеженої дії».

Успішність розслідування та судового розгляду будь-якого кримінального правопорушення багато в чому залежить від процесуального оформлення його початкового етапу та виконання властивих цьому етапу завдань кримінального провадження.

Питання належного законодавчого забезпечення початку досудового розслідування набуває особливого значення у зв'язку зі збільшенням кількості зареєстрованих заяв і повідомлень про злочини, перерозподілом, підслідності злочинів, що призвело до суттєвого навантаження на слідчих і прокурорів.

Початок досудового розслідування має не тільки юридичне, але й громадське значення, оскільки від законності й обґрунтованості відповідних рішень слідчими та прокурорами залежить оцінка населенням стану протидії злочинності та ставлення держави до громадян.

Практика застосування КПК України викликала активні наукові дискусії щодо низки важливих питань, зокрема проблеми початку досудового розслідування.

Згідно із ч. 4 ст. 214 КПК України, слідчий, прокурор, інша службова особа, уповноважена на прийняття та реєстрацію заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення, зобов'язані прийняти та зареєструвати таку заяву чи повідомлення. Відмова в прийнятті та реєстрації заяви чи повідомлення про кримінальне правопорушення не допускається. Тобто ініціювання кримінальної процесуальної діяльності покладається на особу, яка звернулася із заявою чи повідомленням. Така процедура може призвести до зловживань із боку органів досудового розслідування й осіб, які звертаються із заявами чи повідомленнями. Щоб уникнути зазначених проблем, Ю. П. Алєнін пропонує: «На етапі ініціювання досудового розслідування необхідно запровадити своєрідний процесуальний фільтр, завдяки якому кримінальне провадження буде розпочинатися за діяннями, які дійсно мають ознаки злочину чи кримінального поступку» [8, с. 401].

Згідно із ч. 2 ст. 214 КПК України, досудове розслідування розпочинається з моменту внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань, чому передують приймання та реєстрація заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення слідчим, прокурором чи іншою службовою особою, уповноваженою на прийняття та реєстрацію таких заяв і повідомлень. Тобто про складання процесуального документа (постанови), який би визначив момент, з якого починається досудове розслідування, а особа, щодо якої ухвалюється відповідне рішення, набувала б статусу учасника кримінальних процесуальних відносин, законодавчо не йдеться [9, с. 30].



Аналогічна позиція О. В. Баганця, який пропонує додати в КПК України ст. 214-3 такого змісту: «За наявності приводів і підстав, зазначених у ст. 214 цього Кодексу, прокурор, слідчий зобов'язані винести постанову про початок досудового розслідування, вказавши приводи і підстави для такого рішення, статтю кримінального закону, за ознаками якої проводитиметься досудове розслідування, а також дальше спрямування кримінального провадження.

Якщо на момент початку досудового розслідування встановлено особу, яка вчинила кримінальне правопорушення, кримінальне провадження має здійснюватися щодо цієї особи.

Слідчий, який здійснюватиме досудове розслідування, визначається керівником органу досудового розслідування.

Здійснення досудового розслідування до внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань або без такого внесення не допускається і тягне за собою відповідальність, встановлену законом. Огляд місця події у невідкладних випадках може бути проведений до внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань, що здійснюється негайно після завершення огляду» [10].

Варто зазначити, що в ст. 303 КПК України не вказується, що під час досудового розслідування рішення слідчого або прокурора щодо внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань можуть бути оскаржені. Запропонований порядок початку досудового розслідування, який не передбачає ухвалення відповідного процесуального рішення у формі постанови слідчого або прокурора, не узгоджується із ч. 3 ст. 110 КПК України, в якій вказується, що рішення слідчого, прокурора ухвалюється у формі постанови, яка виноситься у випадках,

передбачених цим Кодексом, а також коли слідчий, прокурор визнає це за необхідне.

Така позиція законодавця, яка не передбачає можливості оскарження внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань, викликала критику з боку науковців. Так, Ю. П. Алєнін зазначає, що відсутність формального початку кримінального провадження у формі постанови унеможлиблює оскарження факту його порушення [11, с. 202].

Водночас, аналізуючи проблему визначення доцільності впровадження в кримінальне процесуальне законодавство норм, якими би регламентувалися підстави і процесуальний порядок оскарження початку досудового розслідування, Л. М. Лобойко дійшов таких висновків: 1) оскарження початку досудового розслідування не є ефективним засобом забезпечення прав його учасників, а в окремих випадках може ставати на заваді цьому; 2) врегулювання оскарження початку розслідування у вітчизняному кримінальному процесуальному законодавстві є недоцільним [12, с. 73]. Проте позиція Л. М. Лобойка щодо недоцільності оскарження початку досудового розслідування суперечить загальним засадам кримінального провадження. На це вказувалося в рішенні Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень ч. 3 ст. 120, ч. 6 ст. 234, ч. 3 ст. 236 Кримінально-процесуального кодексу України (справа про розгляд судом окремих постанов слідчого і прокурора) № 3-рп/2003 від 30 січня 2003 р. [13].

Так, у вищезгаданому рішенні Конституційний Суд України зазначає, що постанова про порушення кримінальної справи щодо певної особи, винесена з недодержанням вимог КПК України, зокрема, передбачених ст. ст. 94-98 Кримінально-процесуального

кодексу України, може породити наслідки, які виходять за межі кримінально-процесуальних відносин, і завдати такої шкоди конституційним правам і свободам внаслідок несвоєчасного судового контролю, що поновити їх буде нездійсненим. Унеможливлення розгляду судом скарги на постанову про порушення кримінальної справи щодо певної особи на стадії досудового слідства, відкладення її перевірки судом на стадію попереднього розгляду кримінальної справи або на стадію розгляду її по суті, відстрочка судового контролю обмежують конституційне право людини на судовий захист, який є гарантією всіх прав і свобод людини і громадянина [13].

Чинний КПК України втілює у життя значну кількість вимог Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, розвинутих у практиці ЄСПЛ. Але формальне втілення окремих положень із правової системи одних країн (зокрема відмову від стадії порушення кримінальної справи) та намагання впровадити в правову систему України, не враховуючи історичний розвиток правової системи, економіки, політики, традиції, менталітет, привело до певних проблем, наприклад, проблем, пов'язаних із можливістю оскарження на досудовому провадженні рішення слідчого або прокурора щодо внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань. Варто зауважити, що, згідно із ч. 1 ст. 214 КПК України, внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань є прямим обов'язком слідчого та прокурора, а право на оскарження вищевказаної дії можливе лише після внесення відповідних змін і доповнень до КПК України.

Пропонуємо ч. 1 ст. 214 КПК України викласти в такій редакції: «Слідчий, прокурор за наявності достатніх даних, які вказують на наявність ознак злочину, невідкладно, але не пізніше

24 годин після подання заяви, повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення або після самостійного виявлення ним із будь-якого джерела обставин, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення, зобов'язаний внести відповідні відомості до Єдиного реєстру досудових розслідувань, розпочати розслідування та через 24 години з моменту внесення таких відомостей надати заявнику витяг з Єдиного реєстру досудових розслідувань. Про внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань слідчий, прокурор виносить постанову. Якщо на момент внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань встановлено особу, яка вчинила кримінальне правопорушення, про це зазначається в постанові. Слідчий, який здійснюватиме досудове розслідування, визначається керівником органу досудового розслідування».

У ч. 5 ст. 214 КПК України доповнити п. 2-1: «2-1) прізвище, ім'я, по батькові або найменування юридичної особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, якщо на момент внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань встановлено таку особу».

Ч. 1 ст. 303 КПК України доповнити п. 1-1 такого змісту: «1-1) рішення слідчого, прокурора про внесення відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань – особою, зазначеною у п. 2-1 ч. 5 ст. 214 КПК України, чи її представником».

Закінчення досудового розслідування є сутністю всієї діяльності правоохоронних органів щодо виявлення та розслідування кримінальних проваджень. У теорії кримінального провадження щодо визначення поняття «закінчення досудового розслідування» точаться багаторічні дискусії. На наш погляд, це пояснюється тим, що на даний час у чинному КПК України є

кілька положень, які дають підстави для різного трактування визначення моменту закінчення досудового розслідування в кримінальному провадженні.

Так, Г. І. Сисоєнко, аналізуючи положення ст. ст. 3, 283 та 290 КПК України, дійшов висновку, що законодавець у перелічених статтях вільно вживає терміни «завершення» і «закінчення». На його думку, завершення досудового розслідування пов'язане з моментом надання всім зацікавленим учасникам кримінального провадження доступу до матеріалів досудового розслідування, можливості робити копії або відображення матеріалів, подавати докази, заявляти клопотання про проведення процесуальних дій, про забезпечення щодо себе, членів своєї сім'ї, близьких родичів, майна, житла тощо. Закінчення досудового розслідування є наступним після завершення етапом стадії досудового розслідування, оскільки сторони вже ознайомилися з матеріалами кримінального провадження, надали докази, заявили клопотання, отримали на них відповіді, повною мірою використали надане їм законом право на свій захист, а зібрані під час слідства докази, а також отримані на попередньому етапі, повинні спонукати слідчого, прокурора ухвалити остаточне рішення про закінчення досудового розслідування у визначеній у законі формі й ознайомлення зацікавлених учасників кримінального провадження із цим процесуальним рішенням [14, с. 149].

Заслуговують на увагу запропоновані Г. І. Сисоєнко зміни до відповідних статей КПК України, в яких ідеться про завершення або закінчення досудового розслідування, що буде сприяти однозначному їх тлумаченню. Так, науковець пропонує в ч. 4 ст. 110 КПК України термін «завершується» замінити терміном «закінчується» [14, с. 151].

Наявність правової невизначеності під час встановлення моменту закінчення досудового розслідування зазначалася в роботі О. О. Торбаса [15]. З метою вирішення цієї проблеми О. О. Торбас пропонує вдосконалити п. 2 ч. 1 ст. 219 КПК України, який необхідно викласти в такій редакції: «Досудове розслідування повинно тривати не більше від: <...> 2) двох місяців зі дня повідомлення особі про підозру до моменту внесення прокурором відомостей до Єдиного реєстру досудового розслідування про закінчення досудового розслідування» [15, с. 61].

Вихідною умовою закінчення досудового розслідування в такому разі є переконаність слідчого в доведеності обвинувачення і достатності зібраних доказів. Але варто зазначити, що сама достатня сукупність доказів може свідчити лише про можливість закінчення досудового розслідування, яке повинно мати офіційне оформлене завершення у вигляді рішення слідчого чи прокурора. Тобто стадія досудового розслідування завершитися не може без офіційного оформлення, незважаючи на те, що це оформлення прийняте після повного й об'єктивного дослідження всіх доказів.

Отже, вважаємо доцільною пропозицію О. О. Торбаса про те, що досудове розслідування закінчується моментом внесення прокурором відомостей до Єдиного реєстру досудового розслідування про закінчення досудового розслідування.

Однією із процесуальних проблем КПК України є відсутність чітких, нормативно закріплених обов'язків підозрюваного й захисника підозрюваного з'явитися до прокурора для отримання обвинувального акта. У КПК України щодо цього міститься лише загальний обов'язок, визначений в п. 1 ч. 7 ст. 42 КПК України, де зазначено, що підозрюваний, обвинувачений зобов'язаний прибути за викликом до слідчого, прокурора, слідчого судді, суду, а в разі

неможливості прибути за викликом у призначений строк – заздалегідь повідомити про це зазначених осіб.

Відсутність чітко передбаченого обов'язку й механізму дій на практиці породжує проблеми під час вручення обвинувального акта з додатками й отримання розписки від підозрюваного та його захисника про їх отримання. Типовими є ситуації, коли підозрюваний і його захисник не з'являються до прокурора для отримання обвинувального акта, відмовляються отримувати обвинувальний акт, що призводить до затягування процесуальних строків. На зазначені проблеми вказувалося в роботі Я. О. Ковтуна [16, с. 167], в якій надавалися пропозиції щодо усунення правових прогалин КПК України.

Внесення відповідних змін і доповнень надасть можливість на стадії досудового розслідування чітко визначити момент його завершення і закінчення, підстави для ухвалення кінцевого процесуального рішення, окреслити перелік процесуальних повноважень учасників кримінального провадження під час ознайомлення з матеріалами, визначити час, який буде відведено на підготовку відповідного кінцевого процесуального рішення в кримінальному провадженні.

Закінчуючи розгляд першої частини статті, необхідно зазначити, що у зв'язку з ухваленням Закону № 2147-VIII, яким внесені зміни в КПК України, деякі наукові праці втратили свою актуальність. Однак КПК України із внесеними змінами базується на визначених загальноправових принципах, що впливають на всі інститути кримінального процесу. Тобто, хоча підстави для закінчення досудового розслідування зазнали певних змін, більшість напрацювань учених і практиків у цьому напрямі можуть служити основою подальших наукових досліджень.

## **Проблемні питання обчислення строків досудового розслідування та порядок їх продовження**

Питання про правову регламентацію строків у кримінальному судочинстві завжди було в полі зору представників правової науки, працівників органів досудового розслідування, прокуратури та суду.

Недотримання процесуальних строків, які встановлені КПК України, призводить до порушення прав, свобод і законних інтересів учасників кримінального провадження, а за певних умов загалом унеможлиблює належний захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень.

Ще одне питання, на якому хотілося би зупинитися – це об'єднання матеріалів досудового розслідування. Так, відповідно до ч. 1 та ч. 5 ст. 217 КПК України, у разі необхідності в одному провадженні можуть бути об'єднані матеріали досудових розслідувань щодо декількох осіб, підозрюваних у вчиненні одного кримінального правопорушення, або щодо однієї особи, підозрюваної у вчиненні кількох кримінальних правопорушень, а також матеріали досудових розслідувань, за якими не встановлено підозрюваних, проте є достатні підстави вважати, що кримінальні правопорушення, щодо яких здійснюються ці розслідування, вчинені однією особою (особами). Рішення про об'єднання матеріалів досудового розслідування ухвалюється прокурором.

Законом України «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо удосконалення механізмів забезпечення завдань кримінального провадження» № 1950-VIII від 16 березня 2017 р. (далі – Закон № 1950-VIII) були внесені зміни до КПК України та ст. 219 доповнена ч. 4, якою встановлено, що загальний строк досудового розслідування в разі об'єднання



кримінальних проваджень порядком, передбаченим ст. 217 цього Кодексу, визначається: у провадженнях, які розслідувалися в один проміжок часу, – шляхом поглинання меншого строку більшим; у провадженнях, які розслідувалися в різні проміжки часу, – шляхом додавання строків досудового розслідування по кожному з таких проваджень, які не перетинаються, у межах строків досудового розслідування злочину, який передбачає найбільш тривалий строк досудового розслідування з урахуванням можливості його продовження, передбаченої ч. 2 цієї статті.

Вказані зміни були внесені з метою унормування питання обчислення строків досудового розслідування в разі об'єднання кримінальних проваджень.

О. Ю. Татаров, коментуючи вищевказані зміни, зазначив, що «зміни містять низку техніко-юридичних помилок, неузгодженостей і прогалин. Так, щодо пропозицій визначення загального строку досудового розслідування при об'єднанні кримінальних проваджень, авторами закону для формулювання норми використано незрозумілі для правозастосувача поняття. Як приклад, «провадження, які розслідувалися в один проміжок часу», «провадження, які розслідувалися в різні проміжки часу»; «провадження, які не пересікаються». Відсутність розкриття змісту цих понять створить у практичній діяльності суттєві складнощі в їх застосуванні та неоднозначне тлумачення» [17].

Варто зазначити, що до змін, внесених Законом № 1950-VIII, прокурор після винесення постанови про об'єднання матеріалів досудових розслідувань, за якими особі (особам) було повідомлено про підозру, вносив відповідні відомості до Єдиного реєстру досудових розслідувань, та даною автоматизованою системою визначався строк досудового розслідування шляхом

поглинання меншого строку більшим. Тобто строк був жорстко детермінованим.

Проте відсутність на даний час у КПК України й інших законах України визначення понять «провадження, які розслідувалися в один проміжок часу» та «провадження, які розслідувалися в різні проміжки часу» дає органам, які здійснюють організацію і процесуальне керівництво досудовим розслідуванням, можливість на свій розсуд визначати найбільш вигідний для них спосіб обрахування загального строку досудового розслідування в об'єднаному кримінальному провадженні. А в цьому разі маємо вільне визначення строків.

На нашу думку, способом, який найбільше захищає права й інтереси сторони захисту та потерпілого, є спосіб, коли менший строк поглинається більшим.

У кримінальному процесуальному законодавстві передбачені строки продовження досудового розслідування. Водночас загальний строк досудового розслідування не може перевищувати: 1) двох місяців зі дня повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального проступку; 2) шести місяців зі дня повідомлення особі про підозру у вчиненні злочину невеликої або середньої тяжкості; 3) дванадцяти місяців зі дня повідомлення особі про підозру у вчиненні тяжкого або особливо тяжкого злочину.

Ст. 294 КПК України в редакції зі змінами, внесеними Законом № 2147-VIII, визначені загальні положення продовження строку досудового розслідування.

Так, згідно з положеннями ч. 3 ст. 294 КПК України, якщо зі дня повідомлення особі про підозру у вчиненні злочину досудове розслідування (досудове слідство) неможливо закінчити в строк, зазначений у п. 2 абз. 3 ч. 1 ст. 219 КПК, він може бути продовжений

у межах строків, встановлених п. п. 2 та 3 ч. 2 ст. 219 КПК: до трьох місяців – керівником місцевої прокуратури, заступником Генерального прокурора; до шести місяців – слідчим суддею за клопотанням слідчого, погодженим із керівником регіональної прокуратури або його першим заступником чи заступником, заступниками Генерального прокурора; до дванадцяти місяців – слідчим суддею, за клопотанням слідчого, погодженим із Генеральним прокурором чи його заступниками.

Відповідно до ч. 2 ст. 28 КПК України, проведення досудового розслідування в розумні строки забезпечує прокурор, слідчий суддя (у частині строків розгляду питань, віднесених до його компетенції), а судового провадження – суд.

Згідно із ч. 1 ст. 114 КПК України, для забезпечення виконання сторонами кримінального провадження вимог розумного строку слідчий суддя, суд має право встановлювати процесуальні строки в межах граничного строку, передбаченого Кримінальним процесуальним кодексом, з урахуванням обставин, встановлених під час відповідного кримінального провадження.

У результаті порівняльного аналізу положень продовження строку досудового розслідування за чинною редакцією КПК України та редакцією, яка набере чинності з 15 березня 2018 р., визначено, що законодавцем уведений новий суб'єкт продовження строку досудового розслідування – слідчий суддя.

За новою редакцією КПК України слідчий суддя наділений правом продовжувати строк досудового розслідування злочину або кримінального проступку до моменту повідомлення особі про підозру, а також продовжувати строк досудового розслідування злочину після повідомлення особі про підозру.

Отже, цими змінами законодавець встановлює судовий контроль за строками досудового розслідування, така позиція законодавця узгоджується із ч. 2 ст. 28 та ч. 1 ст. 114 КПК України.

Водночас порівняльний аналіз ч. 3 ст. 294 КПК України з відповідною нормою, яка чинна на даний час, показує, що законодавцем були позбавлені права продовжувати строки досудового розслідування – Генеральний прокурор, керівник регіональної прокуратури, його перший заступник і заступник.

І це тоді, коли саме цим суб'єктам підпорядковані департаменти (управління), які здійснюють нагляд за додержанням законів у кримінальному провадженні.

Тому, на нашу думку, п. 1 ч. 3 ст. 294 КПК України в редакції зі змінами, внесеними Законом № 2147-VIII, доцільно викласти так: «До трьох місяців – керівником місцевої прокуратури; керівником регіональної прокуратури або його першим заступником чи заступником; Генеральним прокурором або його першим заступником чи заступником». Окрім того, вищезазначена ч. 3 ст. 294 КПК України суперечить ч. 1 ст. 297-1 КПК України, у редакції зі змінами, внесеними Законом № 2147-VIII, згідно з якою у випадках, передбачених ст. 294 цього Кодексу, продовження строку досудового розслідування здійснюється на підставі ухвали слідчого судді, постановленої за відповідним клопотанням прокурора або слідчого. Тобто в ст. 294 КПК України зазначено, що слідчий може звернутися до слідчого судді виключно із клопотанням, погодженим із відповідним керівником органу прокуратури, проте в ч. 1 ст. 297-1 КПК України зазначено, що слідчий і без погодження свого клопотання може звернутися з ним до слідчого судді.

Крім того, певні прогалини має і ч. 2 ст. 294 КПК України в редакції зі змінами, внесеними Законом № 2147-VIII, згідно з

якою, якщо внаслідок складності провадження неможливо закінчити досудове розслідування зі дня повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального проступку (дізнання) у строк, зазначений у п. 1 абз. 3 ч. 1 ст. 219 цього Кодексу, він може бути продовжений у межах строку, встановленого п. 1 ч. 2 ст. 219 цього Кодексу, районним (міським) або іншим прирівняним до нього прокурором.

На момент ухвалення Верховною Радою України КПК України (2012 р.) в Україні діяв Закон України «Про прокуратуру» (1991 р.), відповідно до якого систему органів прокуратури становили: Генеральна прокуратура України, прокуратури Автономної Республіки Крим, областей, міст Києва і Севастополя (на правах обласних), міські, районні, міжрайонні, районні в містах, а також військові прокуратури.

Водночас Верховною Радою України 14 жовтня 2014 р. ухвалений Закон України «Про прокуратуру» № 1697-VII, який визначає правові засади організації і діяльності прокуратури України, статус прокурорів, порядок здійснення прокурорського самоврядування, а також систему прокуратури України. Так, вищевказаним Законом були реформовані органи прокуратури та замість районних і міжрайонних прокуратур створювалися місцеві прокуратури, які очолює керівник місцевої прокуратури.

Отже, положення ч. 2 ст. 294 КПК України в редакції зі змінами, внесеними Законом № 2147-VIII, щодо суб'єкта, який може продовжувати строк досудового розслідування кримінального проступку, не відповідають чинному законодавству, а тому в даній нормі слова «районним (міським) або іншим прирівняним до нього прокурором» необхідно замінити словами «керівником місцевої прокуратури».

## Висновки

Проведений аналіз показує, що, незважаючи на внесені позитивні зміни, у КПК України залишилися старі, а також з'явилися нові проблеми. За результатами проведеного дослідження було визначено дискусійні питання щодо норм КПК України, а також надано пропозиції щодо вдосконалення кримінального процесуального законодавства в частині регламентації початку, закінчення та порядку продовження строків досудового розслідування.

Вважаючи, що позбавлення права Генерального прокурора, керівника регіональної прокуратури, його першого заступника та заступника продовжувати строки досудового розслідування недоцільно, пропонуємо п. 1 ч. 3 ст. 294 КПК України в редакції зі змінами, внесеними Законом № 2147-VIII, викласти в такій редакції: «До трьох місяців – керівником місцевої прокуратури; керівником регіональної прокуратури або його першим заступником чи заступником; Генеральним прокурором або його першим заступником чи заступником».

З метою узгодження положення ч. 2 ст. 294 КПК України в редакції зі змінами, внесеними Законом № 2147-VIII, щодо суб'єкта, який може продовжувати строк досудового розслідування кримінального проступку, із Законом України «Про прокуратуру» № 1697-VII, пропонується в даній нормі слова «районним (міським) або іншим прирівняним до нього прокурором» замінити словами «керівником місцевої прокуратури».

Під час обрахування загального строку досудового розслідування в об'єднаному кримінальному провадженні рекомендується застосовувати спосіб, який найбільше захищає

права й інтереси сторони захисту і потерпілого та передбачає поглинання меншого строку більшим.

Законодавче закріплення висловлених пропозицій стане гарантією забезпечення прав і законних інтересів учасників досудового розслідування, а також здійснення завдань кримінального провадження.

### **Список використаних джерел:**

1. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI. Голос України. 2012. № 90-91.

2. Права людини в діяльності української поліції – 2016: науково-практичне видання / за ред. Є.О. Крапивіна. К.: Софія-А, 2017. 304 с.

3. Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів: Закон України № 2147-VIII від 3 жовтня 2017 р. Голос України. 2017. № 221-222.

4. Решение Европейского суда по правам человека «Экле против Федеративной Республики Германии» от 15 июля 1982 г. URL: <https://precedent.in.ua/2016/04/08/ekle-protyv-federatyvnoy-respublyky/>.

5. Рішення Європейського суду з прав людини в справі «Меріт проти України» від 30 березня 2004 р. URL: [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/980\\_110](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/980_110).

6. Ухвала слідчого судді Комінтернівського районного суду Одеської області від 30 листопада 2017 р., справа № 12015160330001010. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/70692385/>.

7. Ухвала слідчого судді Звенигородського районного суду Черкаської області від 4 грудня 2017 р., справи № 1201650140001389, № 12017250140001087. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/70701364/>.

8. Аленін Ю.П. Особливості початку досудового розслідування за новим КПК України: позитивні і негативні аспекти. Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія». 2012. Т. 11. С. 395–403.

9. Вакулік О.А., Азаров Ю.І. Початок досудового розслідування у кримінальному провадженні: навч. посібник. К.: Центр учбової літератури, 2015. 184 с.

10. Баганець О.В. Щодо необхідності внесення змін і доповнень в КПК України 2012 р. в частині порядку початку досудового розслідування. URL: <http://baganets.com/blogs-baganets/schodo-neobh-dnost-vnesennja-zm-ndopovn.html>.

11. Аленін Ю.П. Початок досудового розслідування за КПК України 2012 р. Юридичний часопис Національної Академії внутрішніх справ. 2013. № 1. С. 198-203.

12. Лобойко Л.М. Щодо доцільності оскарження початку досудового розслідування. Вісник Академії адвокатури України. 2016. Т. 3. № 2 (36). С. 68-74.

13. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України від 30 січня 2003 р. № 3-пп / 2003. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-03>.

14. Сисоєнко Г.І. Закінчення досудового розслідування. Вісник Академії адвокатури України. 2015. Т. 12. № 2. С. 145-153.

15. Торбас О.О. Форми закінчення досудового розслідування за Кримінальним процесуальним кодексом України: монографія. Одеса: Юрид. літ-ра, 2015. 168 с.



16. Ковтун Я.О. Проблемні питання вручення обвинувального акта стороні захисту по закінченні досудового розслідування. Науковий вісник публічного та приватного права. 2016. Т. 2. Вип. 6. С. 167-170.

17. Татаров О.Ю. Змінами до КПК хочуть прикрити неякісне досудове розслідування. URL: <http://blog.liga.net/user/otatarov/article/25349.aspx>.

***Калиновський О.В.,***

*кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник,  
заступник начальника відділу організації  
науково-дослідної роботи  
Національної академії внутрішніх справ*

***Школьніков В.І.,***

*здобувач ступеня вищої освіти магістра  
Національної академії внутрішніх справ*

## **ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ ПОРЯДОК ЗДОБУТТЯ ВІДОМОСТЕЙ З ЕЛЕКТРОННИХ ІНФОРМАЦІЙНИХ СИСТЕМ, ДОСТУП ДО ЯКИХ НЕ ОБМЕЖУЄТЬСЯ, ТА ЇХ СТАТУС У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ**

### **Вступ**

З ухваленням нового Кримінального процесуального кодексу України 2012 р. з'явилася така нова на той час негласна слідча (розшукова) дія, як зняття інформації з електронних інформаційних систем (ст. 264). Сьогодні зняття інформації з електронних інформаційних систем є малодослідженим питанням в наукових колах, тому що розвиток інформаційних технологій, а особливо активний розвиток Інтернету, зумовлює

впровадження та наукове обґрунтування новітніх методик пошуку й аналізу інформації з відкритих джерел. Крім того, у практиків виникає дискусійне питання щодо процесу здобуття відомостей з електронних інформаційних систем, доступ до яких не обмежується. У даному контексті найголовнішим проблемним питанням є процесуальний статус результатів, здобутих внаслідок проведення негласної слідчої (розшукової) дії, передбаченої ч. 2 ст. 264 Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) України.

Необхідно зазначити, що мережа Інтернет містить інформацію, яка може бути використана під час досудового розслідування та судового розгляду кримінального провадження, але з урахуванням недосконалості чинного КПК України такого роду інформація має зазвичай статус оперативно-розшукової інформації, яка не може бути «легалізованою». Тобто результати здійснення аналізу відкритих джерел інформації (з англ. Open source intelligence) не мають законної сили в кримінальному процесі.

Натомість міжнародний досвід свідчить про можливість використання відомостей із відкритих джерел інформації під час судового розгляду кримінальних проваджень.

У кримінальній справі Нью-Брансвікський суд королівської лави визнав «скріншот» листування у Facebook допустимим доказом [1]. Суд в даній кримінальній справі вважає, що дефініція «електронний документ» охоплює всі документи в електронному форматі, які містяться в електронній пошті, всі комп'ютерні файли, метадані цих файлів, історію браузера, інформацію, яка розміщена онлайн на веб-форумах таких сайтів, як Twitter та Facebook, текстові повідомлення, онлайн-листування тощо. Також до «електронних документів» належить друкована копія цих даних [2, с. 71].

2011 р. Окружний суд штату Пенсільванії повідомив, що докази, отримані в соціальних мережах, треба розглядати як будь-які інші фотографії, відповідно до Федеральних правил доказів [3].

Теоретичним і практичним дослідженням у зазначених галузях були присвячені роботи вітчизняних вчених: Ю. П. Алєніна, В. Д. Гавловського, Ю. М. Грошевого, О. В. Капліної, В. Т. Нора, Ю. Ю. Орлова, М. М. Панової, М. А. Погорецького, Д. І. Сапіги, С. М. Стахівського, А. В. Тарасюка, В. В. Тіщенко, С. С. Чернявського, А. П. Шеремети та ін.

Незважаючи на те, що загальні питання збирання й оцінки доказів достатньо висвітлені в наукових джерелах, необхідність врегулювання використання відомостей з електронних інформаційних систем, доступ до яких не обмежується, як доказу під час здійснення кримінального провадження обумовлюється реальними потребами практики розслідування кримінальних правопорушень. Вважаємо, що зазначене зумовлює актуальність і значущість теми дослідження.

Рівень криміногенної ситуації в Україні, широке використання криміналітетом можливостей Інтернету та судова практика іноземних держав свідчать про необхідність наукового обґрунтування можливості використання результату негласної слідчої (розшукової) дії, передбаченої ч. 2 ст. 264 КПК України, як доказу в кримінальному процесі України.

§ 1. Зняття інформації з електронних інформаційних систем (ст. 264 КПК України) полягає в здійсненні на підставі ухвали слідчого судді пошуку, виявлення і фіксації відомостей, що містяться в електронній інформаційній системі або її частинах, доступ до яких обмежений власником, володільцем або утримувачем системи розміщення її в публічно недоступному

місці, житлі чи іншому володінні особи або логічним захистом доступу, а також отримання таких відомостей без відома власника, володільця або утримувача.

Відповідно до ч. 2 ст. 264 КПК України, не потребує дозволу слідчого судді здобуття відомостей з електронних інформаційних систем або їх частини, доступ до яких не обмежується їхнім власником, володільцем або утримувачем або не пов'язаний із подоланням системи логічного захисту. Варто зауважити, що коли під час досудового розслідування виявляється, що файловий сервер електронної інформаційної системи встановлений у публічно недоступному місці, житлі або іншому володінні особи, але доступ до баз даних, розміщених на ньому, не захищений системами логічного захисту доступу і можливий із робочих станцій, розташованих поза межами місць розміщення файлових серверів електронної інформаційної системи, зняття інформації з електронних інформаційних систем або їхніх частин також можливе без дозволу слідчого судді.

Уповноваженими органами в процесі збирання і фіксації інформації, що має значення для кримінального провадження, може проводитися цілеспрямований пошук серед комп'ютерних систем і мереж відкритої інформації, зокрема всесвітньої мережі Інтернет, з метою виявлення необхідних у справі відомостей. Серед великих масивів інформації, що локалізуються в соціальних мережах, на форумах і веб-сторінках Інтернету, може бути отримана інформація щодо окремих осіб, які підозрюються в підготовці та вчиненні злочинів, їхніх зв'язків, і багато інших відомостей, що можуть сприяти вирішенню завдань кримінального провадження. Оскільки ця інформація є загальнодоступною, дозволу слідчого судді на її пошук та фіксацію кримінальний процесуальний закон не потребує, тому

що не відбувається обмеження приватності спілкування окремих осіб [2, с. 76].

За результатами здійснення зняття інформації з електронних інформаційних систем складається протокол із відповідними додатками до нього з дотриманням вимог ст. ст. 104-107, 252 та 265 КПК України.

Варто зазначити, що здобуття відомостей з електронних інформаційних систем, доступ до яких не обмежується, може проводитися незалежно від тяжкості злочину за постановою слідчого або прокурора.

Необхідність законодавчого вдосконалення визнання результатів даної негласної слідчої (розшукової) дії доказами в кримінальному провадженні обумовлена інформатизацією суспільства та, як наслідок, можливістю отримати інформацію в соціальних мережах, блогах, на веб-сторінках тощо. Теоретично такого роду інформацію можна використовувати в кримінальному процесі під час:

1) доказування події кримінального правопорушення (час, місце, спосіб та інші обставини кримінального правопорушення), обставини, які характеризують особу обвинуваченого або підтверджують, що гроші, цінності й інше майно, які підлягають спеціальній конфіскації, одержані внаслідок вчинення кримінального правопорушення тощо;

2) оцінки обставин, що враховуються під час обрання запобіжного заходу (міцність соціальних зв'язків підозрюваного, обвинуваченого в місці його постійного проживання, наявність у підозрюваного, обвинуваченого постійного місця роботи або навчання, майновий стан підозрюваного, обвинуваченого тощо);

3) з'ясування умов життя та виховання неповнолітнього підозрюваного чи обвинуваченого;

4) встановлення обставин під час досудового розслідування кримінального провадження щодо застосування примусових заходів медичного характеру.

Прикладами можуть бути метадані фотографії з Інтернету, яка зафіксувала злочин і містить дані про час здійснення зйомки, фото рухомого та нерухомого майна в соціальних мережах, що характеризують майновий стан підозрюваного чи обвинуваченого, демографічна інформація, відомості, які характеризують суспільні риси підозрюваного чи обвинуваченого або їхній спосіб життя, коло знайомих і поведінку тощо.

Але з урахуванням законодавчої неврегульованості питання порядку визнання електронних доказів така інформація не може бути використана як доказ у кримінальному провадженні. Крім того, варто погодитися з думкою М. А. Погорецького про те, що тоді як у західних країнах за допомогою негласних засобів розслідування розкривається понад 85% тяжких і особливо тяжких злочинів, і результати більшості таких засобів визнаються доказами (у Сполучених Штатах Америки, наприклад, до 95% від кількості проведених), результати негласних слідчих (розшукових) дій у кримінальному процесі України, на отримання яких витрачається чимало матеріально-технічних, людських, часових, процесуальних ресурсів, лише у 5% випадків визнаються доказами в суді, а в окремих регіонах України – ще менше [6].

З огляду на вищезазначене, нагальним питанням є законодавче врегулювання порядку визнання результатів негласної слідчої (розшукової) дії, передбаченої ч. 2 ст. 264 КПК України, доказами в кримінальному провадженні.

Сьогодні аналіз відкритих джерел інформації (з англ. open source intelligence) здійснюється працівниками всіх правоохоронних органів України.

За допомогою використання різноманітних технік аналізу відкритих джерел інформації можна встановити:

– особливості взаємодії конкретного користувача соціальної сторінки Facebook, Instagram, «ВКонтакте», «Однокласники» з іншими користувачами;

- адресу електронної пошти, номер мобільного телефону особи;
- IP-адресу особи;
- ймовірне місцезнаходження особи;
- наявність тісних особистих зв'язків з іншими особами;
- факт вчинення злочину;
- предмет, знаряддя вчинення злочину тощо.

Сучасна судова практика в Україні показує, що слідчий зазвичай обмежується здійсненням огляду веб-сайту, що, на нашу думку, є таким, що порушує кримінально-процесуальні вимоги щодо допустимості такого роду доказів. Це пов'язано з тим, що огляду документа на веб-сайті передують його пошук із використанням спеціальних технік аналізу відкритих джерел інформації. Така послідовність дій більше підпадає під здійснення негласних слідчих (розшукових) дій.

Крім того, варто враховувати, що здобуття відомостей з електронних інформаційних систем, доступ до яких не обмежується, може класифікуватися як посягання на недоторканність приватного життя [7, с. 95].

Зокрема, Європейським судом із прав людини в справі «Швеція проти Сегерстед-Віберг» («*Segerstedt-Wiberg v. Sweden*» [8]) дії поліції зі збирання інформації, яка є відкрито доступною для користувачів мережі Інтернет, кваліфіковано як порушення права на недоторканність приватного життя, гарантоване ст. 8 Конвенції Ради Європи «Про захист прав людини і основопо-

ложних свобод» від 4 листопада 1950 р. (ратифікованої Верховною Радою України 17 липня 1997 р.).

Систематичне збирання інформації розцінюється як втручання в приватне життя у зв'язку з тим, що особа, яка розміщує інформацію, розраховує на зберігання відомостей і відсутність моніторингу за її профілем. Збирання відомостей допустиме тільки згідно із законом і з метою боротьби зі злочинністю (ст. 8 (2) Конвенції) [9].

Тим самим підтверджується той факт, що Інтернет є могутнім інструментом у руках правоохоронних органів, а тому правильне законодавче врегулювання дій із фіксування інформації, що міститься в соціальних мережах, блогах, на веб-сторінках тощо, забезпечить дотримання завдань кримінального провадження, а саме захисту особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, охорони прав, свобод і законних інтересів учасників кримінального провадження, а також забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду для того, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності відповідно до своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений, жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу, щоб до кожного учасника кримінального провадження була застосована належна правова процедура.

§ 2. Результат негласної слідчої (розшукової) дії, передбаченої ч. 2 ст. 264 КПК України, фіксується в протоколі, який складається слідчим, якщо вона проводиться за його безпосередньої участі, в інших випадках – уповноваженим працівником оперативного підрозділу, і відповідає загальним правилам фіксації кримінального провадження.



Періодичність складання протоколу негласної слідчої (розшукової) дії, передбаченої ч. 2 ст. 264 КПК України, залежить від:

1) терміну її проведення:

– одномоментно, коли підозрюваний вчинив одиничний чи складений злочин;

– упродовж часу, коли є достовірні факти про діяльність конкретних осіб, організованих групи чи злочинних організації, які вчиняють злочини проти життя та здоров'я особи, волі, честі та гідності особи, статевої свободи та статевої недоторканності особи, проти власності, у сфері господарської діяльності чи службової діяльності, у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів, у сфері службової діяльності тощо, що тривають.

Останні дві сфери, які охороняються Кримінальний кодексом України, є найбільш актуальними для проведення негласної слідчої (розшукової) дії, передбаченої ч. 2 ст. 264 КПК України. Це пов'язано з кількістю злочинів, що вчиняються за допомогою мережі Інтернет, у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їхніх аналогів або прекурсорів, а також проти волі, честі та гідності особи.

Що стосується досудового розслідування злочинів у сфері службової діяльності, то часто підозрюваний або його близькі родичі можуть активно розміщувати фотографії рухомого та нерухомого майна, місця відпочинку тощо в таких соціальних мережах, як Facebook, Instagram тощо;

2) доручення слідчого, прокурора.

Але в будь-якому разі протокол про проведення негласної слідчої (розшукової) дії, передбачений ч. 2 ст. 264 КПК України, має складатися безпосередньо після отримання фактичних даних, які можуть використовуватися як докази для встановлен-

ня місця перебування особи, що розшукується, про кожний випадок огляду чи дослідження матеріалів про результати негласної слідчої (розшукової) дії.

Додатками до протоколу про зняття інформації з електронних інформаційних систем можуть бути флеш-карти, жорсткі та гнучкі, оптичні диски й інші носії інформації, що забезпечують фіксацію та збереження інформації у вигляді електронних файлів. У протоколі також треба вказати на технічні засоби, вид програмного забезпечення, яке використовувалося для фіксації та відтворення отриманої за результатами негласних слідчих (розшукових) дій інформації, з метою забезпечення можливості ознайомлення із цією інформацією на подальших стадіях кримінального провадження.

Таке програмне забезпечення повинно мати ліцензію. Такі аналітичні продукти, як IBM i2 Analyst's Notebook та Maltego CE дозволяють здійснювати аналіз соціальних мереж і визначати особливості взаємодії конкретної людини з іншими особами. Крім того, Maltego CE є ефективним інструментом збирання інформації (наприклад, адреси електронної пошти, номерів мобільного телефону особи тощо) у мережі Інтернет. Крім того, за допомогою NodeXL також можна здійснювати аналіз таких соціальних мереж, як Facebook, Twitter, Youtube та ін. NodeXL – це програмний пакет у Microsoft Excel 2007/2010/2013/2016 для соціального аналізу та візуалізації інформації.

Як додатки до протоколу також повинні долучатися письмові пояснення спеціалістів, які брали участь у проведенні відповідної дії, а також аудіо- та відеозаписи, які пояснюють зміст протоколу.

Так, здійснення негласної слідчої (розшукової) дії, передбаченої ч. 2 ст. 264 КПК України, вимагає від слідчого або оперативного працівника досконалих навичок із здійснення

пошуку й аналізу інформації з відкритих джерел. Це полягає в умінні професійно використовувати:

- онлайн-пошукові системи (використання можливостей інструмента «розширений пошук», кеш-пам'яті, логічних операторів, «підстановочних» операторів (з англ. Wildcard operators), використання пошукових систем для знаходження веб-доменів, місцезнаходження IP тощо);

- пошук у двомовних пошукових системах (2lingual.com, yamli.com тощо);

- пошук фото- та відеофайлів (Google, Yahoo!, Bing, Exalead, Photobucket, SmugMug, Picasa, Stockxchng, Pixsy, YouTube, Truveo, DailyMotion, Metacafe, Vimeo, Spike, ClipBlast, Tineye, Zuula тощо);

- пошук на форумах і блогах;

- пошук номерів мобільних телефонів та адреси електронної пошти (Truecaller, Sync.me тощо);

- геопшук (GoogleMaps, BingMaps, GoogleEarth, Echosec, Welink, Geofeedia, Flightradar, Marinetraffic тощо);

- «архівний пошук» (онлайн-програма WayBackMachine дозволяє отримати інформацію, яка раніше містилася на конкретному веб-сайті);

- пошук у соціальних мережах (Facebook, Twitter, Google+, Wikipedia, Linkedin, Reddit, Instagram, Myspace, YikYak, Pinterest, «ВКонтакте», «Однокласники» тощо) [2, с. 66-67].

Крім того, пошук і аналіз інформації з відкритих джерел у деяких особливих випадках вимагає від слідчого або оперативного працівника знань у сфері основ програмування такими мовами, як PHP, Java, Python, C+ тощо, а також розуміння HTML (мова розмітки веб-сторінок в Інтернеті) та API (інтерфейс прикладного програмування). У такому разі потрібно залучати спеціалістів у сфері ІТ.

На нашу думку, здійснення даної негласної слідчої (розшукової) дії повинно додатково супроводжуватися відеофіксацією за допомогою програм, які здійснюють запис з екрана монітора. Наприклад, такою програмою є Vndicam. Такий порядок забезпечить можливість експертним шляхом встановити достовірність цих результатів. Так, проведення судових техніко-криміналістичних експертиз може встановити відсутність факту підроблення такої інформації або джерел (веб-сайту, бази даних тощо), на яких така інформація містилася.

У даному контексті проблемним питанням є форма фіксації інформації, що міститься на веб-сторінках мережі Інтернет. У побуті часто використовують звичайний «скріншот», який фіксує конкретну частину екрана монітора, на якій відображена потрібна інформація, та переводить її у формати png., bmp., jpeg. тощо. Тобто це формати, які теоретично можна вважати електронними документами.

Відповідно до ч. 4 ст. 99 КПК України, дублікат документа (документ, виготовлений таким самим способом, як і його оригінал), а також копії інформації, що міститься в інформаційних (автоматизованих) системах, телекомунікаційних системах, інформаційно-телекомунікаційних системах, їхніх невід'ємних частинах, виготовлені слідчим, прокурором із залученням спеціаліста, визнаються судом як оригінали документа.

Але, на нашу думку, для реалізації положень ч. 4 ст. 99 КПК України необхідні деякі додаткові законодавчі доповнення, які б стосувалися порядку тимчасового доступу до речей і документів.

Варто погодитися з такими вченими, як С. С. Чернявський і Ю. Ю. Орлов, які вважають, що електронні документи як джерела доказів у кримінальному провадженні не є документами в традиційному значенні. Для уникнення термінологічної

плутанини доцільно позначати їх спеціальним терміном «електронне відображення» та вважати самостійним джерелом доказів у кримінальному провадженні й окремим видом доказів [12, с. 19].

Особливістю даної категорії доказів є відсутність такої криміналістичної ознаки, як оригінальність документа. Поняття «оригінал» і «копія» для цього виду доказів є незастосовними [12, с. 17]. Це пов'язано з тим, що електронні документи не прив'язані до певного матеріального носія, тому що зазвичай дана інформація перебуває в обігу в інформаційній мережі, яка постійно перезаписується. На наше переконання, «оригіналом» можна вважати і «скріншоти», а також такий формат веб-сторінки, як pdf.

Тому кожен такий документ потребує ретельної перевірки щодо його походження й достовірності.

На нашу думку, виходом із даної ситуації може бути покладення обов'язку на провайдерів Інтернет-послуг фіксувати та зберігати на вимогу слідчого, прокурора інформацію, що міститься на веб-сторінках у мережі Інтернет. У даному контексті іншим актуальним питанням є обмеження провайдерами Інтернет-послуг доступу до ідентифікованого інформаційного ресурсу, URL-адрес мережі Інтернет, домену тощо на підставі ухвали слідчого судді.

У гл. XV «Тимчасовий доступ до речей і документів» передбачено можливості для слідчого та прокурора тимчасово обмежувати інформацію, яка полягає в обмеженні провайдерами Інтернет-послуг доступу до інформаційних ресурсів, URL-адрес мережі Інтернет, домену тощо на підставі ухвали слідчого судді, а також надання слідчому та прокурору права до постановлення ухвали слідчого судді звернутися з письмовою вимогою до

провайдерів Інтернет-послуг про здійснення строком на 24 години негайного тимчасового обмеження доступу до інформації та/або термінової фіксації інформації в електронній (цифровій) формі, лише в невідкладних випадках, пов'язаних з урятуванням життя людей і майна чи припинення тяжкого чи особливо тяжкого злочину, з подальшим зверненням із відповідним клопотанням до слідчого судді.

Відповідно до ч. 2 ст. 160 КПК України, у клопотанні про тимчасовий доступ до речей і документів зазначаються:

1) короткий виклад обставин кримінального правопорушення, у зв'язку з яким подається клопотання;

2) правова кваліфікація кримінального правопорушення із зазначенням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність;

3) речі і документи, тимчасовий доступ до яких планується отримати;

4) підстави вважати, що речі та документи перебувають або можуть перебувати у володінні відповідної фізичної або юридичної особи;

5) значення речей і документів для встановлення обставин у кримінальному провадженні;

6) можливість використання як доказів відомостей, що містяться в речах і документах, та неможливість в інший спосіб довести обставини, які передбачається довести за допомогою цих речей і документів, у разі подання клопотання про тимчасовий доступ до речей і документів, які містять охоронювану законом таємницю;

7) обґрунтування необхідності вилучення речей і оригіналів або копій документів, якщо відповідне питання порушується стороною кримінального провадження.

Результати проведення такої негласної слідчої (розшукової) дії, як здобуття відомостей з електронних інформаційних систем, доступ до яких не обмежується, можуть доводити п. п. 3-6 ч. 2 ст. 160 КПК України.

Саме таке законодавче врегулювання тимчасового доступу до речей і документів і використання результатів негласної слідчої (розшукової) дії, передбаченої ч. 2 ст. 264 КПК України, дадуть можливість слідчому, прокурору оперативно реагувати й ефективно здійснювати досудове розслідування кримінальних проваджень.

Тобто проведення негласної слідчої (розшукової) дії, передбаченої ч. 2 ст. 264 КПК України, яке передує тимчасовому доступу до речей і документів (за умови ухвалення відповідних змін до чинного КПК України), забезпечить отримання належних, допустимих і достовірних доказів.

Сучасний стан правового регулювання даного питання дозволяє слідчому, прокурору отримати дозвіл слідчого судді на тимчасовий доступ до речей і документів, але після отримання такого дозволу слідчий, прокурор у межах міжнародного співробітництва під час кримінального провадження повинні звернутися до головного офісу розробника веб-сайту, що і підтверджується судовою практикою надання дозволу на тимчасовий доступ до речей і документів таких соціальних мереж, як Facebook, «ВКонтакте», «Однокласники» [13; 14; 15; 16].

Політика Facebook або Twitter передбачає веб-форму запити безпосередньо від правоохоронного органу іноземної держави, що значно підвищує оперативність отримання такої інформації безпосередньо від адміністрації соціальної мережі порівняно із процедурою міжнародно-правової допомоги. Наприклад, у Facebook для того, щоб оперативно подати запит на

розголошення інформації в невідкладній справі, пов'язаній із потенційною загрозою для дитини або небезпекою смерті чи серйозного фізичного ушкодження будь-якої особи, офіційний представник правоохоронних органів може скористатися системою онлайн-запитів правоохоронних органів.

Здійснюючи аналіз судової практики, необхідно зазначити, що не всім слідчим правоохоронних органів відомі можливості отримання офіційної інформації із сайтів (Facebook, Twitter тощо) і за допомогою програм. Відповідно до звіту Facebook щодо запитів до адміністрації від правоохоронних органів, Україна надіслала всього 6 (шість) таких запитів [17]. Наприклад, у Німеччині було здійснено 2 344 запитів щодо 2 716 облікових записів. Всього 2015 р. до Facebook надіслано 41 тисячу запитів. Понад 60 відсотків цих запитів надійшли від американських спецслужб [18].

Окрім Facebook або Twitter, розробники таких сайтів та програм, як Youtube, WhatsApp, Viber, Telegram, GooglePlus, Uber, Wordpress, Ебау розробили детальні інструкції з розписаним порядком отримання конфіденційної інформації, яка є на вищезгаданих сайтах і в програмах. Це значно полегшує отримання правоохоронними органами України офіційної інформації про конкретну особу в передбачених законом випадках.

На жаль, слідчі правоохоронних органів обмежуються лише оглядом роздруківок сторінок веб-сайту в мережі Інтернет

Так, у кримінальній справі № 1-332/11 суд визнав допустимим доказом аркуш паперу з роздруківкою із сайту «ВКонтакте» [19], у кримінальному провадженні № 1-кп/280/52/14 – роздруківку із сайту Національного банку України про офіційний курс валют [20], у кримінальному провадженні № 1-кп/644/482/15 – роздруківку із сайту OLX.ua [21], у кримінальному провадженні



№ 1-кп/643/616/17 – роздруківку із сайту Моторно-транспортного страхового бюро України [22], у кримінальному провадженні № 1/2011/867/12 – роздруківку із сайту boardgay.ua.com [23].

З розвитком сучасних технологій можна вносити зміни до інформаційного змісту того чи іншого веб-сайту або взагалі створити «роздруківку» повідомлень в Інтернеті, які ніколи не розміщувалися насправді [24].

### **Висновки**

Сьогодні мережа Інтернет може містити безліч інформації про злочинну діяльність, а також ідентифікаційні дані про особу злочинця та його соціальні зв'язки. Це вимагає від правоохоронців наявності спеціальних навичок аналізу відкритих джерел інформації. Для цього потрібно знати весь спектр можливих технік і спеціальних аналітичних продуктів, які використовуються для пошуку та встановлення конкретних закономірностей серед наявної в мережі Інтернет інформації.

У світі питання використання електронної інформації в кримінальному судочинстві достатньо врегульоване, навіть є судові прецеденти визнання такої інформації доказами. Найбільшого успіху в даному контексті досягла Канада та Сполучені Штати Америки, в яких інформація із соціальних мереж, «скріншот» та інші подібні форми фіксації змісту веб-сайту визнаються допустимими доказами в кримінальному судочинстві.

Тому результати такої негласної слідчої (розшукової) дії, як здобуття відомостей з електронних інформаційних систем або її частин, доступ до яких не обмежується її власником, володільцем або утримувачем, або не пов'язаний із подоланням системи

логічного захисту, повинні активно використовуватися як докази в межах кримінальних проваджень. Для цього необхідно здійснити низку законодавчих змін, які б стосувалися:

- порядку тимчасового доступу до речей і документів у контексті термінової фіксації провайдерами Інтернет-послуг інформації в електронній (цифровій) формі;

- визначення поняття «електронний доказ», який треба розуміти як фактичні дані, що містяться в інформаційних (автоматизованих) системах, телекомунікаційних системах, інформаційно-телекомунікаційних системах, їхніх невід'ємних частинах, і форми фіксації такої інформації (наприклад, «скріншот», формати html. чи pdf. тощо);

- визначення в р. IX КПК України «Міжнародне співробітництво під час кримінального провадження» права слідчого, прокурора здійснювати запити в онлайн-режимі до адміністрації Інтернет-ресурсу чи соціальних мереж щодо отримання інформації про користувача такої мережі у випадках, пов'язаних із потенційною загрозою для дитини або небезпекою смерті чи серйозного фізичного ушкодження будь-якої особи.

### **Список використаних джерел:**

1. R. v. Nde Soh, 2014 NBQB 20 (CanLII). URL: <https://www.canlii.org/en/nb/nbqb/doc/2014/2014nbqb20/2014nbqb20.html>.

2. Школьніков В.І., Мурзо Є.О. Аналіз відкритих джерел інформації під час досудового розслідування: правові основи та шляхи вдосконалення законодавчого регулювання. Охорона та захист прав людини: студентська колективна монографія / наук. ред. к. ю. н., доц. О.В. Острогляд; ПВНЗ «Університет Короля Данила». Івано-Франківськ: Місто НВ, 2017. С. 60-90.

3. Quagliarello v. Dewees, 86 Fed. R. Evid. Serv. 21, 2011 WL 3438090, (E.D. Pa. 2011). URL: <https://law.justia.com/cases/federal/districtcourts/pennsylvania/paedce/2:2009cv04870/334292/49/>.

4. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/page>.

5. Про затвердження Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні: спільний наказ Генеральної прокуратури України, Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України, Адміністрації державної прикордонної служби України, Міністерства фінансів України, Міністерства юстиції України від 16 листопада 2012 р. № 114/1042/516/1199/936/1687/5. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0114900-12>.

6. Новий КПК ускладнив питання поєднання досудового розслідування і ОРД. Закон і Бізнес. 2018. URL: [http://zib.com.ua/ua/131475-noviy\\_kpk\\_uskladniv\\_pitannya\\_poednannya\\_dosudovogo\\_rozsliduv.html](http://zib.com.ua/ua/131475-noviy_kpk_uskladniv_pitannya_poednannya_dosudovogo_rozsliduv.html).

7. Перепелиця М.М., Плукар В.В. Накопичення й аналіз оперативно-розшукової інформації з комп'ютерних мереж. Науковий вісник Ужгородського національного університету. 2015. С. 93-97.

8. Case of Segerstedt-Wiberg and Others v. Sweden. URL: <https://www.legal-tools.org/doc/f44dcc/pdf/>.

9. Ташмагамбетов А.М. Оперативно-розыскные мероприятия с использованием социальных сетей: опыт Великобритании и Республики Казахстан. Наука и бизнес: пути развития. 2013. № 11 (29). С. 129-133.

10. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/print>.

11. Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах: Закон України від 5 липня 1994 р. № 80/94-ВР. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/80/94-%D0%B2%D1%80/print>.

12. Чернявський С.С., Орлов Ю.Ю. Електронне відображення як джерело доказів у кримінальному провадженні. Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. 2017. № 1 (13). С. 12-23.

13. Ухвала Галицького районного суду м. Львова від 10 жовтня 2017 р. в кримінальному провадженні № 1-ккс/461/6978/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/69440889>.

14. Ухвала Галицького районного суду м. Львова від 10 жовтня 2017 р. в кримінальному провадженні № 1-ккс/461/6969/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/69441542>.

15. Ухвала Галицького районного суду м. Львова від 25 січня 2017 р. в кримінальному провадженні № 1-ккс/461/557/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/64306687>.

16. Ухвала Київського районного суду м. Харкова від 1 серпня 2017 р. в кримінальному провадженні № 1-ккс/640/790/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/68166182>.

17. Facebook Transparency Report. Facebook. URL: <https://govtrequests.facebook.com/country/Ukraine/2016-H2/>.

18. Facebook опублікував дані щодо запиті правоохоронців. Deutsche Welle. 2015. URL: <http://www.dw.com/uk/facebook-опублікував-дані-щодо-запитів-правоохоронців/a18846851>.

19. Вирок Октябрського районного суду м. Полтава від 7 квітня 2011 р. в кримінальній справі № 1-332/11. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/15412463>.

20. Вирок Коростишівського районного суду Житомирської області від 11 липня 2014 р. в кримінальному провадженні № 1-кп/280/52/14. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/39710135>.

21. Вирок Орджонікідзевського районного суду м. Харкова від 14 вересня 2016 р. в кримінальному провадженні № 1-кп/644/482/15. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/61312581>.

22. Вирок Московського районного суду м. Харкова від 14 вересня 2017 р. в кримінальному провадженні № 1-кп/643/616/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/68883870>.

23. Вирок Держинського районного суду м. Харкова від 22 квітня 2013 р. в кримінальному провадженні № 1/2011/867/12. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/30818689>.

24. Попов А. Об ответственности сайта за размещенные пользователями комментарии. URL: <http://jurliga.ligazakon.ua/news/2013/3/6/85128.htm>.

**Стоянов М.М.,**  
кандидат юридичних наук, доцент,  
доцент кафедри кримінального процесу  
Національного університету «Одеська юридична академія»

**Малахова О.В.,**  
кандидат юридичних наук,  
старший викладач кафедри кримінального процесу  
Національного університету «Одеська юридична академія»

### **ОСОБЛИВОСТІ УЧАСТІ СТОРОНИ ЗАХИСТУ В ПРОВЕДЕННІ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ**

Основа достатньої сукупності доказів, що є необхідною для прийняття підсумкового рішення в кримінальному провадженні, формується під час досудового розслідування. Процесуальні засоби сторони захисту щодо самостійного збирання доказів під час досудового розслідування не забезпечують рівність прав сторін кримінального провадження в наданні доказів під час судового розгляду.

Кримінальний процесуальний кодекс України (далі – КПК України) передбачає право сторони захисту ініціювати проведення процесуальних дій, що не є самостійним способом збирання доказів, хоч так визначено в ч. 3 ст. 93 КПК України, проте є істотним засобом впливу на процес збирання доказів під час досудового розслідування. Окрім того, відповідно до п. 9 ч. 2 ст. 42 КПК України підозрюваний, захисник мають право брати участь у проведенні слідчих (розшукових) дій, що здійснюються слідчим, прокурором за їх розсудом або за ініціативою сторони захисту. Таким чином забезпечується додаткова можливість сторони захисту впливати на процес збирання доказів під час досудового розслідування.

Процесуальний порядок проведення слідчих (розшукових) дій стороною обвинувачення підпорядкований двом основним вимогам КПК України, які є елементами інституту сприяння захисту. По-перше, КПК України закріпив у ч. 1 ст. 92 обов'язок слідчого, прокурора, що впливає з презумпції невинуватості, доказувати обставини, що складають предмет доказування. По-друге, відповідно до ч. 2 ст. 9 КПК України прокурор, керівник органу досудового розслідування, слідчий зобов'язані всебічно, повно і неупереджено дослідити обставини кримінального провадження, виявити як ті обставини, що викривають, так і ті, що виправдовують підозрюваного, обвинуваченого, а також обставини, що пом'якшують чи обтяжують його покарання. Такий обов'язок сторони обвинувачення отримало доповнення в ч. 5 ст. 223 КПК України, відповідно до якого в разі отримання під час проведення слідчої (розшукової) дії доказів, які можуть вказувати на невинуватість особи у вчиненні кримінального правопорушення, слідчий, прокурор зобов'язаний провести відповідну слідчу (розшукову) дію в повному обсязі, долучити складені процесуальні документи до матеріалів досудового розслідування та надати їх суду у випадку звернення з обвинувальним актом, клопотанням про застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або клопотанням про звільнення особи від кримінальної відповідальності. Зазначені вимоги кримінального процесуального законодавства України є визначальними векторами процесуальної діяльності сторони обвинувачення під час досудового провадження, що покликані нівелювати обвинувальний ухил та однобічність досудового розслідування.

Участь сторони захисту під час проведення слідчих (розшукових) дій посилює гарантії права підозрюваного на

захист та надає можливість наповнювати достатню сукупність доказів для прийняття підсумкового рішення у кримінальному провадженні не лише обвинувальними, а й виправдувальними доказами. Проте КПК України залишив не розкритим ряд питань щодо реалізації прав сторони захисту ініціювати проведення слідчих (розшукових) дій та брати участь у їх провадженні. Окрім того, проблемним аспектом участі підозрюваного в проведенні слідчих (розшукових) дій є визначення меж застосування щодо нього примусу, який супроводжує здійснення кримінальної процесуальної діяльності.

*Проблемні аспекти забезпечення прав сторони захисту ініціювати проведення слідчих (розшукових) дій та брати участь у їх провадженні*

Відповідно до п. п. 9-11 ч. 3 ст. 42 КПК України підозрюваний, захисник мають право під час проведення процесуальних дій ставити запитання, подавати свої зауваження та заперечення щодо порядку проведення дій, які заносяться до протоколу; застосовувати з додержанням вимог КПК України технічні засоби при проведенні процесуальних дій, в яких вони беруть участь. Слід відмітити, що Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо забезпечення дотримання прав учасників кримінального провадження та інших осіб правоохоронними органами під час здійснення досудового розслідування» № 2213-19 від 16 листопада 2017 року ч. 1 ст. 107 КПК України було доповнено положенням, відповідно до якого стороні захисту надається право безперешкодного фіксування проведення обшуку за допомогою відеозапису.

КПК України зобов'язує слідчого, прокурора вживати належних заходів для забезпечення присутності під час проведення слідчої (розшукової) дії підозрюваного, захисника,



якщо під час її проведення права та законні інтереси сторони захисту можуть бути обмежені, порушені (ч. 3 ст. 223) або слідча (розшукова) дія здійснюється за клопотанням сторони захисту (ч. 6 ст. 223). Проте законодавець не визначив порядок повідомлення підозрюваного, захисника про проведення слідчих (розшукових) дій. Пропонуємо доповнити ст. 223 КПК України частиною 8 у наступній редакції: «8. Слідчий, прокурор зобов'язаний повідомити осіб, участь яких у слідчій (розшуковій) дії є обов'язковою, відповідно до частини 3 та частини 6 цієї статті, про її проведення у строк, достатній для підготовки та прибуття за місцем проведення дії. Неприбуття осіб, що були належним чином повідомлені про місце та час проведення слідчої (розшукової) дії, не перешкоджає проведенню такої дії».

Право сторони захисту ініціювати проведення слідчих (розшукових) дій та брати участь у їх провадженні реалізується шляхом подання слідчому, прокурору відповідного клопотання, яке розглядається в порядку ст. 220 КПК України. Враховуючи те, що законодавець не визначив підстави, за яких клопотання про проведення процесуальної дії має бути задоволено, на практиці поширені випадки необґрунтованої відмови сторони обвинувачення в задоволенні таких клопотань. Слушно вказує О. Г. Яновська, що пряма залежність сторони захисту від рішення сторони обвинувачення щодо доцільності проведення тих чи інших процесуальних дій та явна невідповідність строків реагування судового органу на звернення двох сторін при вирішенні ідентичних питань у процесі досудового розслідування свідчить про відсутність рівності сторін та недостатню процесуальну забезпеченість засади змагальності в кримінальному провадженні [25, с. 177]. Пленум Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ в

Узагальненнях судової практики про практику вирішення слідчими суддями питань, пов'язаних із слідчими (розшуковими) діями від 6 червня 2016 року, одними з причин задоволення скарг на постанови слідчого, прокурора про відмову в задоволенні клопотань про проведення слідчих (розшукових) дій назвав порушення обов'язку слідчого виявити як ті обставини, що викривають, так і ті, що виправдовують підозрюваного, а також необґрунтованість відмови слідчого в задоволенні клопотання [14]. Погоджуємося з Ю. П. Аленіном, що неодноразова і системна немотивована відмова слідчого в задоволенні клопотання підозрюваного і його захисника про участь у тих чи інших слідчих (розшукових) діях також за певних умов можна розцінювати як порушення права підозрюваного на захист, тобто також як істотне порушення кримінального процесуального закону [2, с. 7].

Слід відмітити, що, задовольняючи клопотання про проведення слідчих (розшукових) дій, сторона обвинувачення іноді провадить таку дію без присутності підозрюваного, захисника або взагалі відмовляють в їх участі. Така діяльність слідчого, прокурора може бути оскаржена слідчому судді в порядку п. 7 ч. 1 ст. 303 КПК України. Характерним прикладом є ухвала слідчого судді Бабушкінського районного суду м. Дніпропетровська від 11 травня 2016 року, якою задоволено скаргу захисника на заборону слідчого в участі сторони захисту під час допиту. У даному судовому рішенні слідчий суддя зазначив, що оскільки клопотання про допит свідків, яке задоволено, подавав захисник ОСОБА\_1, то він має право приймати участь у допиті тих свідків, ставити їм питання, висловлювати свої пропозиції, зауваження, заперечення, які заносяться до протоколу, та при цьому не потрібно будь-яких додаткових повноважень, окрім

повноважень на здійснення захисту підозрюваної ОСОБА\_2 [21]. Аналогічним рішенням є ухвала слідчого судді Кіровоградського районного суду м. Кіровограда від 31 травня 2017 року, якою слідчий суддя зобов'язав слідчого провести слідчий експеримент у присутності сторони захисту, оскільки слідчі експерименти провели без участі сторони захисту, якою ініційовано проведення таких слідчих дій, також відсутня письмова згода на їх проведення без участі сторони захисту [23]. Слід відмітити, що інститут оскарження рішень, дій та бездіяльності слідчого, прокурора слідчому судді не забезпечує реалізацію права підозрюваного, захисника брати участь у неповторювальній слідчій (розшуковій) дії, яка була проведена стороною обвинувачення за клопотанням сторони захисту, але без її присутності.

Аналіз судової практики свідчить, що сторона захисту для забезпечення реалізації свого права брати участь у слідчих (розшукових) діях заявляє слідчому, прокурору клопотання про повідомлення про проведення всіх слідчих (розшукових) дій, що здійснюються під час досудового розслідування, та забезпечення участі захисту в їх провадженні. Вважаємо, що заявлення подібних клопотань є некоректним, оскільки чинний КПК України не передбачає обов'язкової участі сторони захисту під час проведення слідчих (розшукових) дій, участь підозрюваного, захисника при здійсненні слідчої (розшукової) дії має вирішуватися щодо кожної дії окремо для забезпечення збереження таємниці досудового розслідування. Враховуючи вищевказане, вважаємо правильною практику тих слідчих суддів, які залишають без задоволення скарги сторони захисту на постанови слідчого, прокурора про відмову в задоволенні таких клопотань. Прикладом цього є ухвала слідчого судді Печерського

районного суду м. Києва від 26 квітня 2013 року, якою відмовлено в задоволенні скарги захисника, оскільки клопотання захисника ОСОБА\_1 не стосувалось участі сторони захисту в проведенні конкретної слідчої дії, слідчий суддя вважає відсутніми правові підстави згідно з КПК України для зобов'язання слідчого проводити всі процесуальні (слідчі) дії за участі сторони захисту, в тому числі для зобов'язання слідчого повідомляти про проведення таких дій [20].

Відповідно до ч. 2 ст. 220 КПК України про повну або часткову відмову в задоволенні клопотання вноситься вмотивована постанова, копія якої вручається особі, яка заявила клопотання, а в разі неможливості вручення з об'єктивних причин – надсилається їй. Апеляційний суд м. Києва в Узагальненнях судової практики судів першої та апеляційної інстанцій щодо розгляду слідчими суддями клопотань про проведення слідчих (розшукових) дій під час досудового розслідування 2014 року наголошує, що в більшості випадків в ухвалах не зазначено, чи слідчим повідомлено належним чином особу, яка подала клопотання про прийняття відповідного рішення щодо проведення необхідним слідчих (розшукових) дій. Тобто особи, які подали скаргу, не завжди отримують вчасно відповідь чи взагалі не повідомляються про результати розгляду їх клопотань [18]. Вважаємо, що така практика сторони обвинувачення пояснюється тим, що КПК України не встановлює строк протягом якого особі має бути повідомлено про результати розгляду її клопотання. На нашу думку, необхідно ч. 2 ст. 220 КПК України викласти в такій редакції: «2. За результатами розгляду клопотання вноситься вмотивована постанова. Слідчий, прокурор негайно після розгляду клопотання повідомляють про результати такого розгляду особу, яка заявила клопотання,

вручаючи їй копію постанови. У разі неможливості негайного повідомлення копія постанови надсилається особі, яка заявила клопотання, не пізніше наступного робочого дня від моменту розгляду клопотання».

Важливе значення для реалізації права підозрюваного на захист є участь захисника в слідчих (розшукових) діях. Європейський суд із прав людини (далі – ЄСПЛ) у п. 32 справи «Dayanan v. Turkey» зазначив, що справедливість розгляду вимагає, щоб підозрюваний міг отримувати весь спектр послуг, які пов'язані з правовою допомогою. У зв'язку із цим адвокат повинен мати можливість забезпечити без обмежень основні аспекти захисту цієї особи, такі як: обговорення справи, організація захисту, збір доказів на користь підозрюваного, підготовка для допиту, підтримка підозрюваного в тяжкому становищі і перевірка умов утримання його під вартою [26]. Участь захисника в слідчих діях посилює елементи змагальності в стадії досудового слідства, оскільки створює кращі умови для забезпечення всебічності розслідування та дозволяє йому безпосередньо сприймати отримані в результаті цих дій докази, оцінювати їх належність, допустимість і достовірність, отримувати додаткову інформацію про докази, якими володіє слідство [7, с. 101].

КПК України чітко не визначає випадки обов'язкової участі захисника при проведенні процесуальних дій. Погоджуємося з І. В. Гловюк, що обов'язковою є участь захисника в процесуальній дії, яка проводиться за участю підозрюваного, обвинуваченого, та в слідчій (розшуковій) дії, що здійснюється за клопотанням сторони захисту (крім випадків, коли через специфіку слідчої (розшукової) дії це неможливо або така особа письмово відмовилася від участі в ній) [3, с. 223]. Слушною також видається думка тих науковців, що вказують на необхідність обов'язкової

участі захисника в проведенні «неповторюваних» слідчих (розшукових) діях [1, с. 99; 5, с. 49; 6, с. 106; 10, с. 11]. Обов'язковість участі захисника в неповторюваних слідчих діях зумовлюється, з одного боку, необхідністю здійснення захисту підозрюваного, обвинуваченого, а, з іншого – потребою отримання допустимих і достовірних доказів, зокрема у випадках, коли джерело походження відомостей при подальшому провадженні в справі не може бути перевірене [6, с. 107]. Отже, доцільним видається встановлення обов'язку слідчого, прокурора забезпечити присутність захисника під час проведення неповторюваної слідчої (розшукової) дії, тому пропонуємо ч. 3 ст. 223 КПК України викласти в такій редакції: «3. Слідчий, прокурор вживає належних заходів для забезпечення присутності під час проведення слідчої (розшукової) дії осіб, чії права та законні інтереси можуть бути обмежені або порушені, повідомляючи таких осіб у порядку, визначеному ч. 8 статті 223 цього Кодексу. Обов'язковою є участь захисника в проведенні слідчої (розшукової) дії, якщо повторно її провести неможливо або неможливо в подальшому доповнити чи перевірити її результат. Перед проведенням слідчої (розшукової) дії особам, які беруть у ній участь, роз'яснюються їх права і обов'язки, передбачені цим Кодексом, а також відповідальність, встановлена законом».

*Межі застосування примусу щодо підозрюваного під час проведення слідчих (розшукових) дій*

Допит, у тому числі одночасний допит двох чи більше вже допитаних осіб, пред'явлення для впізнання, якщо підозрюваний впізнає, а також слідчий експеримент, на нашу думку, є такими слідчими (розшуковими) діями, відмова підозрюваного від участі в яких є обов'язковою для сторони обвинувачення. Слушно вказує

І. А. Тітко, що в ряді випадків саме активна позиція особи є складовою частиною процесуальної природи слідчої дії, а отже, обов'язковою умовою її проведення [17, с. 177]. У відмові брати участь у проведенні вищезазначених дій реалізується право підозрюваного не говорити нічого з приводу підозри проти нього. Неможливість проведення слідчої (розшукової) дії в разі відмови підозрюваного брати в ній участь підтверджується національною судовою практикою. Так, Дзержинським міським судом Донецької області було відмовлено в задоволенні клопотання прокурора про проведення слідчого експерименту за участю підозрюваного в порядку ст. 333 КПК України, у зв'язку з відмовою підозрюваного провести таку слідчу дію [19].

Право підозрюваного не говорити нічого з приводу підозри проти нього або в будь-який момент відмовитися відповідати на запитання є проявом реалізації такої засади кримінального провадження, як свобода від самовикриття, що закріплена в ч. 1 ст. 18 КПК України. Відповідно до зазначеної правової норми жодна особа не може бути примушена визнати свою винуватість у вчиненні кримінального правопорушення або примушена давати пояснення, показання, які можуть стати підставою для підозри, обвинувачення у вчиненні нею кримінального правопорушення. Дане право в прецедентній практиці ЄСПЛ розуміє широко. ЄСПЛ забороняє будь-які види примусу – прямі чи опосередковані, фізичні або психологічні. Такі види примусу включають, але не обмежуються катуванням, жорстоким, нелюдським або таким, що принижує гідність особи, поводженням. Комітет із прав людини заявив, що заборона вимушених зізнань розуміється як відсутність будь-якого прямого або непрямого фізичного або невинуватого психологічного тиску з боку слідчих органів на підозрюваних із метою отримання визнання ними своєї вини [16]. У п. 258 справи

«Нечипорук і Йонкало проти України» ЄСПЛ зазначив, що встановлення таких стандартів пояснюється *inter alia* необхідністю захисту особи, яка переслідується за кримінальним законом, від неналежного тиску з боку органів влади, щоб завдяки цьому уникнути помилок правосуддя та сприяти реалізації цілей статті 6. Право не свідчити проти себе передбачає, зокрема, що сторона обвинувачення в кримінальній справі, намагаючись довести свою версію щодо обвинуваченого, не може використовувати докази, здобуті за допомогою методів примусу чи утиску всупереч волі обвинуваченого [15].

Чинний кримінальний процесуальний закон обмежує коло слідчих (розшукових) дій, в яких може бути застосовано до підозрюваного примус. Такими діями є: освідування, обшук житла чи іншого володіння особи, огляд житла чи іншого володіння особи, особистий обшук, примусове залучення підозрюваного для проведення медичної або психіатричної експертизи.

Так, слідчий, прокурор здійснює освідування підозрюваного для виявлення на його тілі слідів кримінального правопорушення або особливих прикмет, якщо для цього не потрібно проводити судово-медичну експертизу. Освідування здійснюється на підставі постанови прокурора та, за необхідності, за участю судово-медичного експерта або лікаря. Перед початком освідування особі, яка підлягає освідуванню, пред'являється постанова прокурора. Після цього особі пропонується добровільно пройти освідування, а в разі її відмови освідування проводиться примусово (ст. 241 КПК України). Слушно вказують Є. О. Курта та Г. С. Римарчук, що ця слідча дія неминуче пов'язана з правом на недоторканість особи, яка піддається огляду, що покладає на слідчого прокурора обов'язки правового і



морального характеру. Оскільки об'єктом освідування є тіло людини, то основними вимогами морального характеру під час його проведення є повага до честі і людської гідності особистості. Кримінально-процесуальний закон прямо забороняє здійснювати під час проведення освідування дії, які принижують честь і гідність людини або є небезпечними для її здоров'я [9, с. 258]. Поділяємо думку В. І. Галаган, Ж. В. Удовенко, О. М. Калачової, С. С. Клочуряк, які до умов, за яких проведення освідування можливе із застосуванням процесуального примусу, відносять: 1) наявність достатніх підстав уважати, що на тілі певної особи, яку необхідно освідувати, є сліди кримінального правопорушення чи будь-які особливі прикмети, що мають значення для кримінального провадження; 2) незважаючи на використання всіх можливих заходів переконання, особа не бажає добровільно пройти освідування; 3) під час проведення примусового освідування дії слідчого не мають принижувати честь і гідність особи чи бути небезпечними для її здоров'я; 4) під час проведення примусового освідування слідчий, прокурор попереджає присутніх осіб про недопустимість розголошення відомостей про факт, обставини і результати проведення слідчої (розшукової) дії, про що зазначається в протоколі [4, с. 84].

Згідно з ч. 5 ст. 236 КПК України при проведенні обшуку житла чи іншого володіння особи за рішенням слідчого чи прокурора може бути проведено обшук осіб, які перебувають в житлі чи іншому володінні, якщо є достатні підстави вважати, що вони переховують при собі предмети або документи, які мають значення для кримінального провадження (особистий обшук). Цій самій примусовій дії може бути піддано підозрюваного й при проведенні такої слідчої (розшукової) дії, як огляд житла чи іншого володіння особи (ч. 2 ст. 237 КПК України). Окрім того,

відповідно до ч. 3 ст. 236 та ч. 6 ст. 237 КПК України слідчий, прокурор має право заборонити будь-якій особі залишити місце обшуку або огляду до його закінчення та вчиняти будь-які дії, що заважають проведенню даній процесуальній дії.

Слід відмітити нововведення чинного КПК України, яке було запроваджено Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо забезпечення дотримання прав учасників кримінального провадження та інших осіб правоохоронними органами під час здійснення досудового розслідування» № 2213-19 від 16 листопада 2017 року, а саме право особи, в житлі чи іншому володінні якої проводиться обшук, користуватися правовою допомогою адвоката на будь-якій стадії проведення обшуку. Участь захисника при проведенні обшуку сприяє дотриманню законних меж застосування примусу щодо підозрюваного, який присутній при проведенні даної слідчої (розшукової) дії. Законодавець відзначив у ч. 3 ст. 236 КПК України, що невиконання вимог щодо забезпечення права на правову допомогу під час проведенні обшуку тягне за собою передбачену законом відповідальність. Зокрема, настає кримінальна процесуальна відповідальність, яка полягає у визнанні доказів, отриманих в результаті обшуку, що здійснювався з недопущенням адвоката до цієї слідчої (розшукової) дії, недопустимими відповідно до п. 3 ч. 2 ст. 87 КПК України. Окрім того, передбачена кримінальна відповідальність за порушення права на захист (ст. 374 КК України).

КПК України не визначає форму та зміст договору про правову допомогу. Внаслідок цього в правозастосовній діяльності поширенні випадки, коли слідчий, прокурор відмовляють у допуску адвоката до участі в проведенні обшуку на тій підставі, що в адвоката відсутній письмовий договір про правову допомогу

з клієнтом, незважаючи на те, що Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» передбачена можливість укладення такого договору усно, якщо необхідно надати професійну правничу допомогу невідкладно. Так, в ухвалі слідчого судді Жовтневого районного суду м. Дніпропетровська від 06 грудня 2016 року слушно зазначається, що висновок слідчого про те, що заявник, як адвокат, не мав повноважень на представництво інтересів ОСОБА\_7 при проведенні обшуку суперечить положенням ст. 59 Конституції України та абз. 2 п. 2 ст. 27 Закону України «Про адвокатуру і адвокатську діяльність», згідно з якими договір про надання правової допомоги може вчинятися усно, якщо клієнт невідкладно потребує надання правової допомоги, а укладення письмового договору за конкретних обставин є неможливим – із подальшим укладенням договору в письмовій формі протягом трьох днів, а якщо для цього існують об'єктивні перешкоди – в найближчий можливий строк [22]. Пропонуємо ст. 51 КПК України доповнити частиною 2 у редакції: «2. Договір про правову допомогу укладається в порядку, передбачену Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»».

Обшук особи – це слідча (розшукова) дія, в межах якої до підозрюваного застосовується примус. КПК України не містить окремої статті, яка б визначала порядок провадження такої процесуальної дії, правоположення, що його визначають, міститься в різних кримінальних процесуальних нормах. Так, згідно з ч. 3 ст. 208 КПК України при затриманні підозрюваного уповноважена службова особа, слідчий, прокурор може здійснити обшук затриманої особи з подальшим можливим тимчасовим вилученням майна. Відповідно до ч. 7 ст. 223 КПК України обшук особи здійснюються з обов'язковою участю не менше двох

понятих незалежно від застосування технічних засобів фіксування відповідної слідчої (розшукової) дії. Ч. 5 ст. 236 КПК України вказує, що обшук особи повинен бути здійснений особами тієї ж статі. погоджуємося з Г. Степановою, О. Степановим та М. Кулик, що особистий обшук, на відміну від інших видів обшуку, має власну специфіку підстав і порядку проведення, що потрібно закріпити в окремій статті КПК [11, с. 297].

Законом також передбачене примусове залучення підозрюваного для проведення медичної або психіатричної експертизи (ч. 3 ст. 242 КПК України).

Складовою частиною проведення багатьох експертиз у кримінальному провадженні є відібрання зразків для експертного дослідження, що здійснюється в порядку ст. 245 КПК України. Аналізуючи положення ч. 2 ст. 245 КПК України в комплексі з положеннями ст. ст. 160-166 КПК України, варто зробити висновок, що звернення до слідчого судді за дозволом на отримання зразків може мати місце тоді, коли такі зразки (речі і документи) вже фактично існують та утримуються у володінні певної особи, яка може бути обмежена у своєму праві не інакше, як на підставі відповідного судового рішення. Тобто мова може йти виключно про вільні, а не експериментальні зразки.

Слід також додати, що повноваження слідчого судді, який здійснює судовий контроль за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні, чітко регламентовано нормами КПК України. Законодавець не передбачив можливості надання слідчим суддею дозволу сторонам на відбирання від підозрюваного експериментальних зразків, які не віднесено до категорії біологічних. При цьому КПК України передбачає спеціальний (примусовий) процесуальний порядок

відбирання таких зразків у випадку відмови особи від їх надання добровільно.

Відповідно до ч. 3 ст. 245 КПК України відбирання біологічних зразків у особи здійснюється за правилами проведення освідування. У разі відмови особи добровільно надати біологічні зразки слідчий суддя, суд за клопотанням сторони кримінального провадження, що розглядається в порядку, передбаченому для тимчасового доступу до речей і документів, має право дозволити слідчому, прокурору (або зобов'язати їх, якщо клопотання було подано стороною захисту) здійснити відбирання біологічних зразків примусово. Очевидно, що як вільні, так і експериментальні зразки підпису та почерку в будь-якому разі не є біологічними зразками. Звернемо увагу, що в п. 69 справи «Saunders v. United Kingdom» ЄСПЛ зазначив, що як зазвичай розуміється в правових системах Держав-учасниць Конвенції та в інших країнах, право не свідчити проти самого себе не поширюється на використання в кримінальному процесі матеріалів, які можуть бути отримані від підозрюваного шляхом використання примусових повноважень, що існують незалежно від волі підозрюваного, такі як: документи, отримані на підставі розпорядження, зразки видихуваного повітря, крові, сечі, тканини тіла з метою проведення аналізу ДНК [27]. Національні суди також вказують на неприпустимість примусового відбирання експериментальних зразків підпису та почерку. Прикладом цього є ухвала слідчого судді Приморського районного суду м. Одеси від 28 грудня 2015 року, якою було відмовлено в задоволенні клопотання прокурора про накладення грошового стягнення на підозрюваного ОСОБА\_4 у зв'язку з його відмовою від виконання ухвали про надання дозволу на відібрання експериментальних зразків почерку та підпису. У даному судовому рішенні слідчий суддя вказав, що діючим кримінальним

процесуальним законодавством України не передбачено примусового відбирання будь-яких зразків, окрім біологічних (ч. 3 ст. 245 КПК України). Наведене дає підстави вважати, що надання зразків свого підпису чи почерку підозрюваним є його особистим правом, а тому посилення прокурора на невиконання ОСОБА\_4 покладеного на нього п. 3 ч. 7 ст. 42 КПК України процесуального обов'язку є безпідставним [24].

### **Висновки**

Отже, порядок реалізації прав сторони захисту ініціювати проведення слідчих (розшукових) дій та брати участь у їх провадженні за чинним КПК України є недосконалим та потребує подальшого реформування в контексті забезпечення права на захист.

По-перше, з метою забезпечення права підозрюваного, захисника брати участь у проведенні слідчих (розшукових) дій необхідно визначити в КПК України порядок повідомлення сторону захисту про їх проведення.

По-друге, за доцільне видається закріпити за слідчим, прокурором обов'язок негайно після розгляду клопотання про проведення слідчих (розшукових) дій повідомляти сторону захисту про результати такого розгляду.

По-третє, враховуючи специфіку неповторюваної слідчої (розшукової) дії, необхідно встановити обов'язковість участі захисника в її проведенні.

По-четверте, з метою уникнення перешкоджання стороною обвинувачення в допуску адвоката до участі в проведенні слідчих (розшукових) дій доцільно визначити в КПК України порядку укладання договору про правову допомогу.

Законодавець обмежує коло слідчих (розшукових) дій, в яких може бути застосовано до підозрюваного примус. Такими діями є: освідування, обшук житла чи іншого володіння особи, огляд

житла чи іншого володіння особи, особистий обшук, примусове залучення підозрюваного для проведення медичної або психіатричної експертизи. Чинне кримінальне процесуальне законодавство пов'язує можливість примусового отримання доказової інформації від підозрюваного тільки у випадках, коли механізм одержання таких фактичних даних не передбачає від останнього активних вольових дій, а самі відомості про кримінальне правопорушення існують незалежно від емоційно-вольової сфери підозрюваного.

### **Список використаних джерел:**

1. Алейников Г.И. Теоретические и практические вопросы деятельности защитника по собиранию доказательств в стадии досудебного следствия по законодательству Украины и России: дис.... канд. юрид. наук: 12.00.09. Москва, 2004. 220 с.
2. Аленін Ю.П. Участь захисника при проведенні слідчих (розшукових) дій: проблемні питання / Адвокатура: минуле та сучасність: матеріали V Міжнар. наук. конф. (м. Одеса, 14 листоп. 2015 р.) / Націон. ун-т «Одеська юридична академія». Одеса: Юрид. л-ра, 2015. С. 5-7.
3. Гловюк І.В. Кримінально-процесуальні функції: теоретико-методологічні засади і практика реалізації: дис.... доктора юрид. наук: 12.00.09. Одеса, 2016. 602 с.
4. Дотримання прав учасників кримінального провадження під час проведення освідування [текст] моногр. Київ: Центр учбової літератури, 2015. 160 с.
5. Зейкан Я.П. Право на захист у кримінальному процесі: практичний посіб. Київ: Юрид. практика, 2004. 288 с.
6. Ковальчук С.О. Здійснення захисту у кримінальних справах на засадах змагальності та диспозитивності: дис.... канд. юрид. наук: 12.00.09. Івано-Франківськ, 2007. 221 с.

7. Кореневский Ю.В. Участие защитника в доказывании по новому уголовно-процессуальному законодательству: практ. пособие. Москва: Юристъ, 2004. 159 с.

8. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 року (із змінами та доповненнями). Відомості Верховної Ради України. 2013. № 9-10, 11-12, 13. Ст. 88.

9. Курта ЄО. Можливості укладання компромісу під час проведення слідчих (розшукових) дій. Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Юридичні науки. 2015. № 813. С. 256. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/vnulpurn\\_2015\\_813\\_41](http://nbuv.gov.ua/UJRN/vnulpurn_2015_813_41).

10. Обрізан Н.М. Захисник як суб'єкт доказування в кримінальному процесі: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність». Київ: 2008. 16 с.

11. Обшук особи за КПК України: проблемні питання та шляхи вдосконалення» / Г. Степанова, О. Степанов, М. Кулик. Науковий практично-господарський правовий журнал «Підприємство, господарство і право». № 2 (252). 2017. С. 294-298.

12. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05 січн. 2017 р. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/5076-17>.

13. Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо забезпечення дотримання прав учасників кримінального провадження та інших осіб правоохоронними органами під час здійснення досудового розслідування: Закон України від 16 листоп. 2017 р. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2213-19>.

14. Про практику вирішення слідчими суддями питань, пов'язаних із слідчими (розшуковими) діями: витяг з узагальнення Вищого спеціалізованого суду України з розгляду



цивільних і кримінальних справ від 6 черв. 2016 р. URL: [http://sc.gov.ua/ua/uzagalnennja\\_sudovoji\\_praktiki.html](http://sc.gov.ua/ua/uzagalnennja_sudovoji_praktiki.html).

15. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Нечипорук і Йонкало проти України» від 21 квітня 2011 року. URL: [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/974\\_683/print1474667227527664](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/974_683/print1474667227527664).

16. Руководство по справедливому судопроизводству от «Международной амнистии» / Amnesty International. 2014. 254 с. URL: [http://amnesty.org.ru/sites/default/files/34\\_002\\_2014\\_FTMRus.pdf](http://amnesty.org.ru/sites/default/files/34_002_2014_FTMRus.pdf).

17. Тітко І.А. Нормативне забезпечення та практика реалізації приватного інтересу в кримінальному процесі України: дис.... доктора юрид. наук: 12.00.09. Харків, 2016. 484 с.

18. Узагальнення Апеляційним судом м. Києва судової практики судів першої та апеляційної інстанцій щодо розгляду слідчими суддями клопотань про проведення слідчих (розшукових) дій під час досудового розслідування. URL: [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0CC4QFjACahUKEwjmsIGw-NPIAhWr\\_nIKHRzsDBk&url=http%3A%2F%2Fwww.apcourtkiev.gov.ua%2Fwp-content%2Fuploads%2F2015%2F07%2FKoval.doc&usg=AFQjCNERfnuzIcYbBt5b- NgkUdMgPzQJLQ](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0CC4QFjACahUKEwjmsIGw-NPIAhWr_nIKHRzsDBk&url=http%3A%2F%2Fwww.apcourtkiev.gov.ua%2Fwp-content%2Fuploads%2F2015%2F07%2FKoval.doc&usg=AFQjCNERfnuzIcYbBt5b- NgkUdMgPzQJLQ).

19. Ухвала Держинського міського суду Донецької області від 8 квітня 2015 року (справа № 225/4742/14-к). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/43594462>.

20. Ухвала слідчого судді Печерського районного суду м. Києва від 26 квітня 2013 року (справа № 757/7849/13-к). URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/52780297>.

21. Ухвала слідчого судді Бабушкінського районного суду м. Дніпропетровська від 11 травня 2016 року (справа

№ 200/8260/16-к). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/58603053>.

22. Ухвала слідчого судді Жовтневого районного суду м. Дніпропетровська від 06 грудня 2016 року (справа № 201/15354/16-к). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/63448077>.

23. Ухвала слідчого судді Кіровського районного суду міста Кіровограда від 31 травня 2017 року (справа № 404/3269/17). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/66872739>.

24. Ухвала слідчого судді Приморського районного суду м. Одеси від 28 грудня 2015 року (справа № 522/17011/15к). URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/55099045>.

25. Яновська О.Г. Рівноправність сторін в процесі доказування: проблеми правозастосування / Актуальні проблеми доказування в кримінальному провадженні: Матеріали Всеукраїнської науково-практичної Інтернет-конференції (м. Одеса, 27 листопада 2013 р.). Одеса: Юрид. л-ра, 2013. С. 174-178.

26. Case of Dayanan v. Turkey (Application №7377/03). judgment. 13 October 2009. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%5C%22ENG%22%5D,%22appno%22:%5B%5C%227377/03%22%5D,%22documentcollectionid2%22:%5B%5C%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%5C%22001-95015%22%5D%7D>.

27. Case of Saunders v. United Kingdom (Application №19187/91). judgment. 17 December 1996. URL:<http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%5C%22Saunders%20v.%20The%20United%20Kingdom%22%5D,%22documentcollectionid2%22:%5B%5C%22GRANDCHAMBER%22,%5C%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%5C%22001-58009%22%5D%7D>.

**Мисюра А.М.,**  
кандидат юридичних наук,  
асистент кафедри кримінального процесу  
Національного університету «Одеська юридична академія»

## **ПОДОЛАННЯ ПРОТИДІЇ ЗДІЙСНЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ З БОКУ ЗЛОЧИННИХ УГРУПУВАНЬ, ПРИЧЕТНИХ ДО ТОРГІВЛІ ЛЮДЬМИ**

У світі спостерігається значне розширення нелегальних ринків і сфер діяльності злочинних угруповань, причетних до торгівлі людьми. Останні переважно спеціалізуються на сексуальній експлуатації жінок та інших формах примусової експлуатації: праця підлітків і дітей, примусове жебрацтво, побутове рабство або примусовий шлюб з метою отримання матеріальної вигоди, використання рабської праці на різного роду виробництвах, також і нелегальних, чи для насильства тощо. Україна опинилася в епіцентрі злочинних інтересів торгівців людьми, адже цьому сприяють такі фактори, як поширене безробіття, низький рівень економічного розвитку та правової свідомості, бідність. Усе це підвищує ризик для громадянина стати жертвою неправдивих обіцянок швидкого заробітку й кращого майбутнього від причетних до протиправної діяльності осіб. Вчинення таких злочинів є найбільш зухвалою формою порушення основоположних прав людини й громадянина, пов'язано із цинічним і грубим поводженням, нещадною експлуатацією, обмеженням свободи, приниження честі й гідності особи. Специфіка цього злочину полягає в тому, що йому притаманний організований характер і часто не обмежується територією однієї країни. Зважаючи на організований характер злочинів у сфері торгівлі людьми, особливої уваги потребує вирішення питань щодо нейтралізації протидії розслідуванню по таких справах, необхідністю подолання протиправного впливу на

цей процес, гарантуванням безпеки учасників кримінального судочинства (особливо свідків та потерпілих) та вирішенням інших завдань боротьби зі злочинністю.

Питаннями нейтралізації протидії розслідуванню та кримінальному судочинству загалом займалися К. В. Антонов, В. Д. Берназ, В. В. Бірюков, А. Ф. Волобуєв, В. Г. Гончаренко, В. О. Глушков, В. В. Гевко, В. К. Грищук, Ю. М. Грошевий, О. М. Джужа, Е. О. Дідоренко, О. Ф. Долженков, Ю. Ф. Жаріков, В. П. Захаров, В. С. Зеленецький, А. В. Іщенко, І. П. Козаченко, І. М. Козьяков, В. Г. Колб, Я. Ю. Кондратьєв, М. І. Костін, В. К. Лисиченко, Є. Д. Лук'янчиков, В. Т. Маляренко, М. М. Михеєнко, О. Р. Михайленко, Д. Й. Никифорчук, Ю. Ю. Орлов, В. Л. Ортинський, Б. Г. Розовський, О. П. Снігер'єв, С. М. Стахівський, В. Є. Тарасенко, В. М. Тertiшник, П. Л. Фрис, І. Ф. Хараберюш, М. Є. Шумило, В. Я. Ященко та інші. Проте відсутні наукові праці, в яких була б приділена достатня увага протидії здійсненню кримінального провадження, пов'язаного з торгівлею людьми.

Протидія здійсненню кримінального провадження є достатньо дискусійною темою і тому однозначне розуміння сутності даної діяльності відсутнє. Так, на доктринальному рівні були вироблені різноманітні підходи, серед яких О. В. Пчеліна [1, с. 6] виокремлює:

– умисні дії або систему дій, направлені на перешкоджання досягненню цілей досудового розслідування [2, с. 5];

– умисну діяльність з метою перешкоджати розслідуванню і в кінцевому результаті встановленню істини по кримінальній справі [3, с. 696];

– прийняття зацікавленими особами заходів, спрямованих на утворення перешкод у виявленні, вилученні та використанні доказів правоохоронними органами [4, с. 70];

– систему заздальгідь спланованих і вжитих під впливом ситуації, що склалася, заходів безпеки злочинної діяльності на всіх етапах, здійснюваних злочинцями й іншими зацікавленими особами з метою ухилення від кримінальної відповідальності на всіх стадіях кримінального судочинства [5, с. 252];

– систему узгоджених дій (бездіяльності) осіб, зацікавлених у перешкоджанні встановленню об'єктивної істини в кримінальній справі з метою ухилення від відповідальності винних у скоєнні злочину або пом'якшення покарання за скоєне [6, с. 20];

– своєрідний вид цілеспрямованої активності суб'єктів злочину, інших зацікавлених осіб, що виражається у вигляді однократно здійснюваних навмисних дій чи у вигляді структурно складної навмисної діяльності, спрямованої на приховання, зміну, знищення інформації, яка має доказове значення, а також її носіїв із метою перешкодити встановленню обставин скоєного злочину та вини причетних осіб [7, с. 23];

– протиправну діяльність, що включає як умисні, так і ненавмисні дії (бездіяльність), спрямовані на перешкоджання встановленню об'єктивної істини в кримінальній справі та вирішенню інших завдань розслідування [8, с. 116];

– активний чи пасивний опір учасників злочинної діяльності та пов'язаних із ним осіб шляхом приховання слідів злочинів, здійснення впливу на суб'єктів розслідування чи створення різних перешкод при встановленні останніми ознак злочину, висуненні та перевірці версій, а також формуванні системи доказів по кримінальній справі [9, с. 6] та інше.

На законодавчому рівні поняття протидії здійсненню кримінального провадження відсутнє, втім визначення протидії здійсненню певної діяльності закріплені в Законі України (далі – ЗУ) «Про протидію торгівлі людьми» та в нещодавно прийнятому ЗУ «Про запобігання та протидію домашньому

насильству». Відповідно до ст. 1 ЗУ «Про протидію торгівлі людьми» протидія торгівлі людьми – це система заходів, спрямованих на подолання торгівлі людьми шляхом її попередження і боротьби з нею та надання допомоги і захисту особам, які постраждали від торгівлі людьми [10]. Схожим чином визначено протидію домашньому насильству як систему заходів, що здійснюються та спрямовані на припинення домашнього насильства, надання допомоги та захисту постраждалій особі, відшкодування їй завданої шкоди, а також на належне розслідування випадків домашнього насильства, притягнення до відповідальності кривдників та зміну їхньої поведінки [11]. Відповідно, на законодавчому рівні протидія визначається як діяльність, що повинна бути спрямована на:

1) подолання дій, що направлені на опір діяльності державних органів;

2) забезпечення допомоги, захисту осіб постраждалих від протиправних діянь інших осіб.

Таким чином, можна стверджувати, що під протидією здійсненню кримінального провадження потрібно розуміти діяльність осіб (як учасників кримінального провадження, так і інших осіб), яка спрямована на перешкоджання встановленню обставин кримінального правопорушення, тобто предмету доказування, як під час здійснення досудового розслідування так і судового розгляду кримінального провадження. При цьому ми не погоджуємося з обмеженою позицією щодо можливості перешкоджання здійсненню кримінального провадження виключно на стадії досудового розслідування. Так, наприклад, Р.С. Белкін та В.М. Карагодін стверджують, що протидія кримінального провадженню (переслідуванню) є навмисні дії (або система дій), спрямовані на перешкоджання виконанню

завдань попереднього розслідування та встановленню об'єктивної істини по кримінальній справі [12, с. 18; 13, с. 129].

Така протидія кримінальному провадженню може приймати різні форми. Однак варто враховувати специфіку і особливості розслідування кримінальних проваджень, пов'язаних із торгівлею людьми. Однією з головних особливостей є той факт, що суб'єктами протидії можуть бути не тільки особи, які вчинили злочин, але і самі жертви. Така протидія може мати різні прояви перешкоджання розслідуванню – від активних дій із приховування або знищення слідів кримінального правопорушення до пасивних форм, як відмова від заяви про вчинене кримінальне правопорушення, ухилення під надуманими причинами від дачі показань або участі в інших слідчих діях, а також оперативно-розшукових заходах.

При цьому, як вказують Р. Р. Фахрутдинов та Г. К. Смірнов, що оскільки суб'єктами протидії проведення кримінального провадження щодо торгівлі людьми є в тому числі і жертви таких злочинів, то основними мотивами такої поведінки можуть виступати серед іншого: 1) небажання оголошення відомостей, що порочать честь або гідність особи, 2) боязнь помсти зі сторони торговців людьми; 3) смиренність зі своїм станом; 4) ініціація негативних спогадів щодо пережитого [14, с. 23; 15, с. 29]. Таким чином, під час здійснення протидії перешкоджанню кримінального провадження одного з вирішальних значень приймає забезпечення безпеки учасників та дотримання їх законних прав та інтересів.

Забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства є однією з основних форм подолання протидії кримінальному провадженню з боку злочинних угруповань, причетних до торгівлі людьми, оскільки свідчення потерпілих, свідків та інших учасників кримінального процесу є домінуючим джерелом доказів по вказаній категорії кримінальних проваджень.

Найпоширенішими способами протиправного впливу на потерпілих або свідків по кримінальним провадженням, пов'язаним із торгівлею людьми, є: погрози застосування насильства до самих потерпілих або свідків; погрози застосування насильства до членів їх сімей, близьких або родичів; підкуп потерпілих або свідків; намагання охарактеризувати потерпілу як аморальну особу перед слідчим і судом; погрози розголошення відомостей, що потерпілий або свідок бажав зберегти в таємниці.

Під час досудового розслідування кримінальних правопорушень, пов'язаних з торгівлею людьми, важливим елементом, що впливає на додержання гарантій безпеки учасників кримінального судочинства, є оперативне супроводження. Відповідно до ст. 10 ЗУ «Про оперативно-розшукову діяльність» матеріали оперативно-розшукової діяльності використовуються, окрім іншого, для забезпечення безпеки працівників суду, правоохоронних органів та осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, членів їх сімей та близьких родичів, а також співробітників розвідувальних органів України та їх близьких родичів, осіб, які конфіденційно співробітничали або співробітничали з розвідувальними органами України, та членів їх сімей [16]. Заходи безпеки, які можуть бути застосовані до суб'єктів кримінального провадження, передбачені ЗУ «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві», де згідно ст. 20 зазначеного закону є дані, що свідчать про наявність реальної загрози їх життю, здоров'ю, житлу і майну, що можуть бути в тому числі і матеріалами оперативно-розшукової діяльності [17].

До серпня 2017 року діяли накази МВС України від 14 серпня 2012 року №700 «Про затвердження Інструкції з організації взаємодії органів досудового розслідування з іншими органами та підрозділами внутрішніх справ у попередженні, виявленні та



розслідуванні кримінальних правопорушень» та від 07 вересня 2005 року № 777, які передбачали покладання на начальника оперативного підрозділу, працівники якого виконували письмові доручення слідчого під час досудового розслідування кримінальних правопорушень, обов'язок:

- здійснювати необхідні заходи щодо забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві;

- з'ясовувати наявність фактів тиску на учасників судового розгляду, реальної загрози їх життю, здоров'ю, житлу чи майну, встановлювати причини зміни показань свідками чи потерпілими, організовує протидію незаконним проявам стосовно учасників судового розгляду;

- з нейтралізації активної протидії передбаченому законом порядку судового розгляду справ;

- зі встановлення й усунення фактів тиску на свідків, потерпілих, спеціалістів та інших учасників процесу;

- спрямовані на з'ясування причин зміни учасниками процесу показань, організація протидії таким проявам [18, с. 19].

Наразі чинний Кримінальний процесуальний кодекс України (далі – КПК України) не передбачає оперативне супроводження кримінальних проваджень самостійно оперативними підрозділами, натомість слідчий органу досудового розслідування має самостійно під процесуальним керівництвом прокурора організувати подолання протидії досудового розслідування. Оперативне супроводження щодо забезпечення безпеки учасників кримінального провадження здійснюється відповідними підрозділами органів, що здійснюються оперативно-розшукову діяльність.

Оперативне супроводження кримінального провадження виступає як форма взаємодії оперативних підрозділів зі слідчим або судом. Основною метою оперативно-розшукового супроводу

є створення сприятливих умов для виконання завдань кримінального провадження. Важливою вимогою, що висувається до процесу оперативно-розшукового супроводу, є обов'язкова спільна участь слідчих і оперативних працівників у реалізації інформації, здобутої оперативними працівниками в ході здійснення оперативно-розшукових та інших заходів, проведенні слідчих дій, спільних заходів з метою нейтралізації протидії розслідуванню з боку злочинних угруповань, забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства.

Слід зупинитися на межах оперативного супроводження, які не обмежуються досудовим розслідуванням, а розповсюджуються й на стадію судового розгляду кримінального провадження. Вирішення судом на цій стадії таких питань, як забезпечення необхідних засобів доказування, визначення обсягу доказів, що підлягають дослідженню, порядку їх дослідження та безпосереднє дослідження доказів за участю сторін, вимагає подолання, в разі необхідності, протидії здійсненню правосуддя. Ця стадія є найважливішою частиною процесу, оскільки суд ґрунтує свої висновки у вироку лише на доказах, розглянутих і досліджених у судовому засіданні. Судове слідство не є повтором досудового, а являє самостійне дослідження фактичних обставин справи, яке здійснюють незалежно від зібраних під час розслідування матеріалів. Судовий розгляд проводять за участі інших суб'єктів процесуальної діяльності – суд за активної участі сторін та інших учасників процесу, забезпечує одночасний аналіз всіх доказів з різних позицій.

Правосуддя в кримінальному процесі можна визначити як виняткову діяльність судової влади з розгляду й вирішення справ, що здійснюється в строго встановленій процесуальній формі, з дотриманням принципу змагальності та інших принципів кримінального судочинства, яке дозволяє виконати

завдання суду й кримінального судочинства, визначених у законі. Функція правосуддя реалізується, головним чином, у стадії судового розгляду матеріалів кримінального провадження, коли за участю сторін з дотриманням основних засад судочинства вирішується основне питання кримінального провадження – про наявність вини підсудного. Дуже важливо, щоб суд залишався неупередженим, щоб був відсутній будь-який протиправний вплив на суддів. Втручання в здійснення судовими органами правосуддя, вплив на суд або суддів у будь-який спосіб, неповага до суду чи суддів, збирання, зберігання, використання й поширення інформації усно, письмово або в інший спосіб з метою завдання шкоди авторитету суддів чи впливу на безсторонність суду забороняється й тягне за собою відповідальність, установлену законом.

Так само важливо, щоб на стадії судового розгляду матеріалів кримінального провадження свідки й потерпілі мали можливість безперешкодно свідчити, надавати допомогу, не піддаючись залякуванню та не боячись негативного впливу зі сторони кримінальних елементів. Підозрювані, обвинувачені також повинні мати відповідні гарантії безпеки в разі сприяння здійсненню правосуддя, виконання свого громадського обов'язку в інших формах, навіть якщо їм загрожує суворе кримінальне покарання. Можливість безперешкодно свідчити й виконувати свої функції стосується й інших учасників кримінального судочинства, що наділені владними повноваженнями – працівників органів (підрозділів), які здійснюють оперативно-розшукову діяльність, слідчих, прокурорів, суддів. Ці суб'єкти займають особливе місце в системі кримінального судочинства, оскільки в сукупності покликані забезпечувати неухильне дотримання законодавства, висувати державне обвинувачення,

забезпечувати чи здійснювати функцію правосуддя, приймати рішення, пов'язані з винесенням постанов, ухвал, рішень тощо.

Зайве казати, що надання потрібної інформації про причини зміни свідчень окремими учасниками процесу, факти протиправного тиску на них, протидія протиправним проявам і супровід загалом оперативним підрозділом судового розгляду значно прискорює його, підвищує його ефективність та оберігає від негативних впливів.

Необхідність оперативного супроводження й на стадії судового розгляду, підтверджується наказом МВС України від 07.07.2017 № 575, який скасував вищезазначені накази. Вказаний Наказ передбачив положення, що в межах організації взаємодії на стадії судового розгляду кримінальних проваджень керівник оперативного підрозділу органу, підрозділу поліції, у тому числі міжрегіонального територіального органу поліції, його територіального (відокремленого) підрозділу, працівники якого виконували письмові доручення слідчого під час досудового розслідування кримінальних правопорушень, забезпечує (окрім іншого):

1) здійснення необхідних заходів щодо забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві;

2) з'ясування наявності фактів тиску на учасників судового розгляду, реальної загрози їх життю, здоров'ю, житлу чи майну, встановлення причин зміни показань свідками чи потерпілими, організацію протидії незаконним проявам стосовно учасників судового розгляду [20].

Тож із формальної точки зору оперативна розробка продовжується й на стадії судового розгляду. З точки зору вирішуваних на стадії судового розгляду завдань суд має враховувати будь-яку можливість протиправного впливу на показання свідків, інших осіб, які допитуються, можливість

дослідження доказів чи перевірки їх за допомогою інших та ін. При оцінці ймовірності такого негативного впливу суду варто використовувати допомогу дієвих сил, засобів і методів оперативно-розшукової діяльності. Прийmemo до уваги здійснювані судом на стадії судового слідства процесуальні дії: допит обвинуваченого; допит свідка; допит потерпілого; пред'явлення для впізнання; допит експерта в суді та ін.

Практично будь-яка з процесуальних дій може бути недопущена шляхом кримінального впливу зі сторони зацікавлених злочинних угруповань. Тому будь-який тиск чи негативний вплив на учасників судочинства є неприпустимим і має бути нейтралізованим. Оскільки йдеться не тільки про фізичну охорону учасників процесу, то неможливо обійтися без використання можливостей негласних сил, засобів і методів оперативно-розшукової діяльності.

Особливої уваги потребує встановлення порядку дослідження доказів. Цей порядок суд встановлює, виходячи з конкретних обставин справи, враховуючи позиції підсудного та потерпілого, число епізодів злочинної діяльності, чисельність свідків тощо, а також, на нашу думку, виходячи з аналізу отриманої оперативним підрозділами інформації, що свідчить про спроби протидіяти здійсненню правосуддя, щоб уникнути покарання. Суд встановлює черговість дослідження джерел доказів, вирішує, коли допитувати підсудних, свідків, потерпілих, визначає момент звернення до конкретних доказів, тобто вирішує, в якій послідовності допитувати учасників процесу тощо. При цьому суд бере до уваги ставлення підсудного до пред'явленого обвинувачення, можливість протиправного впливу на його показання, показання інших осіб, які допитуються, можливість перевірки одних доказів за допомогою інших та ін. Оцінку ймовірності такого негативного впливу судом варто здійснювати

у взаємодії з оперативним підрозділом, виходячи з наявної в нього та матеріалах кримінального провадження інформації.

Варто зазначити, що при розробці нормативних положень подолання протидії здійсненню кримінального провадження з боку злочинних угруповань, причетних до торгівлі людьми, слід враховувати міжнародний досвід і позитивну практику інших розвинених держав. Загальні засади подолання протидії знайшли своє відображення в положеннях міжнародних нормативно-правових документів. До цієї групи документів можна віднести загальноновизнані юридичні інструменти та резолюції Організації Об'єднаних Націй щодо стандартів і норм, які мають відношення до досліджуваної тематики. У 1949 році Генеральна Асамблея ООН прийняла Конвенцію про боротьбу з торгівлею людьми і експлуатацією проституції третіми особами. Ця Конвенція була ратифікована СРСР 15 листопада 1954 року, чинності в Україні набрала 15 лютого 1955 року. Цей документ спрямовано на боротьбу з торгівлею людьми, втягуванням їх у проституцію та проституцією як такою. У Конвенції робиться наголос на забороні сексуальної експлуатації, використанні жінки в проституції та сексуальній індустрії [21].

Важливими кроками з удосконалення міжнародного співробітництва у справі протидії торгівлі людьми стали Конвенція ООН «Про ліквідацію всіх форм дискримінації жінок», прийнята 18 грудня 1979 року, та Пекінська платформа дій, схвалена IV Всесвітньою конференцією ООН про стан жінок 1995 року. У цих документах торгівля жінками розглядається як злочин, що вимагає переслідування, констатується наявність таких форм торгівлі людьми, як секс-туризм, вербування робочої сили з країн третього світу для використання в домашньому господарстві громадян розвинутих країн, фіктивні шлюби тощо [21].

Безпосередньо до нормативно-правової основи подолання протидії здійсненню кримінального провадження з боку злочинних угруповань, причетних до торгівлі людьми, слід віднести загальноновизнані міжнародні принципи й стандарти державного захисту учасників кримінального судочинства. Так, Декларація основних принципів правосуддя для жертв злочинів і зловживання владою, прийнята резолюцією 40/34 Генеральної Асамблеї ООН від 29 листопада 1985 року, зобов'язує сприяти відповідності судових процедур потребам жертв злочинів шляхом вжиття заходів для зведення до мінімуму незручностей для жертв охорони їхнього особистого життя тоді, коли це необхідно, і забезпечення їх безпеки, а також безпеки їх сімей і свідків з їхнього боку та їх захисту від залякування й помсти [22]. Декларація закріплює положення щодо захисту прав жертв, які були порушені, і признає, «що жертвам злочинів і зловживань владою, їх сім'ям, свідкам та іншим особам, які надають їм допомогу, несправедливо завдаються збитки, тілесні ушкодження й збитки їх власності та що, окрім цього, вони можуть піддаватися обмеженням у ході сприяння судовому переслідуванню правопорушників». Такі жертви згідно з Декларацією мають право на справедливе правосуддя, отримання реституцій, компенсацій і соціальної допомоги [22].

Неапольська політична декларація і Глобальний план дій проти організованої транснаціональної злочинності, прийняті резолюцією 49/159 Генеральної Асамблеї ООН від 23 грудня 1994 року, надають рекомендації вживати заходів, які заохочують членів злочинних організацій до співробітництва й наданню свідчень, включаючи адекватні програми захисту свідків і членів їх сімей та – в установлених національними законами межах – пом'якшення для них покарання в разі їх співробітництва в ході кримінального процесу [23].

Конвенція проти транснаціональної організованої злочинності, прийнята резолюцією 55/25 Генеральної Асамблеї ООН 15 листопада 2000 року, зазначає серед спеціальних методів розслідування здійснення агентурних операцій компетентними органами з метою ефективною боротьби з організованою злочинністю [24]. Конвенція в ст. 24 вимагає від держав приймати відповідні заходи із захисту свідків, особливо агентів, які беруть участь у кримінальному судочинстві, від імовірної помсти або залякування [24].

Конвенцією передбачено, що кожна держава-учасниця вживає, в межах своїх можливостей, належних заходів, спрямованих на забезпечення ефективного захисту від імовірної помсти або залякування щодо свідків (потерпілих), які беруть участь у кримінальному провадженні та дають свідчення у зв'язку зі злочинами, що охоплюються цією Конвенцією, і, у відповідних випадках, щодо їхніх родичів та інших близьких їм осіб [24]. Такі заходи без шкоди для прав обвинувачені, в тому числі для права на належний розгляд, передбачають широкий спектр захисних дій.

Конвенція передбачає, що держави вживають відповідних заходів для того, щоб заохочувати осіб, які беруть або брали участь в організованих злочинних групах, до негласної співпраці у формі:

1) надання інформації, корисної для компетентних органів, із метою розслідування й доведення у зв'язку з такими питаннями, як:

- ідентифікаційні дані, характер, членський склад, структура, місцезнаходження або діяльність організованих злочинних груп;
- зв'язки, також міжнародні зв'язки, з іншими організованими злочинними групами;
- злочини, що вчинені або можуть бути вчинені організованими злочинними групами;



2) надання фактичної, конкретної допомоги компетентним органам, що може сприяти позбавленню організованих злочинних груп їхніх ресурсів або доходів від злочинів [24].

Конвенція проти корупції, прийнята резолюцією 58/4 Генеральної Асамблеї ООН 31 жовтня 2003 року, передбачає в ст. 32 положення щодо забезпечення ефективного захисту від ймовірної помсти або залякування свідків і експертів, які свідчать у справах за злочинами, що визначені цією Конвенцією, та, у відповідних випадках, щодо їхніх родичів та інших близьких їм осіб [25]. Заходи, націлені на захист свідків можуть містити:

1) встановлення процедур для фізичного захисту таких осіб, наприклад, тією мірою, якою це необхідно й практично можливо, для їхнього переселення в інше місце, і прийняття таких положень, які дозволяють, у відповідних випадках, не розголошувати інформацію, що стосується особи та місцезнаходження таких осіб, або встановлюють обмеження щодо такого розголошення інформації;

2) прийняття правил доведення, які дозволяють свідкам та експертам свідчити в такий спосіб, який забезпечує безпеку таких осіб, наприклад, дозвіл свідчити за допомогою засобів зв'язку, таких як відеозв'язок або інші відповідні засоби.

Держави-учасниці Конвенції розглядають можливість укладання з іншими державами договорів або домовленостей про переселення осіб.

У статті 33 «Захист осіб, які повідомляють інформацію» Конвенції проти корупції містяться положення щодо можливості включення до внутрішньої правової системи держави належних заходів для забезпечення захисту будь-яких осіб, які добросовісно й на обґрунтованих підставах повідомляють компетентним органам про будь-які факти, пов'язані зі злочинами несправедливого поводження [25].

Конвенція Ради Європи про заходи щодо протидії торгівлі людьми, прийнята 16 травня 2005 року, в ст. 28 безпосередньо передбачає захист жертв, свідків і осіб, які співробітничать із судовими органами, включаючи фізичний захист, переміщення, зміну особи, допомогу в працевлаштуванні та інші заходи, які можуть бути необхідними для надання в разі потреби належного захисту від імовірної помсти або залякування, особливо під час та після розслідування й кримінального переслідування правопорушників [26].

Таким чином, можна зробити кілька узагальнюючих висновків. По-перше, під протидією здійсненню кримінального провадження в справах щодо торгівлі людьми потрібно розуміти діяльність осіб (як учасників кримінального провадження, так і інших осіб), яка спрямована на перешкоджання встановленню обставин кримінального правопорушення, тобто предмету доказування, як під час здійснення досудового розслідування так і судового розгляду кримінального провадження.

По-друге, при подоланні протидії здійсненню кримінального провадження в справах щодо торгівлі людьми слідчому та прокурору необхідно враховувати, що така протидія може здійснюватися потерпілими, їх законними представниками, представниками та свідками. Подолання такої протидії має здійснюватися шляхом оперативного забезпечення безпеки вказаних учасників кримінального провадження підрозділами органів, що здійснюють оперативно-розшукові діяльність як на стадії досудового розслідування, так і під час здійснення судового розгляду.

По-третє, ЗУ «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві» затверджено більшість гарантій безпеки свідків та інших учасників процесу, що передбачені міжнародно-правовими актами, у сфері боротьби з торгівлею людьми та забезпечення прав учасників криміналь-

ного провадження. Проте окремі положення до цих пір відповідним чином не впроваджені в національне законодавство України та правозастосовну практику. Виходячи з аналізу наявних правових джерел, слід відзначити відсутність механізму реалізації закріплених зазначеним законом гарантій безпеки. Тож маємо констатувати, що ефективність подолання протидії кримінальному провадженню з боку злочинних угруповань, причетних до торгівлі людьми, напряду залежить від ґрунтовної розробки концепції забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства, встановлення ефективного механізму реалізації гарантій захисту свідків і потерпілих від торгівлі людьми, закріплення конкретних повноважень у цій сфері відповідних підрозділів, їх структури, фінансування.

#### **Список використаних джерел:**

1. Пчеліна О.В. Протидія розслідуванню злочинів у сфері службової діяльності та шляхи її подолання. Молодий вчений. 2016. № 4. С. 628. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/molv\\_2016\\_4\\_154](http://nbuv.gov.ua/UJRN/molv_2016_4_154) (дата звернення 26.12.2017).
2. Каргодин В.Н. Проблемы подготовки к расследованию в условиях противодействия / Актуальные проблемы следственной деятельности. Свердловск, 1990. С. 4-14.
3. Криминалистика: [учебник для вузов] / Т.В. Аверьянова, Р.С. Белкин, Ю.Г. Корухов, Е.Р. Россинская; под ред. заслуженного деятеля науки РФ, проф. Р.С. Белкина. [2-е изд., перераб. и доп.]. М.: Норма, 2006. 992 с.
4. Протидія економічній злочинності / П.І. Орлов, А.Ф. Волобуєв, І.М. Осика та ін. Харків: Нац. ун-т внутр. справ, 2004. 568 с.
5. Корж В.П. Методика расследования экономических преступлений, совершаемых организованными группами,

преступними організаціями: Руководство для следователей: [научно-практическое пособие]. Х., 2002. 279 с.

6. Нецкин И.В. Противодействие расследованию таможенных преступлений, криминалистические средства и методы его преодоления: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. М., 2001. 163 с.

7. Шехавцов Р.М. Форми та способи протидії розслідуванню злочинів і засоби їх подолання (за матеріалами кримінальних справ про вимагання, вчинені організованими групами, злочинними організаціями): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Луганськ, 2003. 238 с.

8. Ромців О.І. Сутність поняття «протидія розслідуванню злочинів» у сучасній криміналістичній науці. Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія: Юридичні науки. 2014. Випуск 6-1. Том 4. С. 112-116.

9. Журавлев С.Ю. Противодействие деятельности по раскрытию и расследованию преступлений и тактика его преодоления: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Уголовный процесс; криминалистика; судебная экспертиза». Нижний Новгород, 1992. 18 с.

10. Про протидію торгівлі людьми: Закон України від 20.09.2011 № 3739-VI // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/go/3739-17> (дата звернення: 25.12.2017).

11. Про запобігання та протидію домашньому насильству: Закон України від 07.12.2017 № 2229-VIII // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/go/2229-19> (дата звернення: 25.12.2017).

12. Карагодин В.Н. Преодоление противодействия предварительному расследованию. Свердловск, 1992. 175 с.

13. Белкин Р.С. Противодействие расследованию и пути его преодоления криминалистическими и оперативно-розыскными средствами и методами // Криминалистическое обеспечение деятельности криминальной милиции и органов предварительного расследования: учебник / под ред. Т.В. Аверьяновой, Р.С. Белкина. М.: Новый Юрист, 1997. 400 с.

14. Фахратдинов Р.Р. Методика расследования торговли людьми: автореф. дисс. ... канд. юр. наук 12.00.09. Челябинск, 2011. 26 с.

15. Смирнов Г.К. Методика расследования торговли людьми: автореф. дисс. ... канд. юр. наук 12.00.09. Москва, 2008. 32 с.

16. Про оперативно-розшукову діяльність: Закон України від 18.02.1992 № 2135-XII // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/go/2135-12> (дата звернення: 25.12.2017).

17. Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві: Закон України від 23.12.1993 № 3782-XII // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/go/3782-12> (дата звернення: 25.12.2017).

18. Про організацію взаємодії органів досудового розслідування з іншими органами та підрозділами внутрішніх справ у попередженні, виявленні та розслідуванні кримінальних правопорушень: Наказ МВС України від 14.08.2012 № 700 // ЛігаЗакон. URL: <http://search.ligazakon.ua/> (дата звернення 25.12.2017).

19. Про затвердження Інструкції з організації взаємодії органів досудового слідства з оперативними підрозділами органів внутрішніх справ України на стадіях документування злочинних дій, реалізації оперативних матеріалів, розслідування

кримінальної справи та її розгляді в суді: Наказ МВС України від 07.09.2005 № 777 // ЛігаЗакон. URL: <http://search.ligazakon.ua/> (дата звернення 25.12.2017).

20. Про затвердження Інструкції з організації взаємодії органів досудового розслідування з іншими органами та підрозділами Національної поліції України в запобіганні кримінальним правопорушенням, їх виявленні та розслідуванні: Наказ МВС України від 07.07.2017 № 575 // ЛігаЗакон. URL: [http://search.ligazakon.ua/l\\_doc2.nsf/link1/RE30805.html](http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/RE30805.html) (дата звернення 25.12.2017).

21. Конвенція про боротьбу з торгівлею людьми і з експлуатацією проституції третіми особами (укр/рос): Конвенція; ООН від 02.12.1949 // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: [http://zakon.rada.gov.ua/go/995\\_162](http://zakon.rada.gov.ua/go/995_162) (дата звернення: 25.12.2017).

22. Декларація основних принципів правосуддя для жертв злочинів та зловживання владою: Резолюція; ООН від 29.11.1985 // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: [http://zakon.rada.gov.ua/go/995\\_114](http://zakon.rada.gov.ua/go/995_114) (дата звернення: 25.12.2017).

23. Неапольська політична декларація і Глобальний план дій проти організованої транснаціональної злочинності: Декларація; ООН від 23.12.1994 // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: [http://zakon.rada.gov.ua/go/995\\_787](http://zakon.rada.gov.ua/go/995_787) (дата звернення: 25.12.2017).

24. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності (укр/рос): Конвенція; ООН від 15.11.2000 // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: [http://zakon.rada.gov.ua/go/995\\_789](http://zakon.rada.gov.ua/go/995_789) (дата звернення: 25.12.2017).

25. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції (укр/рос): Конвенція; ООН від 31.10.2003 // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: [http://zakon.rada.gov.ua/go/995\\_c16](http://zakon.rada.gov.ua/go/995_c16) (дата звернення: 25.12.2017).

26. Конвенція Ради Європи про заходи щодо протидії торгівлі людьми: Конвенція; Рада Європи від 16.05.2005 // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: [http://zakon.rada.gov.ua/go/994\\_858](http://zakon.rada.gov.ua/go/994_858) (дата звернення: 25.12.2017).

27. Мисюра А.М. Про межі оперативного супроводження кримінальних проваджень, пов'язаних із торгівлею людьми. Південноукраїнський правничий часопис. 2013. № 1. С. 123-124. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pupch\\_2013\\_1\\_41](http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pupch_2013_1_41) (дата звернення: 25.12.2017).

28. Мисюра А.М. Міжнародні правові засади подолання протидії кримінальному провадженню з боку злочинних угруповань, причетних до торгівлі людьми. Південноукраїнський правничий часопис. 2013. № 2. С. 19-21. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pupch\\_2013\\_2\\_9](http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pupch_2013_2_9) (дата звернення: 25.12.2017).

**Торбас О.О.,**  
кандидат юридичних наук,  
доцент кафедри кримінального процесу  
Національного університету «Одеська юридична академія»

## **АНАЛІЗ КАТЕГОРІЇ «ЗАКРИТТЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ» ЯК ФОРМИ ЗАКІНЧЕННЯ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ**

### **Вступ**

Необхідною умовою здійснення конституційного принципу законності в кримінальному провадженні є правильно організована діяльність органів досудового розслідування, прокурора і суду щодо встановлення фактичних обставин кримінального правопорушення з метою досягнення об'єктивної істини. Законне й обґрунтоване прийняття рішення про закінчення досудового розслідування забезпечує реалізацію завдань кримінального провадження, які передбачені ст. 2 КПК. Тим самим законодавець зазначає, що саме дотримання правової процедури під час закінчення досудового розслідування є однією з основних гарантій захисту прав та законних інтересів учасників кримінального провадження. Такий захист має відбуватися шляхом чіткого виконання уповноваженими органами та посадовими особами своїх обов'язків. Проте зі свого боку законодавець, вимагаючи відповідного рівня професіоналізму від правоохоронних органів, повинен викласти в законодавстві зазначені положення максимально чітко без можливості їх невірної тлумачення. У той же час введення значної кількості новел у кримінальне процесуальне законодавство також потягнуло за собою деяку плутанину у використанні певних правових положень. Відповідно, задля уникнення розбіжностей у правозастосовній практиці повинно бути вироблене єдине



розуміння ключових кримінальних процесуальних категорії, до яких відноситься категорія закриття кримінального провадження. Проте аналіз правової категорії закриття кримінального провадження потребує перш за все дослідження поняття форм закінчення досудового розслідування. І навіть не зважаючи на те, що чинний КПК України більш чітко підійшов до питання визначення переліку форм закінчення досудового розслідування, наразі серед науковців та практиків продовжуються точитися суперечки з приводу даного питання.

### **Сутність поняття «форма закінчення досудового розслідування»**

Відповідно до ст. 212 КПК України 1960 р. на законодавчому рівні були прирівняні такі поняття, як «закінчення досудового розслідування» та «винесення остаточного рішення». Такої самої думки дотримується і Т. В. Каткова, яка зазначає, що закінчення досудового слідства – важливий етап провадження щодо кримінальної справи, на якому слідчий завершує свою плідну роботу з дослідження доказів, що викривають особу у вчиненні злочину, і приймає остаточне рішення про подальший рух кримінальної справи [1, с. 5]. Тобто вона також ототожнює закінчення досудового слідства з прийняттям остаточного рішення слідчим, яке повинно бути прийнято після остаточного дослідження обвинувальних доказів. Хоча в даному випадку бачимо більш широке визначення, що включає в себе цілий етап, який, відповідно, полягає в проведенні певних процесуальних дій та прийнятті кінцевого рішення.

Ю. М. Грошевий, у свою чергу, зазначає, що перш за все закінчення досудового розслідування характеризується саме відсутністю необхідності в проведенні певних слідчих дій, тобто

всі обставини, що становлять предмет доказування, досліджені всебічно, повно і об'єктивно [2]. У даному випадку слід наголосити, що сама по собі достатня сукупність доказів лише свідчить про можливість закінчити досудове розслідування, яке повинно мати логічне і, головне, офіційно оформлене завершення у вигляді рішення слідчого чи прокурора. Тобто без офіційного оформлення стадія досудового розслідування завершитися не може, хоча таке оформлення повинно бути прийнято лише після повного та об'єктивного дослідження усіх доказів.

У такому випадку цілком логічним виглядає висновок Г. І. Глобенка, який зазначає, що закінчення досудового слідства є не лише рішенням, але й об'ємним за змістом етапом роботи, що передує його прийняттю, який складається з відповідної послідовності таких дій: 1) аналізу і оцінки зібраних у справі доказів; 2) систематизації та належного оформлення матеріалів справи; 3) прийняття рішення про форму закінчення провадження у справі; 4) повідомлення учасникам процесу про закінчення провадження у справі та пред'явлення її матеріалів для ознайомлення; 5) розгляду клопотань, що надійшли від учасників процесу; 6) складання підсумкового процесуального документа; 7) реалізації всіх процесуальних рішень, пов'язаних із формою закінчення розслідування [3, с. 8]. У даному випадку автор достатньо повно охарактеризував закінчення досудового розслідування через цілу низку процесуальних дій слідчого та прокурора. Дійсно, закінчення досудового розслідування – це система дій, якій передує оцінка доказів. Слідчий (прокурор), переконавшись, що всі необхідні процесуальні дії були виконані та всі необхідні докази були зібрані, закріплені та відповідають умовам належності, достатності, допустимості, а також переконавшись, що були дотримані права всіх учасників

кримінального провадження, закінчує досудове розслідування складанням відповідного рішення.

Як слушно зазначає Н. Боржецька, форму закінчення досудового розслідування слід розуміти як визначену кримінальним процесуальним законом, наповнену правовим змістом процедуру (порядок) діяльності (роботи) слідчого, прокурора з участю в окремих процесуальних діях інших суб'єктів кримінального провадження, що здійснюється за наявності для цього фактичних і юридичних умов та підстав, і, реалізуючись як заключний етап досудового розслідування, завершується складанням відповідного кінцевого процесуального акта-документа та переданням у встановлених законом випадках його до суду. При цьому автор наголошує, що форма закінчення досудового розслідування розглядається як частина кримінальної процесуальної форми, а відтак являється важливою кримінальною процесуальною гарантією дотримання прав, свобод та законних інтересів, і, водночас, гарантією правосуддя [4, с. 80].

Аналізуючи історичні етапи розвитку форм закінчення досудового розслідування, Н.С. Чальцева доходить висновку, що генезис даного інституту відбувався шляхом розширення комплексу прав осіб, які беруть участь у кримінальному провадженні, посилення гарантій забезпечення наданих їм прав (можливість ознайомлення обвинуваченого (підозрюваного) з матеріалами кримінальної справи (досудового розслідування), надання права заявляти клопотання про доповнення досудового розслідування тощо). В той же час вказаний інститут, на думку автора, продовжує розвиватися, і подальші зміни лише підвищать ефективність усього кримінального провадження [5, с. 89].

Ст. 212 КПК 1960 р. вказувала на такі форми: складання обвинувального висновку або постанови про закриття справи чи постанови про направлення справи до суду для прийняття рішення про застосування примусових заходів медичного характеру. У даному випадку законодавець перерахував лише три форми закінчення досудового слідства. Проте в той самий час виходячи з інших положень КПК 1960 р. можна дійти висновку, що форм закінчення досудового розслідування більше. Внаслідок «малої судової реформи» 2001 р. перелік форм закінчення досудового розслідування був збільшений і КПК 1960 р. зазнав відповідних змін. Проте не були внесені зміни до самої ст. 212 КПК 1960 р., по суті єдиної статті, яка визначала, яким чином повинно закінчуватись досудове слідство.

Так, Ю. П. Аленін вважає, що таких форм п'ять [6, с. 511]. До перелічених у ст. 212 КПК 1960 р. форм він ще додав винесення постанови про закриття справи і застосування до неповнолітнього, який вчинив суспільно небезпечне діяння у віці від одинадцяти років і до досягнення віку, з якого можлива кримінальна відповідальність, примусових заходів виховного характеру (ст. 7-3 КПК), а також винесення постанови про направлення справи до суду для прийняття рішення про звільнення особи від кримінальної відповідальності (ст. 7, 7-1, 7-2, 8, 9, 10, 11-1 КПК). Г. І. Глобенко розширив цей перелік до шести підстав, зазначивши, що окремою формою закінчення досудового розслідування є постанова про закриття кримінальної справи та застосування до неповнолітнього примусових заходів виховного характеру (така справа вже з винесеною постановою повинна була направлятися через прокурора до суду, який остаточно приймає рішення про застосування до неповнолітнього примусових заходів виховного

характеру) та постанови про направлення справи до суду для прийняття рішення про закриття справи, звільнення неповнолітнього обвинуваченого від кримінальної відповідальності та застосування до нього примусових заходів виховного характеру [3, с. 9]. Отже, можна дійти висновку, що через невнесення змін у ст. 212 КПК 1960 р. питання форм закінчення досудового розслідування було досить обговорюваним.

У той самий час слід зауважити, що за кримінальним процесуальним законодавством інших країн виділити чіткий перелік форм закінчення досудового розслідування (або його аналогу) також достатньо важко. Так, згідно з Кримінально-процесуальним кодексом Російської Федерації досудове розслідування може відбуватися в трьох формах: попереднього слідства, дізнання та дізнання за скороченою формою [7]. За загальним правилом досудове розслідування має проводитися у формі попереднього слідства. Дізнання проводиться у випадках вчинення особою злочинів, які передбачені ч. 3 ст. 150 КПК РФ та відрізняється від попереднього слідства зменшеними строками, суб'єктами, які проводять дізнання, та формою закінчення. Дізнання за скороченою формою проводиться в тому випадку, коли на цьому наполягає підозрюваний, який вчинив злочин (злочини), передбачений (і) ч. 3 ст. 150 КПК РФ, а також за відсутності обставин, які зазначені в ст. 226.2 КПК РФ. Повертаючись до питання форм закінчення досудового розслідування в РФ, слід зауважити, що чинний КПК РФ, як і КПК України 1960 р. не має єдиного чіткого переліку форм закінчення досудового розслідування. Більше того, в деяких випадках підстави та порядок закінчення досудового розслідування передбачені в різних частинах КПК. Так, підстави припинення

кримінальної справи (перша форма закінчення досудового розслідування, яка передбачена у гл. 29 КПК РФ), передбачені в самому початку кодексу, що дещо ускладнює роботу з самим процесуальним документом. Аналогічну структуру мав і КПК України 1960 р. Самі підстави і порядок припинення кримінальної справи за КПК РФ подібні до підстав та порядку закриття кримінального провадження за КПК України. Подальшою формою закінчення попереднього слідства є складання та направлення до суду обвинувального висновку. Крім цього, попереднє розслідування може закінчитися складанням постанови про направлення кримінальної справи до суду для застосування примусових заходів медичного (ст. 439 КПК РФ) або виховного (ст. 427 КПК РФ) характеру. Подібним чином закінчується також дізнання та дізнання за скороченою формою з тією відмінністю, що у випадку проведення дізнання замість обвинувального висновку складається обвинувальний акт, а у випадку проведення дізнання за скороченою формою – обвинувальна постанова.

Подібні форми закінчення досудового розслідування передбачені кримінальним процесуальним законодавством інших країн СНД. Так, згідно з КПК Республіки Білорусь (далі – РБ) [8] попереднє розслідування може закінчитися шляхом складання постанови про припинення попереднього розслідування чи кримінального переслідування (гл. 29 КПК РБ), постанови про передачу кримінальної справи прокурору для направлення в суд (ст. 260 КПК РБ), постанови про передачу кримінальної справи прокурору для направлення в суд при встановленні підстав для застосування до особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, передбачені кримінальним законом примусові заходи безпеки та лікування (ст. 444 КПК РБ). Примусові заходи виховного характеру

застосовуються судом шляхом винесення обвинувального вироку, а отже, особливостей закінчення попереднього розслідування щодо неповнолітніх немає.

КПК Республіки Молдова (далі – РМ) [9] зазначає, що попереднє розслідування закінчується шляхом складання обвинувального висновку, постанови про припинення кримінального переслідування чи виводу особи з-під кримінального переслідування (ст. 291 КПК РМ), звільнення неповнолітнього від кримінальної відповідальності або направленням до суду клопотання про звільнення особи від кримінальної відповідальності з одночасним направленням його до спеціального навчально-виховної чи лікувально-виховної установи (ст. 283 КПК РМ), направлення справи до суду для застосування до особи примусового заходу медичного характеру (ст. 495 КПК РМ). Схожі форми закінчення досудового розслідування вказані в КПК Республіки Казахстан (далі – РК) [10]. Так, уповноважена службова особа може винести постанову про припинення досудового розслідування (ст. 288 КПК РК), скласти та направити до суду обвинувальний акт (ст. 298-300, 302 КПК РК), скласти постанову про направлення справи до суду для застосування примусових заходів медичного характеру (ст. 518 КПК РК), скласти та направити до суду протокол про кримінальний проступок (ст. 527, 528 КПК РК). У випадку укладання угоди про визнання вини прокурор невідкладно надсилає таку угоду до суду без обвинувального акта (ст. 617 КПК РК). Якщо ж підозрюваний ініціює укладання угоди про співробітництво, то така угода затверджується прокурором області або прирівняним до нього, його заступниками (ст. 620 КПК РК) без направлення її до суду.

Така подібність форм закінчення досудового розслідування даних країн пояснюється єдністю радянської правової системи, на основі якої й були побудовані правові системи країн, що досліджуються. Однак слід зауважити, що лише КПК України надає чіткий та єдиний перелік форм закінчення досудового розслідування, що є позитивним показником реформування кримінального процесуального законодавства.

Отже, можна зробити висновок, що КПК України покращив правове закріплення переліку форм закінчення досудового розслідування як порівняно з КПК 1960 р., так і порівняно з кримінально-процесуальними кодексами країн СНД. Так, згідно з ч. 2 ст. 283 КПК прокурор зобов'язаний у найкоротший строк після повідомлення особі про підозру прийняти одне з таких рішень:

- 1) закриття кримінального провадження;
- 2) звернення до суду з клопотанням про звільнення особи від кримінальної відповідальності;
- 3) звернення до суду з обвинувальним актом, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру.

Такий саме перелік наданий і п. 5 ч. 1 ст. 3 КПК. Отже, законодавець достатньо чітко та послідовно виклав ці положення.

### **Сутність поняття «закриття кримінального провадження»**

Закриття кримінального провадження є однією з основних форм закінчення досудового розслідування. Навіть у самому переліку форм, наданому ст. 283 КПК, закриття провадження знаходиться на першому місці, тим самим законодавець особливо підкреслює процесуальне значення цієї форми та наголошує на необхідності чіткого дотримання норм чинного законодавства



при закритті кримінального провадження задля забезпечення прав осіб, яких таке рішення стосується.

Питання про закриття кримінальної справи опрацьовувалося ще дореволюційними вченими. Так, І. Я. Фойницький співвідносив закриття кримінальної справи лише із судовою стадією. Він зазначав, що під закриттям кримінальної справи слід розуміти судову постанову, якою встановлювалось, що подальший розгляд у судовому порядку обвинувачення є неможливим і всі застосовані до обвинуваченого заходи мають бути скасовані [11, с. 55]. С. І. Вікторський, у свою чергу, зазначав, що відповідною постановою суд визначав те, що подальше переслідування особи позбавлене змісту і всі примусові заходи стосовно такої особи мають бути скасовані [12, с. 172]. Тобто вчені під закриттям кримінальної справи розуміли лише певну процесуальну дію відповідного судового органу.

П. М. Давидов та Д. Я. Мирський розуміли під закриттям кримінальної справи кримінально-процесуальну діяльність органів дізнання, слідчого, прокурора, суду, яка здійснюється у порядку, передбаченому законом [13, с. 10].

Н. В. Жогін та Ф. Н. Фаткулін зазначають, що закриття кримінальної справи – процесуальний акт, який виражає рішення уповноваженої на те особи про відсутність необхідних для кримінального судочинства передумов і про відмову від подальшого її ведення [14, с. 304]. Аналогічної думки дотримувався і П. І. Тарасов-Радіонов, який зводить поняття закінчення досудового слідства тільки до прийняття рішення слідчим про достатність доказів, необхідних для закінчення слідства й ознайомлення обвинуваченого з матеріалами кримінальної справи [15, с. 227].

Схожу думку підтримує і К. В. Токаренко, відповідно до якої закриття кримінального провадження слід розуміти як підсумкове рішення, що вирішує завдання кримінального провадження та досягає його мети. В якості обґрунтування даної позиції автор вказує на такі ознаки закриття кримінального провадження: 1) воно виражається лише у правовому акті, процесуальна форма якого передбачена законодавством; 2) може бути прийнятим лише компетентною посадовою особою державного органу; 3) надає відповіді на правові питання, що виникли під час здійснення кримінального провадження, і зумовлюються встановленими фактичними даними й нормами закону; 4) містять владне волевиявлення про дії, спрямовані на досягнення мети кримінального провадження; 5) має преюдиціальний характер [16, с. 110].

Проте ототожнювати закриття кримінального провадження з окремим документом вбачається не зовсім коректним. Крім оформлення кінцевого документа, слідчий проводить велику кількість інших процесуальних дій, яким передує оцінка зібраних доказів та аналіз можливості закрити кримінальне провадження. Лише виконавши всі зазначені дії, слідчий оформлює остаточне рішення постановою про закриття кримінального провадження, яке є лише зовнішнім відображенням усієї виконаної ним роботи.

Не бажаючи прирівнювати закриття кримінальної справи до окремого процесуального документа, А. Я. Дубинський визначив його як етап, на якому має бути виконаний ряд завдань, а саме: 1) аналіз і оцінка зібраних щодо справи доказів, їх достатності для висновку про неможливість продовжувати слідство; 2) систематизація та оформлення матеріалу; 3) вирішення всіх питань, що виникають після закінчення провадження щодо справи (зняття арешту на майно, повернення предметів,

скасування запобіжного заходу тощо); 4) повідомлення про закриття справи усім зацікавленим суб'єктам та надання матеріалів справи для ознайомлення. Відповідно, він визначав закриття кримінальної справи як завершальний етап розслідування, на якому уповноважений державою орган (слідчий, орган дізнання, прокурор) підводить підсумок проведеної щодо справи роботи, аналізує і оцінює сукупність зібраних доказів і на їх основі формулює в постанові висновок про неможливість подальшого провадження у зв'язку з наявністю передбачених законом обставин, а також вирішує всі питання, які впливають із прийнятого рішення по суті справи. Закриття справи є юридичним актом, що усуває повноваження органу, який закриває справу з розслідування обставин, за якими прийняте рішення, і який породжує право зацікавлених осіб на оскарження [17, с. 8].

Схожої думки дотримується і В. В. Литвинов. Так, він вважає, що це одне з остаточних рішень стадії досудового розслідування, яким органи досудового розслідування на підставі аналізу сукупності фактичних даних, зібраних під час провадження досудового слідства, підбивають підсумок здійсненої у справі діяльності та шляхом припинення кримінального переслідування констатують примусове вирішення кримінально-правового конфлікту або ж враховують його добровільне вирішення самими сторонами цього конфлікту в передбачених на те випадках [18, с. 12].

А. С. Барабаш і Л. М. Володіна дещо розширили рамки кримінальної процесуальної науки, визнавши закриття кримінальної справи як інститут. На думку цих вчених, закриття кримінальної справи – поняття багатоаспектне і в теорії кримінально-процесуального права розглядається з різних боків: у значенні процесуального акта (дії), однієї з форм закінчення

попереднього розслідування, як юридичний факт, як процесуальна гарантія проти необґрунтованого притягнення до кримінальної відповідальності і як самостійний правовий інститут [19, с. 37]. Такої самої думки дотримується і М. А. Казанджан [20, с. 9].

В. А. Ковальов, прагнучи об'єднати два підходи до визначення цього поняття, зазначав, що термін «закриття кримінальної справи» має два значення: це правовий інститут, що являє собою систему юридичних норм, які регулюють один з видів закінчення провадження у справі, а також це кримінально-процесуальна діяльність органів дізнання, слідчого, прокурора, суду, яка здійснюється в порядку, передбаченому законом [21, с. 3].

Р. І. Матюшенко вважає, що закриття кримінальної справи не вичерпується винесенням відповідної постанови. Провівши наукове дослідження, яке виходить за межі інституту закінчення досудового розслідування, автор дійшов висновку, що закриття кримінальної справи, крім зазначених процесуальних етапів, має ще складатися з такого: 1) направлення постанови до виконання; 2) безпосереднього виконання приписів постанови органами дізнання, слідчим, судом, що закрили кримінальну справу; 3) перевірки виконання постанови; 4) вирішення питань, які виникають у зв'язку з виконанням рішення про закриття справи [22, с. 12].

На думку Р. Х. Якупова [23, с. 351], закриття кримінального провадження слід вважати самостійним етапом процесуальних дій, який пов'язаний із закінченням попереднього розслідування, прийняттям і виконанням процесуальних рішень та підсумковим наглядом прокурора за законністю та обґрунтованістю відповідного розслідування.

С. А. Шейфер називає закриття кримінальної справи процесуальною гарантією проти незаконного та неправомірного притягнення особи до відповідальності. Він зазначає, що закриття кримінальної справи забезпечує точність судової репресії та тому є процесуальною формою правосуддя. Аналізуючи цей інститут у системі кримінального процесуального права, автор зазначає, що закриття кримінальної справи є одним з видів закінчення попереднього розслідування або судового розгляду кримінальної справи, яка полягає у прийнятті рішення про повну чи часткову неможливість подальшого провадження, яке приймається уповноваженою особою у зв'язку з встановленням обставин, які виключають можливість винесення обвинувального вироку та його застосування. Таке рішення є юридичним фактом, яке зупиняє діяльність уповноважених органів та породжує право зацікавлених осіб на оскарження [24, с. 4].

На думку Ю. П. Аленіна, розкривати поняття закриття кримінальної справи слід через форми закінчення досудового розслідування. Таким чином, він вважає, що під закриттям кримінальної справи розуміється таке закінчення досудового слідства, яке здійснюється в силу наявності обставин, які виключають подальше проведення у кримінальній справі, або підстав для звільнення особи від кримінальної відповідальності [6, с. 524].

На думку Г. М. Мінковського та В. А. Михайлова, закриття кримінальної справи вирішує питання про кримінальну відповідальність обвинуваченого. Закриваючи кримінальну справу, орган розслідування, як і при складанні обвинувального акта, критично оцінює сукупність матеріалів кримінальної справи та приймає рішення про зупинення подальшого збирання

доказів, систематизує матеріали та оформлює слідче провадження, перевіряє повноту та об'єктивність зібраних щодо справи доказів [25, с. 17; 26, с. 8].

С. М. Благодир зазначає, що це заключний етап розслідування, під час якого слідчий, прокурор у межах своїх повноважень аналізують та оцінюють зібрані докази і на їх основі констатують закінчення провадження в кримінальній справі по суті у зв'язку з наявністю передбачених законом підстав [27, с. 13].

Деякі автори, описуючи інститут закриття кримінального провадження, приділяють увагу закриттю провадження лише з реабілітуючих підстав. Р. Г. Іскандеров визначає закриття кримінальної справи як одну з форм закінчення розслідування, яка полягає у визнанні уповноваженими на це органами та посадовими особами повної неможливості через вказані в законі обставини провадження в кримінальній справі з метою недопущення необґрунтованого притягнення осіб до кримінальної відповідальності та з метою приділити більше уваги органів слідства розкриттю злочинів та встановленню дійсно винних осіб [28, с. 14].

Г. Р. Крет, проаналізувавши закриття кримінального провадження крізь призму стадій кримінального процесу, визначила його як комплексний процесуальний інститут, що поширюється на всі стадії кримінального процесу та являє собою систему правових норм, які регулюють порядок прийняття уповноваженим органом чи посадовою особою рішення про неможливість подальшого провадження у справі з огляду на встановлення певних визначених законом обставин, внаслідок чого завершуються правовідносини між суб'єктами процесу [29, с. 5]. У даному випадку автор зазначає, що на процесуальне рішення уповноважених осіб щодо закриття кримінального провадження не

повинен впливати момент виявлення тих чи інших підстав для закриття провадження.

Таким чином, проаналізувавши думки вчених, можна дійти висновку, що закриття кримінального провадження – поняття багатоаспектне, яке може проявлятися в таких аспектах, як:

- етап кримінальної процесуальної діяльності;
- окремий сформований інститут кримінального процесуального законодавства;
- завершення стадії досудового розслідування чи судового розгляду (у визначених законом випадках);
- рішення уповноваженого органу щодо припинення кримінального провадження щодо особи чи щодо всього провадження, яке оформлюється як окремий процесуальний документ.

### **Висновки**

Незважаючи на досить радикальну реформу кримінального процесуального законодавства 2012-го року, чинний КПК містить низку правових положень, із приводу яких науковці досі не мають єдиної думки. В якості яскравого прикладу можна навести визначення змістовної сутності такої форми закінчення досудового розслідування, як закриття кримінального провадження.

Вивчення низки думок вітчизняних та зарубіжних вчених дає змогу зробити висновок, що закриття кримінального провадження може розглядатися як певне процесуальне рішення, завершення стадії досудового розслідування, етап кримінальної процесуальної діяльності або як окремий інститут кримінального провадження. При цьому можна зробити висновок, що будь-яке із запропонованих тлумачень даного правового поняття може вважатися правильним.

Дійсно, закриття кримінального провадження являє собою сукупність певних процесуальних дій, у результаті яких виноситься відповідне процесуальне рішення. Зважаючи на те, що закриттям кримінального провадження закінчується досудове розслідування (крім випадків скасування прокурором постанови слідчого про закриття кримінального провадження або винесення відповідної ухвали слідчим суддею), також цілком слушною позицією є можливість розглядати закриття кримінального провадження в якості етапу досудового розслідування. Також, як вже було зазначено, закриття кримінального провадження оформлюється відповідною постановою, і лише дана постанова являється єдиним юридичним фактом для завершення досудового розслідування. Саме тому можна зробити висновок, що закриття кримінального провадження являється поняттям багатоаспектним, і обмежитись лише одним тлумаченням та визнати інші хибними буде неправильно.

Кримінально-правове значення закриття кримінального провадження проявляється у тому, що при прийнятті рішення про закриття кримінального провадження застосовуються норми кримінального права, пов'язані з кваліфікацією злочину. Прослідкувати вплив інституту закриття кримінального провадження можна і на інші аспекти суспільного життя, не пов'язані з кримінальним процесуальним правом: моральний, виховний тощо. Під час закриття кримінального провадження на досудовому розслідуванні стороною обвинувачення на підставі встановлених фактичних даних приймається процесуальне рішення, в якому підсумовується проведена діяльність, припиняється обвинувачення, вирішується кримінально-правовий конфлікт або ж враховується його добровільне



вирішення самими сторонами цього конфлікту в передбачених на те випадках [30, с. 121]. Д. В. Шилова зазначає, що інститут закриття кримінального провадження є гарантією захисту особи від необґрунтованого обвинувачення і який у зв'язку із скасуванням стадії порушення кримінальної справи став тим «процесуальним фільтром», що попереджає надходження до суду матеріалів, не потребуючих процедури судового розгляду [31, с. 4]. Саме тому правозастосувачі повинні чітко розуміти сутність даного правового поняття. У той же час варто констатувати, що досі науковці на мають єдиної позиції з приводу даного питання. Це підкреслює необхідність подальшого дослідження вказаного питання. При цьому такого роду дослідження повинно бути комплексним, адже саме поняття «закриття кримінального провадження», як вже було встановлено, також являється комплексним, і вивчення даної правової категорії лише з однієї позиції може завдати шкоди будь-якому науковому дослідженню.

### **Список використаних джерел:**

1. Каткова Т.В. Закінчення досудового слідства у кримінальних справах. Х.: «Право», 2011. 135 с.
2. Грошевий Ю.М. Зупинення і закінчення попереднього (досудового) слідства / Кримінальний процес України: підруч. 2000. URL: [http://ukr-pravo.at.ua/index/rozdil\\_12\\_zupinennja\\_i\\_zakinchennja\\_poperednogo\\_dosudovogo\\_slidstva/0-93](http://ukr-pravo.at.ua/index/rozdil_12_zupinennja_i_zakinchennja_poperednogo_dosudovogo_slidstva/0-93).
3. Глобенко Г.І. Закриття кримінальних справ з nereабілітуючих підстав: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юр. наук: спец. 12.00.09 –Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність. Х., 2007. 19 с.

4. Боржецька Н.Л. Поняття «форма закінчення досудового розслідування». Підприємництво, господарство і право. 2014. № 10. С. 76-81.

5. Чальцева Н.С. Історичний розвиток процесуального інституту закінчення досудового розслідування. Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. 2014. № 1. С. 82-90.

6. Кримінально-процесуальне право України: підруч. / за заг. ред. Ю.П. Аленіна. Ч.: ТОВ «Одісей», 2009. 816 с.

7. Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации / Кодекс от 18.12.2001 № 174-ФЗ. 2001. URL: <http://www.consultant.ru/popular/upkrf/>.

8. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Беларусь / Кодекс от 16.06.1999 № 295-З. 1999. URL: [http://etalonline.by/?type=text&regnum=НК9900295#load\\_text\\_none\\_1\\_](http://etalonline.by/?type=text&regnum=НК9900295#load_text_none_1_).

9. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Молдова / Кодекс от 14.03.2003 № 122-XV. 2003. URL: [http://continent-online.com/Document/?doc\\_id=30397729&sublink=4740000](http://continent-online.com/Document/?doc_id=30397729&sublink=4740000).

10. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан / Кодекс от 04.07.2014 № 231-V. 2014. URL: [http://online.zakon.kz/Document/?doc\\_id=31575852#sub\\_id=6740000](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31575852#sub_id=6740000).

11. Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. С.-Пб.: Альфа, 1996. Т. 2. 606 с.

12. Викторский С.И. Русский уголовный процесс. М.: Казенная железнодор.тип. Моск. узла, 1911. 320 с.

13. Давыдов П.М. Прекращение уголовных дел в советском уголовном процессе. М.: Госюриздат, 1963. 100 с.

14. Жогин Н.В. Предварительное следствие в советском уголовном процессе. М.: Юр. лит., 1965. 367 с.

15. Тарасов-Родионов П.И. Предварительное следствие: пособие для следователей. М.: Госюриздат, 1955. 247 с.

16. Токаренко К.В. Поняття та сутність закриття кримінального провадження. Науковий вісник Херсонського державного університету. 2016. Випуск 1. Том 4. С. 108-110.

17. Дубинский А.Я. Прекращение уголовного дела в стадии предварительного расследования: учеб.пособие. К.: КВШ МВД СССР, 1975. 132 с.

18. Литвинов В.В. Закриття кримінальної справи на стадії досудового розслідування: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юр. наук: спец. 12.00.09 – кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність. Д., 2012. 20 с.

19. Барабаш А.С. Прекращение уголовных дел по нереабилитирующим основаниям в стадии предварительного расследования (ст. 6<sup>2</sup>-9 УПК РСФСР). Томск: Изд-во Томск. ун-та, 1986. 154 с.

20. Казанджан М.А. Прекращение уголовного дела следователями органов внутренних дел: лекція. Ташкент: Изд-во ТВШ МВД СССР, 1987. 36 с.

21. Ковалев В.А. Прекращение уголовного дела в условиях деятельности органов дознания: учеб. пособие. М.: МССШМ МВД СССР, 1990. 64 с.

22. Матюшенко Р.І. Виконання процесуального рішення про закриття кримінальної справи: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юр. наук: спец. 12.00.09 – кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність / В.о. Нац. акад. внутр. справ України. К., 2004. 20 с.

23. Якупов Р.Х. Уголовный процесс: учеб. для вузов / под общ. ред. В.Н. Галузо. М.: Зерцало, 1998. 448 с.

24. Шейфер С.А. Предварительное следствие. Общие условия и основные этапы производства. Куйбышев: Куйб. гос. ун-т, 1986. 82 с.

25. Миньковский Г.М. Окончание предварительного расследования и право обвиняемого на защиту: моногр. М.: Всесоюз.ин-т юр. наук. Гос.изд-во юр. лит., 1957. 221 с.

26. Михайлов В.А. Процессуальный порядок прекращения уголовных дел на стадии предварительного расследования: учеб. пособие. Волгоград: ВСШ МВД СССР, 1970. 139 с.

27. Благодир С.М. Закриття кримінальної справи в досудовому слідстві: навч. посіб. Тернопіль: ТАНГ «Екон. думка», 2001. 112 с.

28. Искандеров Р.Г. Прекращение уголовного дела на предварительном следствии: автореф. дис. на соискание ученой степени канд. юр. наук: спец. Баку, 1975. 26 с.

29. Крет Г.Р. Теоретичні, правові та прикладні аспекти закриття кримінальних справ у суді: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юр. наук: спец. 12.00.09 – кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність / В. о. Одес. нац. юр. акад. О., 2010. 20 с.

30. Гринюк В.О. Припинення функції обвинувачення закриттям кримінального провадження під час досудового розслідування / Оперативно-розшукова діяльність та кримінальний процес: теор.-практикол. дискурс щодо їх співвідношення в умовах реформування органів внутрішніх справ України: матеріали міжнар. наук.-практ. конф. 22-23 квіт. 2015 р. О.: ОДУВС, 2015. С. 121-122.

31. Шилова Д.В. Захист прав та законних інтересів учасників кримінального провадження при його закритті на стадії досудового розслідування: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юр. наук: спец. 12.00.09 – Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність. Х., 2014. 21 с.

**Пономаренко Д.В.,**  
*адвокат, партнер АО «Barristers»*

## **ТАКТИКА ЗАХИСТУ ТА ПОВІДОМЛЕННЯ ПРО ПІДОЗРУ: ПРОБЛЕМНІ ПРАКТИЧНІ ПИТАННЯ**

### **Вступ**

Набуття статусу підозрюваного в кримінальному процесі має центральне значення, оскільки фактично з нього і розпочинається одна із активніших фаз захисту. Незважаючи на те, що питання повідомлення про підозру досліджувалися у наукових працях Ю. П. Аленіна, П. П. Андрушка, С. С. Аскерова, Г. Л. Боряк, О. З. Гладуна, І. В. Гловюк, В. О. Гринюка, Л. М. Гуртієвої, О. М. Дроздова, О. В. Капліної, Л. М. Лобойка, Т. О. Лоскутова, О. О. Лук'янець, О. С. Старенького, Ю. М. Сухова, О. В. Фараон, А. В. Шевчишена та ін., досі в науці та на практиці не вирішеними є ряд питань, пов'язаних із дотриманням належної правової процедури повідомлення про підозру. Це стосується, зокрема, правової природи повідомлення про підозру; наслідків недотримання вимог щодо форми та змісту письмового повідомлення про підозру; спеціального порядку повідомлення про підозру окремим категоріям осіб; особливостей повідомлення про підозру адвокатів; наслідків неправомірного повідомлення про підозру. Крім того, практично недослідженими залишаються питання тактики захисту з моменту повідомлення про підозру, в тому числі і у випадку неправомірного повідомлення про підозру, методика дій захисника щодо заперечення правомірності повідомлення про підозру. Саме тому дослідження питань тактики захисту в контексті повідомлення про підозру є актуальним, має теоретичне та практичне значення.

*Набуття статусу підозрюваного.* Особа набуває статус підозрюваного, з моменту її повідомлення про підозру,

затримання за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення, або особа, щодо якої складено повідомлення про підозру, однак його не вручено їй внаслідок не встановлення місцезнаходження особи, проте вжито заходів для вручення в спосіб, передбачений цим Кодексом для вручення повідомлень (ч. 1 ст. 42 КПК України – далі КПК).

Для початку необхідно чітко визначитись чим є повідомлення про підозру, процесуальним рішенням, або процесуальною дією. У літературі висловлені різні точки зору з цього питання [1, с. 161; 2, с. 240-241; 3, с. 196]. КПК не містить чіткого визначання поняття «повідомлення про підозру», однак ст. 110 КПК, чітко визначає, що є процесуальним рішенням, до яких повідомлення про підозру не входить. Разом із тим ч. 1 ст. 278 КПК вказує на те, що повідомлення про підозру, в разі неможливості його вручення в день його складання вручається в спосіб, передбачений цим Кодексом для кручення повідомлень. Так, виходячи з ч. 1 ст. 111 КПК, повідомлення в кримінальному провадженні є процесуальною дією. Таким чином, повідомлення про підозру є процесуальною дією, яка спроваджується складанням письмового повідомлення про підозру і до якого законодавець встановив певні вимоги. КПК встановлює конкретний зміст письмового повідомлення про підозру, тобто, із чого повинно складатися таке повідомлення та коло осіб, які мають право скласти таке повідомлення.

Так, повідомлення про підозру має містити такі відомості:

1) прізвище та посаду слідчого, прокурора, який здійснює повідомлення;

2) анкетні відомості особи (прізвище, ім'я, по батькові, дату та місце народження, місце проживання, громадянство), яка повідомляється про підозру;

3) найменування (номер) кримінального провадження, у межах якого здійснюється повідомлення;

4) зміст підозри;

5) правова кваліфікація кримінального правопорушення, у вчиненні якого підозрюється особа із зазначенням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність;

6) стислий виклад фактичних обставин кримінального правопорушення, у вчиненні якого підозрюється особа у тому числі зазначення часу, місця його вчинення, а також інших суттєвих обставин, відомих, на момент повідомлення про підозру;

7) права підозрюваного;

8) підпис слідчого, прокурора, який здійснив повідомлення (абз. 2 ч. 1 ст. 277 КПК).

Вказано норма Закону є імперативною, однак, на жаль, КПК не містить положень про правові наслідки відсутності хоча б одного із вищезазначених ознак.

Вище ми прийшли до однозначного висновку, що повідомлення про підозру не є процесуальним рішенням, а є процесуальною дією. Однак, які процесуальні наслідки, відсутності хоча б одного із елементів визначених в ст. 277 КПК України, для такої процесуальної дії, як письмове повідомлення про підозру? На наш погляд, враховуючи те, що ст. 277 КПК встановлює чіткий зміст письмового повідомлення про підозру і вказує на його імперативність, а відтак відсутність хоча б одного із елементів, визначених в цій статті, у письмовому повідомленні про підозру, таке повідомлення не повинно вважатись повідомленням про підозру в розумінні КПК, а тому не повинно створювати будь-яких процесуальних наслідків, для особи, якій воно повідомлялось. На практиці зазначене питання ще однозначно не вирішено, однак, на наш погляд така позиція може мати місце.

Не менш цікавим та актуальним є питання того, хто уповноважений повідомляти про підозру у відповідності до вимог КПК України та які правові наслідки не дотримання таких вимог. Слідчий, прокурор або інша уповноважена службова особа (особа, якій законом надано право здійснювати затримання) зобов'язана невідкладно повідомити підозрюваного про його права, передбачені статтею 42 цього Кодексу (ч. 2 ст. 276 КПК). Повідомлення про підозру має містити прізвище та посаду слідчого, прокурора, який здійснює повідомлення (п. 1 ч. 1 ст. 277 КПК), підпис слідчого, прокурора, який здійснив повідомлення (п. 8 ч. 1 ст. 277 КПК). Письмове повідомлення про підозру вручається в день його складання слідчим або прокурором (ч. 1 ст. 278 КПК України). Якщо повідомлення про підозру здійснив прокурор, повідомлення про нову підозру або змінити раніше повідомлену підозру має право виключно прокурор (ч. 279 КПК України). Таким чином, із зазначених норм процесуального права вбачається, що повідомлення про підозру вручає та особа, яка підписує письмове повідомлення про підозру. На практиці бувають випадки, коли письмове повідомлення про підозру підписується прокурором, а вручається слідчим, або підписується одним прокурором / слідчим, а вручається іншим прокурором / слідчим.

Однак виникає питання, чи відповідає така практика вимогам КПК, та які процесуальні наслідки тягне за собою недотримання вказаних вимог КПК? Це питання досить гострим стає у випадку повідомлення про підозру у кримінальному провадженні щодо окремої категорії особі (Глава 37 КПК), де адвокату, депутату місцевої ради, депутату Верховної Ради Автономної Республіки Крим, сільському, селищному, міському голові повідомлення про підозру може здійснити лише Генеральний прокурор, його заступник, керівник регіональної прокуратури в межах його



повноважень (п. 1 ч. 1 ст. 481 КПК); народному депутату України, кандидату в Президенти України, Уповноваженому Верховної Ради України з прав людини, Голові або іншому члену Рахункової палати, прокурору Спеціалізованої антикорупційної прокуратури, Директору або іншому працівнику Національного антикорупційного бюро України, заступникам Генерального прокурора, члену Національного агентства з питань запобігання корупції, повідомлення про підозру здійснюється Генеральним прокурором (виконуючим обов'язки Генерального прокурора) (п. 2 ч. 1 ст. 481 КПК); судді, судді Конституційного Суду України, присяжному на час виконання ним обов'язків у суді, Голові, заступнику Голови, члену Вищої ради правосуддя, Голові, заступнику Голови, члену Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, працівникам Національного антикорупційного бюро України повідомляються про підозру Генеральним прокурором або його заступником (п. 3 ч. 1 ст. 481 КПК); Генеральний прокурор повідомляється про підозру заступником Генерального прокурора (п. 4 ч. 1 ст. 481 КПК).

Відмітимо, що в доктрині та на практиці є різні підходи щодо вирішення цієї проблеми. Є думка, що вручення повідомлення про підозру особам, зазначеним у ст. 481 КПК України, може здійснюватися як відповідним прокурором, вказаним у цій статті, так і слідчим, який проводить досудове розслідування, або прокурором, котрий здійснює процесуальне керівництво у кримінальному провадженні [4, с. 370]. Як вказує О. З. Гладун, повідомлення як процесуальне рішення щодо спеціального суб'єкта (адвоката, депутата місцевої ради, депутата Верховної Ради Автономної Республіки Крим, сільського, селищного, міського голови) може бути прийняте лише уповноваженою особою, перелік яких визначено в статті 481 КПК України. Щодо ж стосується здійснення самого повідомлення, тобто процесуальної

дії, то, як вже наголошувалося, це є компетенцією уповноваженого суб'єкта, яким може бути прокурор, що здійснює повноваження процесуального керівника у конкретному кримінальному провадженні [5].

Навпаки, як зазначає В. О. Гринюк, при чинній моделі нормативної регламентації цього питання, враховуючи розмежування законодавцем формулювань «складення» та «вручення» повідомлення про підозру у главі 22 КПК, а також те, що в ст. 481 КПК вжито формулювання «письмове повідомлення про підозру здійснюється», а також те, що повідомлення про підозру є комплексом процесуальних дій, і без вручення, крім випадків, передбачених ст. 42 КПК, не має юридичної сили, можна зробити висновок, що суб'єкти складення та вручення повідомлення про підозру для окремих категорій осіб є тотожними [3, с. 329]. На думку О. В. Капліної, посада прокурора, який здійснює повідомлення, повинна бути зазначена в цьому процесуальному документі. Той прокурор, який склав повідомлення, або його погодив, повинен довести процедуру повідомлення до логічного завершення – сповістити про своє обґрунтоване припущення про вчинення кримінального правопорушення певною особою, що передбачена у ст. 481 КПК України [6, с. 77]; здійснення повідомлення про підозру особам, вказаним у главі 37 КПК України, не входить до кола повноважень слідчого, а отже, не може бути йому доручене (а точніше – передоручене) в порядку п. 4 ч. 2 ст. 36 КПК України [6, с. 78].

Аналіз вищенаведених положень КПК дає підстави стверджувати, що передоручення таких повноважень КПК не передбачає, і норма процесуального права, яка регулює дане питання, є імперативною. З наведеного можна зробити висновок, що у випадку підписання повідомлення про підозру одним

суб'єктом, а здійснення такого повідомлення іншим суб'єктом, наприклад, підписання письмового повідомлення про підозру Генеральним прокурором, а вручення такого повідомлення слідчим або іншим прокурором (який не є Генеральним прокурором, його заступником), як і підписання повідомлення про підозру Генеральним прокурором, а вручення такого повідомлення його заступником, є незаконним, тобто таким, що не буде відповідати зазначеним вище нормам КПК.

Таким чином, якщо письмове повідомлення про підозру підписується одним суб'єктом, а вручається іншим суб'єктом, таке письмове повідомлення про підозру не буде відповідати вимогам п. 1, п. 8 ч. 1 ст. 277 КПК, а відтак особа не може вважатись такою, що повідомлена про підозру, тобто не є підозрюваним.

КПК прямо не регулює питання того, хто у випадку здійснення кримінального провадження щодо окремої категорії осіб (Глава 37) повинен (має повноваження) скласти та затверджувати обвинувальний акт, тобто чи повинен бути такий суб'єкт спеціальний за аналогією з процесуальною нормою, передбаченою ст. 481 КПК. Попередньо відповідаючи на це питання, автор, виходячи з загальних положень КПК та системного аналізу норм кримінального процесуального законодавства, з цього питання, а також виходячи з практики ЄСПЛ, приходить до висновку, що і обвинувальний акт повинен бути складений, за аналогією з положенням ст. 481 КПК України спеціальним суб'єктом, відносно особливої категорії осіб.

### **Тактика захисту у досудовому розслідуванні: окремі аспекти**

Фактично найактивнішою фазою досудового розслідування для сторони захисту є момент, коли особа стає підозрюваним у

кримінальному провадженню, коли її затримали але не вручили повідомлення про підозру (ч. 1 ст. 42, ст. 208, ст. 209 КПК України), або коли їй вже вручено повідомлення про підозру ч. 1 ст. 42, ст. ст. 276-278 КПК України.

Як правило, після вручення письмового повідомлення про підозру, в більшості випадків, сторона обвинувачення, останнім часом, намагається ініціює тримання під вартою – подає клопотання про застосування щодо підозрюваного запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою (ст. 184 КПК України). Таким чином, із моменту затримання або вручення повідомлення про підозру починається процесуальна можливість у встановленні недопустимості певних доказів та отримання вказаних балів у сторони захисту – починається активна фаза захисту.

Пропонуємо по черзі розглянути, два випадки: 1. Коли особа затримана, однак повідомлення про підозру такій особі, ще не вручено; 2. Коли особі вже вручено повідомлення про підозру, в незалежності від того чи затримана така особа або ні.

1. Коли особа затримана, однак повідомлення про підозру такій особі, ще не вручено.

Досить часто, на практиці, затримання в «порядку» ст. 208 КПК України, відбувається в повній не відповідності до положень ст. 208 КПК України та й з порушенням положень ст. 209 КПК України.

Ст. 208 КПК України містить виключний перелік підстав для затримання особи, а саме:

1. Якщо особу застали під час вчинення злочину або замаху на його вчинення.

2. Якщо безпосередньо після вчинення злочину очевидець, у 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.

Виникає питання, як можливо використовувати незаконне затримання для визнання доказів недопустимими?

Наприклад, потерпілому були нанесені колото-різані тілесні ушкодження, підозрюваний залиш місце події і через 8 годин підозрюваного затримали в порядку ч. 2 ст. 208 КПК України у своєму домоволодінню. Чи законне таке затримання в розумінні ч. 2 ст. 208 УПК України. На погляд автора, таке затримання є незаконним, у зв'язку з тим, що відсутні такі умови, як безпосередність після вчинення злочину і «щойно вчинила злочин», тобто відсутній той невеликий, визначений законодавцем проміжок часу впродовж якого, без ухвали слідчого судді, згідно ч. 2 ст. 208 КПК України таку особу можливо затримати.

Яку тактику повинен обрати захист і які наслідки встановлення незаконності затримання потягнуть за собою в питання недопустимості доказів? На погляд автора, в КПК України міститься, в тому числі і такі способи встановлення незаконного затримання:

1. Скарга (заява, клопотання, звернення – законодавцем не визначено форма звернення) слідчому судді, в порядку ст. 206 КПК України.

2. Скарга слідчому судді, в порядку ст. 303 КПК України.

Зазначені дії доцільно застосовувати паралельно. Проте необхідно починати з реалізації положень ст. 206 КПК України, оскільки ця стаття містить дуже скорочений строк вирішення питання про законність позбавлення свободи людини – негайний (ч. 2 ст. 206 КПК України), на жаль, на практиці досить часто це

ігнорується, або не вбачається за можливим за певними об'єктивними причинами реалізовувати.

П. 1 ч. 1 ст. 303 КПК України встановлює, що на досудовому провадженні можуть бути оскарженні такі рішення, дії чи бездіяльність слідчого або прокурора: «А також у не здійсненні інших процесуальних дій, які він зобов'язаний вчинити у визначений цим Кодексом строк».

Для реалізації цього підходу, в кожному конкретному випадку, необхідно встановлювати встановити, що не здійснено із затриманою особою негайно, як це вимагає ст. 208 КПК України, оскільки слово «негайність» – це теж строк, у проміжок якого слідчий чи прокурор зобов'язані здійснити певну дію. Наприклад, і це відбувається досить часто, уповноважена службова особа не надає можливості негайно сповістити близьких родичів, членів сім'ї, інших собі за вибором цієї особи про затримання і місце перебування затриманого відповідно до положення ст. 213 КПК України, як це вимагає ч. 4 ст. 208 КПК України, що дає всі формальні підстави оскаржувати таку бездіяльність у порядку ст. 303 КПК України. І вже при розгляді такої справи можливо встановити і сам факт незаконного затримання.

Крім того, актуальною є проблема, чи є наслідком незаконного затримання недопустимість певних доказів.

В одній із апеляційних скарг на обвинувальний вирок суду за ч. 2 ст. 15 ч. 1 ст. 115 КК України та ч. 1 ст. 125 КК України автором було використана така конструкція (автор вступив у справу на стадії судового розгляду): «Людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканість і безпека в Україні є найвищою соціальною цінністю (ч. 1 ст. 3 Конституції України). Кожна людина має право на свободу та особисту недоторканість. Ніхто не може бути заарештований або триматися під вартою інакше як за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставах та в порядку,

встановлених законом (ч.1, ч.2 ст. 29 Конституції України). Ніхто не може бути позбавлений свободи інакше як в порядку, встановленому законом (п. 1 ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод). Суди України при розгляді справ застосовують Конвенцію та практику Європейського суду як джерело права (ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»). Статтею 5 Конвенції встановлено правила позбавлення особи свободи, згідно з якими ніхто не може бути позбавлений свободи інакше, як відповідно до процедури, встановленої законом. Згідно з практикою ЄСПЛ фіксація точних даних про затримання, також як і підстави затримання, є необхідною умовою законності затримання для цілей, передбачених ст. 5 Конвенції. Таким чином, затримання мого підзахисного всупереч вимогам ст. 208 КПК України, одночасно є і порушенням норм міжнародного права. 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, а також будь-які інші докази, здобуті завдяки інформації, отриманій внаслідок істотного порушення прав та свобод людини (ч. 1 ст. 87 КПК України). Суд зобов'язаний визнати істотним порушенням прав людини і основоположних свобод, зокрема здійснення процесуальних дій, які потребують попереднього дозволу суду, без такого дозволу або з порушенням його суттєвих умов (п. 1 ч. 2 ст. 87 КПК України). За таких обставин усі слідчі та процесуальні дії, які проводились із моїм підзахисним, та всі докази, які були зібрані в наслідок таких дій, є недопустимими. А процесуальні дії з Б. О. О., які вчинялись за його участю, після такого незаконного затримання, повинні бути визнані судом незаконними, а як наслідок і такими, що не мають жодного юридичного значення, в

тому числі, і така процесуальна дія, як вручення повідомлення про підозру за неіснуючим в ЄРДР. Разом із тим звертаю увагу суду і на ту обставину, що органом досудового слідства було грубо порушено право на захист (ст. 20 КПК України), оскільки в протоколі затримання не було зазначено та не було пояснено затриманому Б. О. О., за підозрою в якому конкретно злочині його затримують, а як наслідок, останній не мав можливості захищати себе від будь-яких обвинувачень, висунутих органом досудового слідства (п. 3 ч. 2 ст. 87 КПК України)». Обвинувальний вирок суду був скасований, однак суд апеляційної інстанції, на жаль, не надавав аналізу вказаним доводам, оскільки вирок був скасований з інших формальних підстав та справа була направлена в суд першої інстанції.

На наш погляд, така конструкція може використовуватись і на стадії досудового розслідування, в момент розгляду питання про обрання запобіжного заходу, про що буде зазначено далі. Разом із тим і сьогодні непоодинокими є випадки порушення вимог ч. 3 ст. 278 КПК України, при яких особі не вручається повідомлення про підозру впродовж двадцяти чотирьох годин, однак така особа продовжує незаконно утримуватись уповноваженою на те особою. І в цих випадках, на погляд автора, є правильним застосовувати зазначені вище механізми. На практиці не виключено, що клопотання слідчого, прокурора про застосування запобіжного заходу і ваше звернення, в порядку ст. 206 КПК України, може розглядати один і то ж слідчий суддя і навіть одночасно. Законодавець встановив гарантію, відповідно до якої копія клопотання та матеріалів, якими обґрунтовується необхідність застосування запобіжного заходу, надається підозрюваному, обвинуваченому не пізніше ніж за три години до початку розгляду клопотань (ч. 2 ст. 184 КПК України). Зазначений час законодавцем встановлений для можливості



належного захисту в суді, для ознайомлення з доданими матеріалами, суттю підозри і визначення правової позиції. Непоодинокими є випадки, коли такі документи вручені клієнту у відсутність захисника, або із залученням адвоката із системи БПД (безоплатна правова допомога), і захисник за договором не мав можливості ознайомитись із такими документами за три години. У цьому випадку є доречним посилення на положення ст. 10, ст. 20, ст. 22 ч. 4 ст. 46 КПК України з обґрунтуванням того, що у випадку ненадання клопотання і матеріалів доданих до нього і захиснику за три години, буде порушено право на захист, і захисник не зможе в повній мірі надати належний захист своєму клієнту. Як правило, слідчі судді погоджуються з такими доводами захисника. Разом із тим у разі виникнення підстав вважати, що в «обхід» захисника за договором буде залучений адвокат із системи БПД, доцільно направляти до органу БПД відповідне повідомлення про те, що в клієнта, із зазначенням його анкетних даних є захисник за договором, і в протилежному випадку ви будете зобов'язанні роз'яснити своєму клієнту його право на звернення до КДКА з приводу нав'язування йому захисника. Час, який законодавець надає, «не пізніше ніж за три години до початку розгляду клопотань» (ч. 2 ст. 184 КПК України), необхідно використовувати розумно. Автор рекомендує, розуміючи, що цього часу іноді недостатньо, підготувати письмові заперечення проти поданого слідчим, прокурором клопотання, в якому і викласти позицію щодо недопустимості тих або інших доказів. Слідчий суддя не завжди може правильно зрозуміти виступ адвоката і в нарадчій кімнаті йому (слідчому судді) буде набагато легше оцінити всі «за» та «проти». Досить зручною практикою є коли адвокат дії не сам, наприклад, у складанні письмових

заперечень на клопотання слідчого допомагає його помічник або інший адвокат-захисник.

На заявлені клопотання захисника про недопустимість доказів на стадії досудовому розслідуванні, під час розгляду клопотань про застосування запобіжних заходів слідчі судді досить часто посилаються на положення ст. 198 КПК України, згідно з якою: «Висловлене в ухвалі слідчого судді, суду за результатами розгляду клопотання про застосування запобіжного заходу висновки щодо будь-яких обставин, які стосуються суті підозри, обвинувачення, не мають преюдиціального значення для суду під час розгляду або для слідчого чи прокурора під час цього або іншого кримінального провадження» і вказують на те, що всі питання допустимості або недопустимості доказів буде вирішено судом вже в судовому розгляді. Однак, на наш погляд, така позиція слідчих суддів є помилковою, адже слідчий суддя за своїм внутрішнім переконанням, яке ґрунтується на всебічному, повному й неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального провадження, керуючись законом, оцінює кожен доказ із точки зору належності, допустимості, достовірності, а сукупність зібраних доказів – із точки зору достатності та взаємозв'язку для прийняття відповідного процесуального рішення, що прямо зафіксовано в ч. 1 т. 94 КПК України. Таким чином, слідчі судді повинні, розглядаючи клопотання про застосування запобіжного заходу, надавати оцінку доказів за вказаними критеріями, в тому числі і з позиції їх допустимості. Більше того, ст. 198 КПК України не стосується питання оцінки доказів і наслідків встановлення недопустимості того або іншого доказу. Зазначене адвокат повинен підкреслювати. Встановлювати недопустимість тих або інших доказів можливо і в інших ініційованих слідчим чи прокурором питаннях, наприклад, у випадку звернення з клопотанням про накладення арешту на майно, відстороненні від посади.

Пропонуємо розглянути реальний випадок «вибивання» доказів на стадії досудового розслідування, який використав автор, під час розгляду клопотання слідчого про накладення арешту на майно, в том числі грошові кошти, які слугували предметом неправомірної вигоди (кримінальне провадження за ч. 3 ст. 368 КК України). Так, слідчим було подане клопотання про накладення арешту на вказане майно. Заперечення адвоката про накладення арешту на таке майно ґрунтувалися на наступному. У вказаному кримінальному провадженні, особа була затримана у власному транспортному засобі, грошові кошти вилучались з бардачку вказаного транспортного засобу. Відповідно до ч. 2 ст. 233 КПК України під іншим володінням особи розуміється, в тому числі, транспортний засіб. А відповідно до ч. 1 ст. 233 КПК України ніхто не має права проникати до житла чи іншого володіння особи, з будь-якою метою, інакше як лише за добровільною згодою особи, яка ним володіє, або на підставі ухвали слідчого судді, крім випадків, установлених частиною третьою цієї статті. Так і в зазначеному прикладі, користуючись положеннями ч. 3 ст. 233 КПК України, слідчий проник до транспортного засобу, де вияви грошові кошти, які в подальшому вилучив і на які просив накласти арешт. Однак вказані слідчі дії слідчим було оформлено протоколом огляду місця події, хоча згідно із ч. 2 ст. 237 КПК України огляд житла чи іншого володіння особи здійснюється згідно з правилами цього Кодексу, передбаченими для обшуку житла чи іншого володіння особи. Таким чином, і протокол повинен бути не протоколом огляду місця події, а протоколом обшуку іншого володіння майна, разом із тим ані прокурор, ані слідчий за погодженням із прокурором не звернулися невідкладно до слідчого судді, після здійснення таких дій, із клопотанням про проведення обшуку. Слідчий суддя не прийняв такі доводи захисника і задовольнив клопотання

слідчого та наклав арешт, у тому числі на вказані грошові кошти. Адвокатом (автором цієї статті) була подана апеляційна скарга. За результатами розгляду апеляційної скарги, в задоволені апеляційної скарги було відмовлено. Однак один із членів колегії суддів апеляційного суду виніс окрему думку, відповідно до якої погодився з позицією автора і вказав, що арешт на вказані грошові кошти слідчий суддя накладати не міг, оскільки такі грошові кошти є недопустимими доказами, з наведених у цій статті підстав. Незважаючи на те, що апеляційна скарга не була задоволена, окрема думка судді апеляційного суду є достатньо вагомим аргументом, так званим «балом» зі сторони захисту і при дослідженні доказів у судовому розгляді.

### **Статус адвоката в контексті повідомлення про підозру: міф чи реальність**

Пропонуємо розглянути зазначене питання в розрізі реальної справи, яка знаходиться в провадженні автора даної статті. Ухвалою слідчого судді одного з районних суддів м. Одеси було задоволено клопотання прокурора відділу нагляду за додержанням законів у кримінальному провадженні та запобігання корупції прокуратури про застосування до Х. О. О., якому оголошено про підозру в кримінальному правопорушенні, передбаченому ч. 3 ст. 368 КК України, запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою. Мотивуючи обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, слідчий суддя, посилаючись на вимоги ст. 178 КПК України, врахував вагомість наявних доказів про вчинення підозрюваним кримінального правопорушення, тяжкість покарання, можливість впливати на свідків та потерпілих та працівників одного з районних відділі певної державної служби (автор навмисно не вказує назви органу). Слідчий суддя врахував також те, що під час розгляду

клопотання надано достатньо доказів для переконання в тому, що жоден із більш м'яких запобіжних заходів, не може запобігти доведеним під час розгляду ризикам. Разом із тим слідчий суддя, посилаючись на положення ч. 5 ст. 182 КПК України, визначив альтернативний запобіжний захід у вигляді застави в розмірі 1000 000 (один мільйон) гривень.

Автор даної статті (захисник підозрюваного), будучи повністю не згоден з ухвалою вказаного слідчого судді, звернувся до апеляційного суду з відповідною апеляційною скаргою, в якій зазначив, що ухвала слідчого судді має бути скасована, а в задоволені клопотання про застосування відносно Х. О. О. запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою необхідно відмовити повністю. Вказані вимоги ґрунтувались на тому, що Х. О. О. у 2008 році отримав свідоцтво про право на зайняття адвокатською діяльністю, однак у 2015 році Х. О. О. зупинив свою адвокатську діяльність, за власним бажанням, у зв'язку з переходом на державну службу, однак статусу адвоката останній не втратив. Таким чином, на Х. О. О. розповсюджуються гарантії, передбачені ст. 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», і в тому числі положення глави 37 КПК України (про що автором статті, в тому числі було заявлено слідчому судді), а тому повідомлення про підозру повинен вручати не прокурор відділу, а спеціальний, уповноважений на те суб'єкт. Задовольняючи клопотання прокурора відділу нагляду за додержанням законів у кримінальному провадженні та запобігання корупції прокуратури, слідчий суддя виходив із того, що повідомлення про підозру Х. О. О. вручено 23.03.2017 року уповноваженою на те особою і відповідно до закону, посилаючись на п. 1 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», згідно з якою адвокат – фізична особа, яка здійснює адвокатську діяльність на підставах та в порядку, що передбачені

цим Законом. Таким чином, з урахуванням того, що адвокатська діяльність Х. О. О. зупинена, і він не здійснює адвокатську діяльність, слідчий суддя прийшов до висновку, що на Х.О.О. не поширюються гарантії передбачені ст. 23 Закону України «Про адвокатуру і адвокатську діяльність», в тому числі положення глави 37 КПК України і судді апеляційного суду відмовляючи в задоволенні апеляційної скарги автора, прийшли до аналогічного висновку. Разом із тим такий висновок можна заперечити з такими аргументами. Ніхто не може бути заарештований або триматися під вартою інакше, як за вмотивованими рішеннями суду і тільки на підставах та в порядку, встановлених законом (ч. 2 ст. 29 Конституції України). Кожен має право на свободу та особисту недоторканність. Нікого не може бути позбавлено свободи, крім таких випадків і відповідно до процедури, встановленої законом (ч. 1 ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод). Підозрюваним є особа, якій в порядку, передбаченому статтями 276-279 цього Кодексу, повідомлено про підозру, особа, яка затримана за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення, або особа, щодо якої складено повідомлення про підозру, однак його не вручено їй внаслідок не встановлення місцезнаходження особи, проте вжито заходів для вручення у спосіб, передбачений цим Кодексом для вручення повідомлень (ч. 1 ст. 42 КПК України). Особливості повідомлення про підозру окремій категорії осіб визначається главою 37 цього Кодексу (абз. 2 ч. 1 ст. 276 КПК України). Особливий порядок кримінального провадження застосовується стосовно адвоката (п. 7 ч. 1 ст. 480 КПК України). Письмове повідомлення про підозру здійснюється адвокату, депутату місцевої ради, депутату Верховної Ради Автономної Республіки Крим, сільському, селищному, міському голові – Генеральним прокурором, його заступником, керівником регіональної

прокуратури в межах його повноважень (п. 1 ч. 1 ст. 481 КПК України). Як було вказано вище, письмове повідомлення про підозру було вручено Х. О. О. прокурором відділу нагляду за додержанням законів у кримінальному провадженні та запобігання корупції прокуратури, тобто особою, яка здійснює процесуальне керівництво досудовим розслідуванням у даному кримінальному провадженні. Відповідно до витягу з Єдиного реєстру адвокатів України 05.12.2008 р. Х. О. О. отримав свідоцтво про право на зайняття адвокатською діяльністю №\*\*\*, яке видане \*\*\*\*\* обласною КДКА. \*\*.\*\*.2015 року, на підставі його особистої заяви, його адвокатська діяльність була зупинена, про що свідчать відомості в Єдиному реєстрі адвокатів України. Х. О. О. зупинив свою адвокатську діяльність, у зв'язку з переходом на державну службу до виконавчої служби. У відповідно до ч. 1 ст. 6 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» адвокатом може бути фізична особа, яка має повну вищу юридичну освіту, володіє державною мовою, має стаж роботи в галузі права не менше двох років, склала кваліфікаційний іспит, пройшла стажування (крім випадків, встановлених цим Законом), склала присягу адвоката України та отримала свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю. Положеннями ст. ст. 6, 17, 32 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», Порядком веденням Єдиного реєстру адвокатів України затверджений рішенням Ради адвокатів України № 26 від 17 грудня 2012 року, визначено, що фізична особа має статус адвоката із часу отримання свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю і внесення відомостей про неї до ЄРАУ та до моменту припинення права на заняття адвокатською діяльністю і внесення про це відповідних відомостей до ЄРАУ. Роз'ясненням щодо права адвоката, діяльність якого зупинена, затвердженого Рішенням Ради адвокатів України № 132 від

24 жовтня 2014 року, в разі зупинення адвокатом права на заняття адвокатською діяльністю, відповідно до пункту першого частини першої ст. 31 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», такий адвокат не має права її здійснювати, проте він не позбавлений статусу адвоката та на нього поширюються гарантії адвокатської діяльності, передбачені чинним законодавством. Аналогічне зазначене і в і Рішення № 126 від 10 червня 2016 року Ради адвокатів України «Про затвердження роз'яснення щодо можливості притягнення адвокатів до дисциплінарної відповідальності під час зупинення його права на зайняття адвокатською діяльністю». Аналогічне роз'яснення надала Голова Національної асоціації адвокатів України, Ради адвокатів України та Голова Ради адвокатів Одеської області. Таким чином, незважаючи на те, що свою діяльність Х. О. О., як адвокат зупинив, відповідний статус адвоката він не втратив, а як наслідок, на нього розповсюджуються гарантії передбачені ст. 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та відносно нього повинен застосовуватися особливий порядок кримінального провадження, визначений главою 37 КПК України. Відповідно до ст. 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», далі – Закон, професійні права, честь і гідність адвоката гарантуються та охороняються Конституцією України, цим Законом та іншими законами, зокрема: проведення стосовно адвоката оперативно-розшукових заходів чи слідчих дій, що можуть проводитися виключно з дозволу суду, здійснюється на підставі судового рішення, ухваленого за клопотанням Генерального прокурора, його заступників, прокурора Автономної Республіки Крим, області, міста Києва та міста Севастополя; повідомлення про підозру адвоката у вчиненні кримінального правопорушення може бути здійснене виключно



Генеральним прокурором, його заступником, прокурором Автономної Республіки Крим, області, міста Києва та міста Севастополя. Окрім цього, відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 481 КПК України письмове повідомлення про підозру здійснюється адвокату лише Генеральним прокурором його заступником, керівником регіональної прокуратури в межах його повноважень. Враховуючи те, що письмове повідомлення про підозру Х. О. О. вручено не уповноваженою на те законом особою, таке повідомлення про підозру не здійснене відповідно до положень абз. 2 ч. 1 ст. 276, глави 37 КПК України, а відтак, враховуючи ч. 1 ст. 42 КПК України, Х. О. О. не набув статус підозрюваного. Системний аналіз норм, які містяться в главі 18 КПК України, дає підстави для висновку про те, що запобіжні заходи, в тому числі тримання під вартою можуть бути застосовані не до будь-яких осіб, а лише відносно осіб, які набули статус або підозрюваного, або обвинуваченого. Х. О. О. у зв'язку з викладеними мотивами на сьогодні не має жодного з наведених процесуальних статусів, а відтак щодо останнього неможливо обрати будь-який запобіжний захід взагалі.

### **Висновки**

Дослідивши проблематику тактики захисту в розрізі повідомлення про підозру, сформулюємо деякі тактичні рекомендації в діяльності захисника: при запереченні правомірності повідомлення про підозру слід вказувати, що ст. 277 КПК встановлює чіткий зміст письмового повідомлення про підозру і вказує на його імперативність, а відтак відсутність хоча б одного із елементів, визначених у цій статті, в письмовому повідомленні про підозру, таке повідомлення не повинно вважатись повідомленням про підозру в розумінні КПК, а тому не повинно створювати будь-

яких процесуальних наслідків, для особи, якій воно повідомлялось; у випадку передоручення вручення повідомлення про підозру суб'єкту, вказаному у ст. 481 КПК, слід вказувати, що таке вручення є незаконним: якщо письмове повідомлення про підозру підписується одним суб'єктом, а вручається іншим суб'єктом, таке письмове повідомлення про підозру не буде відповідати вимогам п. 1, п. 8 ч. 1 ст. 277 КПК, а відтак особа не може вважатись такою, що повідомлена про підозру, тобто не є підозрюваним; способами встановлення незаконного затримання є скарга (заява, клопотання, звернення) слідчому судді в порядку ст. 206 КПК України, скарга слідчому судді, в порядку ст. 303 КПК України; у разі, копія клопотання та матеріалів, якими обґрунтовується необхідність застосування запобіжного заходу вручені клієнту у відсутність захисника, або з залученням адвоката з системи БПД і захисник за договором не мав можливості ознайомитись с такими документами за три години, доцільно посилатися на положення ст. 10, ст. 20, ст. 22 ч. 4 ст. 46 КПК України з обґрунтуванням того, що у випадку не надання клопотання і матеріалів доданих до нього і захиснику за три години, буде порушено право на захист і захисник не зможе, в повній мірі, надати належний захист своєму клієнту; в разі виникнення підстав вважати, що в «обхід» захисника за договором буде залучений адвокат із системи БПД, доцільно направляти до органу БПД відповідне повідомлення про те, що в клієнта, із зазначенням його анкетних даних є захисник за договором і в протилежному випадку його, ви будете зобов'язанні роз'яснити своєму клієнту його право на звернення до КДКА з приводу нав'язування йому захисника; ініціювати недопустимість тих або інших доказів можливо і в інших ініційованих слідчим чи прокурором питаннях, наприклад, у випадку звернення з клопотанням про накладення арешту на майно, відстороненні від посади.

### **Список використаних джерел:**

1. Аленін Ю.П., Гловюк І.В. Повідомлення про підозру: загальна характеристика та проблеми удосконалення. Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України. 2014. № 1. С. 161-169.
2. Капліна О.В. Підозра у кримінальному провадженні: поняття, ознаки, сутність. Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. 2013. № 1 (5). С. 238-242.
3. Гринюк В.О. Функція обвинувачення в кримінальному провадженні України: теорія та практика: монографія. К.: Алерта, 2016. 358 с.
4. Кримінальний процесуальний кодекс України: [науково-практичний коментар]: у 2 томах / Є.М. Блажівський, Ю.М. Грошевой, Ю.М. Дьомін та ін.; за заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, А.В. Портнова. Х.: Право, 2012. Т. 2. 664 с.
5. Гладун О.З. Спеціальний суб'єкт. Пред'явлення підозри спеціальному суб'єкту: судді, адвокату, народному депутату. URL: [http://unba.org.ua/assets/uploads/9b21038b2f905483269d\\_file.pdf](http://unba.org.ua/assets/uploads/9b21038b2f905483269d_file.pdf).
6. Капліна О.В. Повідомлення про підозру: протистояння правових позицій сторін обвинувачення та захисту. Право України. 2017. № 12. С. 74-81.

## **ВДОСКОНАЛЕННЯ СУДОВОГО ПРОВАДЖЕННЯ В АСПЕКТІ СУДОВОЇ РЕФОРМИ В УКРАЇНІ**

***Дроздов О.М.,***

*кандидат юридичних наук,*

*доцент кафедри кримінального процесу,*

*Національний юридичний університет*

*імені Ярослава Мудрого,*

*адвокат,*

*перший проректор Вищої школи адвокатури,*

*Голова Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури*

### **ПРОВАДЖЕННЯ ЗА НОВОВІЯВЛЕНИМИ АБО ВИКЛЮЧНИМИ ОБСТАВИНАМИ В КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ ЗА ЄВРОПЕЙСЬКИМИ СТАНДАРТАМИ**

#### **Вступ**

Актуальність теми цієї праці обумовлена суттєвими змінами в кримінальному процесуальному законодавстві як черговому етапі судової реформи в Україні, що набула чинності на конституційному рівні 30.09.2016 р. Зазначене ж оновлення законодавства відбулося наприкінці 2017 р. та торкнулося багатьох принципів положень судових проваджень із перегляду судових рішень, у тому числі й такого екстраординарного виду проваджень із перегляду судових рішень, як провадження за новоявленими обставинами. Зміни були внесені до Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК) законом України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» (далі – Закон

№ 2147-VIII). Зокрема, відповідно до підп. 37 п. 7 § 1 Розділу 4 Закону № 2147-VIII назву Глави 34 КПК після слова «нововиявленими» доповнено словами «або виключними». Тому на сьогодні назва Глави 34 КПК звучить таким чином: «Провадження за нововиявленими або виключними обставинами». Зазнала змін й низка інших положень Глави 34 КПК. Наприклад, законодавець зважив на доктринальні дискусії та доповнив дану Главу КПК новими обставинами, які є підставами для здійснення кримінального провадження за нововиявленими або виключними обставинами. Також оновлені правові процедури подання заяви про перегляд судового рішення за нововиявленими або виключними обставинами та здійснення перегляду судового рішення за наведеними обставинами.

Слід зазначити, що питання перегляду судових рішень у кримінальному процесі становлять значний науковий інтерес та їх дослідженням займалися вчені різних часів: І. Фойницький, В. Случевський, С. Вікторський, Л. Богословська, Т. Варфоломеева, І. Вернидубов, І. Гловюк, М. Гродзинський, Ю. Грошевий, К. Івасенко, Є. Коваленко, О. Кашка, О. Костюченко, Л. Лобойко, П. Лупинська, В. Малярєнко, Є. Мартинчик, В. Маслов, В. Маринів, О. Михайленко, І. Михайловська, М. Михеєнко, О. Мізуліна, І. Мірошніков, В. Молдован, Я. Мотовіловкер, Н. Муратова, Г. Омеляненко, І. Перлов, П. Пилипчук, В. Познанський, В. Попелюшко, В. Потапов, А. Рівлін, М. Строгович, М. Сірий, В. Теремецький, В. Фінько, В. Шибіко та ін.

Проте власне інституту перегляду судових рішень за нововиявленими та/або виключними (новими) обставинами присвячено не так вже й багато досліджень. До них, крім робіт автора цих рядків [1; 2; 3], слід віднести наукові праці Г. Анашкіна, В. Баскакової, В. Балакшина, В. Беднарської,

М. Белобабченко, Л. Берсугурової, В. Блінова, Н. Бобечко, М. Ведіщева, І. Великої, М. Громова, В. Давидова, Ю. Денисова, В. Дорошкова, Ю. Дьоміна, А. Зумакулова, К. Камчатова, М. Міхеєнкової, В. Посніка, Н. Сизої, А. Собеніна, О. Татарова, Б. Тетеріна, В. Фігурського, Ю. Фідрі, Я. Фільова, І. Чащиної та ін.

Насамперед, право на здійснення кримінального провадження за нововиявленими обставинами впливає з положень міжнародних актів в галузі прав людини, таких як Загальна декларація прав людини (ст. 7, 8, 10), Міжнародний пакт про громадянські та політичні права (ст. 14), Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод (далі – КЗПЛ) (ст. 6) та Протоколу № 7 до КЗПЛ (ст. 4). Крім того, в силу вимог ст. 8, 9 КПК слід урахувати й практику Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) при застосуванні кримінального процесуального законодавства України в означеному аспекті, що безперечно сприятиме розвитку кримінального процесу загалом [4]. Так, Ю. Малишева обґрунтовано стверджує, що як сама КЗПЛ, так і рішення ЄСПЛ – в тій частині, в якій ними, виходячи із загальновизнаних принципів і норм міжнародного права, дається тлумачення змісту закріплених в КЗПЛ основних прав і свобод учасників кримінального процесу – є нарівні з загальновизнаними принципами і нормами міжнародного права і міжнародними договорами складовою частиною правової системи, а тому повинні враховуватися законодавцем при регулюванні суспільних відносин і правозастосовними органами при реалізації відповідних норм права в судочинстві [5, с. 11]. У світлі досліджень Ю. Малишевої можна зробити висновки, що сутність правової природи рішень ЄСПЛ полягає в тому, що його рішення, прийняті щодо кримінальних проваджень: мають прецедентний характер, оскільки повинні враховуватися при

ухваленні національними судами рішень у зв'язку з виявленими аналогічними порушеннями конкретних норм КЗПЛ; обов'язкові для виконання державами-учасницями КЗПЛ; є офіційним джерелом тлумачення КЗПЛ; мають декларативний характер, оскільки не скасовують судові рішення національних судів; можуть бути виключною обставиною для перегляду судових рішень, що набрали законної сили; розраховані на багаторазове застосування правових позицій, які вказані в цих рішеннях; мають міжнародний правовий характер.

Конституція України в ст. 55 гарантувала, що права і свободи людини і громадянина захищаються судом. При цьому Конституційний Суд України (далі – КСУ) у своєму рішенні від 30.01.2003 р. зазначив, що відповідно до частини першої ст. 124 Основного Закону України правосуддя в Україні здійснюють виключно суди. При цьому за своєю суттю правосуддя визнається таким лише за умови, що воно відповідає вимогам справедливості і забезпечує ефективне поновлення в правах [6]. Права і свободи людини можуть бути захищені тільки в разі ухвалення судом законного, обґрунтованого і вмотивованого рішення. Однак судові рішення, яке є законним, обґрунтованим і вмотивованим під час його ухвалення, може перестати бути таким згодом, наприклад, у зв'язку з тим, що судом під час розгляду справи не були враховані важливі обставини, які можуть мати істотне значення для розглянутої справи. Цими обставинами згідно з оновленою відповідно до Закону № 2147-VIII ст. 459 КПК є нововиявлені або виключні обставини. Аналіз наведеного кола обставин дозволяє дійти висновку, що незаконне, необґрунтоване та невмотивоване судові рішення може бути ухвалене за різних умов. Найчастіше судові помилки обумовлені неповнотою, необ'єктивністю та однобічністю

дослідження фактичних обставин у кримінальному провадженні та неправильною оцінкою доказів. Втім, деякі судові помилки допускаються тому, що окремі, важливі для правильного розгляду і вирішення кримінальної справи обставини не були відомі учасникам кримінального судочинства та були виявлені після набрання судовим рішенням законної сили. Однак неправосудність судового рішення може бути обумовлена й неправомірною поведінкою, зокрема, судді.

Таким чином, зазначені обставини або не існували на момент набрання судовим рішенням законної сили (наприклад, встановлена КСУ неконституційність, конституційність закону, іншого правового акта чи їх окремого положення, застосованого судом при вирішенні справи), або, хоча й існували, проте не були відомі суду на час судового розгляду при ухваленні судового рішення

Принцип *res judicata* в провадженні за нововиявленими або виключними обставинами. Зауважимо, що цей вид провадження відносять до екстраординарних в силу того, що перегляд судових рішень вимагає дотримання принципу *res judicata*. У доповіді Венеційської комісії «Верховенство права» вказується на те, що юридична визначеність вимагає дотримання принципу *res judicata*. Остаточні рішення судів національної системи не повинні бути предметом оскарження. Юридична визначеність також вимагає, щоб остаточні рішення судів були виконані. Системи, де існує можливість скасовувати остаточні рішення, не базуючись при цьому на безспірних підставах публічного інтересу, та які допускають невизначеність у часі, несумісні з принципом юридичної визначеності. Насамкінець, судові рішення мають бути ефективно виконані і не повинно існувати можливості (окрім надзвичайно виняткових випадків) переглядати остаточне судове рішення (дотримання принципу



*res judicata*) [7]. Наведений підхід знаходить своє втілення й у відповідній практиці ЄСПЛ. Так, у рішенні по справі «Пономарьов проти України» Страсбургський суд нагадав, що право на справедливий розгляд судом, яке гарантовано п. 1 ст. 6 КЗПЛ, має розумітися у світлі преамбули Конвенції, у відповідній частині якої зазначено, що верховенство права є спільною спадщиною Високих Договірних Сторін. Одним із фундаментальних аспектів верховенства права є принцип юридичної визначеності, який передбачає повагу до принципу *res judicata* – принципу остаточності рішень суду. Цей принцип наголошує, що жодна зі сторін не має права вимагати перегляду остаточного та обов'язкового рішення суду просто тому, що вона має на меті добитися нового слухання справи та нового її вирішення. Повноваження вищих судових органів стосовно перегляду мають реалізовуватись для виправлення судових помилок та недоліків судочинства, але не для здійснення нового судового розгляду. Перегляд не повинен фактично підмінити собою апеляцію, а сама можливість існування двох точок зору на один предмет не є підставою для нового розгляду. Винятки із цього принципу можуть мати місце лише за наявності підстав, обумовлених обставинами важливого та вимушеного характеру (п. 40) [8].

У другому документі ухваленому Венеційською Комісією на 106-му пленарному засіданні, який має назву «Мірило правовладдя» (далі – «Мірило правовладдя»), також зроблено акцент на тому, *res judicata* означає: коли за апеляційною скаргою винесено остаточне рішення, то подальші звернення в апеляційному порядку неможливі, а також що слід визнавати остаточні рішення і дотримуватися їх, за винятком того, що є незаперечні підстави для їх перегляду (п. 63) [9] Принагідно зауважимо, що в Розділі VIII Висновку Консультативної ради

європейських суддів № 20 (2017) про роль судів у забезпеченні єдності застосування закону (далі – Висновок № 20 (2017)) наголошується на тому, що саме однакове й уніфіковане застосування закону забезпечує загальнообов'язковість закону, рівність перед законом та правову визначеність у державі, яка керується верховенством права. Єдине застосування законів поліпшує громадське сприйняття справедливості та правосуддя, а також довіру до відправлення правосуддя [10]. Загалом, принцип правової визначеності, як цілком вірно стверджує С. Шевчук, ставить певні вимоги не тільки до нормативно-правових актів, а й до практики їх застосування. Відповідно до нього суди повинні за однакових фактичних умов у аналогічних справах приймати аналогічні рішення, зміст яких не очікувався жодною із сторін, а це і є суддівським свавіллям, що суперечить конституційним принципам верховенства права та правової держави [11, с. 619]. У рішенні КСУ № 2-р/2017 наголошується на тому, що принцип правової визначеності вимагає чіткості, зрозумілості й однозначності правових норм, зокрема їх передбачуваності (прогнозованості) та стабільності (п. 2 мотивувальної частини) [12]. У зв'язку з вищевикладеним можна дійти висновку, що так би мовити ключовими стейкхолдерами дотримання принципу *res judicata* під час провадження за нововиявленими або виключними обставинами є законодавець та суди.

Додамо, що лише в разі дотримання наведених європейських стандартів можна буде вести мову про виконання завдань кримінального провадження, зазначених у ст. 2 КПК, зокрема вимоги, щоб до кожного учасника кримінального провадження була застосована *належна правова процедура*. Адже концепція «*належна правова процедура*», як аргументовано стверджує В. Трофименко, має не тільки процесуальний, а й матеріальний

аспект, сутність якого полягає у визначеності закону, відсутність якого фактично означає відсутність належної правової процедури і є підставою для визнання всього процесу неспроможним і таким, що не відповідає європейським стандартам захисту прав людини і здійснення правосуддя [13, с. 76].

Таким чином, принципово важливим для законодавчої конструкції провадження за нововиявленими та виключними обставинами є те, що належна правова процедура повинна бути встановлена кримінальним процесуальним законом. Такий закон повинен складатися з чітких, зрозумілих й однозначних правових норм, які, зокрема, повинні відповідати критеріям передбачуваності (прогнозованості) та стабільності. Саме в межах цієї процедури повинно бути реалізовано через однакову й уніфіковану судову практику досліджуваний вид провадження. Про належну правову процедуру можна вести мову за наявності належної якості законів та судової практики (міжнародна та національна) або ж недоліки неналежного рівня якості законів так би мовити виправляються якісною судовою практикою. І навпаки, про відсутність належної правової процедури свідчить відсутність належної якості законів та судової практики або коли положення якісних законів не забезпечено єдністю та послідовністю судової практики. Належна правова процедура повинна виключати, за загальним правилом, можливість оскарження остаточних судових рішень у кримінальному провадженні. У свою чергу, нормативно визначене існування можливості скасовувати такі остаточні рішення під час провадження за нововиявленими та виключними обставинами повинна базуватися виключно на конкретно встановлених у КПК підставах, які мають безспірний публічний інтерес, а обставини, які їх складають повинні мати важливий та вимушений характер,

а також чітку визначеність у часі, наприклад шляхом встановлення в КПК строків звернення про перегляд судового рішення за нововиявленими або виключними обставинами.

У згадуваному вже рішенні ЄСПЛ по справі «Пономарьов проти України» зазначено, що ця справа стосується *не екстраординарного перегляду остаточного та обов'язкового рішення суду в порядку нагляду чи за нововиявленими обставинами* (див., серед інших справ, рішення у справі «Трегубенко проти України», заява № 61333/00, пп. 34-38, рішення від 2.11.2004 р.; та рішення у справі «Праведная проти Росії», заява № 69529/01, пп. 27-34, рішення від 18.11.2004 р.), а відновлення провадження через значний період часу шляхом поновлення строку на ординарне апеляційне оскарження. Суд зазначає, що правова система багатьох країн-членів передбачає можливість продовження строків, якщо для цього є обґрунтовані підстави. Разом із тим, якщо строк на ординарне апеляційне оскарження поновлений зі спливом значного періоду часу та за підстав, які не видаються переконливими, як у цій справі, де нібито складне економічне становище перешкоджало відповідачу сплатити державне мито (див. пп. 19 та 20 вище), таке рішення може порушити принцип юридичної визначеності, так як і перегляд в порядку нагляду. Суд визнав, що вирішення питання щодо поновлення строку на оскарження перебуває в межах дискреційних повноважень національних судів, однак такі повноваження не є необмеженими. Від судів вимагається вказувати підстави. Однією з таких підстав може бути, наприклад, неповідомлення сторін органами влади про прийняті рішення у їхній справі. Проте навіть тоді можливість поновлення не буде необмеженою, оскільки сторони в розумні інтервали часу мають вживати заходів, щоб дізнатись про стан відомого їм судового провадження (див., *mutatis mutandis*, рішення

у справі «Олександр Шевченко проти України», заява № 8371/02, п. 27, рішення від 26.04.2007 р., та «Трух проти України» (ухвала), заява № 50966/99, від 14.10.2003 р). У кожній справі національні суди мають перевіряти, чи підстави для поновлення строків для оскарження виправдовують втручання у принцип *res judicata*, особливо як у цій справі, коли національне законодавство не обмежує дискреційні повноваження судів ні в часі, ні в підставах для поновлення строків [8]. Враховуючи наведені положення, Верховний Суд (далі – ВС) відмовив у задоволенні клопотань захисника про поновлення строку на перегляд ухвали Верховного Суду України (далі – ВСУ) від 26.04.2001 р. за нововиявленими обставинами. У своїй ухвалі ВС зазначив, що захисником не наведено причин пропуску процесуальних строків звернення до суду з відповідною заявою, а тому колегія суддів дійшла висновку про відсутність підстав для поновлення пропущеного захисником строку подачі заяв про перегляд рішення ВСУ за нововиявленими обставинами. Водночас суд звернув увагу на те, що вирок відносно засуджених ухвалено в 2000 р., а переглянуто ВСУ 26.04.2001 р., тобто більше 16 років тому. Усі обставини, на які посилається адвокат у своїх заявах, існували і були відомі учасникам процесу та суду на час розгляду та касаційного перегляду справи. Засуджені не були позбавлені права на захист, так як мали захисників. Жодних перешкод протягом значного періоду часу в учасників судового провадження для звернення із заявою про перегляд судового рішення за нововиявленими обставинами не було. Відповідно до ч. 4 ст. 46 КПК захисник користується процесуальними правами підозрюваного, обвинуваченого, захист якого він здійснює, крім процесуальних прав, реалізація яких здійснюється безпосередньо підозрюваним, обвинуваченим. Укладення угоди з новим захисником не скасовує попередні процесуальні дії та рішення і не

є підставою для вчинення нових. Тому поява нового захисника не може бути поважною причиною для поновлення строків для подання заяв про перегляд судового рішення за нововиявленими обставинами [14].

У світлі викладеного важливе значення мають висновки Н. Стецика за результатами його наукового дослідження щодо запровадження прецедентної практики верховних судів у пострадянських правових системах. Суть цих висновків полягає, зокрема, в тому, що в тих пострадянських правових системах, де відмовились від таких керівних роз'яснень, рішення верховних судів у конкретних справах є зразковими для вирішення аналогічних справ, тобто розпочалось формування прецедентної практики. Прецедентна практика формується в Азербайджані, Вірменії, Естонії, Грузії, Латвії, Литві, Молдові та Україні. У різних законодавчих актах, зокрема у спеціальних законах про суди (Вірменія, Грузія, Латвія, Литва, Україна), Адміністративному процесуальному кодексі Республіки Азербайджан 2009 р., цивільних процесуальних кодексах (Естонія, Латвія, Литва, Україна), кримінальних процесуальних кодексах (Грузія, Естонія, Молдова, Україна), передбачено відповідні приписи та механізми, які прямо або опосередковано встановлюють обов'язкову природу рішень верховних судів в аналогічних справах. Таке запровадження прецедентної практики в пострадянських правових системах здійснювалося поступово та в різні роки. Варто звернути увагу і на те, що серед пострадянських країн, у яких визнається прецедентна практика верховних судів, особливе місце посідають Балтійські країни. Так, обов'язковий характер рішень верховних судів в аналогічних справах встановлено не лише в законодавстві, але також обґрунтовується в рішеннях конституційних та верховних судів. При запро-

вадженні прецедентної практики в діяльність верховних судів водночас є як особливості, так і відмінності у: сферах її використання; формулюваннях характеру та предмету обов'язковості; в адресатах. У тих пострадянських правових системах, в яких запроваджено прецедентну практику, також формується механізм її забезпечення, правові засоби, що дозволяють прецедентній практиці здійснювати своє призначення, зокрема засоби створення, зміни, розвитку та забезпечення обов'язковості і єдності прецедентної практики [15, с. 72].

Дотримання принципу *non bis in idem* за нововиявленими або виключними обставинами. Коли ми задаємо собі питання, чи має місце дотримання принципу *res judicata* у конкретних кримінальних процесуальних відносинах, то, як слушно зазначається у вже згадуваному європейському документі «Мірило правовладдя», слід також дати відповіді і на такі питання: чи забезпечено поважання принципу *non bis in idem* (заборони повторного притягнення до відповідальності за те саме діяння)?; чи є можливим перегляд остаточного судового рішення?; якщо так, то за яких умов? [9]

Серед вказаних вище питань згадано і про необхідність поважання принципу *non bis in idem*, закріпленого в ст. 4 Протоколу № 7 до КЗПЛ. Натомість оцінку відповідним обставинам справи в контексті дотримання принципу *non bis in idem*, надає ЄСПЛ за розробленим ним алгоритмом: (а) чи було перше провадження кримінальним за своїм характером; (б) чи були правопорушення, за які переслідувався заявник, одними і тими самими (*idem*); (с) чи було дублювання проваджень (*bis*). ЄСПЛ сформулював критерії оцінки двох правопорушень як тотожних. Тотожність стосується не лише назви правопорушень за законом, але, що головніше, змісту та мети правопорушень. ЄСПЛ вважає, що вислів «одне й те саме

правопорушення» за ст. 4 Протоколу № 7 мусить сприйматись в тому сенсі, що вона забороняє переслідувати чи судити одну особу за друге правопорушення, якщо останнє походить із тих самих фактів або фактів, що «по суті» є такими ж, як і ті, по яких мало місце перше правопорушення. Ця гарантія вступає в дію, коли розпочато нове переслідування, а попереднє рішення про виправдання чи засудження вже набрало законної сили. При цьому, що перше рішення повинно бути «остаточним» по своїй суті, а далі вже слід з'ясувати, чи було воно «кримінальним» в значенні ст. 4 (1) Протоколу № 7, витлумачене у світлі загальних принципів розуміння понять «кримінальне обвинувачення» в ст. 6 і «покарання» в ст. 7 КЗПЛ. Значимими факторами в даному випадку є: правова класифікація злочину в національному законодавстві, характер правопорушення, національна правова характеристика заходу, його мета, природа і ступінь суворості, чи застосовувався захід після засудження в межах кримінальної справи, які процедури були проведені для його прийняття і виконання. Важливим є й те, що положення ст. 4 Протоколу № 7 стосуються лише рішень судів однієї і тієї ж самої держави [16, с. 129]. Тому задля запобігання ризику порушення принципу *non bis in idem* законодавець має включити до цієї процедури низку обмежень не лише за колом обставин, але і вимоги до заяви про перегляд судового рішення за нововиявленими або виключними обставинами тощо.

До речі, з'ясування правової природи поняття «остаточного судового рішення» у кримінальному провадженні також має стати предметом подальших ґрунтовних наукових розвідок.

Інші актуальні питання провадження за нововиявленими або виключними обставинами. Далі зупинимося в аспекті цього дослідження на темпоральних характеристиках Закону № 2147-VIII. За загальним правилом, як зазначається в



п. 1 Розділу 6 (Прикінцеві положення) Закону № 2147-VIII, зміни до КПК набирають чинності з дня початку роботи ВС, визначеного рішенням його Пленуму відповідно до Закону України «Про судоустрій і статус суддів», опублікованим у газеті «Голос України». Як відомо, таким днем є 15.12.2017 р. Натомість підп. 11-27, 45 п. 7 § 1 Розділу 4 Закону № 2147-VIII вводяться в дію через 3 місяці після набрання чинності цим Законом, 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. Таким чином, оновлена редакція Глави 34 КПК набрала чинності 15.12.2017 р. Втім відповідно до п. 9 параграфу 3 розділу 4 Закону № 2147-VIII справи в судах першої та апеляційної інстанцій, провадження в яких відкрито до набрання чинності Законом № 2147-VIII, розглядаються за правилами, що діють після набрання чинності цим Законом. Таким чином, розгляд заяв про перегляд судового рішення за нововиявленими обставинами за якими відкрито кримінального провадження здійснюється за правилами Глави 34 КПК, що діють після 15.12.2017 р. Наразі саме таким чином і формується судова практика [17].

Отже, провадження за нововиявленими обставинами в інституціональному його аспекті є виключним (екстраординарним) різновидом судових проваджень із перегляду судових рішень, у зв'язку з виявленням після набрання ними законної сили таких обставин, які, якщо б вони були своєчасно відомі правосуддю, очевидно, потягли б ухвалення судом зовсім іншого рішення. Подібні провадження мають місце в кримінальних процесах Казахстану, Росії, США (*writ of coram nobis* – англ.), ФРН, Франції (*pourvoi en revision* – фр.), Японії та ін.

За нововиявленими або виключними обставинами відповідно до вимог статей 459 та 110 КПК можуть бути переглянуті ухвали, постанови та вирокі суду, що набрали законної сили. Натомість ст. 500 КПК Казахстану за нововиявленими обставинами можуть бути переглянуті досить обмежене коло судових рішень: 1) обвинувальний вирок; 2) виправдувальний вирок; 3) постанову про припинення справи; 4) конфіскація майна до вироку суду [18]. Однак на думку М. Когамова в силу обмеженого зв'язку вироку (постанови) суду першої інстанції з рішеннями апеляційних, касаційних та наглядових судів, а також судів на стадії виконання вироку, перегляду підлягають також постанови судів, винесені у даних стадіях кримінального процесу [19, с. 610]. Проте національна судова практика йде іншим шляхом. А саме, на думку слідчого судді Печерського районного суду міста Києва, системний аналіз положень ст. 459-467 Глави 34 КПК свідчить про те, що перегляд за нововиявленими обставинами стосується судових рішень, постановлених за результатами розгляду кримінального провадження, а відповідно до п. 10 ч. 1 ст. 3 КПК кримінальне провадження – це досудове розслідування та судове провадження. Таким чином, законодавцем визначено, що Глава 34 КПК передбачає перегляд судових рішень за нововиявленими обставинами, що були ухвалені на стадії судового провадження. Судове рішення, яке просить переглянути адвокат ухвалене слідчим суддею в порядку Глави 26 КПК, тобто на стадії досудового розслідування. За вказаних підстав слід відмовити у відкритті провадження за заявою адвоката про перегляд ухвали слідчого судді за нововиявленими обставинами [20]. Незважаючи на наведені в мотивувальній частині цього рішення аргументи, навряд чи можна беззаперечно погодитися з таким підходом. Перш за все, у вищевикладених європейських стандартах, крім

посилання на доволі широкі межі дискреційних повноважень держав при вирішенні наведених питань, не йдеться про неможливість перегляду остаточних судових рішень в межах екстраординарних судових проваджень із перегляду судових рішень у зв'язку з тим, що вони ухвалені під час досудового розслідування. Крім того, в разі завершення кримінального провадження стадією досудового розслідування ухвали слідчого судді, якими обмежено права, свободи та інтереси осіб у кримінальному провадженні та щодо яких існують незаперечні підстави для їх перегляду, є за своєю суттю остаточними. Адже залишення в силі незаконних, необґрунтованих та невмотивованих судових рішень, у тому числі й рішень слідчого судді, суперечить самому смислу ст. 6 КЗПЛ. Таким чином, зважаючи на правову природу провадження за нововиявленими або виключними обставинами та на оновлені, так би мовити, процесуальні «фільтри» допуску до провадження, наприклад, у Великій Палаті ВС як органу, який покликаний забезпечувати однакове застосування судами норм права, необхідно в КПК встановити належну правову процедуру перегляду за нововиявленими та виключними обставинами остаточних судових рішень, що ухвалені під час досудового розслідування та які набрали законної сили в порядку провадження.

Слід мати на увазі, що правила набрання судовим рішенням законної сили викладені в ст. 532 КПК. Наприклад, судові рішення суду апеляційної та касаційної інстанцій набирають законної сили з моменту їх проголошення.

Отже, після набрання судовим рішенням законної сили виправлення помилок внаслідок незаконних, необґрунтованих та невмотивованих судових рішень здійснюється під час провадження за нововиявленими або виключними обставинами.

Завданнями провадження за нововиявленими або виключними обставинами є перевірка законності, вмотивованості, обґрунтованості та справедливості судових рішень, що набрали законної сили; виявлення та виправлення судових помилок та порушень закону; забезпечення захисту прав і законних інтересів учасників кримінального провадження, недопущення незаконного і необґрунтованого обвинувачення, засудження та обмеження їх прав і свобод.

Як вже зазначалося, судові рішення, що набрали законної сили, можуть бути переглянуті в порядку передбаченому Главою 34 КПК лише за нововиявленими або виключними обставинами.

Так, *нововиявленими обставинами* законодавець визнав за ст. 459 КПК в редакції Закону № 2147-VIII: 1) штучне створення або підроблення доказів, неправильність перекладу висновку і пояснень експерта, завідомо неправдиві показання свідка, потерпілого, підозрюваного, обвинуваченого, на яких ґрунтується вирок; 2) скасування судового рішення, яке стало підставою для ухвалення вироку чи постановлення ухвали, що належить переглянути; 3) інші обставини, які не були відомі суду на час судового розгляду при ухваленні судового рішення і які самі по собі або разом із раніше виявленими обставинами доводять неправильність вироку чи ухвали, що належить переглянути (частина друга).

*Виключними обставинами* за частиною третьою оновленої редакції ст. 459 КПК визнаються: 1) встановлена Конституційним Судом України неконституційність, конституційність закону, іншого правового акта чи їх окремого положення, застосованого судом при вирішенні справи; 2) встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні

даної справи судом; 3) встановлення вини судді у вчиненні злочину або зловживання слідчого, прокурора, слідчого судді чи суду під час кримінального провадження, внаслідок якого було ухвалено судове рішення.

Цікаво те, що, в Німеччині відновлення провадження також можливо тільки за наявності однієї з вузько обмежених підстав для відновлення. Вони поділяються на кримінально каранні порушення при винесенні вироку (так звані «falsa») та нові факти чи докази (так звані «nova») [21, с. 241].

Наразі не заглиблюючись в межах цієї статті в детальний аналіз кожного з оновлених положень Глави 34 КПК, зазначимо наступне. По-перше, чітко не визначено можливість перегляду судових рішень у зв'язку з ухваленням КСУ рішень щодо офіційного тлумачення Конституції України, які теж є обов'язковими, остаточними і не можуть бути оскаржені (стаття 151-2 Конституції України та статті 84 Закону «Про Конституційний Суд України»). Вищевказане дає підстави для висновку про те, що питання з'ясування юридичної природи правових позицій КСУ, як, наприклад, так би мовити остаточного результату офіційного тлумачення, є неоднозначним та до цього часу не вирішеним. Це пов'язано, перш за все, як зазначає С. Калинюк, зі складним та багатоаспектним розумінням ролі, статусу та місця органу конституційної юрисдикції в системі органів державної влади. Не сприяє з'ясуванню природи правових позицій КСУ і відсутність законодавчої дефініції цього поняття. Незважаючи на це, термін активно використовується як КСУ у своїх рішеннях, так і науковою спільнотою з метою відображення аргументів, які визначають позицію КСУ з питань правозастосування. Правові позиції набувають і нормативного обов'язкового змісту, що впливає з форми вираження, у якій

вони відображені, – актів КСУ. При цьому правові позиції можуть бути висловлені як у мотивувальній, так і в резолютивній частині рішення. Необхідність забезпечення незмінюваності правових позицій КСУ є продовженням принципу правової визначеності та стабільності Конституції як Основного закону України. Однак питання можливості перегляду правових позицій КСУ набуває більшої актуальності у зв'язку з частковою політичною заангажованістю КСУ у попередні роки його діяльності, що потребує перегляду певних позицій через зміну соціально-політичного устрою держави. Окреслене питання, поряд із іншими, є безперечно додатковим предметом окремого наукового дослідження [22, с. 196].

По-друге, знову поза увагою законодавця залишилися питання перегляду судових рішень у межах провадження за нововиявленими або виключними обставинами в разі встановлення органом міжнародної організації, юрисдикція якого визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні даної справи судом (стаття 55 Основного Закону України). Таким органом, наприклад, відповідно до Пакту про громадянські та політичні права є Комітет з прав людини.

Правом подати заяву про перегляд судового рішення за нововиявленими або виключними обставинами судового рішення суду будь-якої інстанції, яке набрало законної сили, наділені згідно зі ст. 460 КПК учасники судового провадження. Учасниками судового провадження є сторони кримінального провадження, потерпілий, його представник та законний представник, цивільний позивач, його представник та законний представник, цивільний відповідач та його представник, представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, представник персоналу

органу пробації, третя особа, щодо майна якої вирішується питання про арешт, а також інші особи, за клопотанням або скаргою яких у випадках, передбачених КПК, здійснюється судове провадження (п. 26 ст. 3 КПК). Втім, із метою дотримання принципу *res judicata* правом подати заяву про перегляд судового рішення за нововиявленими або виключними обставинами судового рішення суду будь-якої інстанції, яке набрало законної сили, вбачається за доцільне наділити лише сторін кримінального провадження, а також потерпілого, його представника та законного представника і представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження. Оскільки самі ці учасники кримінального провадження на мою думку мають загальний, наскрізний інтерес у кримінальному провадженні, тотожний за своєю правовою природою інтересу відповідних учасників кримінального провадження як із боку обвинувачення, так і з боку захисту. Інші учасники судового провадження таким правом можуть бути наділені лише в тій частині, що стосується виключно та безпосередньо їх інтересів. Наприклад, цивільний позивач, його представник та законний представник, цивільний відповідач та його представник мають бути наділені правом подати зазначену заяву лише у частині, що стосується вирішення цивільного позову.

Строки звернення про перегляд судового рішення за нововиявленими обставинами залишилися в ст. 461 (змінена назва: «Строк звернення про перегляд судового рішення за нововиявленими або виключними обставинами») КПК незмінними (див. частини з першої по четверту цієї статті).

Разом із тим ст. 461 КПК було доповнено ч. 5, зміст якої полягає в тому, що заяву про перегляд судового рішення за виключними обставинами може бути подано: 1) з підстави, визначеної п. 1 ч. 3 ст. 459 КПК, – протягом 30 днів із дня

офіційного оприлюднення відповідного рішення Конституційного Суду України; 2) з підстави, передбаченої п. 2 ч. 3 ст. 459 КПК, – особою, на користь якої постановлено рішення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, не пізніше 30 днів із дня, коли така особа дізналася або могла дізнатися про набуття цим рішенням статусу остаточного; 3) з підстави, передбаченої п. 3 ч. 3 ст. 459 цього КПК, – протягом 30 днів із дня, коли вирок у кримінальному провадженні набрав законної сили. У разі неможливості ухвалення вироку суду заяву може бути подано протягом 30 днів із дня встановлення відповідною ухвалою або постановою суду обставин, передбачених п. 3 ч. 3 ст. 459 КПК.

Оскільки законодавець чітко та однозначно вимагає дотримання строків звернення про перегляд судового рішення за нововиявленими або виключними обставинами, то у КПК слід встановити, що в разі звернення відповідного учасника судового провадження із заявою до суду про перегляд судового рішення за нововиявленими обставинами або з такою заявою з підстави передбаченої п. 2 ч. 3 ст. 459 КПК – у такій заяві зазначається день, коли дана особа дізналася або могла дізнатися про відповідні обставини.

Що стосується строків звернення про перегляд судового рішення за нововиявленими або виключними обставинами, то в наведеному екстраординарному судовому провадженні з перегляду судових рішень чітко виявляє себе й інституту сприяння захисту (*favor defensionis*). Проведене О. Малаховою дослідження дало підстави стверджувати, що інститут сприяння захисту є сукупністю правових норм, які наділяють сторону захисту винятковими правами та встановлюють обов'язки осіб, які мають владні повноваження вчиняти процесуальні дії в



інтересах сторони захисту з метою врівноваження комплексу прав та можливостей сторін кримінального провадження для відстоювання власних тверджень перед судом і заперечення доводів сторони обвинувачення. До змісту інституту сприяння захисту входять правові норми, що встановлюють: виняткові права сторони захисту; обов'язки осіб, які мають владні повноваження, вчиняти процесуальні дії в інтересах сторони захисту; засади кримінального провадження, що сприяють захисту [23, с. 13]. Таким чином, саме на стадії провадження за нововиявленими або виключними обставинами знаходять свою реалізацію правові норми окремих засад кримінального провадження, що складають *favor defensionis*. Адже саме за наявності обставин, які підтверджують невинуватість засудженого або вчинення ним менш тяжкого кримінального правопорушення, перегляд судового рішення за нововиявленими обставинами строками не обмежено (ч. 4 ст. 461 КПК).

Проте перегляд за нововиявленими обставинами виправдального вироку допускається лише протягом передбачених законом строків давності притягнення до кримінальної відповідальності. За наявності ж обставин, які підтверджують вчинення особою більш тяжкого кримінального правопорушення, ніж те, за яке вона була засуджена, судове рішення може бути переглянуто за нововиявленими обставинами лише протягом строку давності притягнення до кримінальної відповідальності за більш тяжке кримінальне правопорушення (ч. 2-3 ст. 461 КПК).

Також у зв'язку з вищенаведеним слід мати на увазі, що оприлюднення всіх актів КСУ за результатами конституційного провадження здійснюється на офіційному веб-сайті Суду або в окремих випадках за ухвалою Суду – в Залі засідань Суду, але не

пізніше наступного робочого дня після їх ухвалення. Оpubлікування акта Суду разом з окремою думкою Судді здійснюється у «Віснику Конституційного Суду України» та інших офіційних друкованих виданнях України (ст. 94 Закону України «Про Конституційний Суд України»).

Суттєво оновлено й порядок подання заяви про перегляд судового рішення за нововиявленими обставинами, який врегульовано ст. 463 КПК. Так, ч. 1 цієї статті викладено в такій редакції: «1. Заява про перегляд судового рішення за нововиявленими або виключними обставинами подається до суду тієї інстанції, який першим допустив помилку внаслідок незнання про існування таких обставин, крім випадку, передбаченого частиною третьою цієї статті». Розгляд заяви про перегляд судового рішення за нововиявленими обставинами здійснюється тим самим складом суду, який ухвалив рішення, що переглядається. Якщо такий склад суду сформувати неможливо, суддя або колегія суддів для розгляду заяви про перегляд судового рішення за нововиявленими обставинами визначається в порядку, встановленому частиною третьою цієї статті (ч. 11 нової редакції ст. 35 КПК, яка вводяться в дію з дня початку функціонування Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи).

Текст ч. 3 ст. 463 КПК виглядає наступним чином: «Заява про перегляд судового рішення за виключними обставинами в разі встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні цієї справи судом подається до ВС для її розгляду у складі Великої Палати». За наслідками даного кримінального провадження суд має право скасувати вирок чи ухвалу і ухвалити новий вирок чи постановити ухвалу або залишити заяву про перегляд судового рішення за новови-

явленими або виключними обставинами без задоволення. При ухваленні нового судового рішення суд користується повноваженнями суду відповідної інстанції (ч. 1 ст. 467 КПК). На жаль, як кажуть, «ще не встигли висохнути чорнила» після підписання Закону № 2147-VIII, як вже Законом України від 07.12.2017 р., з доволі екзотичною для кримінального процесуального законодавства України назвою: «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення захисту права дитини на належне утримання шляхом вдосконалення порядку примусового стягнення заборгованості зі сплати аліментів», ч. 1 ст. 467 КПК доповнено абз. 2 такого змісту: «За результатами перегляду судового рішення за нововиявленими або виключними обставинами ВС може також скасувати судові рішення (судові рішення) повністю або частково і передати справу на новий розгляд до суду першої або апеляційної інстанції». Такими чином, ВС за наслідками кримінального провадження за виключними обставинами в разі встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань, вправі буде скасувати судові рішення (судові рішення) повністю або частково і передати справу на новий розгляд до суду першої або апеляційної інстанції. Відповідно до ст. 441 КПК суд касаційної інстанції за наслідками розгляду касаційної скарги по суті ухвалює судові рішення у формі постанов. Тому системний аналіз положень ст. 441, абз. 2 ч. 1 ст. 467 КПК та ч. 1 ст. 467 КПК дозволяє дійти висновку що встановлені законодавцем повноваження ВС за наслідками кримінального провадження за виключними обставинами навряд чи сприятимуть реалізації принаймні одного з висновків та рекомендацій, що містяться у вже згаданому Висновку № 20 (2017). А саме, КРЕС в

наведеному документі наголошувала на тому, що надзвичайно важливим є наявність у судів вищих інстанцій механізмів щодо виправлення непослідовностей, які виникають у практиці цих судів [10].

І останнє. Важливим є й те, що заяви про перегляд судових рішень за нововиявленими обставинами з підстави встановлення КСУ неконституційності закону, іншого правового акта чи їх окремого положення, застосованого судом при вирішенні справи, та з підстави встановлення вироком суду, що набрав законної сили, вини судді у вчиненні злочину, внаслідок якого було ухвалено незаконне або необґрунтоване рішення, подані та не розглянуті до набрання чинності цим Законом, розглядаються за правилами розгляду заяв про перегляд судових рішень за виключними обставинами, що діють після набрання чинності цим Законом (п. 10 параграфа § 3 (Перехідні положення) розділу 4 Закону № 2147-VIII).

### **Висновки**

Звісно, обсяг цієї роботи не дає змоги детально зупинитися на всіх напрямках удосконалення провадження за нововиявленими та виключними обставинами у кримінальному процесі, але зважаючи на кількість висвітлених проблем та відповідних пропозицій, можна стверджувати про те, що поспіх у запровадженні наведених змін, навіть і прогресивних за своїм спрямуванням, може погіршити рівень стану дотримання прав людини і основоположних свобод у кримінальному судочинстві.

### **Список використаних джерел:**

1. Дроздов О. Проблеми перегляду судових рішень в порядку виключного провадження. Вісник Верховного Суду України. 2010. № 8. С. 21-29.
2. Дроздов О. Глава 29. Провадження за нововиявленими обставинами / Кримінальний процес: підручник. Х.: Право. 2013. С. 643-653.
3. Дроздов О. Актуальні проблеми реалізації окремих засад кримінального процесу в провадженні за нововиявленими обставинами. Вісник Національної академії правових наук України. 2014. № 2. С. 156-169.
4. Дроздов О. Сучасні тенденції розвитку кримінального процесу України (за матеріалами практики Європейського суду з прав людини). Право України. 2017. № 12. С. 102-116.
5. Малышева Ю.В. Реализация в уголовном процессе Российской Федерации решений Европейского суда по правам человека: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Москва. 2017. 26 с.
6. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини третьої статті 120, частини шостої статті 234, частини третьої статті 236 Кримінально-процесуального кодексу України (справа про розгляд судом окремих постанов слідчого і прокурора) від 30 січня 2003 року № 3-рп/2003. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-03>.
7. Доповідь, схвалена Венеційською Комісією Ради Європи на 86-му пленарному засіданні (Венеція, 25–26 березня 2011 року) «Верховенство права». Право України. 2011. № 10. С. 179, 180.

8. Рішення ЄСПЛ у справі «Пономарьов проти України» від 3 квітня 2008 року. URL: [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974\\_434/print](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974_434/print).

9. «Мірило правоваддя», ухвалено Венеційською Комісією Ради Європи на 106-му пленарному засіданні (Венеція, 11-12 березня 2016 року). С. 24. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/7864c99c46598282c2257b4c0037c014/229b826c8ac787dec2257d87004987c3/\\$FILE/%D0%9C%D1%96%D1%80%D0%B8%D0%BB%D0%BE%20%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%BE%D0%B2%D0%BB%D0%B0%D0%B4%D0%B4%D1%8F.pdf](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/7864c99c46598282c2257b4c0037c014/229b826c8ac787dec2257d87004987c3/$FILE/%D0%9C%D1%96%D1%80%D0%B8%D0%BB%D0%BE%20%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%BE%D0%B2%D0%BB%D0%B0%D0%B4%D0%B4%D1%8F.pdf).

10. Висновок Консультативної ради європейських суддів № 20 (2017) про роль судів у забезпеченні єдності застосування закону від 10 листопада 2017 року (м. Страсбург). URL: [http://www.vru.gov.ua/content/file/%D0%92%D0%B8%D1%81%D0%BD%D0%BE%D0%B2%D0%BE%D0%BA\\_%D0%9A%D0%A0%D0%84%D0%A1\\_20.pdf](http://www.vru.gov.ua/content/file/%D0%92%D0%B8%D1%81%D0%BD%D0%BE%D0%B2%D0%BE%D0%BA_%D0%9A%D0%A0%D0%84%D0%A1_20.pdf).

11. Шевчук С. Принцип правової визначеності. Т. 3: Загальна теорія права / редкол.: О.В. Петришин (голова) та ін.; Нац. акад. прав. наук; Ін-т держави і права імені В.М. Корецького НАН України; Нац. юрид. ун-т імені Ярослава Мудрого. – 2017 / Велика українська юридична енциклопедія: у 20 т. Х.: Право, 2016. 952 с.

12. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 49 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) пункту 7 частини другої статті 42 Закону України «Про вищу освіту» від 20 грудня 2017 року № 2-р/2017. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-17>.

13. Трофименко В. Теоретичні та правові основи диференціації процесуальної форми у кримінальному судочинстві: монографія. Х.: ТОВ «Оберіг», 2016. 304 с.

14. Ухвала Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного кримінального суду другої палати від 27 грудня 2017 року у провадженні № 51-17 зно 17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71359171>.

15. Стецик Н.В. Запровадження прецедентної практики верховних судів у пострадянських правових системах. Вісник Верховного Суду України. 2017. № 11-12. С. 66-72.

16. Дроздов О. Non bis in idem – європейський орієнтир для забезпечення сталості та єдності судової практики Верховним Судом (за матеріалами практики Європейського суду з прав людини). Право України. 2017. № 6. С. 110-132.

17. Ухвала колегії суддів судової палати з розгляду кримінальних справ та справ про адміністративні правопорушення Апеляційного суду Донецької області в місті Бахмуті від 28 грудня 2017 року. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/71322954>.

18. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан от 4 июля 2014 года № 231-V (с изменениями и дополнениями по состоянию на 28.12.2017 г. URL: [https://online.zakon.kz/Document/?doc\\_id=31575852&doc\\_id2=31575852#activate\\_doc=2&pos=552;0&pos2=6072;60](https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31575852&doc_id2=31575852#activate_doc=2&pos=552;0&pos2=6072;60)).

19. Когамов М.Ч. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Республики Казахстан 2014 года. Том 2. Особенная часть. Алматы: Жеті Жарғы, 2015. Т. 2. 944 с.

20. Ухвала слідчого судді Печерського районного суду міста Києва від 03 січня 2018 року. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71419322>.

21. Шредер Фридрих -Кристиан. Феррел, Торстен. Уголовно-процессуальное право Германии = Srafprozessrecht: пер. с нем. М.: Инфотропик Медиа, 2016. 304 с.

22. Калинюк С. Правові позиції Конституційного Суду України: питання теорії. Підприємництво, господарство і право. 2017. № 12. С 193-196.

23. Малахова О.В. Реалізація інституту сприяння захисту у кримінальному процесуальному доказуванні: автореф. дис.... канд. юрид. наук: 12.00.09. «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність». Одеса, 2016. 20 с.

***Гуртієва Л.М.,***

*кандидат юридичних наук, доцент,*

*доцент кафедри кримінального процесу*

*Національного університету «Одеська юридична академія»*

## **ВИДИ СУДОВИХ РІШЕНЬ СУДУ ПЕРШОЇ ІНСТАНЦІЇ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ УКРАЇНИ**

### **Вступ**

Актуальність теми даного дослідження зумовлена потребами науки кримінального процесуального права та правозастосовної діяльності суду першої інстанції щодо:

1) перегляду та уточнення фундаментальних теоретичних положень про види судових рішень згідно із чинним КПК України з метою формулювання сучасних наукових підходів;

2) удосконалення національного кримінального процесуального законодавства в частині закріплення видів судових рішень та порядку їх ухвалення з метою узгодженості його положень, зокрема з міжнародними стандартами здійснення правосуддя.

Питання якості судових рішень, як основного компоненту якості правосуддя, є об'єктом постійної уваги як Верховного Суду



України, Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ [2]), так і Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), Ради Європи. Так, у Висновку № 11 (2008) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо якості судових рішень зазначено: «на якість судових рішень можуть впливати занадто часті зміни в законодавстві,... нечіткості в змісті законів, а також недоліки процедурних правил» (п. 11) [3]. На жаль, зазначені недоліки притаманні чинному кримінальному процесуальному законодавству України.

Суттєвий внесок у розробку фундаментальних теоретичних положень щодо видів судових рішень суду першої інстанції здійснили М. І. Бажанов [4], Ю. М. Грошевий [5], П. А. Лупинська [6; 7] та інші вчені. Після прийняття КПК України 2012 р. на дисертаційному та монографічному рівні дану проблематику досліджували такі українські вчені, як Н. В. Глинська [8], О. В. Ігнатюк [9], І. І. Когутич [10], Х. Р. Тайлієва [11], О. Ф. Шминдрук [12] та інші науковці. Але це питання потребує подальшої наукової розробки, з огляду на постійне оновлення національного законодавства. Крім того, нормативне закріплення видів судових рішень суду першої інстанції у ч. 2 ст. 110 КПК, ст. 369 КПК України недостатньо узгоджено з іншими положеннями КПК України (ч. 1 ст. 378 КПК, ч. 2 ст. 34 КПК, ч. 4 ст. 517 КПК та ін.).

### **Види судових рішень суду першої інстанції, які закріплено у ч. 2 ст. 110 КПК України**

У КПК України 2012 р. не закріплено дефініція терміну «судове рішення». У науці кримінального процесуального права існують різні визначення даного поняття в залежності від того, які ознаки (характерні риси) вчені беруть за основу. Спираючись на наукові

дослідження [5, с. 6; 7, с. 18; 8, с. 32; 9, с. 14; 10, с. 34; 11, с. 30 та ін.] судові рішення суду першої інстанції можна визначити як вид правозастосовного акту (судового акту [4]), який має державно-владний, владно-розпорядчий та загальнообов'язковий характер, прийнятий судом у межах своєї компетенції та визначеної законом підсудності, у встановленій законом формі, пов'язаний з вирішенням правових питань, що виникають у судовій діяльності, та містить владні приписи щодо вчинення певних правових дій чи настання певних правових наслідків, спрямований на вирішення завдань кримінального провадження.

Загальними (істотними) ознаками судового рішення суду першої інстанції є, зокрема: а) може бути прийнято лише судом, створеним на підставі закону (ч. 1 ст. 17 КПК), який реалізує владні повноваження в межах своєї компетенції; б) має державно-владний та загальнообов'язковий характер; в) є юридичним фактом, який породжує, змінює або припиняє кримінально-процесуальні відносини; г) підтверджує існування або відсутність матеріально-правових та кримінально-процесуальних відносин; д) має пізнавально-засвідчувальний характер, оскільки містить встановлені (або невстановлені) фактичні обставини кримінального провадження та докази, які підтверджують їх існування або відсутність на момент його ухвалення; е) містить відповіді на правові питання, що виникають під час судового провадження; ж) має бути прийнято у встановленій законом формі; з) спрямовано на вирішення завдань кримінального провадження та ін. [7, с. 18; 8, с. 30; 11, с. 28 та ін.]. Вказані ознаки необхідно урахувати при з'ясуванні питання про види судових рішень суду першої інстанції у кримінальному судочинстві.

У кримінальному провадженні України судом першої інстанції є районний, районний у місті, міський та міськрайонний суд

(п. 22 ч. 1 ст. 3 КПК). У ч. 1 ст. 33 КПК України закріплено, що кримінальне провадження у першій інстанції здійснюють місцеві (районні, міські, районні у містах, міськрайонні) суди. Згідно із Законом України від 2 червня 2016 року № 1402-VIII «Про судоустрій і статус суддів» [13] судом першої інстанції є як місцевий суд (ст. 22)<sup>21</sup>, так і Апеляційний суд, у випадках, визначених процесуальним законом (ст. 26). Проте в чинному КПК України не закріплено випадки, коли Апеляційний суд є судом першої інстанції.

Суд першої інстанції здійснює свої повноваження на стадіях а) підготовчого провадження, б) судового розгляду, в) виконання судового рішення, г) перегляду судових рішень за нововиявленими (ч. 2 ст. 459 КПК, ч. 4 ст. 33 КПК) або виключними обставинами, з підстав, визначених пунктами 1, 3 ч. 3 ст. 459 КПК України (ч. 5 ст. 33 УПК), якщо суд першої інстанції першим допустив помилку внаслідок незнання про існування таких обставин (тобто ухвалив судові рішення без врахування таких обставин). Виключення з даного положення становить випадок встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань.

Склад суду першої інстанції врегульовано ч. ч. 1-3, ч. 10, п. 1 ч. 12, ч. 14 ст. 31 КПК України, ч. 1 ст. 512 КПК України. Суддя чи склад колегії суддів для розгляду конкретного кримінального провадження визначається у порядку передбаченому ч. 3 ст. 35 КПК України (ч. 11 ст. 31 КПК).

---

<sup>21</sup> Згідно з ч. 1 ст. 21 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» місцевими загальними судами є окружні суди, які утворюються в одному або декількох районах чи районах у містах, або у місті, або у районі (районах) і місті (містах).

Здійснюючи судове провадження, суд першої інстанції приймає різні види судових рішень, які можна класифікувати за певними підставами (критеріями) [7, с. 26-38; 8, с. 32-54; 10, с. 29-33; 11, с. 51-59, с. 85-88 та ін.], зокрема, за їх формою, оскільки однією з ознак судового рішення є те, що воно має бути прийнято у встановленій законом формі.

В юридичній літературі зазначається, що у визначення форми процесуального рішення слід включати, з одного боку, спосіб його словесно-документального вияву (зовнішня форма), а з іншого, – структурні частини документа (внутрішня форма) [8, с. 55, с. 197 та ін.].

Згідно з ч. 2 ст. 110 КПК України, ч. 1 та ч. 2 ст. 369 КПК України суд першої інстанції приймає судові рішення у формі вироку та ухвали.

Судове рішення, в якому суд вирішує обвинувачення по суті, викладається у формі вироку (ч. 1 ст. 369 КПК). Вирок суду першої інстанції може бути виправдувальним та обвинувальним<sup>22</sup>.

Згідно з чинним КПК на стадії підготовчого провадження суд першої інстанції може ухвалити вирок на підставі угоди (ст. 475 КПК) та вирок за результатами спрощеного провадження щодо кримінальних проступків (ч. 1 ст. 381 КПК, ч. 2 ст. 382 КПК), які завжди є обвинувальними.

На стадії судового розгляду суд може ухвалити як виправдувальний вирок (ч. 1 ст. 373 КПК), так і обвинувальний

---

<sup>22</sup> Згідно з принципом презумпції невинуватості та забезпечення доведеності вини особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду (ст. 62 Конституції України, ч. 1 ст. 17 КПК). Обвинувальним вироком, який набрав законної сили, спростовується презумпція невинуватості відносно конкретного обвинуваченого. З моменту набрання обвинувальним вироком законної сили починається реалізація кримінальної відповідальності (таке роз'яснення міститься в Рішенні Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням МВС України щодо офіційного тлумачення положень ч. 3 ст. 80 Конституції України (справа про депутатську недоторканність) від 27 жовтня 1999 року (справа № 1-15/99) [14].

вирок (ч. 2 ст. 373 КПК). Обвинувальний вирок може бути з призначенням покарання, зі звільненням від покарання, зі звільненням від відбування покарання (ч. 2 ст. 373 КПК). Крім того, на стадії судового розгляду суд може ухвалити вирок на підставі угоди (ст. 475 КПК), вирок за результатами спрощеного провадження щодо кримінальних проступків (ч. 3 ст. 382 КПК).

Звернемо увагу, що виправдувальний вирок може ухвалити *тільки суд першої інстанції*, що впливає з аналізу ч. 1 ст. 420 КПК України. У зв'язку з цим викликають зауваження положення ч. 3 ст. 437 КПК України: «Виправдувальний вирок, ухвалений судом першої чи *апеляційної інстанції*,... може бути скасовано...».

За наслідками кримінального провадження за нововиявленими або виключними обставинами суд має право скасувати вирок і ухвалити новий вирок. При ухваленні нового судового рішення суд користується повноваженнями суду відповідної інстанції (ч. 1 ст. 467 КПК). Отже, на стадії перегляду судових рішень за нововиявленими або виключними обставинами суд першої інстанції може ухвалити як обвинувальний, так і виправдувальний вирок, якщо суд даної інстанції першим допустив помилку внаслідок незнання про існування таких обставин.

Суд ухвалює вирок: іменем України (ч. 1 ст. 371 КПК); у нарадчій кімнаті складом суду, який здійснював судовий розгляд (ч. 2 ст. 371 КПК); простою більшістю голосів суддів, що входять до складу суду (ч. 1 ст. 375 КПК), щодо послідовного вирішення питань, передбачених ч. 1 ст. 368 КПК України, шляхом голосування (ч. 2 ст. 375 КПК), з урахуванням у необхідних випадках висновків Верховного Суду України (ч. 6 ст. 368 КПК), практики ЄСПЛ (ч. 2 ст. 8 КПК); лише стосовно особи, якій висунуте обвинувачення, і лише в межах висунутого

обвинувачення (ч. 1 ст. 337 КПК), але з метою ухвалення справедливого судового рішення та захисту прав людини і її основоположних свобод суд має право вийти за межі висунутого обвинувачення, зазначеного в обвинувальному акті, лише в частині зміни правової кваліфікації кримінального правопорушення, якщо це покращує становище особи, стосовно якої здійснюється кримінальне провадження (ч. 3 ст. 337 КПК).

Викликають зауваження положення ч. 1 ст. 371 КПК України щодо ухвалення вироку *«безпосередньо після закінчення судового розгляду»*, оскільки є неузгоджене зі ст. 363 КПК та ст. 366 КПК України: *«Після з'ясування обставин, встановлених під час кримінального провадження, та перевірки їх доказами головуючий у судовому засіданні з'ясовує в учасників судового провадження, чи бажають вони доповнити судовий розгляд і чим саме (ч. 1 ст. 363 КПК)»; «за відсутності клопотань або після вирішення клопотань, якщо вони були подані, суд постановляє ухвалу про закінчення з'ясування обставин та перевірки їх доказами і переходить до судових дебатів (ч. 3 ст. 363 КПК)»; «після останнього слова обвинуваченого суд негайно виходить до нарадчої кімнати для ухвалення вироку... « (ст. 366 КПК).*

Отже, з метою узгодженості ст. 363 КПК, ст. 366 КПК та ч. 1 ст. 371 КПК України вважаємо за необхідне виключити з ч. 1 ст. 371 КПК України положення, що суд ухвалює вирок *«безпосередньо після закінчення судового розгляду»*. Для обґрунтування даної пропозиції наведемо ще деякі аргументи.

По-перше, ухвалення та проголошення судового рішення є частиною (етапом) стадії судового розгляду [15, с. 548]. Судовий розгляд, як будь-яка стадія кримінального провадження, закінчується ухваленням та проголошенням судового рішення.

По-друге, навіть якщо законодавець у ч. 1 ст. 371 КПК України застосував термінологічне словосполучення «судовий розгляд» як частини стадії судового розгляду, на якій здійснюється дослідження обставин кримінального провадження (ст. 347 КПК, ст. 363 КПК та ін.), (що є нелогічним, оскільки назва частини стадії не може співпадати з назвою самої стадії [16, с. 649; 17 та ін.]), так і у даному випадку це є неузгодженим зі ст. 364 КПК та ст. 365 КПК України, які закріплюють такі частини стадії судового розгляду як судові дебати та останнє слово обвинуваченого. Ухвалення судового рішення здійснюється після останнього слова обвинуваченого.

Вимоги до змісту вироку закріплено у ст. 374 КПК України. Певні особливості має зміст вироку на підставі угоди, які зазначено у ч. 3 ст. 475 КПК України, вироку суду за результатами спрощеного провадження (ч. 2 ст. 382 КПК) та вироку за наслідками кримінального провадження, у якому здійснювалося спеціальне досудове розслідування або спеціальне судове провадження (*in absentia*) (ч. 5 ст. 374 КПК).

Другим видом судового рішення суду першої інстанції є ухвала. Згідно з ч. 2 ст. 369 КПК України «судове рішення, у якому суд вирішує інші питання, викладається у формі ухвали».

Певне практичне значення має питання: які види ухвал суд першої інстанції постановляє «Іменем України».

У ст. 129-1 Конституції України закріплено, що «суд ухвалює рішення іменем України»[18]. Дане положення нормативно-правового акту найвищої юридичної сили має загальний характер. У зв'язку з публічною природою кримінального судочинства як виду державно-правової діяльності суд здійснює судове провадження від імені та за дорученням держави, тобто

офіційно (*ex officio*) [16, с. 76-77]. Але не в кожному судовому рішенні повинно бути зазначено «Іменем України».

Згідно з ч. 1 ст. 13 Закону України від 2 червня 2016 року № 1402-VIII «Про судоустрій і статус суддів» [13] судове рішення, яким закінчується розгляд справи в суді, ухвалюється іменем України. Такими судовими рішеннями суду першої інстанції є вирок (ч. 1 ст. 371 КПК) та ухвала про:

1) закриття кримінального провадження, яку суд може постановити як на стадії підготовчого провадження (п. 2 ч. 3 ст. 314 КПК), так і на стадії судового розгляду (ч. 7 ст. 284 КПК);

2) застосування примусових заходів виховного характеру (ч. 2 ст. 500 КПК, ч. 1 ст. 501 КПК);

3) відмову в застосуванні примусових заходів виховного характеру та закриття кримінального провадження (ч. 2 ст. 500 КПК, ч. 2 ст. 501 КПК);

4) застосування примусових заходів медичного характеру (ч. 2 ст. 512 КПК, ч. 2 ст. 513 КПК);

5) відмову у застосуванні примусових заходів медичного характеру та закриття кримінального провадження (ч. 2 ст. 512 КПК, ч. 3 ст. 513 КПК).

Ухвали про застосування примусових заходів виховного характеру або про відмову в їх застосуванні (ч. 2 ст. 500 КПК), а також про застосування примусових заходів медичного характеру або про відмову в їх застосуванні (ч. 2 ст. 512 КПК) суд першої інстанції може постановити на стадії судового розгляду.

Вважаємо, що положення ч. 1 ст. 371 КПК України доцільно викласти у наступній редакції: «Суд ухвалює вирок та постановляє ухвалу, якою вирішує кримінальне провадження по суті, іменем України.» Це сприятиме: а) узгодженості положень КПК України та Закону України «Про судоустрій і статус суддів»



(ч. 1 ст. 13); б) єдиній судовій практиці щодо постановлення (складання) ухвал, якими закінчується кримінальне провадження (кримінальна справа).

Викликають зауваження положення п. 22 ч. 1 ст. 3 КПК України про те, що суд першої інстанції має право ухвалити вирок або *постановити ухвалу про закриття кримінального провадження*. Навіть якщо в п. 22 ч. 1 ст. 3 КПК України законодавець мав на увазі судові рішення, якими суд першої інстанції закінчує кримінальне провадження (кримінальну справу), то не вказано ухвали про застосування чи відмову у застосуванні примусових заходів медичного або виховного характеру (ч. 2 ст. 500 КПК, ч. 2 ст. 512 КПК).

Згідно із ч. 3 ст. 371 КПК України у випадках, передбачених КПК, ухвала постановляється в нарадчій кімнаті складом суду, який здійснював судовий розгляд. У нарадчій кімнаті суд постановляє ухвали, якими закінчує кримінальне провадження (розгляд справи по суті). Крім того, в КПК України пряма вказівка на постановлення судом першої інстанції ухвали у нарадчій кімнаті міститься щодо вирішення питань про відводи (ч. 3 ст. 81 КПК), усунення присяжного від подальшої участі в судовому розгляді (ч. 2 ст. 390 КПК). У решті випадків закон не містить прямої вказівки на необхідність видалення суду до нарадчої кімнати для постановлення ухвали, отже, це питання суд вирішує за власним розсудом.

Ухвали, постановлені без виходу до нарадчої кімнати, заносяться секретарем судового засідання в журнал судового засідання (ч. 4 ст. 371 КПК, п. 5 ч. 1 ст. 108 КПК). Відповідно до положень усі судові рішення викладаються письмово у паперовій та електронній формах. Судові рішення в електронній формі оформляються згідно з вимогами законодавства у сфері

електронних документів та електронного документообігу, а також електронного цифрового підпису (ч. 6 ст. 371 КПК).

Слід звернути увагу на такий вид ухвали суду першої інстанції, як окрема ухвала.

Деякі науковці (Ю. М. Харковець) зазначають, що в новому кримінальному процесуальному законодавстві відсутня можливість винесення судом першої інстанції окремої ухвали [19, с. 110].

Така думка не відповідає положенням ст. 378 КПК України: за наявності в обвинуваченого неповнолітніх дітей, які залишилися без нагляду, непрацевдатних батьків, баби, діда, прабаби, прадіда, які потребують матеріальної допомоги і залишилися без нагляду, суд зобов'язаний одночасно з ухваленням вироку порушити *окремою ухвалою* питання перед службою в справах дітей або відповідним органом опіки та піклування, органом соціального захисту населення про необхідність влаштування цих неповнолітніх, непрацевдатних або встановлення над ними опіки чи піклування (ч. 1 ст. 378 КПК). Якщо в обвинуваченого залишилися без нагляду житло чи інше майно, суд за клопотанням обвинуваченого зобов'язаний вжити через відповідні органи заходів для їх збереження (ч. 2 ст. 378 КПК).

Ми підтримуємо точку зору вчених (П. А. Лупинської та ін.), що окрема ухвала є видом судового рішення [7, с. 29-30], яке спрямовано на вирішення як «внутрішніх» задач конкретного провадження (зокрема, забезпечення прав та законних інтересів обвинуваченого), так і «зовнішніх» задач, які виходять за межі конкретного провадження та спрямовані на забезпечення законності та інших державних цінностей. Окрема ухвала, як і будь-яке інше судове рішення, має державно-владний та загальнообов'язковий характер. Отримавши дане судове

рішення, адресат повинен прийняти всі необхідні заходи, що вказано у окремій ухвалі.

Вважаємо за необхідне закріпити у КПК України повноваження суду постановляти окрему ухвалу також у випадку, зазначеному в ч. 1 ст. 324 КПК України. Згідно з даною статтею, якщо в судове засідання не прибув за повідомленням прокурор або захисник у кримінальному провадженні, де участь захисника є обов'язковою, суд відкладає судовий розгляд. Одночасно, якщо причина неприбуття є неповажною, суд порушує питання про відповідальність прокурора або адвоката, які не прибули, перед органами, що згідно із законом уповноважені притягати їх до дисциплінарної відповідальності. Яким чином суд порушує питання про відповідальність прокурора або адвоката за неприбуття у судове засідання без поважних причин у ч. 1 ст. 324 КПК України не закріплено, що, з нашої точки зору, є недоліком чинного КПК України та потребує його подальше вдосконалення.

### **Види судових рішень суду першої інстанції, які не закріплено у ч. 2 ст. 110 КПК України**

Системний аналіз норм чинного кримінального процесуального законодавства України дозволяє стверджувати, що суд першої інстанції може прийняти судове рішення також у формі *подання* (ч. 2 ст. 34 КПК), *наказу або письмового розпорядження* (ч. 4 ст. 517 КПК), *доручення* (ч. 1 ст. 548 КПК, ст. 552 КПК), *клопотання* (ч. 1 ст. 548 КПК, ст. 575 КПК, ст. 600 КПК). Вказані види судових рішень не зазначено у ч. 2 ст. 110 КПК та ст. 369 КПК України, але, з нашої точки зору, є видами судових рішень, прийняття яких пов'язано з вирішенням процесуальних питань

локального характеру в конкретному кримінальному провадженні.

2.1. Питання, чи є подання про визначення підсудності видом судового рішення, вже було предметом нашого дослідження [20]. Ми дійшли висновку, що подання суду про визначення підсудності є видом судового рішення, оскільки має ознаки судового рішення. Даний вид судового рішення спрямовано на забезпечення права особи «при висуненні проти неї будь-якого кримінального обвинувачення... на справедливий і відкритий розгляд впродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, створеним відповідно до закону (п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 04 листопада 1950 року, ратифікованої Законом України від 17 липня 1997 року № 475/97-ВР [21]), доступу до правосуддя (п. 14 ч. 1 ст. 7 КПК, ч. 1 ст. 21 КПК) та ухвалення законного судового рішення, яким суд закінчує кримінальне провадження.

В аспекті подальшого дослідження даного питання звернемо увагу на окремі проблемні ситуації практичного характеру.

По-перше, судові рішення у формі подання суд першої інстанції може прийняти у разі необхідності вирішення питання про підсудність (п. 4 ч. 3 ст. 314 КПК). Однак у п. 4 ч. 3 ст. 314 КПК України не зазначено, в якій формі суд приймає дане рішення. У судовій практиці деякі суди оформлюють даний вид судового рішення не поданням, а ухвалою [22 та ін.], що не відповідає положенням ч. 2 ст. 34 КПК України: «Питання про направлення кримінального провадження з одного суду до іншого в межах юрисдикції одного суду апеляційної інстанції вирішується колегією суддів відповідного суду апеляційної інстанції за поданням місцевого суду...».

Деякі вчені (Н. П. Сиза) справедливо звертають увагу, що КПК України 2012 року, запроваджуючи новий процесуальний акт суду – подання, не визначає його процесуальну форму [23, с. 130]. Це зумовлює необхідність подальшого вдосконалення національного кримінального процесуального законодавства. Вважаємо, що за змістом та структурою форма подання повинна відповідати вимогам, які закріплено до змісту ухвал у ст. 372 КПК України.

Інші вчені (О.Ф. Шминдрук) пропонують рішення суду про направлення обвинувального акту, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру для визначення підсудності оформлювати не поданням, а ухвалою [12, с. 5].

Даний підхід відповідає положенням ч. 2 ст. 110 КПК, ч. 2 ст. 369 КПК України та позиції вчених (Н. В. Глинської [8, с. 70, с. 102] та ін.) щодо необхідності уніфікації судових рішень. Проте суперечить ч. 2 ст. 34 КПК України та є дискусійним, оскільки суд першої інстанції в поданні остаточно не вирішує питання про підсудність, а лише обґрунтовує необхідність його вирішення. Остаточне вирішення питання про підсудність належить до компетенції суду апеляційної інстанції.

По-друге, в п. 4 ч. 3 ст. 314 КПК України закріплено, що до відповідного суду для визначення підсудності суд має право направити обвинувальний акт, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру. Разом із тим, заслуговує на підтримку думка вчених (Т. В. Лукашкіної та ін.), що направити з поданням для визначення підсудності суд може *ще й клопотання про звільнення особи від кримінальної відповідальності* [16, с. 606], оскільки порушення правил підсудності є істотним порушенням вимог кримінального процесуального закону (п. 6 ч. 2 ст. 412 КПК) та підставою для

скасування судового рішення судом апеляційної інстанції (п. 3 ч. 1 ст. 409 КПК).

У зв'язку із цим уявляється доцільним положення п. 4 ч. 3 ст. 314 КПК України викласти у наступній редакції: «Направити обвинувальний акт, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, *клопотання про звільнення особи від кримінальної відповідальності до відповідного суду з поданням для визначення підсудності у випадку встановлення непідсудності кримінального провадження*».

По-третє, судове рішення у формі подання про визначення підсудності суд першої інстанції може прийняти на стадії підготовчого провадження, що впливатиме з п. 4 ч. 3 ст. 314 КПК, ч. 2 ст. 34 КПК України. На стадії судового розгляду також може виникнути необхідність прийняття даного рішення у разі неможливості здійснювати відповідним судом правосуддя (зокрема, ліквідовано суд або з визначених законом підстав припинено роботу суду, який здійснював судове провадження (п. 4 ч. 1 ст. 34 КПК); надзвичайні ситуації техногенного або природного характеру, епідемії, епізоотії, режим воєнного, надзвичайного стану, проведення антитерористичної операції та ін. (ч. 1 ст. 34 КПК)). Однак, ані у главі 29 КПК України («Судові рішення»), ані у главі 28 КПК України («Судовий розгляд») не закріплено такого виду судового рішення як подання та порядку його ухвалення.

Отже, існує необхідність узгодження положень ч. 2 ст. 110 КПК, ст. 369 КПК та ч. 1, ч. 2 ст. 34 КПК України та врегулювання порядку прийняття судового рішення у формі подання про визначення підсудності на стадії судового розгляду. Вирішення зазначених проблемних ситуацій сприятиме забезпеченню

ухвалення законного підсумкового рішення суду. На жаль, у судовій практиці є випадки скасування судом апеляційної інстанції вироку або ухвали суду першої інстанції через порушення правил підсудності, на що звертає увагу Вищій спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ [24 та ін.].

2.2. У кримінальному провадженні, яке містить відомості, що становлять державну таємницю, судове рішення може бути прийнято у формі наказу або письмового розпорядження. Так, у ч. 4 ст. 517 КПК України закріплено, що «...рішення про надання доступу до конкретної таємної інформації та її матеріальних носіїв приймаються у формі наказу або письмового розпорядження керівником органу досудового розслідування, прокурором, судом».

Звернемо увагу на окремі умови прийняття даного виду судового рішення. По-перше, конкретний суддя має право здійснювати судове провадження, яке пов'язано з державною таємницею, після надання йому органом Служби безпеки України спеціального дозволу на провадження даної діяльності.

Деякі вчені (Д. В. Куценко [25, с. 409]) зазначають, що в судовій практиці є випадки, коли суд не мав змоги проводити судові засідання через відсутність у суддів допуску до державної таємниці [26]. Як діяти у випадку, коли кримінальне провадження здійснюється судом колегіально, а утворити склад суду неможливо, у зв'язку з відсутністю у суддів (у тому числі у присяжних) відповідного допуску до державної таємниці, у КПК України не врегульовано.

По-друге, згідно зі ст. 1 Закону України «Про державну таємницю» від 21.01.1994 р. № 3855-XII (з наступними змінами та доповненнями) [27] *доступ* до державної таємниці – це надання повноважною посадовою особою дозволу громадянину на

ознайомлення з конкретною секретною інформацією та провадження діяльності, пов'язаної з державною таємницею, або ознайомлення з конкретною секретною інформацією та провадження діяльності, пов'язаної з державною таємницею, цією посадовою особою відповідно до її службових повноважень.

Під час судового провадження доступ до матеріалів, які містять відомості, що становлять державну таємницю, суд надає захисникам та законним представникам обвинуваченого, потерпілому та його представникам, перекладачу, експерту, спеціалісту, секретарю судового засідання, судовому розпоряднику, яким надано *допуск* до державної таємниці та які потребують його під час здійснення своїх прав і обов'язків, передбачених КПК, виходячи з обставин, встановлених під час кримінального провадження (ч. 4 ст. 517 КПК).

Допуск до державної таємниці надає орган Служби безпеки України після проведення їх перевірки. Допуск до державної таємниці – це оформлення права громадянина на доступ до секретної інформації (ст. 1 Закону України «Про державну таємницю» від 21.01.1994 р. № 3855-XII).

Обвинувачений бере участь у кримінальному провадженні без оформлення допуску до державної таємниці після роз'яснення йому вимог ст. 28 Закону України «Про державну таємницю» та попередження про кримінальну відповідальність за розголошення відомостей, що становлять державну таємницю (ч. 3 ст. 517 КПК).

Отже, перш ніж прийняти рішення про надання доступу до конкретної таємної інформації учасникам кримінального провадження, яких зазначено в ч. 4 ст. 517 КПК України, суд повинен переконатись, що вони мають допуск до державної таємниці відповідної форми.



Рішення суду про надання доступу до конкретної таємної інформації та її матеріальних носіїв є видом судового рішення, оскільки: 1) є правозастосовним актом (зокрема, актом застосування норм кримінального процесуального права (ст. 517 КПК та ін.)); 2) приймається уповноваженим суб'єктом кримінального провадження, який реалізує свої повноваження в межах визначеної законом компетенції (судом); 3) містить відповіді на правові питання, які виникають у конкретному кримінальному провадженні (зокрема, щодо необхідності забезпеченням реалізації процесуальних прав учасників кримінального провадження, яких зазначено у ч. 4 ст. 517 КПК України); 4) має загальнообов'язковий характер та ін.

Разом із тим у КПК України не закріплено вимоги до змісту наказу або письмового розпорядження суду. Наказ або письмове розпорядження суду як вид судового рішення не зазначено у ч. 2 ст. 110 КПК та у ст. 369 КПК України, але закріплено у ч. 4 ст. 517 КПК України. У Висновку № 11 (2008) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо якості судових рішень вказано, що «накази, винесені судом у складі колегії суддів або суддею одноособово» входять до поняття терміну «судове рішення» (п. 9 Вступу) [3].

Звернемо увагу, що у адміністративному судочинстві рішення про надання доступу до матеріалів адміністративної справи, які містять державну таємницю, суд приймає у формі ухвали [28]. Вбачається, що такий підхід цілком може бути застосовано законодавцем і в кримінальному провадженні.

Отже, з метою узгодженості положень ч. 2 ст. 110 КПК, ч. 2 ст. 369 КПК України та ч. 4 ст. 517 КПК України вважаємо доцільним закріпити в ч. 4 ст. 517 КПК України, що «рішення про

надання доступу до конкретної таємної інформації та її матеріальних носіїв приймає керівник органу досудового розслідування, прокурор у формі постанови, а суд – у формі ухвали». Дана пропозиція відповідає ч. 2 ст. 369 КПК України та ідеї уніфікації судових рішень, яка висловлена в юридичній літературі [8, с. 70, с. 102].

2.3. У судовому провадженні може виникнути ситуація необхідності *прийняття судом процесуальних рішень, які пов'язано із міжнародним співробітництвом*. Згідно зі ст. 543 КПК України 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. У разі необхідності, суд, який здійснює кримінальне провадження, складає письмовий запит про міжнародне співробітництво у формі доручення або клопотання (ст. 548 КПК). Це може бути, наприклад: а) запит про міжнародну правову допомогу у формі доручення про проведення певних процесуальних дій (у тому разі слідчих (розшукових) дій): допиту (ч. 3 ст. 552 КПК), обшуку, огляду місця, вилучення, арешту чи конфіскації майна або інших процесуальних дій (ч. 4 ст. 552 КПК); б) запит про видачу особи (екстрадицію) у формі клопотання (ст. 575 КПК); в) клопотання суду про передання кримінального провадження іншій державі (ст. 599 КПК, ст. 600 КПК).

У межах теми нашого дослідження інтерес викликає питання: чи є доручення про проведення певних процесуальних дій (ст. 552 КПК) або клопотання про видачу особи (екстрадицію) (ст. 575 КПК) та клопотання суду про передання кримінального провадження іншій державі (ст. 600 КПК) видами судового рішення суду першої інстанції.

Вважаємо, що так, оскільки вони мають ознаки судового рішення, зокрема, є:

1) правозастосовними актами, форма та зміст яких встановлена національним кримінальним процесуальним законодавством;

2) актами реалізації судом своїх повноважень в межах визначеної законом компетенції (п. 7 ч. 1 ст. 541 КПК, ч. 1 ст. 548 КПК, ч. 1 ст. 551 КПК, ч. 1 ст. 575 КПК, ч. 1 ст. 599 КПК);

3) юридичними фактами, які породжують та змінюють кримінально-процесуальні відносини, що пов'язані з рухом кримінального провадження. Як зазначається в юридичній літературі, судові доручення або клопотання є приводом до взаємодії з іноземними судовими і правоохоронними органами [29, с. 29, с. 35].

4) повинні бути законними, обґрунтованими та вмотивованими, що впливає з положень ч. 2 ст. 551 КПК, п. 7 ч. 2 ст. 552 КПК, ч. 4 ст. 552 КПК України.

Разом із тим суд приймає рішення лише про *необхідність* направлення запиту (доручення, клопотання). Рішення про *направлення* запиту приймає уповноважений (центральний) орган України (ч. 2 та ч. 3 ст. 551 КПК), яким є Міністерство юстиції України (ч. 2 ст. 545 КПК), після розгляду запиту на предмет обґрунтованості і відповідності вимогам законів та міжнародних договорів України. Рішення *про задоволення та виконання* даного

запиту приймає запитувана сторона (держава, до компетентного органу якої направляється запит (п. 5 ч. 1 ст. 541 КПК)). Отже, суд першої інстанції, у випадку складання доручення про проведення певних процесуальних дій (ст. 552 КПК), клопотання про видачу особи (екстрадицію) (ст. 575 КПК) або клопотання про передання кримінального провадження іншій державі (ст. 600 КПК) лише *ініціює* проведення певних процесуальних дій.

Крім того, слід звернути увагу на певний *умовний характер обов'язковості виконання* даних видів рішення суду. Так, за відсутності міжнародного договору України міжнародна правова допомога чи інше співробітництво може бути запитано на засадах взаємності (ч. 1 ст. 544 КПК), на добровільній основі.

Вказані особливості є цілком закономірними з огляду на об'єктивну послідовність та особливість суб'єктів міжнародного співробітництва у кримінальному провадженні.

Таким чином, окремі ознаки доручення про проведення певних процесуальних дій (ст. 552 КПК) або клопотання про видачу особи (екстрадицію) (ст. 575 КПК) та клопотання суду про передання кримінального провадження іншій державі (ст. 600 КПК) як видів судового рішення мають особливості, що обумовлено специфікою міжнародного співробітництва в кримінальному провадженні.

## **Висновки**

Основними висновками даного дослідження є наступне.

1. Системний аналіз положень КПК України 2012 р. дозволяє дійти висновку, що суд першої інстанції приймає судові рішення як у формі вироку та ухвали (ч. 2 ст. 110 КПК, ч. 1 та ч. 2 ст. 369 КПК), так і у формі *окремої ухвали* (ч. 1 ст. 378 КПК), *подання* (ч. 2 ст. 34 КПК, п. 4 ч. 3 ст. 314 КПК), *наказу або письмового*

розпорядження (ч. 4 ст. 517 КПК), доручення (ч. 1 ст. 548 КПК, ст. 552 КПК), клопотання (ч. 1 ст. 548 КПК, ст. 575 КПК, ст. 600 КПК).

Запропоновано ч. 2 ст. 110 КПК України викласти у наступній редакції: «Судове рішення приймається у формі ухвали, вироку, а також у інших формах (окремої ухвали, подання, доручення, клопотання) у випадках, передбачених цим КПК. Судове рішення про необхідність вирішення питання про підсудність кримінального провадження суд приймає у формі подання. Судові рішення мають відповідати вимогам, передбаченим статтями 369, 371-374 цього Кодексу.

Положення ч. 2 ст. 369 КПК України викласти у наступній редакції: «Судове рішення, в якому суд вирішує інші питання, викладається у формі ухвали, а також в інших формах: окремої ухвали, подання, доручення, клопотання, у випадках, передбачених цим КПК.

Судове рішення про необхідність вирішення питання про підсудність кримінального провадження суд приймає у формі подання.

Судове рішення щодо необхідності направлення запиту про міжнародне співробітництво суд викладає у формі доручення або клопотання».

2. З метою узгодженості положень ст. 363 КПК, ст. 366 КПК та ч. 1 ст. 371 КПК України обґрунтовано необхідність виключити з ч. 1 ст. 371 КПК України положення, що суд ухвалює вирок *«безпосередньо після закінчення судового розгляду»* та викласти її у наступній редакції: «Суд ухвалює вирок та постановляє ухвалу, якою вирішує кримінальне провадження по суті, іменем України».

3. З метою узгодженості положень ч. 2 ст. 34 КПК та п. 4 ч. 3 ст. 314 КПК України запропоновано п. 4 ч. 3 ст. 314 КПК

України викласти в такій редакції: «Направити обвинувальний акт, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, *клопотання про звільнення особи від кримінальної відповідальності* до відповідного суду з поданням для визначення підсудності у випадку встановлення непідсудності кримінального провадження».

4. Висловлено пропозицію закріпити в ч. 4 ст. 517 КПК України, що «рішення про надання доступу до конкретної таємної інформації та її матеріальних носіїв приймає керівник органу досудового розслідування, прокурор у формі постанови, а суд – у формі ухвали».

Вважаємо, що викладені висновки і пропозиції можуть бути використані у: а) науково-дослідницькій сфері – для подальших досліджень видів судових рішень суду першої інстанції у кримінальному судочинстві; б) законотворчій діяльності – в процесі вдосконалення норм чинного кримінального процесуального законодавства в частині узгодженого закріплення видів судових рішень та порядку їх ухвалення; в) навчально-методичному процесі при викладанні дисципліни «Судові рішення у кримінальному провадженні України» та підготовці методичних матеріалів.

### **Список використаних джерел:**

1. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 р. (зі змінами та доповненнями). URL: <http://www.rada.gov.ua>.

2. Про якість складання й оформлення судових рішень у кримінальних справах та справах про адміністративні правопорушення: Узагальнення ВСУ судової практики від 01.08.2004 року. URL: <http://www.scourt.gov.ua>; Про правові

позиції судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України за 2015 рік, за 2016 рік. URL: <https://sc.gov.ua/> та ін.

3. Висновок № 11 (2008) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету міністрів Ради Європи щодо якості судових рішень. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)).

4. Бажанов М.И. Законность и обоснованность основных судебных актов в советском уголовном судопроизводстве: дис... д-ра юрид. наук. Харьков, 1967. 474 с.

5. Грошевой Ю.М. Сущность судебных решений в советском уголовном процессе. Харьков: Вища школа, 1979. 144 с.

6. Лупинская П.А. Судебные решения: содержание и форма. Рос. юстиция. 2001. № 11. С. 57-60.

7. Лупинская П.А. Решения в уголовном судопроизводстве. Их виды, содержание и форма. М.: Юрид. лит., 1976. 168 с.

8. Глинська Н.В. Концептуальні засади визначення та забезпечення стандартів доброякісності кримінальних процесуальних рішень: дис. ... д-ра юрид наук. Харків, 2015. 462 с.

9. Ігнатюк О.В. Судове провадження у першій інстанції в кримінальному процесі України: автореф. дис.... канд. юрид. наук. Ірпінь: НУДПСУ, 2014. 20 с.

10. Когутич І.І. Судові рішення в кримінальному провадженні: монографія. Тернопіль: Підручники і посібники, 2013. 183 с.

11. Тайлієва Х.Р. Судові рішення у кримінальному процесі: дис.... канд. юрид. наук. К.: НАВС. 2016. 211 с.

12. Шминдрук О.Ф. Підготовче провадження в кримінальному процесі України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, Академія адвокатури України, 2016. 19 с.

13. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 року № 1402-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2016. № 31. Ст. 545.

14. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Міністерства внутрішніх справ України про офіційне тлумачення положень частини третьої статті 80 Конституції України (справа про депутатську недоторканність) від 27.10.1999 р. Офіційний вісник України. 1999. № 44.

15. Кримінальний процес: підручник / Ю.М. Groшевий, В.Я. Тацій, В.П. Пшонка та ін.; за заг. ред.. В.Я. Тація, В.П. Пшонки. Х.: Право, 2013. 824 с.

16. Кримінальний процесуальний кодекс: Науково-практичний коментар / Відп. ред.: С.В. Ківалов, С.М. Міщенко, В.Ю. Захарченко. Х.: Одіссей, 2013. 1104 с.

17. Гуртієва Л.М. Частини (етапи) стадії судового розгляду у кримінальному провадженні України / Традиції та новації юридичної науки: минуле, сучасність, майбутнє: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (19 травня 2017 р., м. Одеса) У 2-х т. Т. 2 / відп. ред. Г.О. Ульянова. Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2017. С. 364-366.

18. Конституція України. Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28.06.1996 р. (з наступними змінами та доповненнями). Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141. URL: <http://www.rada.gov.ua>.

19. Харковець Ю.М. Проголошення і роз'яснення судових рішень у кримінальному провадженні України / Міжнародний юридичний вісник: збірник наукових праць Національного університету державної податкової служби України. Вип. 2(4). 2016. С. 107-114.



20. Гуртієва Л.М. Аналіз положень ч. 2 ст. 110 КПК України щодо видів судових рішень. Правова держава. 2016. № 23. С. 125-129.

21. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04 листопада 1950 року, ратифікована Законом України від 17 липня 1997 року № 475/97-ВР. URL: <http://www.rada.gov.ua>.

22. Ухвала Голосіївського районного суду м. Київ від 21.07.2014 року справа № 752/9834/14-к провадження № 1-кп/752/435/14. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/>.

23. Сиза Н.П. Підстави та порядок направлення кримінального провадження з одного суду до іншого. Часопис цивільного і кримінального судочинства. 2013. № 1 (10). С. 126-133.

24. Узагальнення ВССУ з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про практику здійснення апеляційним судом процесуального повноваження щодо призначення нового розгляду в суді першої інстанції від 01.01.2017 р. URL: <http://www.sc.gov.ua>.

25. Куценко В.Д. Щодо участі суддів у розгляді кримінальних проваджень, які містять відомості, що становлять державну таємницю. Науковий вісник Академії муніципального управління: Серія «ПРАВО». Випуск 2, 2015. С. 408-414.

26. Ухвала Автозаводського районного суду м. Кременчука Полтавської області від 02.06.2015 року справа № 524/4162/15-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua> та ін.

27. Закон України «Про державну таємницю» від 21.01.1994 р. № 3855-XII. URL: <http://zakon.rada.gov.ua>.

28. Постанова Пленуму Вищого Адміністративного Суду України від 13.03.2017 р. № 4 «Про Довідку щодо допуску і доступу представника позивача до матеріалів адміністративної справи, які містять державну таємницю»; ДОВІДКА щодо допуску

і доступу представника позивача до матеріалів адміністративної справи, які містять державну таємницю. URL: <http://zakon.rada.gov.ua>.

29. Пашковський М.І. Міжнародне співробітництво у кримінальному провадженні: навч.-метод. Посібник. 2-е вид., допов. та переробл. Одеса, 2016. 140 с.

***Підгородинська А.В.,***  
*кандидат юридичних наук, доцент,*  
*доцент кафедри кримінального процесу*  
*Національного університету «Одеська юридична академія»*

## **ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ВИЗНАННЯ ВИРОКІВ СУДІВ ІНОЗЕМНИХ ДЕРЖАВ НА ТЕРИТОРІЇ УКРАЇНИ**

### **Вступ**

Взаємодія держав через їх судові та правоохоронні органи в кримінальному провадженні може мати місце на різних стадіях: досудового розслідування та судового розгляду, а також на стадії виконання судових рішень. Взаємне визнання процесуальних рішень є принципом найтіснішого міжнародного співробітництва держав у сфері кримінального процесу. Світові процеси розвитку та вдосконалення різних форм та проявів злочинності детермінують необхідність розширення міждержавних відносин у згаданій сфері на міжнародно-правовому та внутрішньодержавних рівнях кожної окремої держави. Однією з процесуальних форм міжнародного співробітництва, яка знайшла нормативне та процесуальне регулювання в кримінальному процесуальному законодавстві України, є визнання та виконання вироків іноземних судів на території України. Слід зазначити, що

визнання та виконання вироків судів іноземних держав як процесуальна форма міжнародного співробітництва віддиференціювалася лише останнім часом, а довгий період самостійного статусу не мала і історично розвивалась усередині інших процесуальних форм міжнародного співробітництва, виступаючи його складовою частиною або певним етапом.

Питання, пов'язані з міжнародним співробітництвом у кримінальному провадженні, зокрема, й така процесуальна форма, як визнання та виконання вироків судів іноземних держав, досліджується вченими, що є представниками різних галузей права: міжнародного, кримінального, кримінального процесуального тощо. Серед них необхідно назвати О. В. Панюшкіну, А. Г. Маланюка, Я. І. Тростянську, К. В. Юртаєву та ін. Кожний із досліджуваних авторами аспектів має велике значення для розуміння суті і вдосконалення правового порядку реалізації вказаної процесуальної форми міжнародного співробітництва.

Кримінальні вирокі судів іноземних держав, зазначається в енциклопедичному словнику Ф. А. Брокгауза та І. А. Ефрона, не підлягають виконанню, оскільки кримінальний вирок – це результат застосування публічних законів держави, які не можуть поширюватися територією іншої держави. Інша справа – визнання кримінального вироку іноземного суду як факт, що має певні юридичні наслідки, воно є необхідним для того, щоб не порушувалося правило *non bis in idem* і особа, яку було засуджено за кордоном, не притягувалася до відповідальності двічі за той самий злочин [1].

## **Сутність та особливості виконання вироків судів іноземних держав**

Гене́за інституту визнання та виконання рішень іноземних судів відбувалася у загальному руслі розвитку міжнародного співробітництва у сфері боротьби зі злочинністю та кримінального судочинства, разом з іншими його формами, вбираючи загальні ознаки останніх та набуваючи самостійних, відмінних від інших, характеристик. Зважаючи на те, що першою формою міжнародного співробітництва в кримінально-процесуальній сфері вважається інститут екстрадиції, первинні прояви досліджуваного інституту були методом ефективної взаємодії в процедурі екстрадиції, а в подальшому – в тій самій ролі – в інших процедурах, пов'язаних із співробітництвом держав.

Необхідність визнання та виконання рішень іноземних судів під час міжнародного співробітництва в кримінальному судочинстві може виникати, як вже зазначалося, на різних стадіях кримінального процесу та в межах певних форм міжнародного співробітництва, бути принципом, способом реалізації співробітництва, формою співробітництва та самостійним правовим інститутом.

Як принцип визнання та виконання рішень іноземних судів та міжнародних судових органів означає, що встановлений рішенням іноземного суду або міжнародного судового органу (проміжним або остаточним) захід має визнаватися (за наявності юридичної процедури або без неї) та виконуватися на території запитуваної держави відповідно до міжнародного договору та національного законодавства останньої (на цьому принципі базуються механізми Європейського ордеру на арешт та Європейського ордеру на отримання доказів).

Будучи способом реалізації форм міжнародного співробітництва в кримінальному провадженні (при наданні міжнародної правової допомоги, при перейнятті кримінального провадження, при передачі засуджених осіб, в екстрадиційному процесі), визнання та виконання рішень іноземних судів та міжнародних судових органів уможлиблює досягнення цілей, що покладаються на визначену форму.

Визнання та виконання рішень (в тому числі й вироків) іноземних судів та міжнародних судових установ, як процесуальна форма міжнародного співробітництва у сфері кримінального провадження, є зовнішнім виразом, способом існування такого співробітництва як явища, і складає, поряд з іншими процесуальними формами, його предмет.

Інститут визнання та виконання рішень іноземних судів та міжнародних судових органів являє собою систему правових норм, що регулюють відносини у сфері міжнародного співробітництва під час кримінального провадження, діяльність уповноважених на те суб'єктів, яка полягає в проведенні процесуальних дій та прийнятті процесуальних рішень, із метою поширення юридичної сили рішення іноземного суду або міжнародного судового органу (або іншого компетентного органу, у разі визначення його повноважним національним законодавством) на територію запитуваної держави та застосування всіх можливих законних засобів для їх реалізації відповідно до законодавства запитуваної держави та прийнятих міжнародно-правових зобов'язань.

Слід зазначити, що визнання та виконання рішень іноземних судів (інших іноземних процесуальних рішень) ми пропонуємо розглядати в широкому розумінні, як частину (елемент) інших форм міжнародного співробітництва під час кримінального провадження (проведення окремих процесуальних дій, екстради-

ційного провадження, перейняття кримінального провадження, передачі засуджених осіб або здійснення нагляду за ними тощо). Залежно від того, частиною якого провадження в процесі співробітництва є інститут визнання та виконання рішень іноземних судів та міжнародних судових установ, відрізняються види, суб'єкти та процедури визнання та виконання.

### **Правові основи виконання вироків судів іноземних держав на території України**

Нормативно-правовою підставою для визнання і виконання вироків судів іноземних держав є наявність міжнародного договору, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України.

Зважаючи на розвиток процесуальних форм міжнародного співробітництва в єдиному руслі, значення в історичному становленні цього інституту мали міжнародні нормативно-правові акти, що регламентували, зокрема, інші форми процесуальної взаємодії. Так, друга половина ХХ ст. характеризувалася укладенням значної кількості багатосторонніх та двосторонніх договорів як у сфері боротьби із злочинністю, так і безпосередньо в міжнародному співробітництві під час кримінального провадження, при цьому активно виокремлювалися конкретні форми міжнародного співробітництва між державами і знаходили процесуальну регламентацію як у зазначених договорах, так і в національних законодавствах держав. Більшість таких договорів залишаються чинними і до теперішнього часу. Мова йде про правові акти, які мають велике значення для регулювання відносин, пов'язаних із міжнародним співробітництвом у кримінальному судочинстві: Європейську конвенцію про видачу правопорушників 1957 р., Додатковий та Другий додатковий протокол до неї; Європейську конвенцію про

взаємну допомогу у кримінальних справах 1959 р.; Додатковий протокол до неї 1978 р.; Європейську конвенцію про нагляд за умовно засудженими або умовно звільненими правопорушниками від 1964 р.; Європейську конвенцію про інформацію щодо іноземного законодавства від 1968 р.; Додатковий протокол до неї 1978 р.; Європейську конвенцію про міжнародну дійсність кримінальних вироків від 1970 р.; Європейську конвенцію про передачу провадження у кримінальних справах від 1972 р.; Європейську конвенцію про боротьбу з тероризмом від 1977 р.; Конвенцію про передачу засуджених осіб від 1983 р.; Додатковий протокол до неї 1997 р.; Конвенцію про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом 1990 р.; Конвенцію ООН проти транснаціональної організованої злочинності та Протоколів, що її доповнюють, 2000 р., відповідні закони про ратифікацію цих договорів тощо.

Після розпаду СРСР Україна, відповідно до ст. 7 Закону України «Про правонаступництво України» [2, с. 207], Віденської конвенції про правонаступництво держав щодо договорів від 23.08.1978 р. [3] з нотами України, надісланими в січні 1994 р. до посольств іноземних держав, є правонаступницею по двосторонніх договорах колишнього СРСР із питань кримінального судочинства. Активно укладалися двосторонні договори з наново створеними державами. Так, Україною було укладено договори з Азербайджаном, Киргизстаном, Латвією, Литвою, Молдовою, Естонією. У 1993 р. між державами – членами СНД у м. Мінську було укладено Конвенцію про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах (Мінську конвенцію), в 1997 р. – Додатковий протокол до неї, у 2002 р. – Кишинівську редакцію зазначеної Конвенції та ін. Починається активний процес удосконалення національних

кримінально-процесуальних законодавств з урахуванням міжнародно-правових зобов'язань держав. Країни приймають нові Кримінально-процесуальні кодекси (Казахстан – в 1997 р., Вірменія – в 1999 р., Киргизія, Білорусь – в 1999 р., Азербайджан – у 2000 р., Російська Федерація – у 2001 р., Молдова, Туркменістан – у 2009 р., Україна – в 2012 р.) або вносять відповідні зміни та доповнення, зважаючи на потреби сучасного кримінального судочинства.

Довгий час питання процесуальної регламентації міжнародного співробітництва під час кримінального провадження залишалися поза належною увагою вітчизняного законодавця [4, с. 582]. Спочатку КПК України 1960 р. містив лише ст. 31, яка передбачала, що порядок зносин судів, прокурорів, слідчих та органів дізнання з відповідними установами іноземних держав, а також порядок виконання доручень визначається чинним законодавством України та міжнародними договорами України. Фактично ця норма відсилала саме до чинних міжнародних договорів і до процедури загального характеру, оскільки кримінально-процесуальне законодавство хоч і містило посилення, однак спеціальних процедур не встановлювало, що викликало складності.

Лише у 2011 р. КПК України 1960 р. було доповнено розділом IX, в якому містилася глава 37, що визначала національну процедуру реалізації міжнародних договорів щодо видачі (екстрадиції) осіб, а пізніше – і щодо міжнародної правової допомоги (глава 38) та перейняття кримінального переслідування (глава 39), а також низкою статей, що визначали правові основи створення й діяльності міжнародних слідчих груп, можливість присутності представника компетентного органу



іноземної держави під час виконання запиту про міжнародну правову допомогу [5].

Новим, необхідним та важливим витком у розвитку міжнародного співробітництва, процесуальної регламентації його форм на національному рівні для України, як уявляється, стало прийняття Верховною Радою України 13.04.2012 р. Кримінального процесуального кодексу України, який набув чинності 19.11.2012 р. і в якому законодавець визначив основні засади міжнародного співробітництва під час кримінального провадження, форми співробітництва (міжнародну правову допомогу при проведенні процесуальних дій, екстрадицію, перейняття кримінального провадження, визнання та виконання вироків судів іноземних держав та міжнародних судових установ та передачу засуджених осіб), передбачив особливості процесуального порядку їх реалізації, у тому числі і відповідно до норм міжнародних договорів.

У 2013 році інститут виконання вироку іноземного суду вперше було закріплено в законі України про кримінальну відповідальність шляхом прийняття нової редакції ч. 4 ст. 10 КК України. Це, відповідно, стало необхідним та логічним кроком, оскільки згідно ч. 3 ст. 3 КК України всі кримінально-правові наслідки вчинення злочинного діяння мають бути визначені в КК України [6, с. 290]. Тобто інститут виконання вироків іноземних держав отримав ще й кримінальне-правове підґрунтя.

### **Процесуальний порядок виконання вироків судів іноземних держав на території України**

Глава 46 КПК України регламентує порядок визнання та виконання вироків судів іноземних держав та міжнародних судових установ. Законодавець акцентує увагу на можливість

визнання та виконання саме такого процесуального рішення як вирок. Вирок суду – це найважливіше рішення суду за кримінальним процесуальним законодавством України першої чи апеляційної інстанції, постановлене за результатами судового розгляду, в якому обвинувачення вирішується по суті.

Необхідно звернути увагу на положення, передбачене ч. 2 ст. 605 КПК України, відповідно до якого положення ст. ст. 605-612 КПК України можуть бути застосовані при вирішення питання про передачу особи, до якої судом застосовано примусові заходи медичного характеру. Відповідно до ст. 1 Конвенції про передачу осіб, які страждають психічними розладами, для проведення примусового лікування 1997 р. (ратифіковано із застереженнями Законом України № 1372-XIV від 11.01.2000 р.) громадяни кожної із Договірних Сторін, які вчинили суспільно небезпечні діяння в стані неосудності, відносно яких є рішення суду про застосування до них примусових заходів медичного характеру на території іншої Договірної сторони, за взаємною згодою цих Договірних сторін передаються для проведення примусового лікування в ту державу, громадянами якої вони є або на території якої постійно проживають, якщо вони є особами без громадянства) [7].

Конвенція про міжнародну дійсність кримінальних вироків 1970 р. визначає поняття «вироку» та «європейського судового рішення». Так, європейське судове рішення в кримінальних справах – будь-яке остаточне рішення, винесене кримінальним судом Договірної сторони в результаті, що рішення не може бути змінено чи відмінено, оскаржено; повне, цілковите, вирішальне і вказує на неможливість вирішувати питання щодо перегляду вироку в іншій Договірній Державі, оскільки це – прерогатива держави винесення вироку [8].

Таким чином, вищевказаними міжнародними договорами, які є ратифікованими у встановленому порядку Верховною Радою України, і відповідно, представляють частину кримінального процесуального законодавства України, визнається можливість виконання на території України будь-якого процесуального рішення, винесеного в ході або за результатами здійснення судового кримінального провадження компетентним кримінальним судом, яке набуло законної сили. Окремі процесуальні рішення можуть бути визнані і виконані на території України, в порядку, передбаченому для відповідної процесуальної форми, в межах якої вони реалізуються. Однак у порядку, передбаченому главою 46 КПК України, – тільки ті процесуальні рішення, якими провадження вирішується по суті (вироки і відповідні ухвали).

Судове рішення є іноземним, якщо його постановлено компетентним судом або судовим органом іноземної держави відповідно до вимог законодавства останньої. В окремих міжнародних договорах (наприклад, Європейській конвенції про здійснення прав дітей від 25.01.1996 р.) такими судами можуть визнаватися як суди, так і адміністративні органи з аналогічними повноваженнями; суди загальної юрисдикції, прокурори всіх рівнів, органи досудового розслідування. Однак повноваження щодо здійснення розгляду провадження по суті, визнання особи винуватою або невинуватою у вчиненні кримінального провадження і призначення покарання здійснюється виключно судами, які наділені відповідною компетенцією згідно внутрішньо національного законодавства кожної із Договірних сторін. Закон України «Про ратифікацію Європейської конвенції про міжнародну дійсність кримінальних вироків» містить застереження до п. 1 ст. 61 Конвенції, згідно з яким Україна визнаватиме та виконуватиме «*ordonances penales*» за умови їх постановлення

судовими органами. Також зазначається, що Україна відмовлятиме у виконанні санкції за діяння, яку згідно із законодавством України за вчинення відповідного діяння призначає лише адміністративний орган [9].

Вважаємо, що вирок суду іноземної держави можна визначити як владно-розпорядчий акт компетентного суду іноземної держави, винесений у межах його компетенції і за результатами судового розгляду відповідно до законодавства такої держави, в якому обвинувачення вирішено про суті, тобто визначено питання про винуватість або невинуватість особи, а також призначено відповідне покарання.

Визнання вироків судів іноземних держав – це поширення юридичної сили вироків, винесених судами іноземних держав (або міжнародними судовими установами) територією запитуваної держави у порядку, передбаченому законодавством останньої. Таке визнання може бути передумовою подальшого виконання вироку суду іноземної держави. У науковій літературі виділяють наступні види визнання: 1) за способом: фактичне (що передбачає наявність певної юридичної процедури, що здійснюється центральним (уповноваженим) органом запитуваної держави, спрямованої на визначення допустимості поширення юридичної сили вироку, винесеного судом іноземної держави, територією запитуваної держави); формально-юридичне (передбачає наявність юридичної процедури, проведення якої вимагає кримінально-процесуальне законодавство запитуваної держави, в процесі якої компетентний орган (як правило, суд) проводить низку процесуальних дій, спрямованих на поширення юридичної сили вироку суду іноземної держави територією запитуваної держави, результатом таких дій є винесення рішення про визнання чи про визнання та виконання іноземного вироку);

2) за метою: визнання вироку з метою видачі осіб; визнання з метою виконання заходів кримінально-процесуального характеру: покарання (штрафу, конфіскації, позбавлення волі, виключення прав, альтернативних санкцій та умовного засудження, умовно-дострокового звільнення від покарання, відстрочки виконання покарання; визнання вироку з метою обліку засуджень фізичних осіб, що має кримінально-правовий чи загально правовий характер [10, с. 11]; 3) залежно від напрямів правового регулювання: визнання вироку у кримінальних провадженнях у частині, що стосується відшкодування шкоди, заподіяної злочином, штрафів чи конфіскації майна; визнання іноземних вироків у зв'язку з передачею засуджених до позбавлення волі осіб для відбування покарання до країни їх громадянства чи постійного проживання; визнання вироку у частині позбавлення прав [11, с. 446].

Слід зазначити, що світова практика знає декілька процесуальних моделей визначення можливості (допустимості) визнання вироків судів іноземних держав: судовою моделлю (передбачає, що питаннями визначення можливості визнання вироків судів і подальшого виконання іноземних держав займається виключно судовий орган), адміністративною моделлю (передбачає, що першочергове рішення щодо визначення можливості визнання і подальшого виконання вироків судів іноземних держав виносить адміністративний орган запитуваної держави); змішаною (містить у собі основні положення, характерні як для судової, так і для адміністративної моделей. Залежно від того, яку роль (першочергову чи другорядну) відіграє компетентний орган запитуваної держави в цьому процесі, розрізняють судово-адміністративну та адміністративно-судову моделі).

Однією із стадій кримінального процесу, що є дуже важливою для реалізації таких форм міжнародного співробітництва, як передача засуджених осіб і визнання та виконання вироків іноземних судів та міжнародних судових органів, є стадія виконання судових рішень, змістом якої є правовідносини і діяльність її учасників при визначальній ролі суду щодо виконання судових рішень, а саме: звернення рішень до виконання, контроль за їх виконанням та вирішення питань, що виникають під час виконання. Виконання судового рішення, яке набрало законної сили, є завершальною стадією кримінального провадження, адже вони є обов'язковими для виконання на всій території України. У ній здійснюються лише ті дії й виносяться ті рішення суду та інших суб'єктів, що мають процесуальний характер і регламентуються процесуальним законом. Вся інша діяльність щодо фактичного виконання вироку, здійснювана адміністративними органами держави, установами та організаціями, знаходиться за межами кримінального процесу і не включається до змісту стадії.

Обов'язковою умовою виконання судового рішення, в тому числі й іноземного, є набрання ним законної сили, тому що тільки вирок, що набув законної сили, є підставою для відбування покарання й виконання усіх інших рішень суду, сформульованих у вироку. Зазначена умова відображується і в Європейській конвенції про міжнародну дійсність кримінальних вироків 1970 р. (ст. 1 указує на те, що рішення повинно бути остаточним), Європейській конвенції про нагляд за умовно засудженими або умовно звільненими правопорушниками (ст. 3), Конвенції про передачу засуджених осіб (ст. 3).

Таким чином, у випадку, коли мова йде про провадження, пов'язані з передачею засуджених осіб і визнанням та виконанням рішень іноземних судів та міжнародних судових

установ, процесуальні дії національних судів відбуваються саме на стадії виконання судових рішень, з урахуванням положень, що безпосередньо регулюють указані форми співробітництва (глава 46 КПК). Так, суди України за результатами судового розгляду питання про виконання вироку суду іноземної держави виносять рішення про його виконання повністю або частково, або про відмову в такому виконанні (ст. 603 КПК України 2012 р.), винесена ухвала, відповідно до ст. 604 КПК України, звертається до виконання згідно з КПК України. Положення зазначених вище міжнародних договорів України дозволяє судам запитуваної держави приймати рішення щодо помилування, амністії або пом'якшення вироку у відповідності до національного законодавства (наприклад, ст. 12 Конвенції про передачу засуджених осіб 1983 р.).

Виконання вироку суду іноземної держави – це застосування всіх можливих законних засобів, спрямованих на реалізацію положень чинних для договірних держав міжнародних договорів, на підставі запитів у порядку, передбаченому національним законодавством держави виконання вироку. Виконання, вважаємо, необхідно класифікувати: 1) за обсягом виконання: повне – коли з точки зору національного законодавства держави виконання вироку немає перешкод для виконання санкції, встановленої вироком суду іноземної держави у повному обсязі; часткове виконання – має місце у випадку, коли вирок суду іноземної держави можливо виконати лише у певній частині, яка не суперечить законодавству держави виконання вироку; 2) залежно від вимог законодавства запитуваної держави: пряме виконання – відбувається на підставі прийнятих міжнародно-правових зобов'язань, спрямоване автоматично до виконавчої сфери, без виконання будь-яких процесуальних дій; непряме

(умовне) виконання – це виконання, яке здійснюється за певних умов, визначених законом та міжнародним договором запитуваної держави. Виконання вироку суду іноземної держави як самостійне провадження регулюється ст. ст. 602, 603 КПК України. Першочергову роль у цьому процесі займає Міністерство юстиції України, яке розглядає запит про виконання вироку, з'ясовує наявність підстав, передбачених чинним міжнародним договором України, для його задоволення. Встановивши відповідність запиту умовам, передбаченим чинним міжнародним договором України, направляє клопотання до суду. Клопотання Міністерства юстиції України розглядається протягом одного місяця з дня його отримання судом першої інстанції, в межах територіальної юрисдикції якого знаходиться місце проживання чи останнє відоме місце проживання засудженої особи, або місце перебування майна такої особи, а разі їх відсутності – місце знаходження Міністерства юстиції України. Про дату судового засідання повідомляють особі, щодо якої ухвалено вирок, якщо вона перебуває на тер. України. Судовий розгляд здійснюється за участю прокурора. При розгляді клопотання Міністерства юстиції України суд встановлює, чи дотримані умови, передбачені міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана ВРУ, або КПК. При цьому суд не перевіряє фактичні обставини, встановлені вироком суду іноземної держави, та не вирішує питання щодо винуватості особи. За результатами судового розгляду суд постановляє ухвалу: 1) про виконання вироку суду іноземної держави повністю або частково. При цьому суд визначає, яка частина покарання може бути виконане в Україні, керуючись положеннями КК України, що передбачають кримінальну відповідальність за злочин, у зв'язку з яким ухвалено вирок;



2) про відмову у виконанні вироку суду іноземної держави (ст. 603). Вирішення питання про виконання вироку суду іноземної держави у частині цивільного позову вирішується у порядку, передбаченому ЦПК України. Ухвала про виконання вироку суду іноземної держави звертається до виконання відповідно до КПК України.

У провадженні, пов'язаному з передачею засуджених осіб, також здійснюється виконання вироку суду іноземної держави. Питання про допустимість виконання вирішує центральний орган (Міністерство юстиції України), про приведення вироку суду іноземної держави у відповідність із законодавством України – суд. Наслідком передачі засудженої особи для держави виконання вироку є те, що її компетентні органи або продовжують виконання одразу або на основі судової чи адміністративної постанови, або визнають вирок з використанням судової або адміністративної процедури своєї держави і таким чином замінюють міру покарання, призначену в державі винесення вироку, мірою покарання, передбаченою законодавством держави виконання вироку (ст. 9 Конвенції про передачу засуджених осіб 1983 р.). Клопотання Міністерства юстиції України про приведення вироку суду іноземної держави у відповідність із законодавством України розглядає суд першої інстанції за останнім відомим місцем проживання засудженої особи в Україні або за місцем знаходження Міністерства юстиції України протягом одного місяця з моменту його надходження. Судовий розгляд здійснюється за участю прокурора. Під час розгляду клопотання Міністерства юстиції України суд визначає статті (частини статей) закону України про кримінальну відповідальність, якими передбачено відповідальність за кримінальне правопорушення, вчинене засудженим громадя-

нином України, і строк позбавлення волі, визначений на підставі вироку суду іноземної держави. При визначенні строку покарання у вигляді позбавлення волі, що підлягає відбуванню на підставі вироку суду іноземної держави, суд дотримується тривалості призначеного таким вироком покарання, крім таких випадків: 1) якщо законом України про кримінальну відповідальність за кримінальне правопорушення максимальний строк позбавлення волі є меншим, ніж призначено вироком суду іноземної держави, суд визначає максимальний строк позбавлення волі, передбачений законом України; 2) якщо строк покарання, призначений вироком суду іноземної держави, є меншим, ніж мінімальний строк, передбачений санкцією статті КК України за відповідне кримінальне правопорушення, суд дотримується строку, визначеного вироком суду іноземної держави. Відповідно до клопотання Міністерства юстиції України суд може також розглянути питання про виконання додаткового покарання, призначеного вищевказаним вироком. При розгляді питання про виконання покарання суд може одночасно вирішити питання про його виконання в частині цивільного позову і процесуальних витрат у разі наявності відповідного клопотання. Копія ухвали суду направляється до Міністерства юстиції України та центрального органу виконавчої влади у сфері виконання покарань.

Важливим питанням при розгляді визнання та виконання рішень іноземних судів у кримінальних справах є питання про їх юридичну силу. Згідно із ст. 124 Конституції України, обов'язковими для виконання на всій території України є лише судові рішення, які ухвалені судами іменем України [12]. Таким чином, юрисдикція судів іноземних держав не може поширюватися територією України, і відповідно, судові рішення

однієї держави є чинними тільки на її території і не мають правових наслідків на території іншої держави без згоди останньої. Таку згоду держави можуть надавати шляхом укладання міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких має бути надана їх органами законодавчої влади. Згідно із ст. 124 Конституції України та ст. 19 Закону України «Про міжнародні договори України», чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. Таким чином, міжнародні договори, що регулюють визнання та виконання рішень іноземних судів та міжнародних судових органів у кримінальних справах, ратифіковані парламентом, є частиною національного законодавства України.

Закон України «Про судоустрій і статус суддів» від 02.06.2016 р., визначає, що судові рішення інших держав, міжнародних арбітражів, рішення міжнародних судових установ та аналогічні рішення інших міжнародних організацій щодо вирішення спорів є обов'язковими до виконання на території України за умов, визначених законом, а також відповідно до міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною радою. України [13]. Зрозуміло, що, виходячи із цих положень, в Україні мають визнаватися та виконуватися рішення іноземних судів, у тому числі й у кримінальних провадженнях.

В Україні можливим є: виконання обвинувальних вироків, які набули законної сили (щодо санкцій, які включають позбавлення волі, штрафів та конфіскацій, позбавлення прав; здійснення нагляду за умовно засудженими та умовно звільненими особами).

Інститут визнання та виконання рішень іноземних судів та міжнародних судових органів, до внесення доповнень до КПК України 1960 р. та прийняття нового КПК України 2012 р.,

знаходив своє регулювання в міжнародних договорах, які укладаються між державами.

Міжнародними договорами, які безпосередньо регулюють інститут визнання та виконання рішень іноземних судів у кримінальних справах, є, зокрема, Європейська конвенція про міжнародну дійсність кримінальних вироків 1970 р. (ратифікована Україною із заявами і застереженнями Законом 2002 р., який набув чинності 2003 р. ); Конвенція про передачу засуджених осіб від 1983 р. (відповідний закон про приєднання від 22.09.1995 р.) і Додатковий протокол до неї 1995 р. (ратифікований 03.04.2003 р.); Конвенція ООН про передачу осіб, які засуджені до позбавлення волі, для відбування покарання у державі, громадянами якої вони є 1978 р. (ратифікована Президією ВР СРСР 03.04.1979 р.; набув чинності 26.08.1979 р.); Європейська конвенція про видачу правопорушників 1957 р. (ратифіковано законом від 16.01.1998 р.) з двома Додатковими протоколами до неї; Європейська конвенція про нагляд за умовно засудженими або умовно звільненими правопорушниками 1964 р. (набула чинності для України 22.09.1995 р.); Європейська конвенція про передачу провадження у кримінальних справах 1972 р. (Україна приєдналася до нього 22.09.1995 р.); Конвенція про передачу осіб, які страждають на психічні розлади, для проведення примусового лікування 1997 р. (діє між державами-учасницями СНД); Конвенція про передачу засуджених до позбавлення волі для подальшого відбування покарання 1998 р. (набув чинності 19.02.1999 р.).

Мінська конвенція 1993 р. у ст. 51 передбачає визнання та виконання вироків судів у кримінальних справах щодо відшкодування шкоди. Таке визнання та виконання відбувається в рамках цивільного процесу та регламентується положеннями

Розділу IX Цивільного процесуального кодексу «Визнання та виконання рішень іноземних судів, міжнародних комерційних арбітражів в Україні, надання дозволу на примусове виконання рішень третейських судів», що регламентує умови та процесуальний порядок визнання та виконання іноземних судових рішень.

### **Висновки**

Виходячи з вищевикладеного, можна презюмувати, що в даний час кримінальне та кримінальне процесуальне законодавство України містить правові основи як для існування, так і для ефективної реалізації всіх процесуальних форм міжнародного співробітництва, в тому числі й визнання та виконання вироків судів іноземних держав. Хронологічно кримінальне процесуальне законодавство в питанні регламентації визнання та виконання вироків судів іноземних держав розвивалося попереду відповідних кримінальних процесуальних норм.

Визнання та виконання вироків судів іноземних держав – явище, що має комплексний характер і характеризується низкою особливостей щодо сутності та правової природи. Зокрема, мова йде про можливість останнього виступати самостійним провадженням, або бути частиною, важливою і визначальною, іншого провадження – передачі засуджених осіб для відбування покарання в державі, громадянами якої вони є (або інших проваджень, пов'язаних із реалізацією процесуальних форм міжнародного співробітництва в кримінальному процесі, однак тоді йдеться про визнання та виконання на території Запитуваної держави не тільки вироків, а й інших процесуальних рішень).

Акцентуючи увагу на кримінально-процесуальному аспекті дослідження, можемо стверджувати, що кримінальне проце-

суальне законодавство у регламентації даного інституту не є досконалим, потребує, зокрема, визначення деяких термінів та вдосконалення процедури.

Окремі аспекти досліджуваного інституту детально досліджено та проаналізовано в науці, однак деякі ще потребують доопрацювання в тому числі й з метою вдосконалення існуючого законодавства та правозастосовної практики, дотримання та гарантування прав і свобод осіб, які беруть участь у цьому процесі.

### **Список використаних джерел:**

1. Энциклопедический словарь Ф.А. Брокгауза и И.А. Ефрона. URL: [http:// dic.ncf./brokgauz\\_efron/46391/](http://dic.ncf./brokgauz_efron/46391/).

2. Про правонаступництво України: Закон України від 12.09.1991 р. Відомості Верховної Ради України. 1991. № 24. Ст. 207.

3. Віденська конвенція про правонаступництво держав щодо міжнародних договорів від 23.08.1978 р. URL: [http:// zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_185](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_185).

4. Підгородинська А.В. Історія становлення визнання та виконання рішень іноземних судів та міжнародних судових органів у кримінальному процесі у системі міжнародного співробітництва у кримінальному судочинстві / Актуальні проблеми права: теорія і практика: зб. наук. праць. № 24. Луганськ: Східноукр. націон. ун.-т ім. Володимира Даля, 2012. С. 582-589.

5. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з ратифікацією Другого додаткового протоколу до Європейської конвенції про взаємну допомогу у кримінальних справах: Закон України від 16.06.2011 р. URL: [http:// zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3529-17](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3529-17).

6. Юртаєва К.В. Особливості виконання вироку іноземного суду за кримінальним правом України. ФП. 2016. № 3. С. 289-293.

7. Конвенція про передачу осіб, які страждають психічними розладами, для проведення примусового лікування від 28.03.1997 р. URL: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/997\\_028](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/997_028).

8. Європейська конвенція про міжнародну дійсність кримінальних вироків від 28.05.1970 р. URL: [zakon1.rada.gov.ua/laws/show/994\\_341](http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/994_341).

9. Про ратифікацію Європейської конвенції про видачу правопорушників, 1959 р., Додаткового протоколу 1978 р.: Закон України від 06.01.1998 р. Відомості Верховної Ради України. № 23. Ст. 123.

10. Панюшкина О.В. Взаимное признание и исполнение приговоров государствами Евросоюза в европейском и национальном праве: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.0010 «Міжнародне право; європейське право». М., 2010. 26 с.

11. Маланюк А. Правовий механізм визнання та виконання в Україні вироків у кримінальних справах, постановлених судами іноземних держав / Матеріали X регіон. наук.-практ. Конференції. Л., 2004. С. 446-448.

12. Конституція України Прийнята на 5 сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30.

13. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 02.06.2016 р. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1402-19>.

**Кавецька В.С.,**  
*аспірант кафедри кримінального процесу*  
*Національного університету «Одеська юридична академія»*

## **ДОПИТ НЕПОВНОЛІТНЬОГО В СТАДІЇ СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ ЗА УЧАСТІ ПЕДАГОГА, ПСИХОЛОГА, ЗАХИСНИКА ТА ЗАКОННОГО ПРЕДСТАВНИКА**

### **Вступ**

Із закінченням досудового розслідування кримінальне провадження щодо неповнолітніх переходить до судових стадій. Саме тут у найбільш повному обсязі реалізуються засади кримінального провадження, зокрема, право на доступ до правосуддя (право на справедливий суд). Здійснення кримінального судочинства щодо неповнолітніх повинно бути направлено перш за все не на покарання неповнолітньої особи, а на запобігання вчиненню нових злочинів неповнолітніми і сприяння виправленню таких осіб.

КПК України роз'яснює, що неповнолітньою особою є малолітня особа, а також дитина у віці від чотирнадцяти до вісімнадцяти років [8].

Законодавець розглядає неповнолітнього як особу, яка не в змозі повною мірою особисто захистити свої законні права та інтереси. Така оцінка неповнолітнього пов'язана з низкою питань, з яких основними необхідно визнати вікові особливості розвитку людського організму, головним чином, психіки; специфіки суспільного становища (вплив сім'ї, недостатній життєвий досвід). Усе це певним чином позначається на особистості неповнолітнього і при проведенні судових дій з його участю вимагає створення для нього додаткових правових гарантій.

Згідно зі статтею 12 Конвенції ООН про права дитини дитина має право бути заслуханою в ході будь-якого судового розгляду,



що стосується її безпосередньо, або через представника чи відповідний орган у порядку, передбаченому процесуальними нормами національного законодавства [11].

Значна кількість наукових напрацювань із питань здійснення кримінального провадження щодо неповнолітніх підтверджує наявність підвищеного інтересу до особливої соціальної групи населення – дітей. Зокрема, дослідження гарантій прав і свобод особи під час здійснення судового провадження щодо неповнолітніх знаходимо в працях видатних вчених-правників: Ю. П. Аленіна, Є. М. Гідулянової, Н. І. Гуковської, С. М. Зеленського, О. В. Керевича, М. В. Кокошко, О. М. Крукевич, С. А. Луговцової, Н. С. Манової, О. Я. Марковічевої, Е. Б. Мельникової, Г. В. Мудрецької, В. Т. Нора, В. Г. Пожара, Т. І. Пономарьової, В. В. Романюка, В. В. Самолюка, В. М. Тertiшника, Л. Д. Удалової, Ю. В. Циганюк, О. В. Цикової, В. П. Шибіка, О. В. Яроша та ін.

Підвищений інтерес до неповнолітніх осіб у кримінальному провадженні обумовлений в першу чергу психологічними та фізіологічними особливостями даної групи населення, а також особливим ставленням держави до дітей, як до основи нації та її майбутнього.

Законодавець у ч. 2 ст. 484 КПК України закріплює, що 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 [8].

Потерпілого неповнолітнього в кримінальному провадженні може представляти представник – особа, яка в кримінальному провадженні має право бути захисником. Що стосується представництва неповнолітніх потерпілих у кримінальному провадженні, то згідно зі статтею 59 КПК України, якщо потерпілим є неповнолітня особа, до участі в процесуальній дії разом з нею залучається її законний представник [8].

Допит дитини на стадії судового розгляду має бути ретельно спланованим, оскільки сам допит, незалежно від того, чи вона скоїла злочин, чи потерпіла від нього або стала свідком, є травматичним. Тому законодавець передбачив участь відповідних осіб під час допиту неповнолітнього, які повинні діяти в його інтересах. Відповідно до ст. ст. 354, 490, 491 КПК України законний представник, педагог або психолог, лікар та захисник мають бути присутні під час допиту неповнолітнього. Незабезпечення підтримки з боку вказаних осіб має свої негативні наслідки для дитини. Окрім цього, КПК Країни не визначає, в яких випадках запрошується педагог, а в яких – психолог.

### **Участь педагога або психолога при допиті неповнолітнього в стадії судового розгляду**

Участь педагога та психолога в судовому розгляді кримінальних справ відносно неповнолітніх обумовлена необхідністю враховувати їх вік й індивідуальні психологічні особливості. Педагог та психолог допомагають суду встановити контакт із допитуваними та створити умови, що сприяють успішному веденню допиту та отриманню правдивих показань.

Вивчення енциклопедичних джерел свідчить, що педагогічним працівником є особа, яка має відповідну педагогічну освіту, належний рівень професійної підготовки і здійснює педагогічну діяльність. Особа, яка володіє педагогічними (психологічними) знаннями, має віднайти підхід до неповнолітнього правопорушника: відповідним чином побудувати бесіду з ним, коректно поставити питання, що дало б змогу слідчому або суду з'ясувати обставини, що підлягають обов'язковому встановленню в справах про злочини неповнолітніх. Вбачається, що педагог (психолог) повинен не тільки володіти знаннями в галузі педагогіки та психології, а й мати досвід роботи з неповнолітніми тієї вікової категорії, до якої належить особа, яку допитують. Деякими науковцями, на нашу думку, правомірно ставиться питання про те, який педагог повинен запрошуватися для участі в допиті – знайомий чи незнайомий із підлітком, а також має значення, в яких відносинах вони перебувають тощо.

Одним із недоліків КПК України є відсутність норми, що передбачала б обов'язковим залучати психолога до кримінального провадження стосовно та за участю неповнолітніх. Така правова норма гарантувала б забезпечення прав та законних інтересів неповнолітнього наряду із участю законного представника та захисника у кримінальному процесі. Залучення спеціаліста-психолога було б доцільним на стадії підготовки до проведення допиту неповнолітнього підозрюваного, обвинуваченого, свідка, що забезпечувало б отримання повних та достовірних показів підлітка (здійснення діагностики його психічного стану, визначення емоційно-вольових установок та мотивів злочинної поведінки, прогнозування можливої поведінки для встановлення психологічного контакту з ним при проведенні допиту тощо) [5].

Спеціалістом у кримінальному провадженні є особа, яка володіє спеціальними знаннями та навичками застосування технічних або інших засобів і може надавати консультації під час досудового розслідування і судового розгляду з питань, що потребують відповідних спеціальних знань і навичок [24].

Серед юристів немає єдності в погляді на допустимість і корисність використання допомоги педагогів під час допиту. Н. І. Гуковська вважає, що допомога педагога під час допиту неповнолітніх є досить сумнівною, оскільки наявність сторонніх людей у такій ситуації заважає створенню довірчої атмосфери, сковує допитуваного [4, с. 111]. Е. Б. Мельникова вважає найбільш корисними під час допиту будуть спеціальні знання не педагога, а психолога або лікаря-психотерапевта, присутність під час допиту такого спеціаліста дозволить забезпечити повноту допиту за допомогою правильно-сформованих запитань [16, с. 96]. На думку С. Г. Любичева, який вказує на те, що участь педагога під час допиту є архаїзмом, відголоском минулого часу, коли в освітніх закладах та інших організаціях були відсутні кадри професійних психологів, функції яких були покладені на педагогів тих чи інших учбових закладів, які працювали з дітьми та в ході отримання професії вивчали навчальний курс психології [12, с. 166]. І. І. Мамайчук також зазначає, що функції педагога як учасника допиту неповнолітнього може більш успішно здійснювати психолог як спеціаліст, який володіє науковими знаннями в області психології дітей та підлітків та який володіє професійними практичними навичками спілкування з ними [14, с. 248]. І. В. Гемцанова вказує, що є доцільним замінити участь педагога в кримінальному процесі в справах неповнолітніх участю спеціаліста в області підліткової та соціальної психології [2, с. 149]. В. М. Махов, навпаки, зазначає, що необхідність

урахування вікових особливостей психіки неповнолітніх вимагає участі педагога [15, с. 133].

О. М. Бичков та В. Ю. Шепітько вважають обов'язковим залучення педагога на допит із участю малолітніх та неповнолітніх у зв'язку з необхідністю врахування особливостей їх особистості та психологічного стану. Проте серед правників неоднозначно характеризуються цілі та функції педагога у процесуальних діях. Так, у науковій літературі можна зустріти висловлювання про те, що слідчий зобов'язаний запрошувати педагога на допит неповнолітнього з метою забезпечення реального захисту прав і законних інтересів допитуваного або що педагог є гарантом правильного проведення допиту.

Під час вирішення питання про запрошення педагога необхідно з'ясувати, якого педагога запрошувати: який брав участь в ході досудового розслідування або іншого. Є. Центров відзначає, що неповнолітній особі легко розповісти про подробиці злочину в присутності того, з ким він вже був раніше відвертим. У цьому випадку участь педагога допоможе подолати боязкість, невпевненість дитини швидше і з меншим збитком для його психіки [23, с. 11]. Оскільки в даному випадку мова йде про використанні спеціальних знань педагога, то немає необхідності запрошувати в ході судового засідання іншого педагога. Вважаємо, що педагог однаково професійно може брати участь як при проведенні слідчих дій в ході досудового розслідування, так і в ході судового засідання. Тому доцільно запрошувати саме того педагога, який раніше брав участь при проведенні слідчих дій. Заміна педагога може мати місце, на наш погляд, у випадку, якщо він не може по об'єктивних причинах з'явиться на судовий розгляд.

На наш погляд, основна мета залучення педагога (психолога) до судових дій, які проводяться із участю малолітніх та неповнолітніх, – надання можливості використовувати педагогічні та

психологічні знання як під час підготовки до судової дії, так і під час її проведення, фіксації та оцінки показань.

У КПК України не закріплено процесуального становища педагога та психолога. Відсутність чіткого закріплення їх прав та обов'язків породжує багато дискусій. Основним завданням педагогіки є визначення закономірностей в області виховання та навчання. Завданням психології є особливості дослідження формування, розвитку та проявів психічних явищ та процесів [1, с. 6].

На практиці слідчі, прокурори та судді частіше всього запрошують педагога за принципом «легше знайти», інколи запрошують навіть не практикуючого педагога, а особу, яка має диплом про вищу освіту. Педагог під час допиту відіграє суто формальну функцію і жодним чином не приймає участі при допиті. На нашу думку потрібно запрошувати педагога з місця навчання дитини. Його потрібно допитати в якості свідка про те, як характеризується дитина за місцем навчання, які в нього або неї взаємостосунки з однолітками, викладачами, яке його відношення до навчання.

На відмінну від педагога, роль психолога не обмежується лише його участю під час допиту. На нашу думку, участь психолога під час допиту дитини сприяє встановленню психологічного контакту з дитиною, яку допитують. Психолог залежно від темпераменту дитини, її поведінки, відношення до події злочинів та інших факторів, застосувавши певні методики та психологічні прийоми, може сформулювати конкретні запитання та отримати повну та достовірну інформацію від дитини. Його завданням може бути підготовка дитини до допиту, чому допит важливим та чому необхідно надавати правдиві свідчення. Окрім цього, психолог може оцінити ступінь розвитку

дитини, її індивідуальна та психологічні особливості та обрати вірну методику допиту.

Варто зазначити, що психолог може скласти свій висновок за результатами розмови з дитиною, в якому надати свої рекомендації щодо подальшої роботи з дитини з психологом у разі такої потреби. У висновку психолог може зазначити чи говорить дитина правду, чи може вона приймати участь у наступних судових діях [13].

Вважаємо, що участь психолога, особливо щодо неповнолітніх, які не досягли віку кримінальної відповідальності, не тільки дасть можливість скористатися його фаховими знаннями, що допоможе слідчому більш ефективно провести відповідну процесуальну дію, а й забезпечить можливість впливу на неповнолітнього, усунення негативних психологічних чинників участі його у кримінальному провадженні та прийняти обґрунтоване процесуальне рішення. Адже психолог як фахівець зможе правильно побудувати спілкування із неповнолітнім, допомогти слідству і суду встановити контакт з ним, сприяти отриманню правильних показань, пом'якшити неприйнятну обстановку, налаштувати його до відвертості, де кожний застосований спеціалістом психологічний прийом впливу має конкретну мету: виховання, виправлення, попередження, інформування, зміна поведінки людини.

Для супроводу малолітнього або неповнолітнього у кримінальному судочинстві потрібен саме фахівець із освітою в області психології особистості. Для участі у слідчих діях із малолітніми та неповнолітніми необхідно залучати не просто педагога, а психолога-фахівця тієї групи дітей, до якої належить учасник кримінального провадження. З урахуванням рекомендацій Міжнародного симпозіуму з вікової періодизації (м. Москва, 1965 р.) [9, с. 25], розробленої для визначення особливостей фізіологічного і психічного розвитку, які потрібно враховувати під

час виховання і навчання дітей, можна визначити, що для участі у процесуальних діях залежно від віку малолітнього або неповнолітнього необхідно залучати психолога – фахівця з дитячої, підліткової або юнацької психології.

### **Участь захисника в допиті неповнолітнього у стадії судового розгляду**

Реалізація в кримінальній процесуальній діяльності засад правової держави є необхідною передумовою забезпечення прав, свобод і законних інтересів громадян, які залучаються до участі в кримінальному провадженні. У кримінальному судочинстві особливу увагу приділено захисту прав і законних інтересів таких його учасників, як неповнолітній підозрюваний чи обвинувачений, оскільки здійснення кримінальної процесуальної діяльності щодо цих суб'єктів пов'язане з вторгненням в особисте життя підлітків, обмеженням у передбаченим законом випадках їх конституційних прав та свобод, застосуванням заходів кримінально процесуального примусу, тоді як їх світогляд, психіка і навіть фізичний стан не готові до таких стресів. Враховуючи, що неповнолітньому, який вчинив кримінальне правопорушення і потрапив у сферу кримінального судочинства, в силу його вікових та психологічних особливостей, недостатчі життєвого досвіду, важко самостійно розібратися в механізмі кримінального провадження, законом передбачена обов'язкова участь захисника у такій категорії кримінальних проваджень.

Стосовно захисника чинний КПК України зберіг підхід щодо його обов'язкової участі в кримінальному провадженні щодо особливо тяжких злочинів.

Варто зазначити, що чинний КПК України в порівнянні з КПК України 1960 р. значно звузив коло осіб, які можуть бути захисниками у кримінальному провадженні. Так, відповідно до



ч. 1 ст. 45 КПК України захисником є адвокат, який здійснює захист підозрюваного, обвинуваченого, засудженого, виправданого, особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішувалося питання про їх застосування, а також особи, стосовно якої передбачається розгляд питання про видачу іноземній державі (екстрадицію). КПК України 1960 р., окрім адвокатів, визначав захисниками й інших осіб, до яких належали фахівці в галузі права, а в окремих випадках – близькі родичі обвинуваченого, підсудного, засудженого та виправданого, його опікуни або піклувальники (ч. 2 ст. 44).

І. Я. Фойницький свого часу зазначав, що монопольне заняття адвокатами захистом і представництвом інтересів у судочинстві необґрунтовано скорочує в суспільстві кількість осіб, здатних виконувати цю діяльність, і разом з тим утворює особливу касту, яка живе своїми традиціями, що вже несе небезпеку інтересам правосуддя [21, с. 472].

З іншого боку, допускаючи до участі в кримінальному провадженні як захисників фахівців у галузі права, близьких родичів обвинуваченого, засудженого та виправданого, їх опікунів або піклувальників, підзахисний позбавляється права вимагати, щоб його захищав саме професійний адвокат. Іншими словами, якщо участь у справі бере «непрофесійний захисник», до того ж не пов'язаний нормами адвокатської етики і без належних гарантій конфіденційності, підзахисний, тим не менш, не може посилатися на те, що його право на захист порушено.

Слід звернути увагу на те, що відповідно до ч. 2 ст. 45 КПК України захисником не може бути адвокат, відомості про якого не внесено до Єдиного реєстру адвокатів України або стосовно якого в Єдиному реєстрі адвокатів України містяться відомості про

зупинення або припинення права на заняття адвокатською діяльністю.

Функцією захисника в кримінальному провадженні, згідно з ч. 1 ст. 45 КПК України, є здійснення захисту підозрюваного, обвинуваченого, засудженого, виправданого, особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішувалося питання про їх застосування, а також особи, стосовно якої передбачається розгляд питання про видачу іноземній державі (екстрадицію).

П. 5 ч. 1 ст. 1 ЗУ «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» визначено, що захист є видом адвокатської діяльності, що полягає в забезпеченні захисту прав, свобод і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого, особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішується питання про їх застосування в кримінальному провадженні, особи, стосовно якої розглядається питання про видачу іноземній державі (екстрадицію), а також особи, яка притягається до адміністративної відповідальності під час розгляду справи про адміністративне правопорушення.

У чинному КПК України питання реалізації права неповнолітніх підозрюваних, обвинувачених на захист в частині участі захисника вирішено в напрямку посилення його гарантій. Із цією метою законодавець пов'язує забезпечення обов'язкової участі захисника у кримінальному судочинстві щодо неповнолітніх не з моментом надання особі статусу підозрюваного, а з моменту виникнення у слідчого, прокурора будь-яких сумнівів у тому, що така особа є повнолітньою (п. 1 ч. 2 ст. 52 КПК України). Тому за відсутності документального підтвердження віку підозрюваного навіть мінімальні сумніви у тому, що особа є повнолітньою, виступають підставою, щоб обов'язково залучити адвоката як захисника до

участі у цьому кримінальному судочинстві. У листі Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про деякі питання здійснення кримінального провадження щодо неповнолітніх» від 18.07.2013 р. № 223-1134/0/4-13 вказано, що обов'язкова участь захисника забезпечується як із моменту встановлення факту неповноліття, так і з часу виникнення будь-яких сумнівів у тому, що особа є повнолітньою. Відповідно, за КПК України встановлення неповноліття підозрюваного вказує на обов'язковість участі в провадженні захисника. Такий підхід у більшому ступені сприятиме захисту прав неповнолітніх підозрюваних та обвинувачених.

Так, як свідчить аналіз статей, якими визначені права та обов'язки підозрюваного (ст. 42 КПК України) та захисника (ч. 4, 5 ст. 46 КПК України), а також порядок його залучення до провадження (ст. ст. 48, 49, 53 КПК України), то можна вести мову про те, що участь захисника можлива у будь-якій процесуальній дії. Цей висновок обумовлений позицією законодавця, що зустріч підозрюваного із захисником відбувається до першого допиту, а його участь можлива у проведенні допиту та інших процесуальних дій. Також звернемо увагу на положення ч. 2 ст. 499 КПК України, в якій вказано, що в кримінальному провадженні щодо застосування примусових заходів виховного характеру до неповнолітніх, які не досягли віку кримінальної відповідальності, проводяться необхідні процесуальні дії для з'ясування обставин вчинення суспільно небезпечного діяння та особи неповнолітнього. Тобто поняття «процесуальна дія» охоплює поняття «слідча дія». Стосовно того, що таке процесуальна дія, то пропонуємо виходити із її розуміння з позиції кримінальної процесуальної форми, а саме обов'язковості фіксації ходу та результатів процесуальних дій (ст. 103 КПК України). Таким чином, процесуальною дією під час

кримінального судочинства є дія, яка фіксується в протоколі, на носії інформації, в журналі судового засідання. Тобто захисник може брати участь у будь-яких діях, під час проведення яких передбачено складання вказаних документів.

Відповідно до статті 495 КПК України допит неповнолітнього підозрюваного чи обвинуваченого здійснюється за участі захисника. Дана норма відповідає міжнародним стандартам, які закріплюють, що діти мають право на доступ до безкоштовної медичної допомоги. Однак адвокати, які представляють інтереси дітей, мають бути навчанні та обізнані про права дітей та пов'язані з ними питання. В Україні відповідно до законодавства кожна дитина, яку підозрюють або обвинувачують в вчиненні злочину, має право на безоплатного захисника. Захисник призначається із числа адвокатів системи безоплатної правової допомоги. Однак у даній системі не існує розподілу адвокатів на тих, що мають досвід роботи з дітьми, що не узгоджується з міжнародними стандартами та практикою ЄСПЛ. У справах В. і Т проти Сполученого Королівства суд зазначив, що ефективна участь у залі суду передбачає, що обвинувачений має широке розуміння природи судового процесу, в тому числі значущість будь-якого покарання, яке може бути накладено [7]. Тому неповнолітні обвинуваченні повинні бути, у всякому разі бити представленими кваліфікованими юристами з досвідом роботи з дітьми.

### **Участь законного представника при допиті неповнолітнього у стадії судового розгляду**

Одним із питань, яке також має важливе значення для забезпечення та захисту прав неповнолітніх підозрюваного, обвинуваченого в кримінальному судочинстві, є питання їх законного представництва. Це, як визначає В. Г. Пожар, носить

захисний щодо прав та законних інтересів цих осіб характер. Щодо взагалі представництва в кримінальному судочинстві, то вказується, що це окремий інститут, адже відповідні особи, наприклад, захисник та законний представник, не тільки виступають на захист прав неповнолітнього підозрюваного, а й здійснюють його представництво, те ж стосується і представника неповнолітнього потерпілого та свідка. Участь усіх цих представників має характер гарантії для осіб, яких вони представляють. Так, у літературі щодо представника відмічається, що це діяльність, уповноваженого в силу закону або договору на реалізацію та охорону прав і законних інтересів особи, яку він представляє, та на надання такій особі допомоги у реалізації її процесуальної функції та її суб'єктивних прав [17].

Підставою визнання особи законним представником неповнолітнього підозрюваного, обвинуваченого, як свідчить назва цього суб'єкта, і що підтверджується аналізом законодавства (ст. 242 ЦК України, ст. 154 СК України), є вказівка на це в законі, згідно якої певні особи наділяються цим статусом. В. В. Самолюк до ознак законного представництва відносить те, що цей суб'єкт отримує повноваження на представництво інтересів особи не від неї самої (оскільки вона не володіє повною дієздатністю), а на підставі закону. Тобто законодавець у силу наявності між представником та особою, що представляється, правового зв'язку (батьківства, встановлення опіки), покладає на нього обов'язок здійснення представництва, про що і вказано у законі [19].

Момент набуття особою процесуального статусу законного представника у кримінальному процесі пов'язаний із залученням його до участі в кримінальному провадженні відповідним повноважним суб'єктом, який здійснює провадження. Про

залучення законного представника слідчий, прокурор виносить постанову, а слідчий суддя, суд – постановляє ухвалу, копія якої вручається законному представникові. Саме після цього особа набуває свого процесуального статусу законного представника та може реалізовувати свої права й обов'язки [18, с. 367].

Щодо кола осіб, які визнаються законними представниками, в чинних законодавчих актах (ЦПК, Законах України «Про безоплатну правову допомогу», «Про громадянство України», «Про психіатричну допомогу» тощо) термін «законні представники» використовується як родове поняття, до якого включається різне коло осіб. Відмітимо, що свого часу з метою якнайкращого забезпечення прав неповнолітніх науковці звертали увагу на необхідність розширення переліку осіб, які можуть здійснювати законне представництво [3], адже за КПК України 1960 року як законні представники могли бути залучені лише батьки, опікуни, піклувальники даної особи або представники тих установ і організацій, під опікою чи опікуванням яких вона перебуває. За чинним КПК України перелік таких осіб істотно розширений за рахунок надання можливості представляти неповнолітнього іншим повнолітнім близьким родичам чи членам сім'ї (ст. 44). Можна вітати такі зміни, адже вони спрямовані на посилення захисту і гарантування прав та свобод неповнолітнього підозрюваного, обвинуваченого.

Згідно зі ст. 44 КПК України законними представниками можуть бути залучені батьки (усиновлювачі), а в разі їх відсутності – опікуни чи піклувальники особи, інші повнолітні близькі родичі чи члени сім'ї, а також представники органів опіки і піклування, установ і організацій, під опікою чи піклуванням

яких перебуває неповнолітній, недієздатний чи обмежено дієздатний.

У законі не визначено перелік осіб, які не вправ бути законними представниками. На думку С. Я. Хоменка, законними представниками не можуть бути: особи, позбавлені батьківських прав; особи, які спонукали неповнолітнього до вчинення злочину або брали участь у ньому спільно з неповнолітніми; особи, які є підозрюваними або обвинуваченими в кримінальних провадженнях; особи, які мають алкогольну або наркотичну залежність; особи, які страждали на психічні захворювання; недієздатні або обмежено дієздатні особи; інші особи, якщо між їх інтересами й інтересами неповнолітніх є суперечності [22, с. 110].

Щодо участі законного представника дитини під час її допиту різними вченими встановлюються різні думки. Практики показують, що діти часто не хочуть розкривати правдиву інформацію в присутності близької їм людини, оскільки відчують сором із приводу зазваної кривди, побоюються реакції близьких або стараються їх захистити від емоційно важкої інформації. С. В. Тетюєв щодо цього наводить проблему суто морального характеру – сором'язливість неповнолітніх перед власними батьками, опікунами чи піклувальниками, що зумовлює потайність під час свідчення. Автор зазначає, що аналіз практичної діяльності щодо допиту неповнолітніх свідчить про те, що особи, яких допитували в присутності батьків, розгублювалися, відчували сором, страх; нерідко батьки намагалися перешкодити ходу слідства своїм впливом на допитуваного. С. В. Тетюєв слушно зауважує, що присутність батьків може відволікати неповнолітнього від запитань, змушує його стежити за їх реакцією та відповідати на запитання залежно від неї. Крім того, не всі батьки мають авторитет у своєї дитини

правопорушника (наприклад, не беруть участі в її вихованні, зловживають спиртними напоями, не працюють), нерідко ведуть аморальний спосіб життя, тому участь таких законних представників у допиті неповнолітнього позбавлена будь-якого сенсу [20].

Під час розповіді про травматичний досвід діти відчують емоційне напруження близької їм людини та викликані цим негативні емоції, що природно становить додатковий психологічний тягар. Присутність близької людини, навіть якщо її поведінка буд пасивною, може сприйматися як форма тиску на дитину та створювати підставу для того, щоб поставити під сумнів вірогідність розповіді.

У процесі життя і розвитку неповнолітнього його відносини з батьками та іншими особами, які можуть бути наділені повноваженнями законних представників, складаються по-різному. Саме прихильність, взаєморозуміння, довіра неповнолітнього до законного представника є прямим шляхом до їх активної, спільної та узгодженої участі в процесуальній діяльності, що, зрештою, сприяє забезпеченню прав і захисту законних інтересів неповнолітнього. Якщо неповнолітній перебуває під опікою установ та організацій, також можна надати йому можливість вибору законного представника з числа адміністрації, працівників цієї установи чи організації, педагогічному складу. Законодавчо це не передбачено.

Приймаючи рішення про допуск особи як законного представника до участі у кримінальному провадженні, слідчий суддя у кожному випадку повинен з'ясувати, чи не існує конфлікту інтересу між його інтересами та інтересами дитини. Крім того, на думку М. О. Карпенка, доцільно на законодавчому рівні передбачити положення про можливість повного усунення



законного представника від участі у провадженні, заміну його іншим або обмеження участі в провадженні певних процесуальних дій, якщо його діяльність суперечить інтересам неповнолітнього. В інших випадках права законного представника не можуть бути обмежені, оскільки він є самостійним учасником кримінального процесу [6].

Що робити, коли залучити законного представника немає можливості? У такому разі суддя не може виконати вимогу ч. 1 ст. 44 КПК України про залучення до участі в судовій дії разом з неповнолітнім обвинуваченим його законного представника. А, як відмічено, залучення інших осіб як законних представників обвинуваченого, крім вказаних у ст. 44 КПК України, не допускається. Однак це визнається науковцями і практиками, що участь законного представника, який має статус учасника судочинства, слід розглядати як додаткову гарантію забезпечення прав і законних інтересів неповнолітнього обвинуваченого, який не може самостійно й ефективно реалізувати надані йому процесуальні права. Тому ситуація, коли встановлена законом гарантія прав неповнолітнього підозрюваного не може бути реалізована, є просто неприпустимою.

Здавалося б, вирішенням проблеми відсутності батьків, інших близьких родичів чи членів сім'ї буде встановлення відповідно до закону над такими неповнолітніми опіки чи піклування. Так, опікуни чи піклувальники особи, а також представники органів опіки і піклування, установ і організацій, під опікою чи піклуванням яких перебуває неповнолітній, згідно з ч. 2 ст. 44 КПК України, також можуть виконувати функцію законного представництва. Але п. 44 постанови Кабінету Міністрів України «Питання діяльності органів опіки та піклування, пов'язаної із захистом прав дитини» від 24.09.2008 р. № 866 передбачає, що

рішення про встановлення опіки, піклування приймається в місячний строк після подання заяви і відповідних документів. Але такого часу для очікування вирішення питання про призначення опіки чи піклування у органів кримінальної юстиції немає, увесь цей час неповнолітній залишається без додаткових гарантій захисту свої прав.

В юридичній науці підтримується точка зору, що неповнолітній обвинувачений має бути забезпечений допомогою законного представника і тоді, коли він не має батьків і проживає сам або в осіб, які не оформлені належним чином як опікуни чи піклувальники [3].

### **Висновки**

Таким чином, можна зробити наступні висновки.

Процедура проведення допиту неповнолітніх осіб заснована на загальних положеннях проведення допиту, регламентованих чинним кримінальним процесуальним законодавством. Але подальший аналіз окремих статей Кримінального процесуального кодексу України дає змогу виокремити важливі процесуальні особливості проведення даної судової дії (ст. 354, ст. 490, ст. 491 чинного КПК України).

Важливою умовою ефективного проведення допиту неповнолітніх осіб є правильне вирішення питання про те, хто з указаних в законі осіб братиме участь під час допиту. КПК України визначає педагога, психолога, захисника та законного представника, особами, як мають приймати участь під час допиту неповнолітнього та виконувати свої функції в його інтересах. Участь визначених осіб залежить від багатьох факторів, що на практиці має свій негативний наслідок та не узгоджується з міжнародними стандартами.

Рекомендується до допиту дитини залучати спеціаліста з знань у галузі психології, особливо для допиту неповнолітніх потерпілих та свідків. Психолог допомагає розкрити позитивні якості особистості підлітка та, звернувши увагу на негативні якості, підібрати найбільш безболісні засоби нейтралізації вад його особистості.

Законний представник здійснює лише представництво інтересів неповнолітнього допитуваного. Завданням захисника є захист прав та інтересів неповнолітнього й за допомогою засобів захисту можливість виявити обставини, які пом'якшують чи виключають кримінальну відповідальність неповнолітнього.

### **Список використаних джерел:**

1. Бычков А.Н. Участие педагога в уголовном производстве: автореф. дес. ... на здобуття наук. ступеня канд. Ижевск, 2007. С. 6.
2. Гемцанова И.В. Особенности предварительного следствия по делам о преступлениях несовершеннолетних: дис. канд. Москва, 2001. 149 с.
3. Голубов А.Є. Процесуальне становище в кримінальному судочинстві України неповнолітнього, який скоїв злочин або суспільно небезпечне діяння: автореф. дис.... канд. юрид. наук: 12.00.09; Нац. ун-т внутр. справ. Харків, 2005.
4. Гуковская Н.И. Участие третьих лиц в допросе обвиняемого (в порядке обсуждения). Вопросы борьбы с преступностью. 1974. Вып. 21. С. 110-112.
5. Участь педагога (психолога) у кримінальному провадженні: питання теорії та практики. URL: <http://referat-ok.com.ua/pravo/uchast-pedagoga-psihologa-u-kriminalnomu-provazhenni-pitannya-teoriji-ta-praktiki>.

6. Карпенко М.О. Особливості провадження в справах про злочини неповнолітніх: монографія. Харків: Вид-во «ФІНН», 2009. 240 с.

7. Керівні принципи Комітету міністрів Ради Європи щодо правосуддя, дружнього до дітей. Страсбург, 2013. 94 с. (Рада Європи).

8. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 року № 4651-VI / Верховна Рада України. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.

9. Кутіщенко В.П. Вікова та педагогічна психологія: [курс лекцій]; навч. посіб. Київ: Центр навч. літ., 2005. 128 с.

10. Кримінально-процесуальний кодекс України: Закон від 28.12.1960 р. Відомості Верховної Ради. 1961. № 2.

11. Конвенція про права дитини від 20.11.1989. Зібрання чинних міжнародних договорів України. 1990 р. № 1. С. 205.

12. Любичев С.Г. Особенности расследования преступления несовершеннолетних на современном этапе / Проблемы отправления правосудия по уголовным делам в современной России: теория и практика: сборник научных статей в 2 ч. Ч. 1. 2007. С. 166.

13. Мальована Т.І. Склад та роль осіб, які беруть участь під час допиту дитини у кримінальному провадженні. URL: [http://pap.in.ua/6\\_2015/94.pdf](http://pap.in.ua/6_2015/94.pdf).

14. Мамайчук И.И. Экспертиза личности в судебно-следственной практике: учебное пособие. Санкт-Петербург: Речь, 2002. 255 с.

15. Махов В.Н. Использование знаний сведущих лиц при расследовании преступлений: монография. М.: Изд-во РУДН, 2000. 296 с.

16. Мельникова Э.Б. Ювенальная юстиция. Проблемы уголовного права, уголовного процесса и криминалистики. Москва: Дело, 2001. 272 с.

17. Пожар В.Г. Інститут представництва в кримінальному судочинстві: дис. ... канд. юрид. наук: спец.: 12.00.09; Одес. нац. юрид. акад. Одеса, 2010. С. 7.

18. Пожар В.Г. Новели регламентації інституту представництва за новим Кримінальним процесуальним законодавством України. Митна справа: наук.-аналіт. журн. 2012. № 5 (83). С. 363-368.

19. Самолюк В.В. Законне представництво у кримінальному процесі України: автореф. дис.... канд. юрид. наук: 12.00.09; Акад. адвокатури України. Київ, 2005. С. 7.

20. Тетюев С.В. Проблемы участия законного представителя в допросе несовершеннолетнего подозреваемого, обвиняемого на предварительном расследовании / Материалы Всероссийской научно-практической конференции, посвященной 95-летию Башкирского государственного университета. Ч. I. Уфа: РИО БашГУ, 2004. URL: [www.kalinovsky-k.narod.ru/.../tetuev.htm](http://www.kalinovsky-k.narod.ru/.../tetuev.htm).

21. Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства: в 2 т. СПб.: Альфа, 1996. 552 с.

22. Хоменко С.Я. Участь законного представника неповнолітнього у кримінальній справі. Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ: Науково-теоретичний журнал / М-во внутрішніх справ України. К., 1996. № 3. 2011. С. 109-118.

23. Центров Е. Допрос малолетних потерпевших в суде по делам о половых преступлениях. Сов. юстиция. 1970. № 14. С. 11-12.

24. Черновський О.К. Особливості залучення спеціаліста-психолога та надання психологічних консультацій під час судового розгляду. URL: <http://lawreview.chnu.edu.ua/visnuku/st/644/20.pdf>.

**Маїлуц Б.Е.,**  
*аспірант кафедри кримінального процесу*  
*Національного університету «Одеська юридична академія»*

## **ПРОКУРОР ЯК СУБ'ЄКТ КРИМІНАЛЬНОГО ПЕРЕСЛІДУВАННЯ ПІД ЧАС ВИЗНАЧЕННЯ МЕЖ СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ**

### **Вступ**

Згідно зі ст. 2 КПК України завданням кримінального провадження кримінального провадження є захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, а також забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду з тим, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений, жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу і щоб до кожного учасника кримінального провадження була застосована належна правова процедура. Відповідно, реалізація вказаних завдань в першу чергу залежить від ефективності діяльності уповноважених суб'єктів кримінального провадження. І одну з ключових ролей в даному процесі відіграє прокурор.

Існує велика кількість підходів до встановлення сутності процесуальної діяльності прокурора у кримінальному провадженні. Зважаючи на специфічне процесуальне положення вказаного суб'єкта кримінального провадження, більшість науковців вказують на реалізацію прокурором функції кримінального переслідування. І особливо яскраво реалізація функції кримінального переслідування проявляється під час розгляду кримінального провадження в суді першої інстанції.

При цьому, зважаючи на імперативний характер ч. 1 ст. 337 КПК, правильність визначення та зміни меж обвинувачення являється однією з основних гарантій прав та законних інтересів обвинуваченого та інших зацікавлених учасників кримінального провадження.

Проблематикою визначення меж судового розгляду прокурором переймалися такі вчені, як І. В. Вернідубов, Л. В. Голловко, В. О. Гринюк, М. І. Грушевська, П. М. Каркач, В. В. Колодчин, В. Т. Маляренко, Т. А. Михайлова, Г. В. Мовчан, А. А. Павлишин, А. Р. Туманянц та інші. У той же час більшість наукових досліджень були присвячені окремим аспектам встановлення та зміни меж судового розгляду, і, відповідно, поза увагою науковців залишалося комплексне дослідження вказаних питань. Це, а також наявність значної кількості недоліків чинного кримінального процесуального законодавства вказує на актуальність даного дослідження.

### **Визначення меж судового розгляду.**

#### **Зміна обвинувачення прокурором**

Існує декілька підходів щодо розуміння сутності кримінального переслідування прокурором в суді. Так, Т. А. Михайлова вважає, що кримінальне переслідування в суді – це діяльність прокурора-державного обвинувача, який викриває від імені держави підсудного у вчиненні злочину [2, с. 113]. В. П. Корж зазначає, що кримінальне переслідування в суді – це процесуальна обвинувальна діяльність прокурора, яка полягає в доказуванні: 1) обвинувачення в повному обсязі, висунуте органом розслідування, по відношенню до конкретної особи, яке притягається до кримінальної відповідальності; 2) обвинувачення, яке потребує доповнення до раніше висунутого; 3) обви-

нувачення, яке потребує повної або часткової зміни; 4) нове обвинувачення, яке висувається прокурором в суді [3, с. 106].

О. Г. Халиулін, вказуючи на особливе значення доказування, вважає, що кримінальне переслідування в стадії судового розгляду – це кримінально-процесуальна діяльність прокурора щодо доказування в судовому засіданні обвинувачення, висунуте обвинуваченому, а також щодо обґрунтування перед судом висновків про винуватість підсудного, покладення на нього кримінальної відповідальності та призначення покарання [3, с. 218].

Розділяючи точку зору щодо значення доказування в процесі реалізації кримінального переслідування в суді, поряд із цим повинні вказати на певні недоліки даних визначень. Як вже було встановлено, кінцевою метою кримінального переслідування є доведення перед судом винуватості особи у вчиненні кримінального правопорушення. Відповідно, цей обов'язок покладається на прокурора, або у випадках, передбачених кримінальним процесуальним законом, – на потерпілого. У той же час встановлення винуватості особи та призначення покарання являється завданням суду, яке він виконує в рамках реалізації функції правосуддя. На прокурора та потерпілого не може бути покладено обов'язок обґрунтування необхідності застосування до обвинуваченого покарання, їх завдання – надати суду достатні докази для призначення такого покарання. Тому задля більш чіткого розмежування функції кримінального переслідування та функції правосуддя ще раз варто наголосити, що ні прокурор, ні потерпілий не в праві визначати та обґрунтовувати покарання, а лише доводити власне винуватість особи. Проте перед тим, як довести винуватість, необхідно встановити межі обвинувачення.



Однак для кращого розуміння процесуальної складової визначення меж обвинувачення прокурором необхідно дослідити, чим являється обвинувачення з точки зору його формулювання.

Згідно з п. 13 ч. 1 ст. 3 КПК, обвинувачення – це твердження про вчинення певною особою діяння, передбаченого законом України про кримінальну відповідальність, висунуте в порядку, встановленому КПК. В. О. Гринюк слушно зазначає, що функція обвинувачення по своїй суті є кримінальною процесуальною діяльністю уповноважених суб'єктів, зміст якої полягає у формуванні сукупності доказів для повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального правопорушення та складання обвинувального акту, а також підтриманні державного обвинувачення під час судового розгляду справи [2, с. 58].

Якщо ж вести мову про власне формулювання обвинувачення, то в якості прикладу варто навести позиції ВСУ з приводу окресленого питання. Так, у постанові ВСУ від 24.11.2016 року вказано, що згідно зі ст. 291 КПК обвинувальний акт має містити виклад фактичних обставин кримінального правопорушення, які прокурор вважає встановленими, правову кваліфікацію кримінального правопорушення з посиланням на положення закону і статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність та формулювання обвинувачення. Як зазначає ВСУ, закон вимагає обов'язкове відображення в обвинувальному акті трьох складників: 1) фактичних обставин кримінального правопорушення; 2) правової кваліфікації (в теорії кримінального процесу використовується назва «формула обвинувачення»); 3) формулювання обвинувачення. При цьому ВСУ зазначає, що в доктрині кримінального процесу під формулюванням обвинувачення розуміється короткий виклад тексту диспозиції

кримінально-правової норми, порушення якої інкримінується особі, фабула обвинувачення виступає фактично моделлю вчиненого злочину, а юридичне формулювання (формула та формулювання обвинувачення) – це правова модель злочину, вказівка на кримінально-правові норми, порушення яких інкримінується особі.

Згідно зі ст. 337 КПК судовий розгляд проводиться лише стосовно особи, якій висунуто обвинувачення, і лише в межах висунутого обвинувачення відповідно до обвинувального акта, крім випадків, коли суд виходить за межі обвинуваченням з метою покращення становища особи, стосовно якої здійснюється кримінальне провадження. Зважаючи на те, що саме прокурор на стадії досудового розслідування затверджував обвинувальний акт (або навіть складає його самостійно), він і буде ключовим (а подекуди єдиним) суб'єктом, який визначатиме межі обвинувачення. При цьому варто підкреслити, що обвинувальним актом визначаються лише межі обвинувачення, а не всього судового розгляду. Це пояснюється тим, що судовий розгляд перш за все полягає в дослідженні доказів, які можуть подаватися учасниками кримінального провадження. У першу чергу мова йде про сторону обвинувачення та сторону захисту. Відповідно, якби межі судового розгляду обмежувались обвинувальним актом, то і дослідженню підлягали би тільки докази, якими прокурор обґрунтовує обвинувачення, що сформульоване у відповідному процесуальному рішенні. Проте, зважаючи перш за все на дію принципу рівності учасників кримінального провадження перед судом, під час судового засідання повинні бути заслухані думки та аргументи всіх зацікавлених осіб в тих межах, які передбачені кримінальним процесуальним законодавством. Таким чином, можна зробити

висновок, що обвинувальний акт звичайно впливає на межі судового розгляду, проте обвинувальним актом в першу чергу визначаються межі обвинувачення, а межі судового розгляду будуть визначатися судом в першу чергу в залежності від того обсягу доказів, який буде надано учасниками кримінального провадження.

При цьому варто зауважити, що обвинувачення, яке міститься в обвинувальному акті, може змінюватися протягом судового розгляду. Це, перш за все, пов'язано з дослідженням доказів в суді та, як наслідок, зміни думки прокурора щодо тих чи інших елементів доказування. При цьому прокурор може як змінити обвинувачення, так і повністю від нього відмовитись.

Так, згідно із ч. 2 ст. 337 КПК, під час судового розгляду прокурор може змінити обвинувачення, висунути додаткове обвинувачення, відмовитися від підтримання державного обвинувачення, а також розпочати провадження щодо юридичної особи.

Якщо вести мову про зміну обвинувачення в суді, то КПК встановлює, що з метою зміни правової кваліфікації та/або обсягу обвинувачення прокурор має право змінити обвинувачення, якщо під час судового розгляду встановлені нові фактичні обставини кримінального правопорушення, у вчиненні якого обвинувачується особа.

На підставі відповідного положення КПК була сформульована думка, що зміною обвинувачення прокурором у суді є внесення ним у пред'явлене особі обвинувачення коректив щодо обставин вчинення кримінального правопорушення, юридичних фактів, їх правової оцінки [5, с. 102]. Поряд із цим було зроблено висновок щодо відсутності підстав для зміни прокурором обвинувачення за необхідності виправлення технічних помилок в анкетних даних про особу обвинуваченого, виключення окремих обставин,

що пом'якшують або обтяжують покарання [5, с. 102]. Незважаючи на те, що ч. 1 ст. 338 КПК дійсно вказує лише на можливість зміни кваліфікації та обсягу обвинувачення, вважаємо, що зроблений висновок є передчасним.

Перш за все варто зауважити, що КК України містить вичерпний перелік лише тих обставин, які обтяжують покарання. Відповідно, перелік обставин, які пом'якшують покарання, не є вичерпним, а тому встановлення або виключення таких обставин дійсно не буде тягнути зміни обвинувачення. Поряд із цим обставини, що обтяжують покарання, можуть достатньо серйозно погіршити становище особи, стосовно якої здійснюється кримінальне провадження. Більше того, інколи встановлення нових обставин, які обтяжують покарання, може напряду вплинути на правову кваліфікацію. Крім того, обвинувачений, його захисник та законний представник повинні мати достатньо часу на підготовку до захисту, в тому числі і на спростування обставин, які були заявлені прокурором. Зважаючи на їх правове значення, в деяких випадках спростування таких обставин являється першочерговим завданням сторони захисту. Відповідно, ігнорування процедури зміни обвинувачення не дозволить відповідним учасникам кримінального провадження в повній мірі підготуватися до захисту.

Також варто звернути увагу на положення ст. 291 КПК, де зазначено, що обвинувальний акт має, крім інших, містити відомості обставин, які обтяжують чи пом'якшують покарання. З огляду на те, що саме обвинувальним актом визначається обвинувачення, досить дивною є ситуація дослідження обставин, які обтяжують покарання, про яких немає згадки в самому обвинувальному акті. Більше того, з аналізу ст. 291 КПК можна зробити висновок, що виключення або встановлення обставин,

які пом'якшують покарання, так само як і уточнення анкетних відомостей обвинуваченого, також повинно відбуватися через процедуру зміни обвинувачення, передбачену ст. 338 КПК. Проте ігнорування вказаної процедури в даних конкретних випадках не буде обмежувати права сторони захисту під час судового розгляду, адже зміни анкетних даних не впливає на стратегію захисту, а тягар доведення обставин, які пом'якшують покарання, може бути перекладено на обвинуваченого, його захисника або законного представника (тим більше вони з самого початку були зацікавлені у доведенні таких обставин).

Проте все одно необхідно звернути увагу на факт існування колізії між ст. ст. 291 та 338 КПК. Зважаючи на те, саме обвинувальним актом визначається обсяг обвинувачення в суді, а також з огляду на відносну лаконічність даного документу, в якому зазначаються лише ті відомості, які дійсно мають значення для визначення меж судового розгляду, вважаємо доцільним привести у відповідність вказані положення кримінального процесуального закону шляхом розширення підстав для зміни обвинувачення шляхом посилання на положення, які стосуються відомостей обвинувального акта. Відповідно, ч. 1 ст. 338 КПК слід викласти в наступній редакції: «З метою зміни правової кваліфікації та/або обсягу обвинувачення, а також за необхідності внесення змін до обвинувального акта прокурор має право ...». Вважаємо, що така зміна дозволить усунути недоліки КПК та в більшій мірі забезпечить права учасників кримінального провадження (в першу чергу права сторони захисту).

Якщо провести аналіз сутності зміни обвинувачення за чинним КПК України, то, на думку В. В. Колодчина та А. Р. Туманянц, така зміна може виступати принаймні в трьох варіантах:

1) якісна або юридична (вже наявними фактами, без появи нових, надається інша оцінка);

2) кількісна, або фактова (з обсягу обвинувачення прокурором виключається частина інкримінованих епізодів, що при цьому не впливає на кваліфікацію обвинувачення, яке залишається);

3) комбінована (кількісні зміни в обсязі обвинувачення зумовлюють необхідність надання іншої юридичної оцінки фактам, які залишилися) [6, с. 126]. При цьому, як зазначає М. І. Грушевська, на відміну від інших випадків зміни правової позиції прокурора в суді, в разі зміни обвинувачення обвинувальна діяльність прокурора не припиняється і не доповнюється новим обвинуваченням, а продовжується у скорегованому вигляді [7, с. 245].

Поряд із цим науковці вказують на досить суттєву прогалину КПК України в частині зміни обвинувачення. Мова йде про зміну обвинувачення з метою усунення помилок досудового розслідування, а саме у випадку кількісної зміни обвинувачення (коли в суді не підтверджується частина інкримінованих правопорушень, що змушує прокурора змінити обвинувачення) та зміни обвинувачення в частині непідтвердження обвинувачення окремих співучасників у вчиненні кримінального правопорушення. У такому випадку прокурор буде змушений звернутися до ст. 338 КПК та змінити обвинувачення. У зв'язку із цим науковці зазначають, що в таких випадках особа, щодо якої обвинувачення не було підтвержене та, як наслідок, змінене, не матиме права на відшкодування згідно із Законом України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду» [6, с. 122]. З приводу цього Л. М. Головка зазначає,

що зміна фактичної сторони обвинувачення не допускається, адже така зміна відбувається у формі або часткової відмови від обвинувачення, або додаткового обвинувачення [8, с. 66]. При цьому науковці наголошують на відсутності інституту часткової відмови від обвинувачення, що значно ускладнює застосування відповідних положень.

Проте ми підтримуємо точку зору, згідно з якою інститут часткової відмови від обвинувачення в КПК наявний [9, с. 639], проте необхідно його розглядати як складову частину відмови від обвинувачення прокурором, що передбачено ст. 340 КПК. У вказаному положенні передбачена підстави та порядок відмови прокурора від підтримання державного обвинувачення. В той же час дана стаття не чітко не визначає, що мова йде лише про відмову від підтримання всього обвинувачення. В той же час положення ст. 340 КПК не надають відповіді на питання, яким чином буде проводитися судовий розгляд у випадку, коли прокурор частково відмовився від підтримання обвинувачення, проте потерпілий погодився підтримувати таке обвинувачення самостійно. Очевидно, що в одному кримінальному провадженні не може бути одразу двох обвинувачень. Тому, навіть незважаючи на можливість використання ст. 340 КПК для обґрунтування можливості часткової відмови від підтримання обвинувачення, власне процедура та правові наслідки такої відмови в КПК відсутні. Тому ми вважаємо, що в ст. 340 КПК повинно бути чітко передбачено можливість прокурора частково відмовитись від обвинувачення під час судового розгляду, а також описана процедура підтримання такого обвинувачення потерпілим.

## **Висунення додаткового обвинувачення, відмова від обвинувачення прокурором**

Іншим способом зміни обвинувачення в суді прокурором є можливість висунення додаткового обвинувачення, що передбачено ст. 339 КПК. Згідно з ч. 1 ст. 339 КПК, у разі отримання відомостей про можливе вчинення обвинуваченим іншого кримінального правопорушення, щодо якого обвинувачення не висувалось і яке тісно зв'язане з первісним та їх окремий розгляд неможливий, а так само встановлення наявності підстав для застосування кримінально-правових заходів до юридичної особи, прокурор після виконання вимог ст. 341 КПК має право звернутися до суду з вмотивованим клопотанням про розгляд додаткового обвинувачення в одному провадженні з первісним обвинуваченням та/або про початок провадження щодо юридичної особи.

Правовою передумовою заявлення прокурором клопотання про розгляд додаткового обвинувачення в одному провадженні з первісним є отримання ним відомостей про можливе вчинення обвинуваченим іншого кримінального правопорушення (злочину або кримінального проступку) [5, с. 107]. Проте чинний КПК, на відміну від КПК 1960 р., надає можливість ініціювати питання доповнення обвинувачення незалежно від джерела виявлення інформації про додаткове кримінальне правопорушення. При цьому з механізму ініціації притягнення особи до відповідальності по додатковому обвинуваченню виключено суд, що, на думку науковців, видається цілком доречним з позиції принципу змагальності сторін та статусу суду як незалежного арбітра [6, с. 128].

Підставою висунення прокурором додаткового обвинувачення повинна бути наявність достатніх доказів, причому



таких же, яких він мав для того, щоб передати справу до суду з обвинувальним актом [9, с. 684]. Таким чином, висунення додаткового обвинувачення може відбуватися у двох ситуаціях: коли необхідність такої дії виникла в ході судового розгляду і у прокурора вже достатньо доказів для доведення такого обвинувачення; та коли на момент виникнення підстав для висунення додаткового обвинувачення доказів для його доведення не достатньо. Відповідно, перший випадок можна вважати найбільш сприятливим для прокурора, адже все, що йому треба зробити, – це виконати вимоги ч. 2 ст. 338 КПК та продовжити подавати до суду докази. Деякі питання виникають з другою ситуацією.

Очевидно, що висувати необґрунтоване обвинувачення прокурор не може. У той же час КПК надає достатньо можливостей для отримання доказів у даній ситуації. Так, прокурор може заявити клопотання в порядку ч. 3 ст. 333 КПК до суду про проведення відповідних слідчих (розшукових) дій. Проте така процедура має низку недоліків.

По-перше, прокурор повинен довести перед судом, що обставини, які необхідно встановити, мають істотне значення для кримінального провадження, і вони не можуть бути встановлені іншим шляхом. Крім того, суд повинен переконатися в наявності поважних причин, у зв'язку з якими не були проведені відповідні дії на стадії досудового розслідування. Тому прокурору, крім обґрунтування власне необхідності проведення таких дій, також необхідно довести, що під час досудового розслідування не було можливості встановити наявність додаткового обвинувачення та, як наслідок, не можна було провести відповідні слідчі (розшукові) дії.

По-друге, ч. 3 ст. 333 КПК не встановлює чіткого переліку дій, які можуть бути проведені за ухвалою слідчого судді. Так, в ч. 1 ст. 246 КПК вказано, що негласні слідчі (розшукові) дій являються різновидом слідчих (розшукових) дій. В ч. 3 ст. 333 КПК зазначено, що можна подати клопотання до суду про проведення «певних» слідчих (розшукових) дій. Формулювання «певні» вказує на те, що перелік таких дії є вичерпним та чітко встановленим. В той же час розшифрування даного формулювання КПК не містить. Крім того, виникає питання щодо можливості проведення за ухвалою суду негласних слідчих (розшукових) дій, адже вони включаються в перелік слідчих (розшукових) дій, а тому де-юре можливість їх проведення в ст. 333 КПК передбачена. Проте більш раціональним є висновок, що негласні слідчі (розшукові) дії за клопотанням сторін кримінального провадження проводитись не можуть, адже санкціонувати проведення таких дій може лише слідчий суддя суду апеляційної інстанції. Крім того, негласні слідчі (розшукові) дії – це дії, відомості про факт та методи проведення яких не підлягають розголошенню, крім випадків, передбачених КПК (ч. 1 ст. 246 КПК). Відповідно, якщо учасники судового розгляду зможуть заявляти клопотання про проведення негласних слідчих (розшукових) дій, то тоді втрачається сама суть відповідних процесуальних дій, а саме факт їх таємності.

По-третє, у випадку задоволення клопотання суд виносить ухвалу, якою доручає проведення відповідної слідчої (розшукової) дії органу досудового розслідування. Однак прокурор не зможе приймати участь у такій процесуальній дії або давати доручення, адже в даному випадку він не буде процесуальним керівником. Таким чином, тактика проведення відповідно слідчої (розшукової) дій буде залежати виключно від органу досудового

розслідування, а прокурор, який планує використовувати отримані в результаті проведення відповідних дій докази для доведення винуватості особи по новому обвинуваченню, не зможе такими діями керувати. Відповідно, прокурор не може бути впевнений, як саме будуть отримані докази, чи можна буде їх використати в суді, чи не будуть вони суперечити тактиці обвинувачення тощо.

Тому, з огляду на вищезазначені недоліки, більш доцільним способом отримання доказів для обґрунтування додаткового обвинувачення являється проведення окремого досудового розслідування, адже чинний КПК не має жодних обмежень в цьому плані. Дійсно, інформація, отримана під час судового розгляду, може бути підставою для внесення відомостей до ЄРДР, на що також вказують інші науковці [5, с. 111]. Відповідно, в ході такого окремого досудового розслідування можуть бути зібрані усі необхідні докази шляхом проведення слідчих (розшукових), негласних слідчих (розшукових) та інших процесуальних дій. Якщо буде зібрано достатню сукупність доказів, особі, вина якої доводиться, повинно бути повідомлено про підозру та, в подальшому, ознайомлено з обвинувальним актом та надано матеріали кримінального провадження для ознайомлення. Після вчинення відповідних дій прокурор у первинному кримінальному провадженні повинен заявити клопотання про висунення додаткового обвинувачення. Зважаючи на те, що вимоги ст. ст. 276-278, 290-293 КПК вже були виконані, суд повинен відкласти судовий розгляд лише з тією метою, щоб у сторони захисту було достатньо часу для підготовки проти додаткового обвинувачення (за клопотанням сторони захисту цей строк може бути продовжено). Саме шляхом дотримання такої процедури в прокурора в будь-якому випадку буде достатньо доказів для

обґрунтування додаткового обвинувачення, а обвинувачений під час розслідування додаткового обвинувачення в подальшому буде наділений правами підозрюваного, що дозволить йому в повній мірі організувати захист проти такого обвинувачення ще до заявлення клопотання прокурором про висунення додаткового обвинувачення.

Ще одним процесуальним інститутом, який також є досить подібним до висунення додаткового обвинувачення, є процедура об'єднання матеріалів кримінального провадження під час судового розгляду в суді першої інстанції.

Так, згідно з ч. 1 ст. 334 КПК, матеріали кримінального провадження можуть об'єднуватися в одне провадження або виділятися в окреме провадження ухвалою суду, на розгляді якого вони перебувають, згідно з правилами, передбаченими ст. 217 КПК. Відповідно, підставами для об'єднання матеріалів кримінального провадження може бути судовий розгляд щодо декількох осіб, які обвинувачуються у вчиненні одного кримінального правопорушення, або щодо однієї особи, яка обвинувачується у вчиненні кількох кримінальних правопорушень. Тобто, за своє суттю, об'єднання матеріалів кримінального провадження дуже схоже до висунення додаткового обвинувачення, адже в цих випадках фактично збільшується обсяг обвинувачення шляхом, наприклад, розгляду в судовому засіданні нового епізоду кримінального правопорушення. Отже, задля встановлення відмінностей цих двох інститутів перш за все варто звернути увагу на їх процесуальні особливості.

Так, у випадку висунення додаткового обвинувачення таке обвинувачення, як правило, з'являється в ході судового розгляду у зв'язку з дослідженням доказів щодо первісного

обвинувачення. Відповідно, додаткове обвинувачення само по собі не існує (крім випадку окремого досудового розслідування, про що мова велася вище), воно може бути приєднане до первісного обвинувачення в рамках одного кримінального провадження.

У випадку об'єднання матеріалів кримінального провадження мова йде про два окремі кримінальні провадження, які до моменту їх об'єднання були повністю самостійними, тобто вони розглядалися в рамках окремих судових розглядів, які відбувалися у різний час. Тобто кримінальні провадження щодо таких обвинувачень існували автономно, і фактично вони такими можуть залишатися.

Ще однією відмінністю досліджуваних інститутів є мета їх застосування. Так, у випадку об'єднання матеріалів кримінального провадження основною ціллю суду при винесенні рішення про таке об'єднання є необхідність більш повного дослідження всіх обставин кримінального правопорушення (або декількох кримінальних правопорушень) в рамках одного судового розгляду. Також метою об'єднання матеріалів кримінального провадження є забезпечення процесуальної економії. Метою висунення додаткового обвинувачення є розширення первісного обвинувачення на підставі обставин, які були встановлені. Прокурор, висуваючи додаткове обвинувачення, не переслідує мету процесуальної економії, а забезпечує невідворотність кримінальної відповідальності за вчинений злочин.

Відрізняються також наслідки відмови суду у здійсненні вказаних процесуальних дій. Так, якщо не буде об'єднано матеріали кримінального провадження, то будуть відбуватися два (або більше) окремі судові розгляди. У випадку відмови у задоволенні клопотання про розгляд додаткового обвинува-

чення таке обвинувачення не буде предметом судового розгляду (крім випадків здійснення окремого кримінального провадження).

Не менш важливим правом прокурора в якості суб'єкта кримінального переслідування під час судового розгляду в суді першої інстанції є право відмовитись від обвинувачення. При цьому існування даного інституту почало піддаватися певній критиці.

Так, Л. В. Головка, провівши ґрунтовне дослідження, дійшов висновку, що наявність такого інституту, як відмова від обвинувачення, на пострадянському просторі (правові системи країн якого традиційно відносять до континентальної правової сім'ї) пояснюється теоретичною помилкою, яка в подальшому стала підставою для появи інституту відмови від обвинувачення у радянських та пострадянських кримінальних процесуальних законах. Науковець посилається на положення Статуту кримінального судочинства 1864 р., де зазначено, що прокурор в суді не може розпоряджатися обвинуваченням, а це право належить виключно суду. Прокурор, якщо він вважав, що вина особи підтверджується, міг лише про це заявити суду «по совісті» [8, с. 58]. Відповідно, українське законодавство вважається несправедливим у порівнянні із зарубіжним у зв'язку з тим, що воно не передбачає можливості винесення виправдувального вироку, якщо прокурор відмовився від обвинувачення [10, с. 58].

Проте ми не можемо підтримати точку зору, згідно з якою інститут відмови від обвинувачення є «помилковим», а у випадку спростування обвинувачення прокурор не повинен від нього відмовлятися, а лише висловити свою позицію. Це, в першу чергу, пояснюється тим, що в кримінальному процесуальному законодавстві України обвинувачення розглядається як

обов'язок, який покладається на прокурора. Обвинувачення не можна розглядати лише як певний процесуальний спір, адже таке обвинувачення було обґрунтоване в ході досудового розслідування шляхом збирання, перевірки та оцінки доказів. Відповідно, відмова від такого обов'язку та від усіх результатів досудового розслідування повинно бути відповідним чином оформлене.

Крім того, на суд покладається обов'язок винести законне, обґрунтоване та вмотивоване рішення. Як правило, в кримінальному провадженні переважають докази сторони обвинувачення, а основним завданням сторони захисту стає спростування таких доказів. Тобто у випадку відмови прокурора від обвинувачення, у суду, як правило, недостатньо доказів для винесення виправдувального вироку, адже дане судове рішення також повинно бути обґрунтованим та мотивованим. Згідно з ч. 4 ст. 17 КПК усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на користь такої особи. Проте принцип презумпції невинуватості на поширюється на випадки, коли відсутні сумніви у зв'язку з фактичною відсутністю обвинувачення через самоусунення прокурора від такої діяльності. Встановлених в суді обставин може бути недостатньо для винесення обґрунтованого та вмотивованого рішення, а на прокурора не може бути покладено обов'язок доводити невинуватість особи. Тому ми вважаємо, що наявна в чинному КПК процедура відмови від обвинувачення та винесення кінцевого процесуального рішення судом у формі ухвали про закриття кримінального провадження (крім випадків підтримання обвинувачення прокурором) максимально відповідає сутності обвинувачення та в повній мірі забезпечує права учасників кримінального провадження.

Якщо вести мову про конкретні причини відмови прокурора від обвинувачення, до серед них виділяють невірну оцінку доказів, зібраних під час досудового розслідування; виявлення під час судового розгляду якісно нових обставин, які «зламали» всю систему обвинувачення; виявлення фактів грубих порушень закону на досудовому слідстві [11, с. 59]. Відповідно, така відмова можлива лише за наступних підстав: а) коли не встановлено подію злочину; б) коли у діянні підсудного немає складу злочину; в) коли не доведено участі підсудного у вчиненні злочину [12, с. 102].

Оформлюється відмова від обвинувачення у формі постанови, які повинна відповідати вимогам ст. 110 КПК, та яка, згідно з ч. 1 ст. 341 КПК, повинна бути погоджена з прокурором вищого рівня. Як зазначає М. І. Грушевська, дана постанова має процесуальне значення, оскільки завдяки цьому документу є можливість оцінити обґрунтованість і законність рішення прокурора про відмову [12, с. 103]. Відповідно, у випадку відмови прокурора від обвинувачення головуєчий роз'яснює потерпілому його право підтримувати обвинувачення в суді самостійно. Якщо потерпілий погодиться, то саме на нього перекладається обов'язок довести вину особи, а також на потерпілого поширюються всі права прокурора в суді в якості суб'єкта кримінального переслідування. Якщо ж потерпілий відмовився самостійно підтримувати обвинувачення, або якщо в провадженні взагалі відсутній потерпілий, то таке провадження підлягає закриттю шляхом винесення судом відповідної ухвали.



## Висновок

Наразі існує достатньо велика кількість недоліків КПК в частині визначення меж судового розгляду прокурором. Відповідно, така невизначеність достатньо негативно впливає на ефективність всього кримінального провадження. Так, наприклад, достатньо багато питань викликає порядок доказування винуватості особи в суді прокурором. У даному випадку мова йде про співвідношення меж обвинувачення та меж доказування. Встановлення винуватості особи та призначення покарання являється завданням суду, яке він виконує в рамках реалізації функції правосуддя. На прокурора та потерпілого не може бути покладено обов'язок обґрунтування необхідності застосування до обвинуваченого покарання, їх завдання – надати суду достатні докази для призначення такого покарання. Тому задля більш чіткого розмежування функції кримінального переслідування та функції правосуддя ще раз варто наголосити, що ні прокурор, ні потерпілий не в праві визначати та обґрунтовувати покарання, а лише доводити власне винуватість особи.

Також варто звернути увагу на положення ст. 291 КПК, де зазначено, що обвинувальний акт має, крім інших, містити відомості обставин, які обтяжують чи пом'якшують покарання. З огляду на те, що саме обвинувальним актом визначається обвинувачення, досить дивною є ситуація дослідження обставин, які обтяжують покарання, про яких немає згадки в самому обвинувальному акті. Більше того, з аналізу ст. 291 КПК можна зробити висновок, що виключення або встановлення обставин, які пом'якшують покарання, так само як і уточнення анкетних відомостей обвинуваченого, також повинно відбуватися через процедуру зміни обвинувачення, передбачену ст. 338 КПК. Проте ігнорування вказаної процедури в даних конкретних випадках не

буде обмежувати права сторони захисту під час судового розгляду, адже зміни анкетних даних не впливає на стратегію захисту, а тягар доведення обставин, які пом'якшують покарання, може бути перекладено на обвинуваченого, його захисника або законного представника (тим більше вони з самого початку були зацікавлені у доведенні таких обставин).

Проте все одно необхідно звернути увагу на факт існування колізії між ст. ст. 291 та 338 КПК. Зважаючи на те, саме обвинувальним актом визначається обсяг обвинувачення в суді, а також з огляду на відносну лаконічність даного документу, в якому зазначаються лише ті відомості, які дійсно мають значення для визначення меж судового розгляду, вважаємо доцільним привести у відповідність вказані положення кримінального процесуального закону шляхом розширення підстав для зміни обвинувачення шляхом посилення на положення, які стосуються відомостей обвинувального акта. Відповідно, ч. 1 ст. 338 КПК слід викласти в такій редакції: «З метою зміни правової кваліфікації та/або обсягу обвинувачення, а також за необхідності внесення змін до обвинувального акта прокурор має право».

Змін потребують і інші положення КПК у частині визначення меж судового розгляду. Тому можна зробити висновок, що дана проблематика досі залишається невирішеною, а тому потребує більш детального дослідження науковцями та практиками.

### **Список використаних джерел:**

1. Гринюк В.О. Суб'єкти реалізації функції обвинувачення у кримінальному процесі України. Форум права. 2016. № 2. С. 54-58.
2. Михайлова Т.А. К вопросу о концепции уголовного преследования в судебных стадиях / Прокуратура и правосудие в условиях судебно-правовой реформы: Сборник научных трудов.

М.: Научно исследовательский институт проблем укрепления законности и правопорядка, 1997. С. 112-116.

3. Корж В.П. Актуальные вопросы законодательного закрепления новых процессуальных полномочий прокурора в суде / Проблемы совершенствования прокурорского надзора. М., 1997. С. 105, 107.

4. Халиулин А.Г. Уголовное преследование как функция прокуратуры Российской Федерации (проблемы осуществления в условиях правовой реформы): дисс. докт. юр. наук: 12.00.09. Москва, 1997. 261 с.

5. Підтримання прокурором публічного обвинувачення: підруч. / кол. авт. К.: Національна академія прокуратури України, 2017. 630 с.

6. Колодчин В.В., Туманянц А.Р. Повноваження прокурора в судовому провадженні у першій інстанції: монографія. Харків: ТОВ «Оберіг», 2016. 228 с.

7. Грушевська М.І. Зміна прокурором публічного обвинувачення як форма зміни правової позиції прокурора в суді першої інстанції. Вісник Асоціації кримінального права України. 2017. № 1(8). С. 236-247.

8. Головки Л.В. Институт отказа прокурора от обвинения и изменения обвинения в суде: постсоветские перспективы в условиях теоретических заблуждений. Государство и право. 2012. № 2. С. 50-67.

9. Кримінальний процесуальний кодекс України: наук.-практ. коментар / відп. ред. С.В. Ківалов, С.М. Міщенко, В.Ю. Захарченко. Х.: Одіссей, 2013. 1104 с.

10. Павлишин А.А. Відмова прокурора від підтримання державного обвинувачення в суді. Прокуратура. Людина. Держава. 2005. № 2. С. 54-61.

11. Каркач П.М. Державне обвинувачення в суді за новим кримінальним процесуальним законодавством України: [навч. посіб.]. Х.: Право, 2013. 184 с.

12. Грушевська М.І. Поняття та загальна характеристика відмови прокурора від підтримання державного обвинувачення. Науковий вісник Херсонського державного університету. 2016. Випуск 3. Том 2. С. 100-103.

*Дидич О.Ю.,*

*Національний університет «Одеська юридична академія»*

## **ПОНЯТТЯ АПЕЛЯЦІЙНОГО ПРОВАДЖЕННЯ ТА ЙОГО МІСЦЕ В СИСТЕМІ СТАДІЙ КРИМІНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА**

### **Вступ**

Сучасне реформування кримінального провадження України вимагає виваженого та системного підходу, що підносить на якісно новий рівень питання про систему та структуру кримінального процесу.

Право на оскарження судових рішень належить до засад кримінального провадження, закріплених на конституційному рівні. Так, відповідно до ст. 55 Конституції України кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб [7]. Рішенням Конституційного Суду України від 11 грудня 2007 року № 11-рп/2007 визначено, що реалізацією права особи на судовий захист є можливість оскарження судових рішень у судах апеляційної інстанції, а перегляд судових рішень в апеляційному порядку

гарантує відновлення порушених прав і охоронюваних законом інтересів людини і громадянина [21].

Отже, на національному рівні право на апеляційне оскарження є важливою складовою права на оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності суду, слідчого судді, прокурора, слідчого, що згідно із ст. 24 КПК України визнається однією із засад кримінального провадження. Одночасно воно виступає основною гарантією захисту прав особи від порушення з боку зазначених суб'єктів, а також виправлення допущених ними помилок під час реалізації своїх процесуальних повноважень. Тому реалізація даної засади має значення не лише в аспекті забезпечення приватних прав та інтересів учасників кримінального процесу, а й публічних потреб, які вимагають належного виконання своїх обов'язків органами, які здійснюють кримінальне провадження.

Як зазначається, перевірка судовою інстанцією вищого рівня правильності постановлення у справі вироку, постанови чи ухвали, сприяє однаковою розумінню та застосуванню матеріального і процесуального законодавства судами нижчого рівня, що позитивно впливає на якість здійснення правосуддя, сприяючи підвищенню в суспільстві поваги та довіри до судової гілки влади [10, с. 680]. Ж.-Л. Бержель наголошував, що власне система оскарження судових рішень є гарною гарантією правосуддя, яка дає змогу судді вищої інстанції, який має більший досвід та авторитет, а також більш компетентному органу корегувати можливі помилки суддів нижчої інстанції [1, с. 553].

Значний внесок у розробку досліджуваної проблематики зробили Ю. П. Аленін, Н. Р. Бобечко, Д. В. Великодний, В. Ф. Гаєвий, І. В. Гловюк, Н. В. Кіцен, О. Ю. Костюченко, О. П. Кучинська, О. М. Курило, В. І. Маринів, В. І. Теремецький, інші вчені. Проте

активний процес реформування кримінального провадження визначає необхідність подальшого дослідження поняття апеляційного провадження в системі стадій кримінального судочинства.

Так, розглядаючи апеляційний перегляд судових рішень за чинним законодавством України, потрібно визнати, що даний інститут кримінального судочинства займає провідне місце в забезпеченні реалізації прав, свобод і законних інтересів в процесі набуття відповідним рішенням законної сили. На наше переконання, апеляційний перегляд судових рішень у кримінальному провадженні є основною формою внутрішнього судового контролю в системі судово-контрольного провадження.

### **Інститут апеляційного провадження в умовах реформування системи кримінального провадження: окремі питання**

Аналіз структури КПК України 2012 р. вказує, що існуючі стадії утворюють дві підсистеми – досудове провадження та судове провадження. Слід сказати, що в КПК України 2012 р. законодавець нормативно закріпив тільки дві стадії кримінального провадження, визначивши їх у ст. 3 КПК України як «досудове розслідування» (п. 5 ч. 1 ст. 3 КПК) і «притягнення до кримінальної відповідальності» (п. 14 ч. 1 ст. 3 КПК). Є чітка вказівка, що це стадії кримінального провадження. Разом із тим більшість вчених цілком справедливо не відносить «притягнення до кримінальної відповідальності» до категорії саме стадії кримінального провадження, наголошуючи, що цим терміном позначається кримінальна процесуальна діяльність органів досудового розслідування та прокурора, починаючи з моменту повідомлення особі прокурором або слідчим за погодженням з

прокурором про те, що вона підозрюється у вчиненні кримінального правопорушення [12, с. 270]. Тому вважаємо за необхідне внести відповідні зміни та доповнення до п. 14 ч. 1 ст. 3 КПК щодо визначення поняття притягнення до кримінальної відповідальності.

Разом із тим у структурі кримінального процесу по предметно-функціональним ознакам слід виділити основні кримінально-процесуальні провадження та спеціальні кримінально-процесуальні провадження. До основних слід віднести загальний порядок кримінального провадження – досудове провадження і судове провадження; особливі порядки кримінального провадження (кримінальне провадження на підставі угод, кримінальне провадження у формі приватного обвинувачення, кримінальне провадження щодо окремої категорії осіб, кримінальне провадження щодо неповнолітніх, в т. ч. застосування примусових заходів виховного характеру до неповнолітніх, які не досягли віку кримінальної відповідальності, кримінальне провадження щодо застосування примусових заходів медичного характеру, кримінальне провадження, яке містить відомості, що становлять державну таємницю, кримінальне провадження на території дипломатичних представництв, консульських установ України, на повітряному, морському чи річковому судні, що перебуває за межами України під прапором або з розпізнавальним знаком України, якщо це судно приписано до порту, розташованого в Україні); особливі порядки провадження в суді першої інстанції (спрощене провадження щодо кримінальних проступків; провадження в суді присяжних). До спеціальних кримінально-процесуальних проваджень слід віднести відновлення втрачених матеріалів

кримінального провадження та міжнародне співробітництво під час кримінального провадження.

Таким чином, структуру кримінального провадження становлять досудове розслідування і судове провадження, процесуальні дії у зв'язку із вчиненням діяння, передбаченого законом України про кримінальну відповідальність (п. 10 ч. 1 ст. 3 КПК). Відповідно до ЗУ «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» від 30.10.2017 р. [21] було внесено зміни щодо визначення поняття судового провадження (п. 24 ч. 1 ст. 3 КПК)». Судове провадження – кримінальне провадження у суді першої інстанції, яке включає підготовче судове провадження, судовий розгляд і ухвалення та проголошення судового рішення, провадження з перегляду судових рішень в апеляційному, касаційному порядку, а також за нововиявленими або виключними обставинами» [9].

Проте в доктрині вказується, що ухвалення та проголошення судового рішення є підсумковим етапом (частиною, елементом) судового розгляду. Разом із тим, на нашу думку, стадія виконання судових рішень також має ознаки судового провадження, адже питання, що вирішуються в цій стадії, розглядаються судом згідно з правилами судового розгляду. Так, згідно із ч. 5 ст. 534 КПК процесуальні питання, пов'язані з виконанням судових рішень у кримінальному провадженні, вирішує суддя суду першої інстанції одноособово, якщо інше не передбачено КПК. Однак законодавець не відносить виконання судових рішень до судового провадження.

Крім того, зважаючи на реформу системи судоустрою, вважаємо за необхідне зауважити, що відповідно до ч. 3 ст. 17



Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 02.06.2016 р. [22] систему судоустрою складають: місцеві суди, апеляційні суди, Верховний Суд. Для розгляду окремих категорій справ в системі судоустрою діють вищі спеціалізовані суди. Також згідно із ч. 2 ст. 37 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» у складі Верховного Суду діють: 1) Велика Палата Верховного Суду; 2) Касаційний адміністративний суд; 3) Касаційний господарський суд; 4) Касаційний кримінальний суд; 5) Касаційний цивільний суд. Відповідно до ч. 2 ст. 36 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» Верховний Суд здійснює правосуддя як суд касаційної інстанції, а у випадках, визначених процесуальним законом, – як суд першої або апеляційної інстанції, в порядку, встановленому процесуальним законом.

Згідно із ч. 3 ст. 463 КПК заява про перегляд судового рішення за виключними обставинами в разі встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні цієї справи судом подається до Верховного Суду для її розгляду у складі Великої Палати. З огляду на це, зокрема, здається не зовсім зрозумілою «косметична» відмова від вказівки на «перегляд судових рішень Верховним Судом України» у визначенні поняття судового провадження (навіть зважаючи на п. 21 ч. 1 ст. 3 КПК, який визначає Верховний Суд судом касаційної інстанції). Адже змінилася лише структура Верховного Суду, що передбачає окремі підстави для перегляду судових рішень Касаційним кримінальним судом та в порядку, встановленому процесуальним законом, підстави для перегляду судових рішень палатою, об'єднаною або Великою Палатою Верховного Суду.

Таким чином, у структурі судового провадження необхідно виділити: провадження у суді першої інстанції (підготовче судове

провадження; судовий розгляд), судово-контрольне провадження (перегляд судових рішень в апеляційному порядку; перегляд судових рішень в касаційному порядку; перегляд судових рішень за нововиявленими або виключними обставинами), провадження з виконання судових рішень.

Зазначимо, що оскарження й перевірка судових рішень здійснюється в інстанційному (по вертикалі) або позаінстанційному (по горизонталі) порядку. Перший спосіб пов'язаний з можливими порушеннями, допущеними судами, слідчими суддями під час кримінального провадження. З огляду на це перевірку судового рішення реалізує суд вищого рівня (наприклад, перегляд судового рішення суду першої інстанції судом апеляційної інстанції). Інстанційний порядок перевірки судових рішень є домінуючим у вітчизняному кримінальному процесуальному законодавстві. Поза інстанційний порядок (його іноді називають «самопомогою» або «самоконтролем» [27]) перевірки судових рішень зумовлений наявністю обставин, які не вказують на наявність яких-небудь порушень з боку суду, а тому здійснюється судом, що ухвалив рішення. Він передує інстанційному судовому контролю. У кримінальному процесуальному законодавстві України контроль суду (слідчого судді) за власними рішеннями представлений у вигляді: 1) скасування ухвали про накладення грошового стягнення (ч. 3 ст. 147 КПК України); 2) скасування арешту майна (ч. 1 ст. 174 КПК України); 3) скасування ухвали про закриття кримінального провадження і звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку з передачею її на поруки (ч. 3 ст. 289 КПК України); 4) провадження за нововиявленими або виключними обставинами (ст. 463, ч. 1 ст. 467 КПК України); 5) передачі кримінального провадження на розгляд палати, об'єднаної або Великої Палати Верховного Суду (ст. 434<sup>1</sup> КПК).

На інститут оскарження й перевірки судових рішень у кримінальному провадженні покладені такі завдання: 1) виявлення, виправлення та попередження порушень правових норм у діяльності судів та слідчих суддів; 2) забезпечення стабільності та непохитності судових рішень; 3) забезпечення єдності судової практики; 4) захист і поновлення прав, свобод та інтересів учасників судового провадження та інших заінтересованих осіб; 5) сприяння покращенню якості роботи судів та слідчих суддів, зміцнення законності і правопорядку, підвищення авторитету судової влади [3, с. 152].

До речі, В. І. Маринів наголошує на точності назви даного інституту кримінального процесуального права, яка включає відносно самостійні і, водночас, взаємопов'язані категорії: «оскарження судових рішень» та «перевірка судових рішень». Перевірка не може відбутися без її ініціювання, натомість оскарження саме пособі, без чітко визначеної мети, що реалізується за наслідками перевірки, позбавлене сенсу [15, с. 68]. Вважаємо, що категорія «перегляд судових рішень» вбирає в себе обидва вище наведені значення, перегляд ініціюється суб'єктом права на апеляційне оскарження судових рішень та передбачає як наслідок перевірку судових рішень.

Деякі дослідники проводять розмежування категорій «перегляд кримінальної справи» та «перегляд судового рішення». «Переглянути справу, – зазначають вони, – означає повторити в повному обсязі судовий розгляд, здійснений судом першої інстанції. Переглянути ж судові рішення – означає перевірити його законність, обґрунтованість та справедливість. Тобто перше поняття ширше за змістом, а друге – вужче» [19].

Слід погодитися з Н. Р. Бобечко, що оскаржене судові рішення є частиною матеріалів кримінального провадження. Порушення в

діяльності суду нижчої інстанції вбачаються не лише із змісту такого рішення, але й з матеріалів кримінального провадження (іноді й з нових доказів). Тому перевірка судового рішення неможлива без розгляду матеріалів кримінального провадження, їх розгляд вищою судовою інстанцією є засобом перевірки оскарженого судового рішення [3, с. 152].

За своєю структурою інститут апеляційного перегляду є комплексним, оскільки включає менші за обсягом інститути (наприклад, заперечення на апеляційну скаргу, письмового апеляційного провадження, зміни судового рішення).

У науковій юридичній літературі аргументується, що змістом права на оскарження судових рішень, ухвалених судами першої інстанції, є сукупність наступних правомочностей (можливостей): а) можливість звернення до суду апеляційної інстанції зі скаргю насудові рішення суду першої інстанції, що набрали законної сили, щодо їх перевірки предмет законності та обґрунтованості; б) право на отримання судового захисту за результатами розгляду скарги у судах апеляційної інстанції, забезпечене процесуальним обов'язком судів вищої інстанції, використати передбачені процесуальним законом можливості для встановлення та усунення суддівської помилки, допущеної судом першої інстанції, та забезпечення реального виконання судового акту [28, с. 8]. Таким чином, суб'єктом забезпечення реалізації цього права є суд апеляційної інстанції. Розглядаючи цей суд, необхідно відзначити, що «судова інстанція» визначається як процесуальне поняття, яке характеризує судовий орган у цілому або його структурний підрозділ, що має визначений обсяг повноважень при здійсненні правосуддя. Йому відповідає організаційне поняття «ланка судової системи», яке характеризує судові органи, рівні за обсягом повноважень і коло обов'язків, які вони виконують [14, с. 78].

Згідно із ч. 2 ст. 26 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» апеляційними судами з розгляду цивільних і кримінальних справ, а також справ про адміністративні правопорушення є апеляційні суди, які утворюються в апеляційних округах. Відповідно до ч. 1 ст. 27 Закону апеляційний суд виконує такі повноваження: 1) здійснює правосуддя у порядку, встановленому процесуальним законом; 2) аналізує судову статистику, вивчає та узагальнює судову практику, інформує про результати узагальнення судової практики відповідні місцеві суди, Верховний Суд; 3) надає місцевим судам методичну допомогу в застосуванні законодавства; 4) здійснює інші повноваження, визначені законом.

Із цих нормативних положень можна зробити висновок, що апеляційною інстанцією розгляду кримінальних справ є апеляційний суд. Попри те, що закон допускає розглядним справ відповідної судової юрисдикції попершій інстанції, кримінальне процесуальне законодавство такої можливості не передбачає. Такий підхід слід визнати правильним, адже, як зауважують вчені, якщо ці суди вважаються апеляційними, то не варто намагатися перетворити їх за окремими повноваженнями на суди іншого рівня (місцеві суди), що суперечило б як Конституції, так і міжнародним стандартам побудови судової системи [17, с. 16]. Ці міркування варто підтримати і визнати позитивним той факт, що на сьогодні в кримінальному провадженні поняття «апеляційний суд» і «апеляційна інстанція» повністю ідентичні [16, с. 108].

У зарубіжній практиці питання щодо забезпечення апеляційного оскарження судових рішень вирішується по-різному. Так, на підставі вивчення іноземного досвіду О. М. Курило формулює такі характерні ознаки апеляційного провадження: 1) апеляційні скарги приносяться на судові

рішення, постановлені першою інстанцією, що не набули законної сили; 2) оскаржуються не лише судові вирoki та рішення, але й інші процесуальні акти суду (ухвали, постанови), які не набули законної сили; 3) приводом до перегляду справи є апеляційна скарга (подання), до форми та змісту якої закон пред'являє певні вимоги; 4) законом встановлені строки апеляційного оскарження; 5) подача апеляційної скарги припиняє набуття законної сили судовим рішенням, що оскаржується; 6) у суді апеляційної інстанції перевіряються не лише питання права (законність), але й питання факту (обґрунтованість) рішення суду першої інстанції; 7) суд апеляційної інстанції безпосередньо досліджує докази, в тому числі – додаткові, при проведенні судового слідства; 8) суд апеляційної інстанції не тільки вправі залишити вирок суду першої інстанції без зміни, але й постановити новий вирок; 9) рішення суду апеляційної інстанції можуть бути оскаржені у вищестоящих судових інстанціях [13, с. 68]. Зазначені ознаки характерні і для вітчизняного апеляційного провадження.

### **Інститут апеляційного провадження – основна форма внутрішнього судового контролю в системі судово-контрольного провадження**

Апеляційне провадження «з точки зору процедури і особливого місця апеляційного суду можна і потрібно іменувати самостійним провадженням з двома підстадіями, які мають свої специфічні завдання, своє коло суб'єктів, свою процедуру, відповідну їй процесуальну форму і свої процесуальні рішення, зовсім особливі як за своїм змістом, так і за правовими наслідками їх винесення» [6, с. 54].

На користь того, що апеляційний перегляд судових рішень у кримінальному провадженні є основною формою внутрішнього судового контролю, свідчить як коло тих питань, що складають предмет апеляційної перевірки, так і обсяг повноважень суду апеляційної інстанції (ч. 1 ст. 407 КПК). Так, формулювання предмета апеляційного перегляду і повноважень суду апеляційної інстанції призводить до розуміння деякими дослідниками апеляції як способу перевірки судових вироків і рішень, який полягає в тому, що суд другої інстанції розглядає кримінальні справи за скаргами учасників процесу шляхом проведення нового судового слідства і винесення вироку чи рішення замість скасованого [26, с. 250].

У свою чергу, це викликає критику з боку окремих фахівців, які вважають, що апеляція веде до зниження відповідальності судів першої інстанції [29, с. 63]. Очевидно, що такі погляди є помилковими, адже апеляційний перегляд судових рішень у кримінальних провадженнях не замінює розгляду і вирішення кримінальної справи по суті у суді першої інстанції. Суд апеляційної інстанції здійснює наступний судовий контроль за вже ухваленими судовими рішеннями. Його повноваження не передбачають автоматичного скасування судового рішення, прийнятого судом першої інстанції, натомість мова йде саме про перегляд, а не про новий розгляд певної справи. Таким чином, суд апеляційної інстанції не виконує роботу замість суду першої інстанції, а перевіряє його рішення, тим самим забезпечуючи їх більш високу якість і правосудність, що неминуче має підвищувати відповідальність суддів, які ухвалюють такі рішення в першій інстанції.

У судово-контрольній стадії кримінального провадження, якою є стадія апеляційного перегляду судових рішень, функція

правосуддя поєднується із здійсненням судового контролю. Адже на цій стадії «перевіряється правильність вирішення питання про доведеність та/або вирішення питання про застосування заходу кримінально-правового характеру» [5, с. 248].

Крім того, широке коло повноважень суду апеляційної інстанції в кримінальному провадженні свідчить не лише про вагоме значення, яке надається йому в забезпеченні законності й обґрунтованості судових рішень, а й про значний обсяг навантаження, який лежить на судах апеляційної інстанції. Так, наприклад, згідно з аналізом стану здійснення судочинства у 2016 р. [24] до апеляційних загальних судів усього надійшло 181,1 тис. справ і матеріалів, що на 4,7% більше порівняно з 2015 р. У тому числі згідно з положеннями КПК надійшло 49,9 тис. справ і матеріалів із урахуванням апеляційних скарг на судові рішення судів та слідчих суддів; розглянуто 38,8 тис., із яких в апеляційному порядку задоволено 16,7 тис., або 43% від кількості розглянутих. За апеляційними скаргами скасовано і змінено вироки місцевих загальних судів стосовно 9,1 тис. осіб. У тому числі за апеляціями скасовано вироки стосовно 5,9 тис. осіб, із них: із направленням справи на новий судовий розгляд стосовно 3,6 тис. осіб; із постановленням нового вироку стосовно 1,8 тис. осіб.

Найчастіше підставами для скасування вироків в апеляційному порядку, як і в попередні роки, були істотні порушення вимог кримінально-процесуального закону (ст. 412 КПК, ст. 370 КПК 1960 р.) – скасовано вироки стосовно 3,2 тис. осіб, або 54,2% від кількості тих, щодо яких вироки скасовано. Із них судове провадження здійснено за відсутності захисника, якщо його участь є обов'язковою (п. 4 ч. 2 ст. 412 КПК), та через порушення права обвинуваченого на захист (п. 3 ч. 2 ст. 370 КПК



1960 р.) – стосовно 94 осіб; через неповноту судового розгляду (ст. 410 КПК) – скасовано вироки стосовно 204 осіб; через однобічність або неповноту дізнання, досудового чи судового слідства (ст. 368 КПК 1960 р.) – стосовно 99 осіб.

В апеляційному порядку скасовано вироки і призначено новий розгляд у суді першої інстанції (п. 6 ч. 1 ст. 407 КПК) стосовно 3,4 тис. осіб; із поверненням справи на новий судовий розгляд (ч. 2 ст. 374 КПК 1960 р.) – стосовно 168 осіб.

Апеляційні загальні суди, скасувавши повністю чи частково вироки місцевих загальних судів, ухвалили нові вироки стосовно 1,8 тис. осіб. В апеляційному порядку змінено вироки стосовно 3,3 тис. осіб. За нововиявленими обставинами в провадженні апеляційних загальних судів перебувало 287 заяв про перегляд судових рішень у кримінальних справах; за результатами розгляду повернуто та закрито кримінальне провадження у зв'язку з відмовою від заяви – за 214 заявами; розглянуто по суті 52 заяви.

Однак вказані показники хоча і є значними, проте їх не можна порівняти з навантаженням на суддів місцевих загальних судів. Так, співставляючи загальний рівень навантаження на суддів загальних місцевих та апеляційних судів, І. В. Дем'яненко доводить, що апеляційні загальні суди розглядають приблизно у 10 разів менше справ, ніж місцеві (в окремі роки розрив показників їх роботи становив і 15 разів), а рівень навантаження на суддів цих судів у 3-5 разів менший, ніж на суддів місцевих судів. Це пояснюється іншим функціональним призначенням апеляційних судів, які як суди вищої інстанції перевіряють правильність застосування нижчим судом закону, а також повноту і об'єктивність установлення фактичних обставин справи, виправляючи помилки суддів нижчої інстанції та гарантуючи високу якість судочинства. Також треба звернути

увагу на ту обставину, що у своїй більшості справи, які розглядаються апеляційними судами, є апріорі більш складними, ніж ті, що вирішуються судами першої інстанції, отже, їх вирішення потребує більше часу і зусиль суддів, що, в свою чергу, тягне за собою необхідність зменшення навантаження на апеляційні суди [7, с. 21].

Поза всякого сумніву, при визначенні навантаження на всі ланки судової системи України слід виходити із функціонального призначення кожної із судових інстанцій. Серед завдань апеляційного провадження науковці наводять такі: 1) забезпечити стабільність судового рішення; 2) забезпечити правильне розуміння та застосування кримінального, кримінального процесуального та іншого законодавства; 3) сприяти формуванню одноманітної судової практики з вирішення судових справ; 4) здійснювати захист прав та свобод людини та громадянина [25, с. 447]. Тому функціональне призначення суду апеляційної інстанції в кримінальному провадженні є іншим, ніж у суду першої інстанції, і більш широким за обсягом завдань, які покладаються на нього. Виключно «судові» або процесуальні повноваження зперегляду судових рішень не вичерпують всіх завдань, що покладаються законом на ці суди. Тож цілком обґрунтованим виглядає зменшення власне процесуального навантаження на суддів цих судів на користь більш фахового і компетентного перегляду ними судових рішень у кримінальних провадженнях, що оскаржуються, а також виконання інших завдань, вказаних вище.

На думку В. Ф. Гаєвого, метою апеляційного оскарження є встановлення правосудності рішення суду першої інстанції, а в окремих випадках повторного розгляду кримінальної справи

в повному обсязі чи частково, якщо з'ясування обставин судом першої інстанції проведено неповно чи однобічно [4, с. 4].

Н. Р. Бобечко зауважив, що саме можливість постановлення власного рішення (нового вироку) є однією з принципових відмінностей апеляційного провадження від касаційного [2, с. 331]. На нашу думку, дане твердження представляється дискусійним. Оскільки саме принципова відмінність апеляційного провадження від касаційного полягає в можливості безпосереднього дослідження доказів та перегляді судових рішень як із точки зору законності, так і обґрунтованості, а звідси впливає можливість прийняти рішення, яке погіршує положення обвинуваченого (лише у випадку подання апеляційної скарги прокурором, потерпілим або його представником).

КПК України 2012 р. у порівнянні із КПК 1960 р. можливість дослідження нових доказів значно обмежено. Так, ч. 3 ст. 404 КПК встановлено, що суд може дослідити докази, які не досліджувалися судом першої інстанції, виключно якщо про дослідження таких доказів учасники судового провадження заявляли клопотання під час розгляду в суді першої інстанції або якщо вони стали відомі після ухвалення судового рішення, що оскаржується.

Також слід додати, що розкривати самостійність суду апеляційної інстанції тільки через постановлення вироку є неправильним. Самостійними будуть всі рішення, наприклад, якщо треба покращити становище обвинуваченого – вносяться відповідні зміни до вироку, самостійними буде і рішення про скасування вироку або ухвали та закриття провадження у справі.

Відмінність рішень касаційного суду тільки в тому, що вони приймаються після перевірки на законність (хоча фактично, досить часто, перевіряється обґрунтованість рішення).

Погіршити становище засудженого касаційний суд сам не вправі, він може на законних підставах скасувати вирок та направити справу в суд першої чи апеляційної інстанції, а також касаційний розгляд справи дуже залежить від розсуду суду. Наприклад, суд касаційної інстанції постановлює ухвалу про відмову у відкритті касаційного провадження, якщо з касаційної скарги, наданих до неї судових рішень та інших документів вбачається, що підстав для задоволення скарги немає. У свою чергу, суд апеляційної інстанції не має права відмовити у відкритті апеляційного провадження за такою підставою.

Відповідно до п. 15 ст. 32 Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року [10] законодавець вперше визначив апеляцію як подання прокурора і скаргу учасника процесу про скасування або зміну судового рішення в апеляційному порядку. Як бачимо, мова йде про процесуальний документ, внесений особою, яка має відповідне право, а це, в свою чергу, тягне за собою відкриття апеляційного провадження.

На відміну від свого попередника, Кримінальний процесуальний кодекс 2012 року не надає визначення апеляції, а лише у п. 20 ч. 1 ст. 3 надає визначення поняття суду апеляційної інстанції: Апеляційний суд АРК, апеляційний суд області, міст Києва і Севастополя, в межах територіальної юрисдикції якого знаходиться суд першої інстанції, що ухвалив оскаржуване судові рішення. Ні у главі 1, ні у главі 31 КПК не було розкрито поняття апеляційної скарги або апеляційного провадження. Такого роду прогалини є небажаними, оскільки вони породжують неоднакове застосування і тлумачення процесуального закону.

Зважаючи на наведене, вкрай важливим є чітке формулювання процесуальної норми для будь-якої галузі права в процесі правозастосування, що також підтверджується таким

важливим принципом законодавчої техніки як визначеність та єдність термінології. Зміст цього принципу полягає у вимозі використання для формулювання процесуальної діяльності тільки визначених у законі термінів та обов'язкового визначення тих, які не визначені, але використовуються. Можна також додати, що дотримання даного принципу передбачає наскрізне використання термінології в різних галузях права, а також використання тільки тих термінів, зміст яких не припускає можливості неоднозначного тлумачення [18, с. 238].

### **Висновки**

Приходимо до висновку, що в забезпеченні права особи на оскарження рішень, дій чи бездіяльності у кримінальному провадженні провідне значення мають саме суди апеляційної інстанції. Втілюючи одну із засад кримінального провадження, процедура апеляційного перегляду судових рішень є однією з найбільш важливих процесуальних гарантій недопущення та виправлення судових помилок, основною формою внутрішнього судового контролю, вагоме значення якої виявляється в наступному: забезпеченні реалізації учасниками кримінального провадження свого права на апеляційне оскарження рішення слідчого судді, суду відповідно до закону; забезпеченні перевірки законності, обґрунтованості та справедливості рішення суду першої інстанції, що не набрало законної сили; забезпеченні перевірки законності, обґрунтованості та справедливості ухвал слідчого судді; забезпеченні недопущення неправомірного обмеження права власності осіб під час досудового розслідування; запобіганні невиправданому затягуванню виконання судових рішень; попереджанні подання необґрунтованих скарг до вищої судової інстанції; сприянні формуванню єдності судової практики;

забезпеченні правильного розуміння та застосування кримінального, кримінального процесуального та іншого законодавства; сприянні утвердженню законності та справедливості, поваги до судової гілки влади в суспільстві; сприянні досягненню цілей і виконання завдань кримінального судочинства, зокрема, охорони прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження.

Вважаємо також прийнятним надати визначення апеляційної скарги: апеляційна скарга – це письмовий документ учасника кримінального провадження, який є суб'єктом права на апеляційне оскарження, що складається та подається відповідно до вимог КПК на ухвалу слідчого судді, суду або вирок суду першої інстанції з проханням про перегляд чи скасування в порядку апеляційного провадження. Причому зазначимо: згідно з Постановою ВСУ від 3 березня 2016 року (№ 5-347 кс 15) [20] вказується на право особи на перегляд судом вищого рівня вироку, якщо він стосується його прав та інтересів, незалежно від того, чи брала така особа участь у судовому розгляді.

Щодо визначення поняття апеляційного провадження, то, на нашу думку, апеляційне провадження – інститут кримінального процесуального права, основна форма внутрішнього судового контролю в системі судово-контрольного провадження та самостійна стадія кримінального процесу, що забезпечує перевірку законності, обґрунтованості та справедливості рішення суду першої інстанції, що не набрало законної сили, ухвали слідчого судді з метою недопущення виконання незаконного й невмотивованого рішення слідчого судді, суду, охорони прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження.

### **Список використаних джерел:**

1. Бержель Ж.-Л. Общая теория права / под. общ. ред. В.И. Даниленко; пер. с. фр. М.: Издательский дом NOTA BENE, 2000. С. 553.
2. Бобечко Н.Р. Недопустимість погіршення становища підсудного в апеляційному провадженні. Вісн. Львів. ун-ту. Сер. юридична. 2011. Вип. 53. С. 331.
3. Бобечко Н.Р. Суть, мета, завдання та функції інституту оскарження й перевірки судових рішень у кримінальному провадженні. Публічне право. № 2 (22). 2016. С. 152-157.
4. Гаєвий В.Ф. Участь прокурора у кримінальному апеляційному провадженні: фондовалекція. К.: Національна академія прокуратури України, 2013. 28 с. URL: [http://naru.com.ua/wp-content/uploads/pdf/navchalna\\_literatura/0104.pdf](http://naru.com.ua/wp-content/uploads/pdf/navchalna_literatura/0104.pdf).
5. Гловюк І.В. Кримінально-процесуальні функції: теоретико-методологічні засади і практика реалізації: дис... докт. юрид. наук, спец: 12.00.09 – кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність. Одеса, 2015. С. 248.
6. Головков В.Л. Апелляционное производство по уголовным делам в Российской Федерации (проблемы и пути решения): дис. ... кандидата юрид. наук: спец. 12.00.09 «Уголовный процесс, криминалистика и судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность». Ижевск, 2004. С. 54.
7. Дем'яненко І.В. Проблеми навантаження на місцеві загальні суди як основну ланку судової системи України. Право і суспільство. 2016. № 1. С. 21-22.
8. Конституція України: Закон України від 28.06.1996 р. Відомості Верховної Ради України. 1996 р. № 30. Ст. 141.

9. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 р. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.

10. Кримінально-процесуальний кодекс України від 28 грудня 1960 № 1001-05. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1001-05>.

11. Кримінально-процесуальне право України: Підручник / За загальною редакцією Ю.П. Аленіна. Х.: ТОВ «Одіссей», 2009. С. 680.

12. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / За загальною редакцією професорів В.Г. Гончаренка, В.Т. Нора, М.Є. Шумила. К.: Юстініан, 2012. С. 270.

13. Курило О.М. Проблеми організації роботи апеляційного суду області: [монографія]. Х.: Юрайт, 2013. С. 68.

14. Лапкін А.В. Судове право України: навч. посіб. у схемах. Х.: Право, 2016. С. 78.

15. Маринів В.І. Деякі проблеми реалізації принципу забезпечення права на оскарження судових рішень у кримінальному провадженні / Актуальні проблеми судового права: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. пам'яті проф. Івана Єгоровича Марочкіна (Харків, 30 жовт. 2015 р.) І редкол.: Л.М. Москвич (голова) та ін. Х.: Право, 2015. С. 68-71.

16. Маринів В.І. Деякі проблеми функціонування судів апеляційної інстанції щодо перегляду судових рішень у кримінальному провадженні. Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія Юридичні науки. Випуск 3. Том 2. 2016. С. 108.

17. Оніщук М.М. Судово-правова реформа: чи буде дановідповіді на виклики часу. Право України. 2003. № 5. С. 16.

18. Основания уголовно-правового запрета. Криминализация и декриминализация / П.С. Дагель, Г.А. Злобин, С.Г. Келина, Г.Л. Кригер, и др. М.: Наука, 1982. С. 238.



19. Перлов И.Д. Надзорное производство в уголовном процессе. М.: Юрид. лит., 1974. С. 6. Омеляненко Г. Поняття, суть і форми перегляду вироків, постанов і ухвал суду в кримінальних справах. Право України. 2003. № 10. С. 90.

20. Постанова ВСУ від 3 березня 2016 року (№ 5-347 кс 15). URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/88BF0676BC2E5CD3C2257F8C003A3E61](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/88BF0676BC2E5CD3C2257F8C003A3E61).

21. Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів: Закон України від 30.10.2017 р. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2147%D0%B0-19/paran64#n64>.

22. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 02.06.2016 р. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1402-19>.

23. Рішення Конституційного Суду України від 11 грудня 2007 р. № 11-рп/2007 у справі щодо офіційного тлумачення положень п. 8 ч. 3 ст. 129 Конституції України, ч. 2 ст. 383 Кримінально-процесуального кодексу України [Текст]. Офіц. Вісн. України. 2008. № 29. Ст. 34.

24. Стан здійснення судочинства в Україні у 2016 році: статистичний збірник. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/06EAA6C32D8DE08AC22580E400490AFC](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/06EAA6C32D8DE08AC22580E400490AFC).

25. Судова влада: [монографія] / І.Є. Марочкін, Л.М. Москвич, І.В. Назаров та ін.]; за заг. ред. І.Є. Марочкіна. Х.: Право, 2015. С. 447.

26. Судебная власть / под ред. И.Л. Петрухина. М.: 000 «ТК Велби», 2003. С. 250.

27. Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. Том II. СПб: Альфа, 1996. С. 509., Терехова Л.А. Система пересмотра судебных актов в механизме судебной защиты. М.: Волтерс

Клувер, 2010. С. 108., Луспеник Д.Д. Самоконтроль суду першої інстанції у цивільному процесі: проблемні питання правозастосування. Часопис цивільного і кримінального судочинства. 2013. № 5. С. 51-62.

28. Цихоня Д.Ю. Оскарження судових рішень, ухвалених судами першої інстанції: дис. канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 – «Цивільне право та цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право». Одеса, 2015. С. 8.

29. Ширинский С.С. Нужен ли нам апелляционный суд? Российская юстиция. 1996. № 6. С. 63.

## **ОСОБЛИВІ ПОРЯДКИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ В КОНТЕКСТІ ДИФЕРЕНЦІАЦІЇ КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ ФОРМИ**

***Неледва Н.В.,***  
*кандидат юридичних наук,*  
*доцент кафедри кримінального права,*  
*процесу та криміналістики*  
*Міжнародного гуманітарного університету*

### **УГОДА ПРО ВИЗНАННЯ ВИНУВАТОСТІ: СУЧАСНИЙ СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ ВДОСКОНАЛЕННЯ**

#### **Вступ**

Сьогодні чітко виокремлюється тенденція розвитку сучасного судочинства у світі в напрямку процедур альтернативних засобів вирішення кримінально-правових конфліктів, яскравим проявом якого виявляється інститут угод у кримінальному процесі. Угода про визнання винуватості як особливий порядок кримінального провадження виявляється сучасним напрямком кримінально-процесуальної ідеології політики держави.

Каральний підхід до розв'язання проблем протидії злочинності виявився неефективним. Враховуючи тенденції до збільшення кількості зареєстрованих заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення та, відповідно, кримінальних проваджень, виникає об'єктивна необхідність у застосуванні спрощеного порядку вирішення кримінально-правових конфліктів. Сьогодні доцільніше застосовувати механізми альтернативного (відновного) правосуддя, зокрема інститут спрощеного провадження по кримінальних проступках,

можливість укладання угод про примирення та визнання винуватості, провадження у формі приватного обвинувачення те, що повинно значно зменшити навантаження на слідчих і, водночас, підвищити ефективність правосуддя (таким шляхом успішно йдуть більшість європейських країн) [1; 2, с. 18].

Угода про визнання винуватості – це інститут в уголовному процесуальному законодавстві, за допомогою якого виявляється можливість заохочувати осіб, які вчинили кримінальне правопорушення, допомогти органам досудового розслідування в розкритті злочинів, тим самим звільнитися від покарання або його зниження. Для державних органів теж є переваги, перш за все, це збереження часу, зниження навантаження на органи прокуратури та слідства, значне скорочення бюджетних витрат.

Детальне вивчення інституту угод про визнання винуватості в кримінальному процесі обумовлено невеликим терміном застосування цього засобу вирішення кримінально-правового конфлікту. Проблеми застосування угоди про визнання винуватості в кримінальному судочинстві обговорювались, як до прийняття КПК України 2012 року, так і все частіше аналізуються з урахуванням появи інституту провадження на підставі угод про визнання винуватості в процесуальному законодавстві нашої країни. Але у вирішенні цього питання ще далеко до «світла в кінці тунелю». Воно є однією з найбільш складних і практично важливих процесуальних проблеми сучасного правосуддя.

## **Визнання винуватості**

### **чи співпраця – як розставити пріорітети?**

Укладання угод у кримінальних провадженнях успішно застосовується в країнах англо-американської системи права. Інститут угод розвинений у кримінальному процесі

Великобританії, Канади, США, де 70–90% усіх кримінальних проваджень вирішуються через укладання угоди про визнання винуватості між сторонами обвинувачення та захисту. Так, у 2010 р. у США 3 463 обвинувачених у злочинах постали перед судом, тоді як 72 110 – уклали угоди про визнання винуватості. Таким чином, менш ніж 5% кримінальних справ були розглянуті у судовому слуханні, а 95,4% – закінчилися укладанням угод. Тому угода про визнання винуватості є основним способом вирішення значної кількості кримінальних справ у судах США та більшості держав, які належать до англосаксонської правової сім'ї [2, с. 113].

З визнанням своєї провини у кримінальному процесі США тісно пов'язаний інститут «угоди про визнання вини» (plea bargaining), який представляє інтерес з точки зору можливого запозичення наявного правового досвіду. Відразу відзначимо, що даний інститут є органічною частиною американського кримінального процесу і застосовується на практиці понад 150 років. За даними американського юриста Реймонда Моли в 1839 р в штаті Нью-Йорк, 22% вироків по кримінальних справах були результатом «угоди про визнання провини»; до 1869 70% всіх кримінальних справ були дозволені подібним способом; в 1920 р 88% всіх кримінальних справ були дозволені допомогою заяв про визнання вини. За даними К. Ф. Гуценко, в 60-х роках понад 90% кримінальних справ у США не проходять через процедуру судового розбирательства. Сьогодні без «угоди про визнання провини» механізм кримінальної юстиції США, а в першу чергу суди, не змогли б упоратися з усіма справами.

У кримінальному процесі Іспанії нині активно застосовується інститут «згоди», передбачений статтями 655 і 694-700 УПК 1882 г. (зі змінами 1988 р.). Обвинувачення направляє до суду

клопотання про призначення покарання строком до шести років. Якщо на початку розгляду обвинувачений вирадить свою формальну згоду із кваліфікацією злочину та запропонованим обвинуваченням покаранням, то суд, не проводячи судового засідання, виносить вирок, яким затверджує покарання, погоджене сторонами.

УПК Італії 1989 р. передбачає дві відповідні процедури. Насамперед це так зване «прискорене провадження», передбачене ст. 438-443 УПК 1989 р., яке застосовується практично у всіх кримінальних справах без винятку, в тому числі справах про тяжкі злочини, підсудні італійському суду асизів. Зміст його полягає в тому, що справа може бути розглянута по суті не в результаті традиційного судового розгляду, а безпосередньо в рамках попереднього слухання справи в суді. З ініціативою такого прискорення судочинства має право виступити тільки обвинувачений, який зобов'язаний у такому випадку направити відповідне клопотання рівно за п'ять днів до початку попереднього слухання. Прискорене провадження може мати місце лише при наявності на те згоди прокурора. Утім, рішенням № 81/1991 р. Конституційний Суд Італії зобов'язав прокурора мотивувати свою незгоду із клопотанням обвинуваченого і визнав, що така незгода може бути переборена обвинуваченим і суддею у попередньому слуханні. Якщо ініціатива обвинуваченого підтримана, то попереднє слухання заміняє слухання справи по суті, причому суд тоді не має права досліджувати нові докази: він засновує свій вирок тільки на тих доказах, які є в справі до моменту початку попереднього слухання. Вирок може бути обвинувальним або виправдувальним, але при винесенні обвинувального вироку суд зобов'язаний врахувати прагнення обвинувачуваного до прискорення кримінального процесу і, незважаючи на те, чи визнав

він свою винуватість, скоротити йому покарання на одну третину. Отут йдеться не більш ніж про досягнення компромісу (досить обмеженого) у виборі процедури. Ключові питання кримінальної справи залишаються поза рамками угоди: обвинувачений має право визнати або не визнати свою винуватість, обвинувач може наполягати або не наполягати на обвинуваченні, – тобто їхня позиція ніяк не зв'язана угодою про прискорене провадження, яке може завершитись як засудженням обвинуваченого, так і його виправданням. У сучасному кримінальному процесі Італії існує й інший інститут: процедура «призначення покарання за клопотанням сторін» (ст. 444-448 УПК). У ході попереднього розслідування або попереднього слухання справи прокуратура й обвинувачуваний мають право – але тільки у справах про проступки – дійти згоди про призначення обвинуваченому покарання у вигляді штрафу або ув'язнення на строк до двох років. Якщо така угода досягнута, то вони звертаються до суду із клопотанням про затвердження угоди. Клопотання може бути заявлене лише до початку судового розгляду і якщо в процесі немає потерпілого. Суд перевіряє дотримання формальних і процедурних умов і, не виявивши порушень закону, затверджує угоду, що має силу обвинувального вироку й не підлягає апеляційному оскарженню (тільки касаційному). Водночас суд має право оцінювати справу по суті і відмовитись затвердити угоду, якщо, наприклад, покарання явне нерозмірне вчиненому або якщо він сумнівається у винуватості обвинуваченого. Якщо обвинувачений одержує покарання не в порядку «нормального» судочинства, а в рамках зазначеної процедури, то це обіцяє йому певні вигоди: покарання автоматично скорочується на третину; не підлягають застосуванню додаткові види покарання (за винятком

конфіскації) й інші «заходи» тощо. Аналоги згаданих «угод» існують і у законодавстві Данії, Норвегії, Голландії [16]

Кримінально-процесуальні законодавства ряду колишніх республік СРСР, прийняті після його розпаду, включають норми, що дозволяють скорочувати виробництво внаслідок визнання провини обвинуваченим чи підсудним. Але країни постродянського простору зовсім різний зміст вкладають у поняття «угоди про визнання винуватості». Наприклад, ст. 504 КПК Республіки Молдова визначає угоду про визнання вини як угода між державним обвинуваченням та обвинуваченим або підсудним, який надал згоду визнати свою провину в обмін на скорочення покарання. П. 4-1 ст. 6 Кримінально-процесуального кодексу Республіки Білорусь передбачає укладання угоди про співпрацю – угода, укладена в письмовому вигляді між підозрюваним (обвинуваченим) та прокурором, в якому визначаються зобов'язання підозрюваного (обвинуваченого) з надання сприяння попередньому слідству та умови настання відповідальності підозрюваного (обвинуваченого) при виконанні ним зазначених зобов'язань.

Нові можливості у вирішенні завдань протидії злочинності з'явилися з введенням інституту кримінального провадження на підставі угод, а саме ініціювання та укладання угоди про визнання винуватості між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим.

Угода стала важливим інструментом, за допомогою якого у правоохоронних органів з'явилась додаткова можливість вирішити завдання кримінального процесу України. Кримінально-правові зобов'язання, які виникають в угодах – важливий і необхідний елемент більш ефективного функціонування кримінального процесу.



Укладання угоди про визнання винуватості можливе у кримінальних провадженнях за 55% статей Кримінального кодексу України [3, с. 818-819].

На жаль, у Кримінальному процесуальному кодексі України поняття угоди не розкривається. Окремі автори трактують це поняття по-різному: як юридичну домовленість [4, с. 8]. Інші – як погодження підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, з одного боку, та державного обвинувача – з другого [5, с. 93]; як процес, під час якого обвинувачений (підсудний) і обвинувач у кримінальному провадженні розробляють взаємоприйняте рішення, що підлягає затвердженню судом [6, с. 37]; як процес досягнення угоди в кримінальному процесі [7, с. 455]. На наш погляд, «погодження», «процес...розроблення рішення», «процес досягнення угоди» – це підготовчі дії, які можуть привести до укладання угоди, а можуть і не досягти такої мети, тому угода – це кінцевий результат домовленості.

Згідно з Великим тлумачним словником сучасної української мови угода має такі значення: «Взаємна домовленість про взаємні зобов'язання. Договір, за яким встановлюються взаємні зобов'язання щодо чого-небудь. Згода між ким-небудь на основі якоїсь вигоди» [8, с. 1495]. У словнику термінів і понять законотворчої діяльності поняття «угода» розкривається як волевиявлення двох і більше сторін, спрямоване на встановлення, зміну чи припинення взаємних юридичних прав та обов'язків [9, с. 324].

Не вдаючись до більш детального розгляду цього питання, розкриємо своє бачення стосовно трактовки даного поняття. Угода про визнання винуватості підозрюваним чи обвинуваченим у Кримінальному процесі – це затверджений судом договір (домовленість, волевиявлення) двох сторін

(прокурора та підозрюваного чи обвинуваченого), який спрямований на встановлення, зміну чи припинення юридичних прав та обов'язків підозрюваного чи обвинуваченого та виникнення зобов'язань прокурора про нагляд за його виконанням.

У кримінально-процесуальній науці введення цього інституту зустріли по-різному. Одна група вчених позитивно оцінила таку новелу в КПК України і зазначають, що це дозволить: імплементувати позитивний зарубіжний досвід та оптимізувати кримінальне провадження; гармонізувати національне законодавства із законодавством Європейського Союзу [10, с. 98]; зняти гостроту та напруженість конфлікту інтересів у кримінальному судочинстві [11, с. 71]; економити фінансові ресурси держави [12, с. 7]; підвищити рівень оперативності здійснення розслідування кримінальних правопорушень; розширити принципи індивідуалізації покарання [12, с. 7]; зменшити навантаження на систему здійснення правосуддя у кримінальних справах [13, с. 70].

На наш погляд, введення цього інституту дає можливість вирішити весь перерахований комплекс завдань кримінального провадження. Крім цього, визнання винуватості є одним із різновидів співпраці підозрюваного, обвинуваченого зі слідчим, прокурором, судом, яка дає можливість вирішити ряд тактичних та стратегічних завдань кримінального провадження, пов'язаних із своєчасним та повним відшкодуванням матеріальної та моральної шкоди, завданої злочином, притягненням до кримінальної відповідальності інших винних у вчиненні злочину осіб. Цей інститут по суті проводиться також із метою спрощення процедури досудового розслідування й судового провадження, забезпечує реальне виконання важливої засади – здійснення кримінального провадження впродовж розумного строку, значно

скорочуючи часові витрати, а також не тільки матеріальні, але і людські ресурси. І на кінець, на наш погляд, введення цього інституту дає можливість вирішити весь перерахований комплекс завдань кримінального провадження.

Інші вчені висловлюють критичне ставлення до цього інституту і висловлюють думку про те, що незважаючи на численні нагадування про права і гарантії, всі вони можуть виявитися непотрібними через відсутність гарантій встановлення істини; торг у справі встановлення істини просто недоречний. Істина не може бути досягнута жодними контрактами, тому неприпустимим є застосування угоди про визнання винуватості у кримінальному судочинстві України [14, с. 107-112; 38].

У першу чергу, необхідно підкреслити, що наша держава крокує до євроінтеграції, тому варто наголосити, що закріплення у КПК України цього інституту спрямовано на виконання Рекомендації № 6R (87) 18 Комітету міністрів Ради Європи державам – членам від 17 вересня 1987 року «Стосовно спрощення кримінального правосуддя». Крім цього, зазначимо, що мають рацію і ті вчені які сприймають цей інститут як позитивне явище і в певній мірі праві ті вчені, які висловлюють критичне ставлення. На наш погляд, інститут кримінального провадження на підставі угод і, зокрема, ініціювання та укладання угоди про визнання винуватості між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим, діє і повинен застосовуватися згідно закону але він потребує вдосконалення, потрібні додаткові гарантії, пов'язані з обов'язковим встановленням істини по кримінальному провадженню принаймні в обсягах визнання винуватості підозрюваним чи обвинуваченим. Угода про визнання винуватості за ст. 472 КПК України передбачає обов'язкове визнання винуватості підозрюваним та його

обов'язки відносно співпраці з розкриття кримінального правопорушення. Але ж не слід змішувати все в одній угоді, тим більше, що визнання винуватості та згода про співпрацю з правоохоронними органами переслідує різні цілі кримінального провадження.

Угода про визнання винуватості – це угода, за допомогою якої обвинувачення і захист приходять до згоди про вирішення кримінального провадження, включаючи пункти звинувачення, за якими обвинувачений визнає себе винним. Подібна угода часто призводить до того, що обвинувачений визнає себе винним у вчиненні менш тяжкого злочину або не по всіх пунктах обвинувального акта (indictment). Подібна система взаємних поступок і отримала свою назву як «угода про визнання провини». Часто прокурор і обвинувачений приходять до угоди не тільки про кількість пунктів звинувачення і кваліфікації скоєного, але і про позиції обвинувачення про міру покарання, штраф, про конкретне місце відбування покарання та інших питаннях.

Не дивлячись на те, що в статті 472 КПК, в якій розкривається зміст угоди про визнання винуватості, серед інших зазначаються «обов'язки підозрюваного чи обвинуваченого щодо співпраці у викритті кримінального правопорушення, вчиненого іншою особою (якщо відповідні домовленості мали місце)» в ст. 470 КПК України, в якій прокурор при вирішенні питання про укладення угоди про визнання винуватості зобов'язаний враховувати такі обставини: 1) ступінь та характер сприяння підозрюваного чи обвинуваченого в проведенні кримінального провадження щодо нього або інших осіб; 2) характер і тяжкість обвинувачення (підозри); 3) наявність суспільного інтересу в забезпеченні швидшого досудового розслідування і судового провадження, викритті більшої кількості кримінальних правопорушень;

4) наявність суспільного інтересу в запобіганні, виявленні чи припиненні більшої кількості кримінальних правопорушень або інших більш тяжких кримінальних правопорушень».

Законодавець заклав дуже важливу основну вимогу при укладанні таких угод, зокрема, наявність суспільного інтересу. Суспільство зацікавлене передусім у викритті більшої кількості кримінальних правопорушень, особливо – латентних, зменшенні рівня злочинності, в запобіганні, виявленні, викритті та припиненні більшої кількості кримінальних правопорушень або інших більш тяжких злочинів.

Зміст цієї статті вказує на центральну мету введення такого інституту – це сприяння досудовому розслідуванню, активна співпраця із слідчим, прокурором, судом, а це, на наш погляд, означає, що без реальної допомоги слідству у викритті кримінального правопорушення вчиненого як ним особисто, так і іншими особами, угоди такого виду, як правило, не буває про що також свідчить практика застосування цього інституту. Тому злочином, вчиненим групою осіб головною метою укладання угоди, являється не лише визнання підозрюваним (обвинуваченим) винуватості, а його активна співпраця з органами досудового розслідування, судом.

Акцентуємо увагу, що згідно зі ст. 472 КПК України в угоді про визнання винуватості серед інших обставин зазначається про беззастережне визнання підозрюваним (обвинуваченим) своєї винуватості у вчиненні кримінального правопорушення та умови часткового звільнення підозрюваного, обвинуваченого від цивільної відповідальності у вигляді відшкодування державі збитків внаслідок вчинення ним кримінального правопорушення (обов'язкові складові змісту угоди), а також обов'язки підозрюваного чи обвинуваченого щодо співпраці у викритті криміналь-

ного правопорушення, вчиненого іншою особою, якщо такі домовленості мали місце (субсидіарна складова змісту угоди).

При цьому під беззастережним визнанням винуватості підозрюваним (обвинуваченим) слід розуміти безумовне (повне) визнання ним своєї винуватості у вчиненні кримінального правопорушення [15].

Слід зазначити, що визнання винуватості в угоді це не означає що особа визнається винною у скоєнні злочину, адже всім відомо що згідно ч. 1 ст. 17 КПК України особа вважається невинуватою в скоєнні кримінального правопорушення доки його провина не буде встановлена обвинувальним вироком суду, що набрав законної сили. А на момент підписання угоди про визнання винуватості особа тільки констатує згоду з пред'явленою підозрою, а ніяк не визнає себе винуватою. Винуватість, яка є процесуальною категорією, завжди виступає як результат суспільно-правової оцінки поведінки особи, як доказовість вчинення певною особою конкретного злочину. Вона може бути визначена тільки у результаті пізнавальної діяльності... І це цілком пов'язується з такою частиною формулювання принципу презумпції невинуватості – як те, що вина особи повинна бути доказана у законному порядку і встановлена обвинувальним вироком суду, де досудове слідство, на погляд здобувача, і є частиною такого порядку.

Тому більш за все прокурора при укладанні угоди про визнання винуватості повинна цікавити інша сторона питання, а саме співпраця з правоохоронними органами в розкритті злочинів. Угода про визнання винуватості виступає своєрідною гарантією найважливіших конституційних прав громадян.

Винуватість, яка є процесуальною категорією, завжди виступає як результат суспільно-правової оцінки поведінки особи, як

доказовість вчинення певною особою конкретного злочину. Вона може бути визначена тільки у результаті пізнавальної діяльності... І це цілком пов'язується з такою частиною формулювання принципу презумпції невинуватості – як те, що вина особи повинна бути доказана у законному порядку і встановлена обвинувальним вироком суду, де досудове слідство, на погляд здобувача, і є частиною такого порядку.

Інакше кажучи, під час розслідування слідчий встановлює об'єктивну картину події злочину, де дії особи і вона сама є частиною цієї картини та безпосереднім об'єктом дослідження. Без цього органи розслідування та прокурор, який здійснює нагляд за їх діяльністю, не змогли б прийняти ряд важливих процесуальних рішень ні про притягнення особи в як обвинуваченого, ні про закінчення досудового слідства та складання обвинувального висновку, а також про направлення справи до суду для звільнення особи від кримінальної відповідальності за nereабілітуючими підставами.

КПК України передбачає обставини, які підлягають доказуванню по кримінальній справі, де зазначено, що доказуванню на досудовому слідстві підлягає і «винуватість обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення».

Наприклад, в Англії такі угоди також застосовуються в кримінальному судочинстві. Британські вищі суди, не відкидаючи саму можливість укладення сторонами такого роду угод, у край негативно ставляться до участі суддів у проведенні переговорів між обвинуваченням і захистом (що нерідко має місце в США). Сторони не мають права звертатися в Англії до суду за роз'ясненням питання про те, який захід покарання буде призначений обвинувачуваному у випадку визнання їм винуватості (в одержанні подібної інформації вони дуже

зацікавлені, особливо захист). Якщо обвинувачений визнав винуватість, попередньо з'ясувавши в судді своє конкретне покарання, то таке визнання повинне розглядатися як змушене – і нікчемне (рішення Апеляційного суду в справі Тернера 1970 р.).

Але саме визнання заохочується англійськими суддями, тому що значно прискорює судочинство і полегшує їхню процесуальну місію. В 1974 р. Апеляційний суд ухвалив у справі Коффі, що обвинуваченому, який визнає свою винуватість, доцільно скорочувати покарання приблизно на 30%. В 2000 р. втрутився і законодавець: у ст. 152 нового Закону про повноваження кримінальних судів (при призначенні покарання) зазначене, що суд повинен розцінювати визнання винуватості як пом'якшуючу покарання обставину, у кожному конкретному випадку беручи до уваги етап процесу, коли обвинувачений виразив намір визнати її. Такий підхід стимулює визнання винуватості в цілому й укладання угод про визнання зокрема.

Угода про співпрацю, це принципово інша форма взаємодії сторін в кримінальному процесі яка фактично спрямована на створення оптимальних умов для розкриття та розслідування тяжких та особливо тяжких злочинів з використанням існуючих або штучно створених конфліктів всередині організованих преступних груп. У рамках цих угод не тільки вирішується питання про долю обвинуваченого в провадженні, але сама процедура використовується для стимулювання такої особи до надання ним доказів провини інших притягнутих до відповідальності осіб. Очевидно, що необхідність використання подібних процесуальних форм зумовлена криміналістичними труднощами боротьби з організованою злочинністю, тероризмом та іншими видами тяжких та особливо тяжких злочинів.



Під час проведення узагальнення ВССУ судової практики здійснення кримінального провадження на підставі угод від 22.01.2014 встановлено, що більше половини угод про визнання винуватості укладається прокурорами лише з однією умовою для підозрюваного – беззастережно визнати свою провину в суді, при цьому завдання щодо викриття осіб причетних до злочину не вирішується. Тобто головна мета укладання угоди про визнання винуватості залишається в більшості випадків недосяжною.

### **Зміст угоди про визнання винуватості**

Поширеною є практика використання прокурором в угодах про визнання винуватості неконкретних формулювань при визначенні зобов'язань підозрюваному (обвинуваченому), які в подальшому неможливо буде виконати. Або прокурор визначає умови сприяння у розкритті злочину щодо інших правопорушень, ніж тих що зазначені в повідомленні про підозру.

Якщо в угоді наявні недоліки, які за своїм змістом не є суттєвими, зокрема угода вміщує суперечності, неточності, що обумовлено, переважно, правовою необізнаністю сторін, з огляду на заборону, передбачену ч. 8 ст. 474 КПК, щодо повторного звернення з угодою в одному кримінальному провадженні правильним видається надання судом можливості сторонам уточнення укладеної угоди, внесення відповідних змін до її змісту. При цьому такі зміни мають бути погоджені між сторонами, відображені в журналі судового засідання, технічному записі та судовому рішенні.

Що стосується обов'язків підозрюваного чи обвинуваченого щодо співпраці у викритті кримінального правопорушення, вчиненого іншою особою, то в будь-якому разі обов'язки підозрюваного, обвинуваченого мають бути зазначені в такий

спосіб, щоб можна було пересвідчитися у реальності та можливості їх виконання. Слід зважати, що відсутність конкретизації сутності таких зобов'язань з використанням лише загальних формулювань унеможливорює суд пересвідчитися у реальності і можливості їх виконання, у зв'язку з чим, з огляду на передбачені ст.476 КПК наслідки невиконання угоди, такий виклад є неприпустимим [15].

Також важливо під час затвердження угоди про визнання винуватості суддям відмежовувати таку субсидіарну складову частину змісту угоди про визнання винуватості, як обов'язки підозрюваного чи обвинуваченого щодо співпраці у викритті кримінального правопорушення, вчиненого іншою особою, від викриття підозрюваним чи обвинуваченим іншої особи у вчиненні злочину, яке є однією із обов'язкових умов, виконання якої поряд з іншими умовами слугує підставою для укладення угоди про визнання винуватості у кримінальному провадженні відносно особливо тяжких злочинів, віднесених до підслідності Національного антикорупційного бюро України.

Фахівці висловлюють небезпідставні побоювання щодо можливих негативів застосування угоди про визнання вини: посилення ролі прокурора при цьому зменшується роль суду в кримінальному провадженні; зловживань – «списання» нерозкритих злочинів на обвинувачених, які зізнались у їх скоєнні в обмін на обіцянку закриття справи, пом'якшення відповідальності чи інші вигоди; обмеження права оскарження вироку; зниження рівня відповідальності за прийняті рішення та посилення корупції в діяльності прокурорів та суддів. У США на практиці застосування такої угоди про визнання вини здебільшого зводиться до того, що обвинувачуваний визнає себе винним у менш тяжкому злочині, ніж насправді вчинив, а в обмін

на це особа, що підтримує обвинувачення, вимагає призначення більш м'якого покарання, ніж те, якого обвинувачений заслуговує й яке могло б бути, що й забезпечує потім суд [17, с. 316 ].

Показово, що в результаті опитування слідчих МВС України в 2013 році, коли набрала обертів сама практика провадження на підставі угод, 80% слідчих, які уже мали досвід застосування таких угод, були згодні з пропозицією відмовитись від застосування угоди про визнання вини в кримінальному процесі України.

Практики стверджують, що в результаті запровадження інституту спрощеного провадження на основі угоди про визнання вини в кримінальному провадженні можуть виникати ситуації, коли особа винна в скоєнні одного злочину, насправді може брати на себе вину в скоєнні іншого менш тяжкого злочину, чи злочину, вчиненого іншими особами, або зізнаватись у скоєнні злочину одноособово, даючи можливість співучасникам уникати покарання, – це в кращому випадку, а в гіршому – особа не будучи винною в скоєнні злочину, через недосвідченість, занепокоєння в можливості реалізації свого права на захист, розчаруванні в судовій системі та недовірі до неї, відсутності коштів на досвідченого захисника буде переконана, що краще укласти таку угоду і понести меншу відповідальність, як наслідок – буде засуджена за відсутності у неї вини взагалі.

Цікавим фактом є те, що в США можливим є укладення навіть, так званих, «латеральних» угод, які існують для того, щоб змінити тавро обвинувачення. Наприклад, особа, вчинивши такий злочин, як зґвалтування, боїться зазнати приниження в очах суспільства, і, маючи таке право, визнає вину в пограбуванні тощо. На мій погляд, якщо особа вчинила такий злочин, то вона заслуговує на громадський осуд, і, можливо, саме страх перед ним змусить особу не вчиняти подібного. Крім цього «зґвалтування» і

«пограбування» – злочини, які посягають на два різні нерівнозначні об'єкти, відповідно, на статеву свободу особи і на право власності. Невже можна, обвинувачуючи особу в зґвалтуванні, покарати за пограбування. Впровадження в кримінальний процес такої форми угод про визнання вини, знецінить охоронювані державою правовідносини, сприяє підвищенню рівня злочинності в країні та створить нову сферу для застосування корупції.

Незважаючи на застереження, науковців провадження на підставі угоди про визнання винуватості було втілено в кримінально-процесуальне законодавство України і починається по новому осмислюватись фахівцями.

Практика укладання угод в кримінальному провадженні неодноразово була предметом розгляду в Європейському суді з прав людини (справи *«Ніколов проти Болгарії»*, *«Бабар Ахмад та Інші проти Сполученого Королівства»*, *Saunders v. the United Kingdom*, judgment of 17 December 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-VI, у справі *Sehmi v. the United Kingdom* (dec.), № 43470/98, 6 April 2000, у справі *Armstrong v. the United Kingdom* (dec.), № 48521/99, 16 July 2002, у справі *Merit v. Ukraine*, № 66561/01, judgment of 30 March 2004. ЕСПЛ зазначав, що саме по собі існування таких спрощених процедур не суперечить Конвенції з прав людини та практиці Європейського суду з прав людини, але наголосив на дотримання умови – відповідність угоди фактичним обставинам справи.

Вивчення практики застосування угод про визнання винуватості свідчить про те, що суди відмовляють в затвердженні їх із-за неконкретності формулювання в угоді обставин, які відносяться до дій підозрюваного чи обвинуваченого у вирішенні суспільного інтересу. На наш погляд,

таке положення склалося з-за недостатнього врегулювання прав та обов'язків прокурора, підозрюваного (обвинуваченого) у зв'язку з укладанням угоди про визнання винуватості. Угода про визнання винуватості виступає своєрідною гарантією найважливіших конституційних прав громадян. Угода передбачає встановлення певних договірних відносин між сторонами і взяття ними на себе обов'язків які вони зобов'язуються виконати.

Особливо гостро це питання стоїть при розслідуванні кримінальних правопорушень, скоєних в складі організованих злочинних угруповань, злочинних організацій, зокрема, при вирішенні питань щодо безпеки особи, з якою укладено угоду у зв'язку з її співпрацею з органами правосуддя. На наш погляд, в КПК України повинні бути передбачені права і обов'язки сторін при укладанні та реалізації угод в тому числі, які стосуються безпеки відповідно до ст. 2 Закону України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві» № 3782-XII від 23.12.1993 право на забезпечення безпеки у кримінальному провадженні, за наявності відповідних підстав, окрім інших учасників кримінального судочинства надано: 1) особі, яка заявила до правоохоронного органу про кримінальне правопорушення або в іншій формі брала участь чи сприяла виявленню, попередженню, припиненню або розкриттю кримінальних правопорушень; 2) підозрюваному, обвинуваченому.

При цьому необхідно мати на увазі, що надання прокурором гарантій забезпечення безпеки підозрюваному (обвинуваченому) при підготовці, укладанні угоди про визнання винуватості є головним аргументом серед інших щодо отримання згоди останнього на співпрацю, тому такі умови повинні бути внесені в текст угоди.

## Висновки

Проведені дослідження мають підставу стверджувати, що інститут угоди про визнання винуватості, безперечно, є позитивним придбанням кримінального процесуального законодавства України, але практика застосування цих норм виявила низку наявних законодавчих проблем, які необхідно вирішувати.

Невирішеним залишається питання формалізації визначення прокурором зобов'язань підозрюваного, обвинуваченого, відсутність конкретних зобов'язань (які реально виконати) не дозволяє суду затвердити таку угоду про визнання винуватості, та зводить нанівець всі переваги кримінального провадження на підставі угод. Необхідно передбачити чітке формулювання змісту угоди про визнання винуватості, конкретизації та деталізації умов угоди, щоб виключити неоднозначне тлумачення умов угоди про визнання винуватості.

Маємо змогу бачити що різні країни розділяють за змістом угоду про визнання винуватості та угоду про співпрацю. Українське законодавство цей зміст поєднує в одній угоді, що має негативні наслідки у вигляді відмови в затвердженні таких угод судом. Прокурори концентрують свою увагу на визнанні винуватості, що не є головною ціллю угоди, а в частині співпраці з підозрюваним (обвинуваченим) не мають змогу конкретно зазначити об'єм та зміст співпраці з правоохоронними органами, що є ключовим змістом угоди про визнання винуватості. Чітке формулювання умов угоди дозволить реалізувати завдання кримінального процесу.

### Список використаних джерел:

1. Слинько Сергій «Угоди в кримінальному провадженні» Новела кримінального законодавства. Судебно-юридическая газета.
2. Соловей Г.В. Угоди про визнання вини у новому Кримінальному процесуальному кодексі України. Юридична наука. 2012. № 7. С. 111-115.
3. Науково-практичний коментар до Кримінального процесуального кодексу України від 13 квітня 2012 року / за ред. О.А. Банчука, Р.О. Куйбіди, М.І. Хавронюка. Х.: Фактор, 2013. 1072 с.
4. Пушкар П.В. Угода про визнання вини у сучасному кримінальному процесі: порівняльно\_правове дослідження: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес і криміналістика; судова експертиза». К., 2005. 17 с.
5. Бояров В.І. Питання застосування угоди про визнання вини в кримінальному судочинстві / Вісник Запорізького національного університету: зб. наук. статей. Серія «Юридичні науки». Запоріжжя, 2005. № 1. С. 193-195.
6. Удалова Л.Д. Застосування компромісів при вирішенні конфліктів під час досудового розслідування: навч. посіб. К.: «Видавничий дім «Скіф», 2012. 184 с.
7. Власова Г.П. Деякі проблемні аспекти укладення угоди між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим про визнання винуватості / Правове життя сучасної України: матер. Міжнар. наук.-практ. конф., 16–17 травня 2013 р. Одеса, 2013. Т. 2. С. 453-455.
8. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод., допов. та CD) / [уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел]. К.; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2009. 1736 с.
9. Законотворча діяльність: Словник термінів і понять / [за ред. акад. НАН України В.М. Литвина]. К.: Парламентське видавництво, 2004. 344 с.
10. Вільгушинський М.Й. Погоджувальне правосуддя у

кримінальній юстиції України: актуальні проблеми впровадження та застосування. Часопис цивільного і кримінального судочинства. 2012. № 6 (9). С. 97-112.

11. Смолькова И.В. Конфликт в уголовном процессе: способы разрешения // Материалы 59-й ежегодной науч. конф. профессорско-преподавательского состава, докторантов, аспирантов и студентов, 27 марта – 1 апреля 2000 г. Иркутск, 2000. С. 71-78.

12. Середа Г. Особливості угоди про визнання винуватості в кримінальному провадженні. Вісник Національної академії прокуратури України. 2012. № 2. С. 7-9.

13. Лупенко Д. Участь прокурора у кримінальному провадженні на підставі угод: проблеми та перспективи / Новели Кримінального процесуального кодексу України 2012 року: зб. статей. К., 2012. Ч. 2. С. 65-70.

14. Тертишник В. Компромiс у кримінальному процесі. Підприємництво, господарство і право. 2002. № 11. С. 107–112.

15. Про практику здійснення судами кримінального провадження на підставі угод: Пленум ВССУ з розгляду цивільних і кримінальних справ від 11.12. 2015 № 13. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0013740-15/conv>.

16. Хавронюк М. «ПРАВОПРОКУРОРЯ», або деякі проблеми угоди про визнання винуватості. URL: <http://cprr.org.ua/index.php/2011-07-05-15-26-55/2011-07-22-11-18-16/637>.

17. Тертишник В.М. Верховенство права та забезпечення встановлення істини в кримінальному процесі України: монографія. Дніпропетровськ: Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ; Ліра ЛТД, 2009. С. 316., Лотоцький М.В. Наслідки укладення угоди про визнання винуватості у кримінальному провадженні. Режим доступу: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nivif\\_2013\\_7\\_37](http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nivif_2013_7_37).



**Нестор Н.В.,**  
кандидат юридичних наук,  
асистент кафедри правосуддя юридичного факультету  
Київського національного університету  
імені Тараса Шевченка

## **КРИМІНАЛЬНЕ ПРОВАДЖЕННЯ НА ПІДСТАВІ УГОДИ ПРО ПРИМИРЕННЯ: ПРАВОВА РЕГЛАМЕНТАЦІЯ ТА ПРАКТИКА ЗАСТОСУВАННЯ**

### **Вступ**

Одним із нових інститутів, що запроваджений Кримінальним процесуальним кодексом України (далі – КПК України), є кримінальне провадження на підставі угод, зокрема, угоди про примирення між потерпілим та підозрюваним чи обвинуваченим (далі – угода про примирення). Запровадження даного інституту є надзвичайно важливим кроком на шляху розширення процесуальних можливостей сторін у рамках здійснення кримінального провадження, значного спрощення процедури розгляду певної категорії кримінальних справ, скорочення загальних процесуальних строків розгляду кримінальних справ, а також зменшення навантаження на систему судових і правоохоронних органів. Як із цього приводу справедливо зауважують М. Й. Вільгушинський та М. В. Сіроткіна, законодавча регламентація підстав та процедури застосування в кримінальному провадженні угоди про примирення є одним із вагомих аспектів реалізації відповідно до КПК України принципу диспозитивності, що сприяє значно ефективнішому здійсненню кримінального судочинства та врегулюванню найважливіших питань у кримінальному провадженні зі сторони потерпілого, а саме: 1) можливості швидко та дієво відшкодувати понесену шкоду та збитки внаслідок вчиненого кримінального правопорушення;

2) досягти реального відшкодування нематеріальної шкоди, завданої кримінальним правопорушенням з огляду на встановлені КПК України механізми такого відшкодування [1, с. 98].

Позитивно оцінюючи появу в КПК України інституту кримінального провадження на підставі угоди про примирення, слід водночас відзначити, що запропонована регламентація окремих положень має суттєві недоліки, адже трапляються непоодинокі випадки формального підходу суддів до порядку здійснення кримінальних проваджень на підставі угод тощо. Все це зумовлює актуальність дослідження правової регламентації здійснення кримінального провадження на підставі угоди про примирення, вивчення судової практики з даного питання.

### **Особливості ініціювання та укладення угоди про примирення**

Відповідно до ст. 468 КПК України в кримінальному провадженні може бути укладена угода про примирення між потерпілим та підозрюваним чи обвинуваченим. З огляду на дане положення потребує детального аналізу суб'єктний склад осіб, які можуть укладати угоду про примирення. Так, згідно із ч. 1 ст. 55 КПК України потерпілим у кримінальному провадженні може бути фізична особа, якій кримінальним правопорушенням завдано моральної, фізичної або майнової шкоди, а також юридична особа, якій кримінальним правопорушенням завдано майнової шкоди. Як передбачено абз. 2 п. 3 Постанови Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про практику здійснення судами кримінального провадження на підставі угод» від 11.12.2015 р. № 13 (далі – Постанова ВССУ) [2], угода про примирення може бути укладеною з юридичною особою (потерпілим), незалежно

від її організаційно-правової форми та форми власності, за умови заподіяння останній кримінальним правопорушенням майнової шкоди. Представляє інтереси останньої в разі заподіяння кримінальним правопорушенням такої шкоди, в тому числі під час укладення угоди, представник юридичної особи (відповідно до ч. 2 ст. 58 КПК України ним може бути керівник юридичної особи, інша особа, уповноважена законом або установчими документами, працівник юридичної особи за дорученням керівника юридичної особи за довіреністю на представництво, а також особа, яка має право бути захисником у кримінальному провадженні, згідно з укладеною з нею угодою на представництво). У зв'язку із цим, видається абсолютно обгрунтованим і слушним Узагальнення Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ судової практики здійснення кримінального провадження на підставі угод від 22.01.2014 р. (далі – Узагальнення ВССУ) [3], яке зазначає, що якщо потерпілим є юридична особа, до матеріалів кримінального провадження мають додаватися копії документів, що підтверджують правомочність конкретної особи представляти інтереси першої, а в угоді, так само як і в судовому рішенні за результатами її розгляду, у вступній / резолютивній частині при посиланні на представника слід зазначати реквізити цих документів.

Вивченням судових проваджень на підставі угод встановлено, що суди, як правило, перевіряють наявність у матеріалах кримінального провадження документів (належним чином завірених копій документів), що підтверджують повноваження конкретної особи представляти юридичну особу. Водночас є випадки, коли суди наявність таких документів не перевіряють і будь-які дані про те, що судом перевірено повноваження особи,

яка підписала угоду та брала участь в судовому засіданні при вирішенні питання про її затвердження як представник потерпілого, відсутні. Наприклад, вироком Дарницького районного суду м. Києва від 13.08.2013 р. у справі № 753/13154/13-к затверджено угоду про примирення, укладену між потерпілим ТОВ «Епіцентр К» в особі представника та обвинуваченим. При цьому документи, які б підтверджували повноваження особи як представника юридичної особи, до матеріалів судового провадження не приєднано [4].

Як передбачено абз. 3 п. 3 Постанови ВССУ [2], угода про примирення також може укладатися, якщо її сторонами чи стороною є неповнолітні. У такому випадку угода укладається за участю законних представників і захисників неповнолітніх. При цьому, якщо неповнолітній досяг шістнадцятирічного віку, то він має право укласти угоду про примирення самостійно, але за наявності згоди його законного представника. Якщо ж неповнолітній не досяг шістнадцяти років, угоду про примирення за його згодою укладає законний представник неповнолітнього. Про надання згоди неповнолітнім, його законним представником у наведених вище випадках обов'язково має бути зазначено в угоді про примирення та засвідчено їх підписом. Відтак абсолютно логічно в Узагальненні ВССУ зазначається, що неправильною є практика укладення угод і, відповідно, їх затвердження з неналежними особами, зокрема з представником неповнолітнього потерпілого [3]. Водночас є випадки, коли суди затверджують угоди про примирення, укладені між неналежними особами. Так, вироком Кременського районного суду Луганської області від 06.02.2013 р. у справі № 414/169/13-к затверджено угоду про примирення, укладену між обвинуваченим і законним представником неповнолітнього потерпілого [5]. Разом із тим

думка самого неповнолітнього потерпілого під час досягнення домовленостей не з'ясовувалася та не була зафіксована в тексті угоди. Досліджуючи питання суб'єктного складу кримінально-правового примирення, особливо щодо повноважень законних представників неповнолітньої особи, слід відзначити, що в доктрині є думка, що особа може примиритись безпосередньо з неповнолітнім або обмежено дієздатним і без згоди законних представників, якщо останні виступають проти примирення з мотивів, які на думку суду не заслуговують на увагу [6, с. 61].

З метою правильного застосування норм права, які регулюють порядок кримінального провадження на підставі угод, а також формування однакових підходів до здійснення судового провадження, необхідним є визначення складу правопорушень, де може укладатись угода про примирення. Так, згідно із ч. 3 ст. 469 КПК України угода про примирення між потерпілим та підозрюваним чи обвинуваченим може бути укладена в провадженні щодо кримінальних проступків, злочинів невеликої і середньої тяжкості та в кримінальному провадженні у формі приватного обвинувачення.

Водночас у судовій практиці існують випадки укладення угод про примирення у кримінальних провадженнях, де укладення такої угоди не допускається, зокрема у справах щодо тяжких злочинів. Наприклад, вироком Подільського районного суду м. Києва від 23.09.2013 р. у справі № 758/11528/13-к затверджено угоду про примирення, укладену між потерпілим та особою, яка обвинувачувалась у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 3 ст. 185 Кримінального кодексу України (далі – КК України). Прийшовши до висновку, що дане кримінальне провадження є провадженням у формі приватного обвинувачення, суд затвердив угоду. На обґрунту-

вання такого висновку суд першої інстанції зазначив, що вказані особи спільно проживають, пов'язані спільним побутом і мають взаємні права та обов'язки. Разом із тим будь-які дані на підтвердження таких обставин у матеріалах провадження відсутні [7].

Проблемним питанням, пов'язаним із можливістю укладення угоди про примирення, є визначення допустимості та можливості укладення такої угоди в разі вчинення двооб'єктного (багатооб'єктного) злочину. Вирішення цього питання знаходиться в площині конкуренції принципів публічності і диспозитивності, яка визначає пріоритети публічного і приватного інтересів та їх взаємозв'язок.

З одного боку, в правозастосовчій практиці сформувалась стійка позиція про те, що хоча положення частини третьої статті 469 цього Кодексу прямо не забороняють укладати угоду про примирення між потерпілим та обвинуваченим у разі вчинення останнім двооб'єктного (багатооб'єктного) злочину, однак у цьому випадку належить керуватися положеннями пункту 2 частини сьомої статті 474 КПК, які зобов'язують суд відмовити в затвердженні угоди, якщо її умови не відповідають інтересам суспільства (бо публічний інтерес в конкретному випадку залишається без задоволення). На підтвердження подібної ситуація слід відзначити положення п. 19 Постанови ВССУ [2], яка встановлює перелік випадків, коли не допускається затвердження таких угод.

Вищевказана позиція підтверджується численною судовою практикою. Наприклад, ухвалою Шевченківського районного суду м. Києва від 14.01.2016 р. у справі № 761/34085/15-к [8] відмовлено у затвердженні угоди про примирення у зв'язку з тим, що внаслідок протиправних дій особи було завдано шкоду не

тільки особистим інтересам потерпілих, але й грубо порушено громадський порядок з мотивів явної неповаги до суспільства, що супроводжувалось особливою зухвалістю. До аналогічного висновку дійшов Добровеличківський районний суд Кіровоградської області (ухвала від 24.07.2015 р. у справі № 387/892/14-к) [9], вказавши, що з матеріалів кримінального провадження вбачається, що особа обвинувачується у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 296 КК України, де безпосереднім об'єктом є громадський порядок, а додатковим факультативним об'єктом – здоров'я потерпілих осіб. При цьому, за змістом ч. 3 ст. 469 КПК України обов'язковими умовами, за наявності яких може бути укладено угоду про примирення є такі: кримінальне правопорушення стосується тільки приватних (особистих або майнових) інтересів і при цьому злочином не порушені публічні інтереси.

З іншого боку, слід звернути увагу на рішення Верховного Суду України від 31.03.2016 р. у справі 5-27кc16 [10] за заявою заступника Генерального прокурора України про перегляд ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 08.12.2015 р. Зокрема, заступник Генерального прокурора України зазначає, що касаційний суд, закриваючи касаційне провадження за скаргою прокурора, змінив свою практику щодо визнання угод про примирення у касаційному порядку і вказав, що таке рішення оскарженню прокурором не підлягає. Стверджує, що вирок суду першої інстанції є незаконним з огляду на роз'яснення Постанови ВССУ (пункт 19), в якому міститься вказівка на те, що у кримінальних правопорушеннях, де основним безпосереднім об'єктом виступають публічні інтереси (зокрема немайнові), а спричинена

конкретним фізичним чи юридичним особам шкода є лише проявом посягання на основний об'єкт, укладення угоди про примирення не допускається.

Розглянувши вказану заяву, Верховний Суд України відмовив у її задоволенні, при цьому наголосивши, що зміст угоди про примирення ніскільки не суперечить інтересам суспільства; в ній повною мірою забезпечено баланс інтересів учасників примирення для цілей норм ч. 3 ст. 469 і п. 7 ст. 474 КПК України.

Не допускається також укладення угоди про примирення, незалежно від ступеня тяжкості вчиненого діяння, в кримінальному провадженні щодо уповноваженої особи юридичної особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, у зв'язку з яким здійснюється кримінальне провадження щодо юридичної особи, визначення поняття якої міститься у п. 1 примітки до ст. 96<sup>3</sup> КК України. Як впливає зі змісту абз. 3-4 п. 19 Постанови ВССУ, угода про примирення не може бути укладена у разі якщо: 1) потерпілим є юридична особа публічного права та в змісті угоди про примирення, незважаючи на визнання факту заподіяння винним юридичній особі майнової шкоди і визначення її розміру, замість встановлення строку її відшкодування наведено перелік дій, не пов'язаних із відшкодуванням шкоди, які підозрюваний чи обвинувачений зобов'язаний вчинити на користь потерпілого, або якщо розмір шкоди взагалі не визначено; 2) потерпілим є юридична особа приватного права, створена державою, Автономною Республікою Крим чи територіальною громадою, а також якщо одним із засновників юридичної особи приватного права є фізична чи (та) юридична особа, а іншим – держава, Автономна Республіка Крим чи територіальна громада.



Варто зважати, що допускаючи можливість (неможливість) укладення угоди про примирення між потерпілим та підозрюваним чи обвинуваченим, акценти мають ставитися саме на характері кримінального правопорушення, а не на особі підозрюваного чи обвинуваченого. Так, якщо кримінальне провадження здійснюється стосовно однієї особи, яка підозрюється / обвинувачується у вчиненні кількох окремих кримінальних правопорушеннях, серед яких є тяжкий чи особливо тяжкий злочин і, в тому числі, злочин невеликої тяжкості, внаслідок вчинення якого потерпілому було завдано шкоди, то угоду про примирення може бути укладено, але лише щодо злочину невеликої тяжкості. Кримінальне провадження в такому випадку має бути виділено в окреме провадження, про що прокурор вносить постанову, а суддя постановляє ухвалу.

Слід також зважати, що регламентуючи порядок та умови укладення угоди про примирення між потерпілим та підозрюваним чи обвинуваченим, законодавець повинен максимально зважати на права та інтереси потерпілих. У зв'язку із цим варто однозначно підтримати положення ч. 8 ст. 469 КПК України, яке передбачає, що якщо в кримінальному провадженні беруть участь кілька потерпілих від одного кримінального правопорушення, угода може бути укладена та затверджена лише з усіма потерпілими. При цьому укладається одна угода, в якій обов'язково має бути зазначено про узгоджене між сторонами (усіма потерпілими та підозрюваним / обвинуваченим) покарання, їх згоду на призначення такого покарання або на призначення покарання та звільнення від його відбування з випробуванням.

Відповідно до вимог ч. 1 ст. 469 КПК України ініціатива укладення угоди про примирення має походити тільки від

потерпілого або підозрюваного чи обвинуваченого. Домовленості стосовно угоди про примирення можуть проводитися самостійно потерпілим і підозрюваним чи обвинуваченим, захисником і представником або за допомогою іншої особи, погодженої сторонами кримінального провадження (крім слідчого, прокурора або судді). На це звернено увагу і в Узагальненні ВССУ [3], де зазначено, що слідчий, прокурор зобов'язані згідно з ч. 7 ст. 469 КПК України лише проінформувати підозрюваного та потерпілого про їхнє право на примирення, роз'яснити механізм його реалізації та в жодному разі не чинити перешкод в укладенні угоди, не ініціювати її укладення та не вести перемовин (проводити домовленості) щодо її змісту. Як зауважує В. І. Фаринник, обмеження на участь у процесі примирення для прокурора, слідчого і суду є цілком обґрунтованим, тому що саме ці учасники кримінального провадження в першу чергу зацікавлені у реалізації завдань кримінального процесу шляхом всебічного, повного і неупередженого дослідження обставин кримінального провадження, тоді як провадження на підставі угоди про примирення допускає можливість прийняття судового рішення, порушуючи вимоги всебічності і повноти [11, с. 4]. Заборона втручання слідчого, прокурора або судді в процес примирення сторін має на меті забезпечити сторонам право на вільне волевиявлення та вирішення кримінально-правового конфлікту без втручання державних органів.

Водночас на практиці доволі часто ініціатором укладення такої угоди фактично виступає безпосередньо самий слідчий, в той час як потерпілий та підозрюваний або обвинувачений залишаються необізнаними у змісті даної угоди та її наслідках. Наприклад, ухвалою Гадяцького районного суду Полтавської області від 26.04.2016 р. у справі № 526/633/16-к [12] відмовлено

в затвердженні угоди про примирення у зв'язку з тим, що угода про примирення укладена за ініціативою слідчого, ним же складено текст угоди, де зазначено вид та міру покарання та розсуд слідчого, з яким погодились сторони угоди на момент її підписання. Судом встановлено, що при укладанні угоди було порушено вимоги ч. 1 ст. 469 КПК України. До аналогічного висновку дійшов Жовтневий районний суд Миколаївської області (ухвала від 10.08.2015 р. у справі № 477/1682/15-к) [13], який встановив, що угода про примирення була укладена за ініціативою слідчого, яка склала текст угоди і надала сторонам угоду для підпису.

Треба зауважити, що за матеріалами кримінального провадження вкрай складно визначитися з тим, хто був ініціатором укладення угоди, оскільки до матеріалів провадження долучається оригінал угоди із зазначенням того, що між потерпілим та підозрюваним укладено угоду про примирення. Лише під час допиту в ході підготовчого судового засідання можна встановити ініціатора, переконавшись таким чином, що вимоги ч. 1 ст. 469 КПК України дотримано.

Чинне законодавство передбачає можливість ініціювання та укладення угоди про примирення вже зі стадії досудового розслідування. Так, згідно із ч. 5 ст. 469 КПК України укладення угоди про примирення може ініціюватися в будь-який момент після повідомлення особі про підозру до виходу суду до нарадчої кімнати для ухвалення вироку. У зв'язку із цим доцільно підтримати позицію Т. В. Корчевої про те, що момент, з якого можливо ініціювання та укладення угод на досудовому розслідуванні, і зв'язок його з повідомленням особи про підозру вибрано законодавцем не випадково. Законодавець пов'язує його з наявністю достатніх доказів для підозри особи у вчиненні

кримінального правопорушення [14, с. 305]. Як слушно зазначає С. І. Перепелиця, до моменту повідомлення особі про підозру вважається, що докази для підозри особи у вчиненні інкримінованого кримінального правопорушення відсутні, або їх недостатньо [15, с. 94].

Слід відзначити, що чинне законодавство досить детально визначає зміст угоди про примирення. При цьому доводиться констатувати, що в більшості випадків постановлення судом ухвали про відмову в затвердженні угоди пов'язане з наявними в угоді недоліками, які за своїм змістом не є суттєвими, зокрема наявністю суперечностей, неточностей, що переважно зумовлено правовою необізнаністю сторін. Так, непоодинокими є випадки коли угоди: 1) не містили відомостей про розмір шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, строк її відшкодування чи перелік дій, не пов'язаних із відшкодуванням шкоди, які підозрюваний чи обвинувачений зобов'язаний вчинити на користь потерпілого, а також строк їх вчинення; 2) не містили узгодженого сторонами покарання, згоди сторін на його призначення або на призначення покарання та звільнення від його відбування з випробуванням; 3) не містили наслідків укладення та затвердження угоди, що передбачені ст. 473 КПК України; 4) не містили наслідків невиконання угоди; 5) покладали на сторін зобов'язання, які не відповідають вимогам закону тощо.

Логічно, що у вищезгаданих ситуаціях суди відмовляли в затвердженні угоди про примирення у зв'язку з невідповідністю угоди положенням КК України та КПК України. Так, перевіряючи угоду про примирення на відповідність її вимогам КПК України та КК України, суд встановив, що в укладеній угоді міститься припис про те, що потерпілий розуміє можливість настання для нього кримінальної відповідальності за ст. 389-1 КК України у разі

умисного невиконання угоди. З огляду на це суд вважає, що при укладанні даної угоди сторони уклали угоду, умови якої суперечать вимогам закону і порушують права, свободи та інтереси потерпілого, оскільки ст. 389-1 КК України не передбачена його відповідальність за невиконання угоди про примирення. Відтак суд цілком виправдано постановив ухвалу про відмову у затвердженні угоди про примирення (ухвала Кегичівського районного суду Харківської області від 17.06.2013 р. у справі № 624/622/13-к) [16].

У той же час згідно з КПК України рішення суду про відмову у затвердженні угоди оскарженню в апеляційному порядку не підлягає, а відповідно до ч. 8 ст. 474 КПК України повторне звернення з угодою в одному кримінальному провадженні не допускається. Таким чином, з метою подолання проблеми неефективного застосування угоди про примирення в кримінальному провадженні доцільно в КПК України закріпити обов'язок суду надати роз'яснення сторонам стосовно невідповідності угоди про примирення вимогам закону, визначити чіткий термін для уточнення укладеної угоди, внесення незначних змін до її змісту та передбачити право на повторне звернення з угодою.

Як також передбачено в ч. 1 ст. 471 КПК України, в угоді про примирення зазначається перелік дій, не пов'язаних з відшкодуванням шкоди, які підозрюваний чи обвинувачений зобов'язані вчинити на користь потерпілого. Водночас перелік даних дій взагалі не деталізований, що може призвести до покладання на підозрюваного чи обвинуваченого зобов'язань «сумнівного» характеру, відмови судів у затвердженні угод про примирення у зв'язку із суб'єктивним ставленням до даних положень. Відтак із метою мінімізації ризиків можливих зловживань, а також неправильного тлумачення чинного

законодавства і, як наслідок, його неправильного застосуванням як суддями, так і слідчими, прокурорами, в законі необхідно деталізувати перелік таких дій.

### **Судове провадження на підставі угоди про примирення**

Відповідно до ч. 1 ст. 474 КПК України, якщо угоди досягнуто під час досудового розслідування, складений слідчим та затверджений прокурором обвинувальний акт разом із підписаною сторонами угодою невідкладно надсилається до суду. Таким чином, законом не встановлено строку, в який прокурор повинен направити обвинувальний акт з угодою про примирення до суду. Із цього приводу в Узагальненні ВССУ міститься застереження про те, що словосполучення «невідкладно надсилається» свідчить, що такі документи мають надсилатися до суду за першої ж можливості [3]. Разом із тим трапляються випадки, коли обвинувальний акт з угодою надходить до суду зі спливом досить тривалого часу, при цьому жодних обставин для відтермінування даного строку з матеріалів справи не вбачалось. Саме тому, з метою уникнення будь-яких зловживань та зволікань при розгляді питання про примирення, в законі доцільно передбачити присічний строк, протягом якого обвинувальний акт разом із підписаною сторонами угодою надсилається до суду.

Одночасно закон встановлює окремі випадки можливого відтермінування строку направлення обвинувального акту разом із підписаною сторонами угодою про примирення. Так, згідно із ч. 1 ст. 474 КПК України прокурор має право відкласти направлення до суду обвинувального акта з підписаною сторонами угодою лише за наявності таких правових підстав: 1) отримання висновку експерта; 2) завершення проведення інших слідчих дій, необхідних для збирання та фіксації доказів, які можуть бути

втрачені зі спливом часу, або які неможливо буде провести пізніше без істотної шкоди для їх результату у разі відмови суду в затвердженні угоди. Водночас прокурор не зобов'язаний відкласти направлення таких документів, а лише має право це зробити. При цьому треба враховувати, що в разі відмови суду в затвердженні угоди про примирення досудове розслідування або судове провадження продовжуються в загальному порядку, а сам факт ініціювання укладення угоди про примирення та всі твердження, що були зроблені з метою її досягнення, не можуть розглядатися як визнання винуватості. Відтак із метою запобігання втраті доказів доцільно передбачити для прокурора обов'язок, а не право, відтермінування строку направлення обвинувального акту разом з угодою для завершення проведення тих слідчих дій, що необхідні для збирання та фіксації доказів, які можуть бути втрачені зі спливом часу або які неможливо буде провести пізніше без істотної шкоди для їх результату.

З приводу даного положення варто погодитись із думкою М. Й. Вільгушинського та М. В. Сіроткіної про те, що в складних кримінальних провадженнях (досудове розслідування у яких здійснюється щодо кількох осіб та/або кількох епізодів їх спільної злочинної діяльності) прокурор буде позбавлений можливості встановити всі обставини вчинення кримінального правопорушення. Крім того, вони зазначають, що за змістом кримінального процесуального закону прокурор не має права відкласти направлення обвинувального акту у зв'язку з необхідністю проведення слідчих дій, оскільки таке право йому надане лише для завершення слідчих дій, рішення про необхідність проведення яких було прийнято до укладення сторонами кримінального провадження угоди про примирення [1, с. 104].

Згідно із ч. 2 ст. 474 КПК України розгляд щодо угоди проводиться судом під час підготовчого судового засідання за обов'язкової участі сторін угоди з повідомленням інших учасників судового провадження. Тобто отримавши обвинувальний акт, угоду про примирення чи про визнання винуватості, суд (головуючий суддя) відповідно до вимог ч. 1 ст. 314 КПК України не пізніше п'яти днів із дня їх надходження повинен призначити підготовче судове засідання. Як правило, судами першої інстанції дотримуються вимоги закону про розгляд щодо угоди, яку досягнуто під час досудового розслідування та яка надійшла до суду з обвинувальним актом, безпосередньо під час підготовчого судового засідання. Водночас мають місце і протилежні випадки. Так, до Рожнятівського районного суду Івано-Франківської області надійшов обвинувальний акт у кримінальному провадженні щодо особи у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 185 КК України, з укладеною між потерпілим та обвинуваченим угодою про примирення. Ухвалою судді у цьому кримінальному провадженні призначено підготовче судове засідання, яке відбулось 15.03.2016 р [17]. За результатами підготовчого судового засідання призначено судовий розгляд на 25.03.2016 р., і в подальшому під час судового розгляду судом прийнято рішення про затвердження угоди (справа № 350/253/16-к) [18].

Якщо угоди досягнуто під час судового провадження, суд невідкладно зупиняє проведення процесуальних дій і переходить до розгляду її умов та змісту. Водночас існують випадки, коли суд продовжує судовий розгляд, проводить судові дебати, надає останнє слово обвинуваченому, а потім, видалившись до нарадчої кімнати, оголошує вирок, яким затверджує угоду.



Перед ухваленням рішення про затвердження угоди про примирення суд під час судового засідання повинен виконати вимоги, передбачені ч. ч. 5-7 ст. 474 КПК України.

По-перше, суд має з'ясувати в обвинуваченого, чи цілком він розуміє: 1) своє право на справедливий судовий розгляд, під час якого сторона обвинувачення зобов'язана довести кожную обставину щодо кримінального правопорушення, у вчиненні якого його обвинувачують; 2) наслідки укладення та затвердження угоди про примирення; 3) характер кожного обвинувачення; 4) вид покарання, а також інші заходи, які будуть застосовані до нього у разі затвердження угоди судом.

По-друге, суд повинен з'ясувати в потерпілого, чи цілком він розуміє наслідки укладення та затвердження угоди про примирення.

По-третє, суд зобов'язаний переконатися, що укладення угоди сторонами є добровільним, тобто не є наслідком застосування насильства, примусу, погроз або наслідком обіцянок чи дії будь-яких інших обставин, ніж ті, що передбачені в угоді. Для цього в разі необхідності суд має право витребувати документи, в тому числі скарги підозрюваного чи обвинуваченого, подані ним під час кримінального провадження, та рішення за наслідками їх розгляду, викликати в судові засідання осіб та опитувати їх.

По-четверте, суд повинен перевірити угоду на відповідність вимогам КПК України та/або закону, зокрема, з'ясувати: 1) чи не суперечать умови угоди вимогам КПК України та/або закону, в тому числі чи не допущена неправильна правова кваліфікація кримінального правопорушення, яке є більш тяжким ніж те, щодо якого передбачена можливість укладення угоди; 2) чи відповідають умови угоди інтересам суспільства; 3) чи не порушують умови угоди права, свободи чи інтереси сторін або

інших осіб; 4) чи не існують обґрунтовані підстави вважати, що укладення угоди не було добровільним, або сторони не примирилися; 5) чи існує очевидна можливість виконання обвинуваченим взятих на себе за угодою зобов'язань; 6) чи наявні фактичні підстави для визнання винуватості.

Якщо суд, досліджуючи вищевказані положення, дійде до негативного висновку, він відмовляє в затвердженні угоди про примирення. Якщо ж суд переконується в тому, що угоду може бути затверджено, відповідно до ст. 475 КПК України він ухвалює вирок, яким затверджує угоду, і призначає узгоджену сторонами міру покарання.

Аналіз судової практики свідчить про те, що у зв'язку з відсутністю чіткої законодавчої регламентації призначення покарання на підставі угод суди іноді затверджують узгоджене покарання у розмірі, який не тільки не передбачений у санкції статті Особливої частини КК України за вчинений злочин, а взагалі не зазначений у статтях Загальної частини КК України [19, с. 218]. Із цього приводу слушно зазначає С. М. Міщенко, що при укладанні угоди сторони вправі визначити не тільки міру покарання в межах санкції статті, а й обрати навіть менш сувору, ніж зазначено за вчинений злочин. Проте при такому пом'якшенні покарання сторони повинні дотримуватися вимог ст. 69 КК України [20, с. 215]. Разом із тим, як наголошує О. В. Євдокімова, правила щодо обрання менш суворого покарання, ніж передбачено законом за вчинений злочин, закріплені у ст. 69 КК України, стосуються виключно випадків призначення покарання під час здійснення судового розгляду кримінального провадження у загальному порядку. Тобто в тих випадках, коли саме суд приймає рішення щодо доцільності пом'якшення покарання [19, с. 220]. Отже, чинні положення ст. 69

КК України не розповсюджують свою дію на випадки обрання міри покарання на підставі угоди про примирення. У зв'язку із цим доцільно підтримати думку М. Й. Вільгушинського та М. В. Сіроткіної, які пропонують доповнити розділ XI Загальної частини КК України статтею 69-2 «Призначення покарання на підставі угод» задля закріплення в матеріальному праві такого нового виду та способу призначення покарання [1, с. 108].

Слід мати на увазі, що вирок суду першої інстанції на підставі угоди про примирення між потерпілим та підозрюваним, обвинуваченим може бути оскаржений в апеляційному порядку обмеженим колом суб'єктів та з чітко визначених законом підстав, зазначених у ч. 3 ст. 394 КПК України.

Так, обвинувачений, його захисник та законний представник можуть оскаржити таке судове рішення лише якщо: 1) судом призначено покарання суворіше, ніж узгоджене сторонами угоди; 2) вирок ухвалено без згоди обвинуваченого на призначення покарання; 3) суд не виконав вимоги, встановлені частинами 5-7 ст. 474 КПК України.

Потерпілий, його представник, законний представник може оскаржити таке судове рішення лише якщо: 1) судом призначено покарання менш суворе, ніж узгоджене сторонами угоди; 2) вирок ухвалено без згоди потерпілого на призначення покарання; 3) судом нероз'яснено наслідків укладення та затвердження угоди про примирення; 4) суд не виконав вимоги, встановлені частинами 6-7 ст. 474 КПК України.

Слід констатувати, що законодавча регламентація порядку оскарження вироку суду першої інстанції на підставі угоди про примирення свідчить про суттєву недостатність існуючих повноважень прокурора в даному напрямку. Так, прокурор може оскаржити вирок суду першої інстанції на підставі угоди про

примирення лише з підстави затвердження судом угоди в кримінальному провадженні, в якому згідно із ч. 3 ст. 469 КПК України угоду не може бути укладено, зокрема щодо тяжких та особливо тяжких злочинів. Фактично йде мова про оскарження такого вироку лише з підстав недопустимості укладення угоди про примирення.

Водночас прокурор не має можливості оскаржити навіть явно незаконні вироки, зокрема, в яких закон України про кримінальну відповідальність застосований неправильно. У зв'язку із цим вбачається доцільним внесення змін до п. 3 ч. 3 ст. 394 КПК України в частині доповнення даного положення словами, «а також із підстав істотного порушення вимог кримінального процесуального закону чи неправильного застосування закону України про кримінальну відповідальність», що надасть можливість прокурору оскаржувати в апеляційному порядку вирок суду першої інстанції на підставі угоди про примирення між потерпілим та підозрюваним, обвинуваченим.

Також слід відзначити, що згідно із ч. 1 ст. 476 КПК України в разі невиконання угоди про примирення лише потерпілий має право звернутися до суду, який затвердив таку угоду, з клопотанням про скасування вироку. Із цього приводу слід підтримати думку Г. Є. Тюріна, який вважає, що виконання угоди про примирення має не лише приватний характер, а й публічне значення, оскільки її затвердження призвело до припинення кримінальних процесуальних відносин [21, с. 232]. За таких обставин виглядає абсолютно логічним та послідовним надання повноважень прокурора щодо нагляду за реальним виконанням засудженим взятих зобов'язань за угодою про примирення, та наділення прокурора, в разі невиконання засудженим таких

зобов'язань, правом звертатися до суду з клопотанням про скасування вироку, яким затверджена угода про примирення.

### **Висновки**

Розвиток України як демократичної, соціальної та правової держави вимагає належних гарантій реалізації прав і свобод людини, що можливо завдяки подальшій імплементації у вітчизняну правову систему загальноновизнаних міжнародних стандартів у сфері кримінального процесу, які ґрунтуються на ідеях примирення сторін, відшкодування завданої потерпілому шкоди, усвідомлення правопорушником моральної і правової відповідальності за свої дії.

Закріплення в кримінальному процесуальному законодавстві особливого порядку кримінального провадження на підставі угоди про примирення (глава 35 «Кримінальне провадження на підставі угод») є надзвичайно важливим кроком на шляху розширення процесуальних можливостей сторін у рамках здійснення кримінального провадження, значного спрощення процедури розгляду певних категорій кримінальних справ, скорочення загальних процесуальних строків їх розгляду, а також зменшення навантаження на систему судових і правоохоронних органів.

При цьому результати реалізації відповідних положень КПК України виправдовують очікування, підтверджуючи збереження тенденції до подальшого активного застосування угоди про примирення в кримінальному провадженні. Зокрема, за даними Державної судової адміністрації України, у 2015 році суди загальної юрисдикції розглянули 9008 (9,5% від загальної кількості) кримінальних проваджень з постановленням вироку із затвердженням угоди про примирення. У 2016 році цей показник

становив 7793 (9,8%), а за перше півріччя 2017 – 4203 (10,3%) кримінальних проваджень.

Аналіз застосування положень КПК України при здійсненні судами загальної юрисдикції кримінальних проваджень на підставі угоди про примирення свідчить, що незважаючи на переважно правильне застосування положень закону, трапляються непоодинокі випадки неправильного тлумачення закону і, як наслідок, його неправильного застосування як суддями, так і слідчими, прокурорами.

Доцільно також відзначити, що законодавча регламентація процедури ініціювання та укладення угоди про примирення, а також порядку судового провадження містить низку прогалин та недоліків, усунення яких зумовить суттєве збільшення показників застосування угоди про примирення в кримінальному провадженні.

### **Список використаних джерел:**

1. Вільгушинський М.Й. Погоджувальне правосуддя у кримінальній юстиції України: актуальні проблеми впровадження та застосування. Часопис цивільного і кримінального судочинства. 2012. № 6. С. 97-112.

2. Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про практику здійснення судами кримінального провадження на підставі угод» від 11.12.2015 р. № 13. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0013740-15>.

3. Узагальнення Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ судової практики здійснення кримінального провадження на підставі угод від 22.01.2014 р. Закон і Бізнес. № 28 12.07–18.07.2014; № 29

19.0725.07.2014. URL: [http://zib.com.ua/ua/print/92557-uzagalnennya\\_vssu\\_sudovoi\\_praktiki\\_zdiysnennya\\_kriminalnogo\\_.html](http://zib.com.ua/ua/print/92557-uzagalnennya_vssu_sudovoi_praktiki_zdiysnennya_kriminalnogo_.html).

4. Вирок Дарницького районного суду м. Києва від 13.08.2013 р. у справі № 753/13154/13-к / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/36182120>.

5. Вирок Кремінського районного суду Луганської області від 06.02.2013 р. у справі № 414/169/13-к / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/30407859>.

6. Дроздов О.М. Правове регулювання звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням з потерпілим в сфері кримінального судочинства. Юрид. журнал. 2006. № 6 (48). С. 59-63.

7. Узагальнення практики розгляду районними судами м. Києва кримінальних проваджень на підставі угод за друге півріччя 2013 року-перший квартал 2014 року. URL: <http://kia.court.gov.ua/sud2690/uzah/28/>.

8. Ухвала Шевченківського районного суду м. Києва від 14.01.2016 р. у справі № 761/34085/15-к / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/54963867>.

9. Ухвала Добровеличківського районного суду Кіровоградської області від 24.07.2015 р. у справі № 387/892/14-к / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/47311738>.

10. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 31.03.2016 р. у справі 5-27кc16 / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/58496633>.

11. Фаринник В.І. Угоди у кримінальному провадженні. Юрид. вісн. України. 2012. № 30. С. 4.

12. Ухвала Гадяцького районного суду Полтавської області від 26.04.2016 р. у справі № 526/633/16-к / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/57375783>.

13. Ухвала Жовтневого районного суду Миколаївської області від 10.08.2015 р. у справі № 477/1682/15-к / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/48526430>.

14. Корчева Т.В. Проблемні питання реалізації сторонами прав і обов'язків при укладенні угод під час досудового розслідування. Порівняльно-аналітичне право. 2015. № 1. С. 304-306.

15. Перепелиця С. І. Кримінальне провадження у формі приватного обвинувачення: [монографія]. Х.: Право, 2015. 184 с.

16. Ухвала Кегичівського районного суду Харківської області від 17.06.2013 р. у справі № 624/622/13-к / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/31917947>.

17. Ухвала Рожнятівського районного суду Івано-Франківської області від 15.03.2016 р. у справі № 350/253/16-к / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/56441138>.

18. Вирок Рожнятівського районного суду Івано-Франківської області від 25.03.2016 р. у справі № 350/253/16-к / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/56690321>.

19. Євдокімова О.В. Проблемні питання призначення покарання при укладенні угоди про примирення або визнання винуватості. Право і суспільство. 2014. № 1/2. С. 217-221.



20. Міщенко С. М. Принцип індивідуалізації покарання при укладенні угод про примирення та визнання винуватості / Основні напрями розвитку кримінального права та шляхи вдосконалення законодавства України про кримінальну відповідальність: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, 11-12 жовтня 2012 р. Х.: Право, 2012. С. 214-217.

21. Тюрін Г.Є. Організаційно-правові основи участі прокурора у кримінальному провадженні на підставі угод: монографія. Х.: Право, 2015. 228 с.

***Кириченко В.Л.,***

*адвокат,*

*аспірант кафедри криміналістики,  
судової медицини та психіатрії*

*Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*

## **ПІДСТАВИ ЗДІЙСНЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ ЩОДО ЗАСТОСУВАННЯ ПРИМУСОВИХ ЗАХОДІВ МЕДИЧНОГО ХАРАКТЕРУ В ОСОБЛИВІЙ ПРОЦЕСУАЛЬНІЙ ФОРМІ**

### **Вступ**

Останнім часом у зв'язку зі зміною парадигми кримінального процесу в Україні наукового інтересу зазнали особливі порядки кримінального провадження: багато вчених розмірковують над суттю кримінальних процесуальних форм, пропонують нові дефініції, розглядають критерії виокремлення кримінальних проваджень тощо. Ці питання знаходяться в полі зору, зокрема, М. І. Зеленської, С. М. Мельника, В. В. Молдована, Г. К. Тетерятник, В. М. Трофименка, Ю. К. Якимовича та інших.

Із системного аналізу концептуальних підходів науковців до визначення кримінальної процесуальної форми вбачається, що кримінальна процесуальна форма є конкретною єдністю діалектично пов'язаних між собою елементів кримінального провадження, що забезпечує досягнення цілей кримінальної правової діяльності зокрема та завдань кримінального провадження в цілому. З іншого боку, кримінальна процесуальна форма є певною формою спеціалізації, що являє собою розгалуження, набуття тією чи іншою гілкою все більше специфічних ознак у механізмі законодавчого впорядкування певних груп соціальних відносин [1, с. 76].

У чинному Кримінальному процесуальному кодексі України (далі – КПК) застосована нова юридична конструкція – «належна правова процедура», суть якої зводиться до дотримання під час здійснення кримінального провадження передбачених КПК засад (принципів) кримінального провадження, процесуальних засобів і способів їх реалізації, процесуальних гарантій прав і свобод учасників кримінального провадження та прийняття законних, обґрунтованих і справедливих рішень [2, с. 20]. Таким чином, законодавець фактично поставив ефективність досягнення завдань кримінального провадження в залежність від дотримання законодавчо встановленої правової процедури. Саме за такого підходу відкривається шлях для наукової та законодавчої розробки окремих процесуальних форм здійснення кримінального провадження. Як зазначає В. М. Трофименко, на сучасному етапі розвитку кримінального процесуального законодавства диференціація процесуальних форм виступає однією з пріоритетних умов раціонального використання процесуальних засобів і досягнення більшої результативності кримінального провадження [1, с. 75].

Автор погоджується з тим, що застосування особливих процесуальних форм кримінального провадження потребує переосмислення існуючих інститутів як кримінального, так і кримінально-процесуального права [3, с. 134], та вважає, що недостатня теоретична розробка цих питань негативно позначається на досягненні завдань кримінального провадження.

Згідно з даними статистичної звітності Державної судової адміністрації України за формою № 6 «Звіт про кількість осіб засуджених, виправданих, справи щодо яких закрито, неосудних, до яких застосовано примусові заходи медичного характеру та види кримінального покарання» примусові заходи медичного характеру (далі – ПЗМХ) застосовані у 2014 році до 774 неосудних осіб, у 2015 році – до 775 неосудних осіб, у 2016 році – до 633 неосудних осіб. Це свідчить про стійкість такого явища, як вчинення неосудними суспільно небезпечних діянь. А з іншого боку, рішення Європейського Суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) «Горшков проти України», «Кучерук проти України», «Анатолій Руденко проти України» чітко вказують на недоліки правового регулювання питань, що стосуються прав психічно хворих, неосудних та обмежено осудних осіб у цивільних та кримінальних справах. На жаль, саме дефекти кримінально-процесуального законодавства України, що виявляються під час правозастосовної діяльності в кримінальних провадженнях щодо ПЗМХ, на сьогодні стоять на заваді дотримання принципів захисту осіб із психічними захворюваннями та поліпшення психіатричної допомоги, прийнятих Резолюцією Генеральної Асамблеї ООН 18.02.1992 р. (46/119) [4]. Відтак дослідження кримінального провадження щодо застосування ПЗМХ як особливої процесуальної форми є на часі.

## **Кримінальна процесуальна дієздатність особи, щодо якої вирішується питання про застосування ПЗМХ**

Одним із завдань застосування кримінально-процесуальної форми є оптимізація кримінального провадження [5, с. 84]. Необхідність застосування диференційованих (особливих) форм у деяких кримінальних провадженнях вчені, як правило, пов'язують з особливостями суб'єкта, відносно якого здійснюється кримінальне провадження, зокрема, необхідністю надання додаткових процесуальних гарантій особам, які через неповноліття або психічну хворобу не можуть повноцінно захищати свої права та законні інтереси, а також для забезпечення реалізації особами спеціального правового режиму, обумовленого правовими привілеями та імунітетами [6, с. 33]. Специфічні характеристики суб'єкта вносять корективи в кримінальну процесуальну діяльність не лише ззовні, тобто в порядок здійснення обов'язкових юридичних процедур, а й внутрішнє, оскільки детермінують саму мету (ціль) цієї кримінальної діяльності в межах особливої процесуальної форми та окреслюють рамки повноважень її учасників. Ю. К. Якимович вважає головним критерієм розмежування проваджень на різні види їхню спрямованість, що виражається в предметі і завданнях. За цим критерієм він поділяє усі провадження на основні, допоміжні і особливі [7, с. 204]. М. І. Зеленська, виходячи також із завдань особливих кримінальних проваджень, наголошує на їх поділі на спрощені кримінальні провадження та провадження з ускладненою процесуальною формою. На її думку, спрощені процедури надають учасникам процесу не менші, а іноді навіть вигідніші гарантії їх прав і законних інтересів, ніж загальний порядок судочинства, і зазвичай використовуються за згодою обвинуваченого. Провадження з ускладненою процесуальною

формою потребує додаткових гарантій законності, дотримання прав, свобод і законних інтересів його учасників, і застосовується незалежно від волі учасників кримінального судочинства [8, с. 208]. В. М. Трофименко, підкреслюючи значення процесуальної форми, зазначає, що вона набуває об'єктивну властивість цінності лише тоді, коли слугує досягненню соціально значимої мети, забезпечує оптимальне вирішення цієї мети, передбачає використання лише тих засобів, що відповідають вимогам закону і моралі, засновуються на достовірних і перевірених досягненнях науки [2, с. 75].

Кримінальне провадження щодо застосування ПЗМХ є диференційованою формою, яка відрізняється від інших кримінальних проваджень одночасно і особливим суб'єктом, відносно якого здійснюється провадження, і метою, на досягнення якої воно спрямоване.

За загально прийнятим розумінням, кримінальні процесуальні відносини – це суспільні відносини між суб'єктами права, що врегульовані нормами кримінально-процесуального законодавства. Правове регулювання кримінальних процесуальних відносин здійснюється через механізм суб'єктивних прав та юридичних обов'язків суб'єктів, що встановлені КПК залежно від їхнього процесуального статусу в кримінальному провадженні. Суб'єктивне право – це вид та міра можливої або дозволеної поведінки особи, що гарантується законом. Ця можливість реалізується через право особи на власні дії, право особи на чужі дії, право особи на державний примус у разі невиконання обов'язків протилежною стороною та право особи на користування певним соціальним благом. Суб'єктивному праву протистоїть юридичний обов'язок, який також включає в себе чотири компонента: необхідність здійснювати певні дії або

відмовлятися від них, необхідність реагувати на законні вимоги уповноваженого суб'єкта, необхідність нести юридичну відповідальність за невиконання законних вимог уповноваженого суб'єкта, необхідність не перешкоджати контрагенту користуватися тим благом, на яке він має право [9, с. 191]. Задля досягнення завдань кримінального провадження кримінальним процесуальним законом має забезпечуватися баланс суб'єктивних прав і юридичних обов'язків осіб – учасників кримінального провадження.

Гарантована державою можливість мати суб'єктивні права та юридичні обов'язки виражається в категорії «правоздатність». У законодавствах сучасних демократичних держав правоздатність як абстрактна неперсоніфікована можливість визнається рівною для всіх осіб. Ця можливість розкривається (конкретизується) у дієздатності як здатності особи своїми безпосередніми діями набувати і здійснювати суб'єктивні права та юридичні обов'язки.

Закон пов'язує виникнення дієздатності особи з особливостями психофізіологічного розвитку та з досягненням нею певного віку. У цьому сенсі можна говорити про загальну дієздатність особи. Зрозуміло, що відхилення розумової чи психічної діяльності людини можуть заважати особі усвідомлено ставитися до її суб'єктивних прав та юридичних обов'язків, а також здійснювати їх на користь собі і не на шкоду іншим.

Основу кримінального провадження щодо застосування ПЗМХ складають кримінальні процесуальні відносини, суб'єктами яких, з одного боку, є особа, що вчинила у стані неосудності суспільно небезпечне діяння, за яке передбачена кримінальна відповідальність, а також особа, що вчинила злочин у стані осудності, але до постановлення вироку захворіла на психічну хворобу, що виключає

можливість застосування до неї кримінального покарання до її видужання, та, з іншого боку, держава, яка через діяльність компетентних органів та посадових осіб вчиняє кримінально-правовий вплив на правопорушника. Особливість особи, стосовно якого вирішується питання щодо застосування ПЗМХ, як суб'єкта права зумовлена наявністю в неї психічного захворювання, що внаслідок порушення мотиваційно-вольового компоненту її свідомості суттєво впливає на можливість вільно, у межах та у спосіб, передбачений КПК, реалізувати процесуальні права.

Вчені визнають, що процесуальна дієздатність учасників кримінального судочинства належить до малорозроблених наукових питань [10, с. 124]. На наше переконання, поняття «кримінальна процесуальна дієздатність» потребує концептуального визначення, зокрема для того, щоб впровадити такий процесуальний механізм, за допомоги якого було б можливим забезпечення реалізації принципу диспозитивності кримінального процесу навіть тоді, коли особа з об'єктивних, незалежних від неї підстав, у тому числі у зв'язку із психічним захворюванням, має перешкоди для самостійного відстоювання своїх інтересів. Відсутність законодавчо закріпленого поняття кримінальної процесуальної дієздатності призвело до механічного перенесення в КПК, а значить до застосуванню в практиці кримінального судочинства інституту цивільної дієздатності, що є принаймні некоректним з точки зору науки, а також недостатнім для гарантування процесуальних прав особи з психічними вадами у кримінальному провадженні.

За своєю правовою природою цивільна дієздатність і кримінальна процесуальна дієздатність не співпадають. За змістом статей 39, 40, 41 Цивільного кодексу України, статті 297 Цивільного процесуального кодексу України визнання особи

недієздатною чи обмежено дієздатною пов'язано з обмеженнями таких осіб у праві розпорядження матеріальними благами, що належать їм чи їхнім близьким, родичам, членам сім'ї на праві власності. Підставами для обмеження цивільної дієздатності є обставини, що свідчать про психічний розлад, істотно впливають на її здатність усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними, чи обставини, що підтверджують дії, внаслідок яких фізична особа, яка зловживає спиртними напоями, наркотичними засобами, токсичними речовинами, азартними іграми тощо, поставила себе чи свою сім'ю, а також інших осіб, яких вона за законом зобов'язана утримувати, в скрутне матеріальне становище.

Кримінальна процесуальна дієздатність особи стосується вирішення питання, чи може вона за своїм психічним станом самотійно та свідомо брати участь у кримінальному провадженні, правильно сприймати дані досудового та судового слідства та активно користуватися цими даними [11, с. 35]. Відтак визнання особи недієздатною чи обмежено дієздатною в цивільному судочинстві не повинно сприйматися як апріорна неможливість особи користуватися процесуальними правами та підставою для обмеження її кримінальної процесуальної дієздатності. Обмеження цивільної дієздатності особи не означає, що її кримінальна процесуальна дієздатність є «автоматично» обмеженою. Між тим частина перша статті 44 КПК містить норму, відповідно до якої, якщо особа, визнана у встановленому законом порядку недієздатною чи обмежено дієздатною, до участі в процесуальній дії разом з нею залучається її законний представник. За такого підходу залучення до участі в кримінальному провадженні законного представника скоріше є показником обмеження без належної процедури кримінальної



процесуальної дієздатності особи, ніж виступає додатковою гарантією її прав.

Єдиною підставою обмеження кримінальної процесуальної дієздатності особи може бути висновок судово-психіатричної експертизи, на вирішення якої поставлене питання: чи може особа з урахуванням її психічного стану правильно розуміти свій процесуальний статус та відповідні йому права і обов'язки у кримінальному провадженні, розпоряджатися ними та самостійно брати участь у процесуальних діях. Ураховуючи те, що мова йде про обмеження прав особи, а висновок експерта відповідно до частини десятої статті 101 КПК не є обов'язковим для особи або органу, який здійснює провадження, питання щодо обмеження кримінальної процесуальної дієздатності особи має бути виключною прерогативою суду, розглядатися в судовому засіданні за участю особи та захисника, з постановленням відповідної ухвали. На нашу думку, судовий розгляд із зазначеного питання може бути ініційований як за клопотанням прокурора, слідчого, так й за клопотанням захисника. Ухвала суду щодо обмеження кримінальної процесуальної дієздатності особи повинна мати чіткі застереження відносно її чинності лише в межах того кримінального провадження, в якому проведено судово-психіатричну експертизу. У контексті частини другої статті 10 КПК цією ухвалою одночасно з обмеженням кримінальної процесуальної дієздатності особи має бути залучений до кримінального провадження законний представник цієї особи. Присутність у судовому засіданні законного представника, про залучення якого до кримінального провадження просить сторона, є обов'язковою, оскільки обов'язковими є також, як згода самої особи на залучення саме цієї людини у якості її законного представника, так і згода законного

представника на участь у кримінальному провадженні. Ухвала має підлягати оскарженню як у частині обмеження кримінальної процесуальної дієздатності особи, так й у частині залучення до участі в кримінальному провадженні в статусі законного представника конкретної особи. З огляду на зазначене частина друга статті 506 КПК у частині прийняття прокурором власного рішення про проведення процесуальної дії без участі особи, яка має розлад психічної діяльності чи психічного захворювання, підлягає вилученню як така, що послаблює гарантії від свавілля.

Саме такий підхід узгоджується з пунктом 7 Декларації про права розумово відсталих осіб, прийнятою Генеральною Асамблеєю ООН 20 грудня 1971 року, де закріплені наступні принципи обмеження прав осіб, які належним чином не можуть здійснювати всі свої права або якщо виникає необхідність в обмеженні або анулюванні деяких або усіх таких прав [12]:

- 1) процедура обмеження чи анулювання прав повинна передбачати належні правові гарантії від будь-яких зловживань;
- 2) процедура обмеження чи анулювання прав має ґрунтуватися на оцінці кваліфікованими спеціалістами;
- 3) процедура має передбачати періодичний перегляд та право апеляції до вищих інстанцій.

На підставі проведеного аналізу можна констатувати, що наявність в особи психічного захворювання призводить до нестачі її процесуальної дієздатності, що зумовлює необхідність створення прийняттого та законодавчо закріпленого механізму вирівнювання можливостей особи в здійсненні нею її процесуальних прав, який може бути реалізованим лише через особливу процесуальну форму кримінального провадження.

## **Завдання кримінального провадження щодо застосування ПЗМХ та механізм його реалізації**

Великий тлумачний словник сучасної української мови визначає завдання як мету, до якої прагнуть; те, що хочуть здійснити [13, с. 378].

Деякі науковці допускають підміну понять «підстави застосування ПЗМХ» і «підстави для здійснення кримінального провадження щодо застосування ПЗМХ», що призводить до певної розмитості у визначенні завдань кримінального провадження щодо застосування ПЗМХ і навіть до ототожнення їх з метою ПЗМХ.

Підстави застосування ПЗМХ законодавцем чітко не прописані. Статтею 93 КК лише визначене коло осіб, до яких застосовуються ПЗМХ. Аналіз вказаної норми дає можливість виокремити два критерія як підстави для застосування ПЗМХ:

1) юридичний, що полягає у факті вчинення особою суспільно небезпечного діяння, передбаченого Особливою частиною КК;

2) медичний, що виявляється в наявності в особи в момент вчинення суспільно небезпечного діяння та/або на момент здійснення кримінального провадження чи під час відбування покарання хронічної психічної хвороби, тимчасового розладу психічної діяльності, слабоумства або іншого хворобливого стану психіки, що істотно впливали під час вчинення суспільно небезпечного діяння та/або впливають під час здійснення кримінального провадження чи відбування покарання на свідомість і волю людини та заважають її здатності розуміти значення своїх дій та керувати ними.

Виходячи із цієї позиції законодавця, метою застосування ПЗМХ є обов'язкове лікування особи та запобігання вчиненню нею нових суспільно небезпечних діянь.

Стаття 503 КПК встановлює, що кримінальне провадження щодо застосування ПЗМХ здійснюється за наявності достатніх підстав вважати, що:

1) особа вчинила суспільно небезпечне діяння, передбачене законом України про кримінальну відповідальність, у стані неосудності;

2) особа вчинила кримінальне правопорушення в стані осудності, але захворіла на психічну хворобу до постановлення вироку.

За частиною другою статті 503 КПК досудове розслідування в порядку кримінального провадження щодо застосування ПЗМХ починається з постанови прокурора про зміну порядку досудового розслідування, що виноситься в разі встановлення підстав для такого провадження. Оцінка достатності підстав здійснюється прокурором, виходячи із сукупності зібраних досудовим слідством доказів наявності в особи психічного захворювання та поведінки цієї особи під час досудового розслідування.

Відповідно до статті 3 Закону України «Про психіатричну допомогу» кожна особа вважається такою, що не має психічного розладу, доки наявність такого розладу не буде встановлена на підставах та в порядку, передбаченому законом. Тому досудове розслідування за фактом вчинення кримінального правопорушення розпочинається за загальними правилами у відповідності до статті 214 КПК, тобто в уніфікованій формі, та може бути переведене в особливу процесуальну форму лише за наявності встановлених під час досудового розслідування підстав. За такого підходу кримінальне провадження, в якому в подальшому буде вирішуватися питання про застосування до особи ПЗМХ, фактично поділяється на два етапи:

1) до встановлення підстав для проведення кримінального провадження щодо застосування ПЗМХ, відбувається в уніфікованій формі;

2) після ухвалення слідчим, прокурором постанови про зміну порядку досудового розслідування, та відбувається в особливій формі, за правилами, передбаченими главою 39 КПК.

Застосування примусових заходів медичного характеру не є метою кримінального провадження щодо застосування ПЗМХ: за частиною четвертою статті 503 КПК ПЗМХ застосовуються лише до осіб, які є суспільно небезпечними (на момент розгляду справи в суді, а не під час вчинення суспільно небезпечного діяння – прим. автора), тому досудове розслідування в кримінальному провадженні щодо застосування ПЗМХ може закінчитися не лише складанням клопотання про застосування ПЗМХ, а також закриттям кримінального провадження (частина перша статті 511 КПК).

Завданням кримінального провадження щодо застосування ПЗМХ є створення кримінального процесуального механізму забезпечення та гарантування прав, свобод і законних інтересів осіб, відносно яких вирішується питання про застосування ПЗМХ, що цілком відповідає завданням кримінального провадження, передбаченим статтею 2 КПК: захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду через застосування належної правової процедури.

Філософська категорія «належне» позначає ідеальний стан буття, протиставлений безпосередньо суццюму як його взірець і мета [14, с. 405]. З іншого боку, одним із значень слова

«належний» є «відповідний» [13, с. 721]. Зміст слова «процедура» визначається як встановлений чи узвичаєний порядок здійснення, виконання або оформлення чого-небудь. З огляду на зазначене в контексті кримінального процесуального законодавства належна правова процедура постає як нормативно встановлений порядок здійснення кримінального провадження, який необхідно виконувати правозобов'язаним особам для досягнення мети кримінального провадження, тобто так, щоб «кожний, хто вчиняє кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений, жоден невинуватий не був обвинувачений, жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу».

Правовідносини в суспільстві здійснюються через встановлений державою правовий механізм, який є частиною соціально-правового механізму в цілому та за своєю суттю представляє собою систему засобів і чинників, що забезпечують необхідні умови поваги до всіх основних прав і свобод людини, які є похідними від її гідності [15, с. 190]. Механізм правового регулювання традиційно визначається як система юридичних засобів, що організовані найбільш послідовним чином з метою упорядкування суспільних відносин, сприяння задоволенню інтересів суб'єктів права [9, с. 227]. Деталізуючи зазначену дефініцію, О.Ф. Скакун розглядає механізм правового регулювання як узяту в єдності систему правових засобів, способів і форм, за допомогою яких нормативність права переводиться в упорядкованість суспільних відносин, задовольняються інтереси суб'єктів права, встановлюється і забезпечується правопорядок («належне» у праві стає «сущим»). Елементами механізму правового регулювання виступають

засоби (норми права, суб'єктивні права і обов'язки, рішення судів тощо, об'єктивовані в правових актах); способи (дозвіл, зобов'язання, заборона); форми (використання, виконання, додержання, застосування) [15, с. 498]. О. П. Кучинська до елементів механізму забезпечення прав особи в кримінальному судочинстві відносить статус суб'єкта кримінального процесу, систему правових методів, гарантії забезпечення права [16, с. 30].

Виходячи із зазначеного, належна правова процедура в кримінальному провадженні є формою (використання, виконання, додержання, застосування) учасниками кримінального провадження норм кримінального процесуального закону відповідно до їхнього процесуального статусу та відповідно до загальних засад кримінального провадження (верховенство права, законність, рівність перед законом і судом, повага до людської гідності, забезпечення права на захист тощо). Саме через виконання належної правової процедури забезпечується реалізація процесуальних прав підозрюваного, обвинуваченого, особи щодо якої вирішується питання про застосування ПЗМХ.

Суб'єктами застосування належної правової процедури в кримінальному провадженні виступають посадові особи державних органів, що уповноважені на здійснення кримінальної процесуальної діяльності (слідчі, прокурори, судді): на них покладається обов'язок забезпечення реалізації процесуальних норм.

З огляду на вищевказане кримінально процесуальний механізм (належна правова процедура) в кримінальному провадженні щодо застосування ПЗМХ реалізується через норми КПК, що встановлюють процесуальний статус особи та зобов'язують суб'єкти кримінальної процесуальної діяльності здійснити певні процесуальні дії із забезпечення, крім загальних, також додаткових, спеціально передбачених законом гарантій

прав, свобод і інтересів осіб, відносно яких вирішується питання про застосування ПЗМХ.

Отже, елементами, що визначають необхідність здійснення кримінального провадження щодо застосування ПЗМХ в особливій процесуальній формі, є:

1) процесуальний статус особи, щодо якої вирішується або вирішувалося питання про застосування ПЗМХ;

2) обов'язкові процесуальні дії (рішення) правозобов'язаних осіб;

3) спеціальні гарантії, встановлені для особи, щодо якої вирішується або вирішувалося питання про застосування ПЗМХ.

Незважаючи на особливості процесуального статусу особи, щодо якої вирішується або вирішувалося питання про застосування ПЗМХ, законодавець не виділив права такої особи в окрему норму, а прирівнявши їх до прав підозрюваного, обвинуваченого, лише обмежився застереженням у частині першій статті 506 КПК щодо обмеження обсягу прав, які особа може виконувати в процесі самостійно, в залежності від характеру розладу її психічної діяльності чи психічного захворювання. Автор неодноразово наголошував на неспроможності та навіть дискримінаційному характері такої позиції законодавця, адже внаслідок порушення мотиваційно-вольового компоненту свідомості особа, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, не є суб'єктом злочину, їй не повідомляється підозра, відносно її дій не складається обвинувальний акт, кримінальне провадження не закінчується ухваленням вироку, тому така особа не може мати статус підозрюваного, обвинуваченого [17; 18; 19]. Завдяки невизначеності процесуального статусу особи, щодо якої вирішується або вирішувалося питання про застосування ПЗМХ, можна стверджувати, що чинний КПК,



незважаючи на те, що присвятив кримінальному провадженню щодо застосування ПЗМХ окрему главу, не містить належної правової процедури здійснення вказаного кримінального провадження. У правозастосовній діяльності цей дефект правового регулювання призводить до неможливості забезпечити гарантії процесуальних прав особи, що може привести до встановлення більш суворого виду ПЗМХ, ніж потребує особа за своїм психічним станом.

З моменту винесення слідчим, прокурором постанови про зміну порядку досудового розслідування, відповідно до якої останнє продовжується згідно з правилами, передбаченими главою 39 КПК, тобто в особливій процесуальній формі, виникає обов'язок слідчого, прокурора здійснити певні процесуальні дії, зокрема:

- призначити (залучити) захисника, оскільки в кримінальному провадженні щодо застосування ПЗМХ участь захисника є обов'язковою (ст. 507 КПК);

- порушити перед судом клопотання про застосування до особи запобіжних заходів у порядку статті 508 КПК;

- залучити експерта (експертів) для проведення психіатричної експертизи (ч. 1 ст. 509 КПК);

- у разі необхідності проведення стаціонарної психіатричної експертизи порушити перед судом питання про направлення особи до відповідного медичного закладу (ч. 2 ст. 509 КПК);

- закрити кримінальне провадження або скласти клопотання про застосування ПЗМХ в порядку статті 511 КПК.

На сьогодні цей перелік обов'язкових дій слідчого, прокурора в кримінальному провадженні щодо застосування ПЗМХ є вичерпним та, на жаль, не містить норми, яка б зобов'язувала слідчого, прокурора залучити до участі в кримінальному

провадженні законного представника особи, щодо осудності якої виникли сумніви.

КПК 2012 року змінив концептуальні підходи до інституту законного представництва в кримінальному провадженні. Згідно зі статтею 44 КПК 1960 року у якості захисників допускалися не лише адвокати, а також за заявою обвинуваченого, підозрюваного, засудженого, виправданого їх близькі родичі [20, с. 137]. Чинним КПК передбачено, що до участі в кримінальному провадженні залучається законний представник підозрюваного, обвинуваченого, який є неповнолітнім, або особи, яка визнана у встановленому законом порядку недієздатною чи обмежено дієздатною (ст. 44 КПК). На наше переконання, обмеження участі законного представника в кримінальному провадженні щодо застосування ПЗМХ наявністю рішення в цивільній справі про визнання особи недієздатною або обмежено недієздатною не відповідає інтересам особи, відносно якої вирішується питання, та завданням кримінального провадження, передбаченим статтею 2 КПК. Більш того, нестача кримінальної процесуальної дієздатності особи за наявності права прокурора, суду відповідно до статті 506 КПК прийняти рішення про проведення процесуальних дій без участі цієї особи не може бути компенсована навіть обов'язковою участю захисника в кримінальному провадженні, адже відповідно до статті 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» під час виконання адвокатом його професійних обов'язків забороняється ототожнення адвоката з клієнтом. Ураховуючи зазначене, було б слушним передбачити в статті 44 КПК, що законний представник залучається слідчим, прокурором, слідчим суддею, судом у кримінальне провадження з моменту

встановлення факту наявності в особи психічного захворювання або інших відомостей, які викликають сумнів щодо її осудності.

І, нарешті, саме обов'язкова участь законного представника разом з адвокатом у кримінальному провадженні щодо застосування ПЗМХ мають слугувати спеціальними гарантіями від свавілля посадових осіб під час вирішення питання про застосування до особи ПЗМХ.

Отже, визначення здійснення кримінального провадження щодо застосування ПЗМХ в особливій процесуальній формі є цілком обґрунтованим та відповідним завданням кримінального провадження, проте кримінальний процесуальний механізм здійснення цього провадження потребує подальшого нормативного удосконалення.

### **Висновки**

Здійснення кримінального провадження в особливій процесуальній формі слід розглядати через призму оптимізації кримінальної процесуальної діяльності правозобов'язаних осіб та можливості досягнення завдань кримінального провадження у конкретних випадках.

Підставою для здійснення кримінального провадження щодо застосування ПЗМХ в особливій процесуальній формі є нестача кримінальної процесуальної дієздатності особи, що зумовлена наявністю в неї психічного захворювання, яке внаслідок порушення мотиваційно-вольового компоненту свідомості особи суттєво впливає на її можливість вільно, в межах та в спосіб, передбачений КПК, реалізувати процесуальні права в кримінальному провадженні.

Завданням кримінального провадження щодо застосування ПЗМХ є створення кримінального процесуального механізму

забезпечення та гарантування прав, свобод і законних інтересів осіб. Проте запропонована КПК 2012 року процедура здійснення кримінального провадження щодо застосування ПЗМХ є недосконалою та неспроможна забезпечити гарантії процесуальних прав особи, що може привести до встановлення більш суворого виду ПЗМХ, ніж потребує особа за своїм психічним станом.

Найбільшій увазі законодавця потребують питання визначення процесуального статусу особи, відносно якої вирішується питання про застосування ПЗМХ, механізм обмеження кримінальної процесуальної дієздатності особи та залучення до участі в кримінальному провадженні законного представника.

### **Список використаних джерел:**

1. Трофименко В.М. Щодо питання диференціації кримінальної процесуальної форми / Актуальні проблеми удосконалення кримінального процесуального законодавства: матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції, присвяченої до 70-річчя д.ю.н, професора Юрія Павловича Аленіна. Одеса: Юридична література. 2017. С. 74-77.

2. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / За загальною редакцією професорів В.Г. Гончаренка, В.Т. Нора, М.Є. Шумила. К.: Юстініан, 2012. 1224 с.

3. Сачко О.В. Забезпечення верховенства права під час застосування спрощених та інших особливих форм і режимів кримінального провадження. Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. 2016. № 6, том 1. С. 133-136.

4. Захист осіб з психічними захворюваннями та поліпшення психіатричної допомоги: Резолюція 46/119 Генеральної Асамблеї ООН 18 лютого 1992 року. URL: [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995\\_905](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_905).

5. Уголовный процесс России. Проблемные лекции: учебное пособие (для студентов высших юридических учебных заведений) / Науч. Ред. В.Т.Томин, А.П.Попов, И.А.Зинченко. Пятигорск: Изд. «РИА-КМВ». 2014. 412 с.

6. Кримінальний процес: підручник / За заг. Ред. В.В. Коваленка, Л.Д. Удалової, Д.П. Письменного. К.: «Центр учбової літератури». 2013. 544 с.

7. Якимович Ю.К. Дифференциация уголовного судопроизводства: проблемы и перспективы. Вестник Удмуртского университета. 2013. Вып. 2. С. 203-208.

8. Зеленська М.І. Щодо особливих порядків кримінального провадження / International research and practice conference «Urgent problems of law on the modern stage of statehood development»: Conference proceedings, October 20-21, 2017. Lublin: Izdevnieciba «Baltija Publishing». С. 207-209.

9. Матузов Н.И., Мальков А.В. Теория государства и права: Учебник. М.: Юристъ. 2004. 245 с.

10. Кочура О.О. Про окремі аспекти визначення дієздатності неповнолітнього потерпілого при провадженні досудового розслідування. Право і безпека. 2013. № 1 (48). С. 124-127.

11. Судебная психиатрия / Под ред. Г.В. Морозова. М.: Медицина. 1965. 424 с.

12. Декларація про права розумово відсталих осіб, прийнята Генеральною Асамблеєю ООН 20.12.1971 року. URL: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/card/995\\_119](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/card/995_119).

13. Великий тлумачний словник сучасної української мови з дод. і допов.) / Уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. К.; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. 1728 с.

14. Філософський енциклопедичний словник / Під ред. проф. В.І. Шинкаренка. К.: Абрис. 2002. 751 с.

15. Скакун О.Ф. Теорія держави і права: Підручник. Х.: Консум. 2001. 656 с.

16. Кучинська О.П. Механізм забезпечення прав особи в кримінальному процесі. Закон и жизнь. № 4. 2012. С. 28-30.

17. Деякі дискримінаційні аспекти кримінального провадження щодо застосування примусових заходів медичного характеру / Юридична наука і практика: пошук правової гармонії: збірник матеріалів Міжнародної юридичної науково-практичної конференції «Актуальна юриспруденція», м. Київ, 5 жовтня 2017 року. Тези наукових доповідей. К.: Видавничий дім «АртЕк». 2017. С. 145-151.

18. Процесуальні можливості сторони захисту у кримінальному провадженні щодо застосування примусових заходів медичного характеру: порівняльно-правовий аналіз. Право і суспільство. 2017. № 5 частина 1. С. 250-255.

19. Процесуальний статус особи, щодо якої вирішується питання про застосування примусових заходів медичного характеру / International research and practice conference «Urgent problems of law on the modern stage of statehood development»: Conference proceedings, October 20-21, 2017. Lublin: Izdevnieciba «Baltija Publishing». С. 222-225.

20. Уголовно-процессуальный кодекс Украины: Научно-практический комментарий / Под общей редакцией В.Т. Маляренко, Ю.П. Аленина. Х.: ООО «Одиссей», 2005. 968 с.

# **КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНАЛЬНЕ ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО: ПИТАННЯ ВЗАЄМОЗВ'ЯЗКІВ**

*Демидова Л.М.,  
доктор юридичних наук, професор,  
професор кафедри кримінального права № 1  
Національного юридичного університету  
імені Ярослава Мудрого*

## **КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОСТУПОК ЯК КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНА НОВЕЛА І КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ПРОБЛЕМА**

### **Вступ**

Питання про запровадження інституту кримінального проступку в законодавство України неодноразово порушувалось у науковій літературі, було предметом широкого обговорення юридичної громадськості. На сучасному етапі це питання залишається особливо актуальним, оскільки досі не знайдено шляху втілення в правову систему нашої країни новели щодо кримінального проступку, передбаченої чинним Кримінальним процесуальним кодексом України (далі – КПК України). Так, у п. 7 ч. 1 ст. 3 КПК України вказано, що закон України про кримінальну відповідальність включає до себе «законодавчі акти України, які встановлюють кримінальну відповідальність», тобто «Кримінальний кодекс (далі – КК) України та закон України про кримінальні проступки». У нормах глави 25 КПК України визначені особливості досудового розслідування кримінальних проступків; статтями 299-302 передбачається спрощене провадження в суді першої інстанції, а Прикінцеві положення

цього КПК вказують на необхідність прийняття Закону України про кримінальні проступки. Разом із тим до цього часу проблема запровадження кримінального проступку в національну правову систему в нашій країні не вирішена і, більш того, на державному рівні відсутня єдність поглядів щодо концептуальних засад прийняття відповідного законодавчого рішення. Низка законопроектів, що знаходяться на розгляді комітетів Верховної Ради України, переважно не задовольняють наукове середовище і практиків у зв'язку з їх низькою якістю, зокрема, невідповідністю їх положень принципу гуманізації кримінальної відповідальності (цей принцип є основним при запровадженні кримінального проступку в національну систему України), порушенням норм Конституції України та фундаментальних положень кримінального права України, перевірених часом.

Прикладом загальних наукових зусиль фахівців у галузях кримінального, кримінально-процесуального і адміністративного права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого щодо запровадження інституту кримінального проступку до законодавства України є розроблені і оприлюднені матеріали з цього питання [1, с. 300-737]. Над Концепцією і проектом Закону України, яким передбачено внесення відповідних змін до КК, КПК і Кодексу України про адміністративні правопорушення, а також іншими документами працювала робоча група під керівництвом академіка В. Я. Тація. У її складі була і автор цієї роботи. До цього була оприлюднена авторська Концепція гуманізації кримінальної відповідальності за окремі злочини невеликої тяжкості та запровадження кримінального проступку в законодавство України [2, с. 668-672] і низька інших наукових праць. Ці та інші наукові позиції вчених і практиків потребують узагальнення.



Визначення шляхів запровадження кримінального проступку в законодавство України, що безпосередньо пов'язано з кримінально-процесуальними новелами, на наш погляд, потребує вирішення чотирьох основних питань: 1) установлення сутності кримінального правопорушення та його місця серед інших правопорушень; 2) з'ясування сутності кримінального проступку та його співвідношення зі злочином та адміністративним (неуправлінським) правопорушенням, тобто визначення та обґрунтування місця кримінального проступку у правовій системі; 3) визначення співвідношення інститутів кримінального правопорушення та кримінального проступку з іншими інститутами, у першу чергу співучастю у злочині, множинністю злочинів, стадіями вчинення злочину, покаранням, звільненням від кримінальної відповідальності та покарання; 4) вирішення питання про форму запровадження кримінального правопорушення та кримінального проступку.

Сформульовані питання, на які ще на законодавчому рівні не надано відповідей, потребують продовження розгляду на науковому рівні. У цьому контексті доцільно здійснити вивчення оприлюднених напрацювань.

## **Поняття кримінального правопорушення**

### **й кримінального проступку: загальні та окремі позиції**

Для подальшого руху на шляху запровадження кримінального проступку (проступку) до національного законодавства розглянемо поняття «кримінальне правопорушення» і «кримінальний проступок», за допомогою яких нам відомі відповідні явища, та позиції науковців щодо них. Дещо відступаючи від предмета окресленого дослідження, зазначимо, що це потрібно було дослідити і врахувати в законодавчій діяльності, як

здається, до моменту набрання чинності КПК України. Цього не відбулося тому, що, по-перше, наукове супроводження розробки законопроектів у розглядуваному випадку не було своєчасним, а, по-друге, на законодавчому рівні порушено порядок вирішення фундаментальних питань матеріального і процесуального права. Зміни кримінального і кримінального процесуального законодавства щодо норм головного інституту кримінального права – інституту злочину, мають розроблятися і прийматися законодавцем синхронно або з першочерговістю вирішення кримінально-правових питань.

Однак у ситуації, що склалася, кримінально-процесуальні новели щодо кримінального правопорушення і кримінального проступку сприймаємо як де-юре, пам'ятаючи, що, наприклад, у XVIII і на початку XIX століть (як і протягом багатьох попередніх років) поняття кримінального права охоплювало не лише матеріальне право, а й формальне – процесуальне [3, с. 8]. Наведена історична єдність багатьох ідеологічних засад кримінального права і кримінального процесуального права прослідковується і в сучасному стані КК і КПК. І це має надихнути науковців на більш активне спільне сприяння подальшому синхронному розвитку матеріального кримінального права і кримінального процесуального.

Як відомо, запровадження в законодавство України інституту кримінального проступку є одним із напрямків реформування кримінального законодавства, визначеного у Концепції реформування кримінальної юстиції, затвердженої Указом Президента України від 8 квітня 2008 року № 311/2008. Відповідно до цієї Концепції, до категорії кримінальних (підсудних) проступків пропонується віднести: а) окремі діяння, що за чинним КК відносяться до злочинів невеликої тяжкості, які

відповідно до політики гуманізації кримінального законодавства будуть визнані законодавцем такими, що не мають значного ступеня суспільної небезпеки; б) передбачені чинним Кодексом України про адміністративні правопорушення діяння, які мають «судову юрисдикцію» і не є управлінськими (адміністративними) за своєю суттю (дрібне хуліганство, дрібне викрадення чужого майна тощо) [4].

На необхідність перегляду вітчизняних форм юридичної відповідальності у напрямку їх гуманізації та всебічного захисту прав і свобод громадян, неодноразово у своїх рекомендаціях звертав увагу і ЄСПЛ. Зокрема, відповідно до його рішень, віднесення діяння до злочину чи іншого виду правопорушення залежить не тільки від його місця у національній правовій системі, а й від характеру вчиненого діяння та ступеню обмежень прав і свобод особи, які визначаються застосованим видом стягнення (покарання).

Кримінальний проступок репрезентовано в КПК 2012 р. разом з введенням до термінологічного апарату поняття кримінального правопорушення замість поняття злочину. Термін «кримінальне правопорушення» вже передбачено й в національному кримінальному законодавстві в ч. 2 ст. 374 КК «Порушення права на захист» (у редакції Закону України від 13 квітня 2012 р.). При цьому його визначення в законодавстві досі відсутнє.

Поняття «кримінальне правопорушення» належить до понятійного апарату міжнародного права і широко використовується в практиці Європейського Суду з прав людини (далі – ЄСПЛ). Так, такий термін передбачено в ст. 6, 7 Конвенції про захист прав і основоположних свобод людини 1950 р. і з метою уніфікації практики застосування положень цієї Конвенції щодо кримінальних правопорушень ЄСПЛ здійснює автономне

тлумачення зазначеного поняття. Ним визначені критерії, які враховуються при вирішенні питання про трактування правопорушень, що розглядаються, як кримінальних. Конкретний перелік і зміст критеріїв можна встановити лише шляхом аналізу відповідних рішень, прийнятих цією судовою інституцією [5, с. 130].

Як підкреслюють дослідники, ЄСПЛ тлумачить поняття кримінального правопорушення ширше, ніж національне законодавство держав – членів РЄ, в тому числі й України. Аналіз практики показує, що крім діянь, які визнаються кримінально-карними на національному рівні, ЄСПЛ до категорії кримінальних відносить й окремі види інших правопорушень. Так, у рішенні по справі *Vyarentsov v. Ukraine* кримінальними правопорушеннями були визнані діяння, відповідальність за які передбачені ст. 185 «Злісна непокора законному розпорядженню або вимозі працівника міліції, члена громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону, військовослужбовця» та 185<sup>1</sup> «Порушення порядку організації і проведення зборів, мітингів, вуличних походів і демонстрацій» Кодексу України про адміністративні правопорушення [6; 7, с. 108-125].

Наведена позиція ЄСПЛ доводить, що український законодавець, замінюючи поняття «злочин» на «кримінальне правопорушення», не може покладатися європейську судову практику, яка інакше визнає його зміст. поширюючи його в багатьох випадках на адміністративні делікти, що не є характерним і припустимим для нашого законодавства.

Дійсно, при вирішенні питання про запровадження кримінального проступку в національне законодавство слід виходити перш за все з прагнення України наблизитися до міжнародних стандартів у цій сфері. Виходячи із цього, необхідно

відмітити, що ідея розмежування злочинів і проступків реалізована в законодавствах Австрії, Англії, Бельгії, Голландії, Іспанії, Італії, Казахстану, Латвійської Республіки, Литовської Республіки, Республіки Сан-Марино, США, Швейцарії, ФРН, Франції та активно обговорюється в Росії й інших країнах [8, с. 384; 9, с. 155, 158; 10, с. 104, 105; 11, с. 52 та ін.].

В окремих країнах категорія проступку виокремлюється в межах кримінального права (законодавства), в інших – у спеціальних нормативних актах. Так, у деяких державах прийняті окремі законодавчі акти про проступки. Це, наприклад, Закон Республіки Сербія «Про проступки» від 2007 р., Закон Республіки Словенія «Про проступки» від 2002 р., Закон Хорватської Республіки «Про проступки проти публічного порядку і спокою» від 1990 р., Закон Чеської Республіки «Про проступки» від 1990 р. У цілому можна констатувати збільшення на сучасному етапі кількості країн, які запровадили у своєму законодавстві категорію проступку [5, с. 130–133], причому критерії розмежування злочинів та проступків різні. Наприклад, у КК Німеччини і КК Швейцарії це здійснюється з урахуванням виду та строку покарання, а у КК Франції – у першу чергу за формою вини.

Так, параграф 12 КК Німеччини містить відповідні дефініції: 1) злочинами є протиправні діяння, за вчинення яких передбачене мінімальне покарання у вигляді позбавлення волі на строк від одного року і більше; 2) проступками є протиправні діяння, за вчинення яких передбачене покарання у виді позбавлення волі на більш короткий строк або грошовий штраф [12, с. 125, 126]. За ст. 9 підрозділу 1 «Злочин та проступки» КК Швейцарії визначається, що злочином є злочинне діяння, яке підлягає покаранню каторжною тюрмою, а проступком – злочинне діяння з покаранням тюрмою як найбільш тяжкого [13, с. 75].

До злочинних діянь зараховує проступок і КК Франції, де в ст. 123<sup>3</sup> (у ред. Закону № 96-393 від 13 травня 1996 р.) вказується, що злочин або проступок не має місця у випадку відсутності умислу на їх вчинення. Однак якщо закон це передбачає, то у випадку ненавмисного поставлення в небезпеку іншої людини має місце проступок. Крім того, проступком, якщо це передбачено законом, вважається діяння у випадку необережності, недбалості або порушення якого-небудь обов'язку з обережності чи безпеки, передбачених законом або регламентом [14, с. 77-79]. Причому співучасть може бути не лише в злочині, а й при підготовці або закінченому проступку (ст. 121<sup>7</sup>).

Запровадження в національне кримінально-процесуальне та кримінальне законодавство інституту кримінального правопорушення можливо пов'язати лише з проявом намагання авторів новел якомога швидше наблизитися до законодавства більшості країн Західної Європи, США (на рівні федерації та окремих штатів). Відмінність полягає в тому, що в цих країнах адміністративні делікти входять до системи кримінально-правового регулювання, що відображається, як вже зазначалось, і в практиці ЄСПЛ, а в Україні та низці держав СНД – ні [16, с. 138]. Такий шлях для нашої країни можливий лише у випадку, якщо не створюється протиріччя з конституційними нормами.

Дискусії навколо кримінального проступку та його місця в правовій системі тривають протягом багатьох десятиліть, але досі відсутнє однозначне та загальновизнане вирішення, яке позитивно було б сприйняте суспільством та науковими колами. Висловлювання щодо різних аспектів кримінального проступку містяться у наукових роботах радянського періоду розвитку кримінального законодавства [17, с. 92; 18, с. 77, 78], але до цього питання знову і знову повертаються науковці, які висвітлюють

старі і нові проблеми, пов'язані з цим правовим поняттям [19, с. 12; 20, с. 120-131; 15; 21; 22 та ін.].

Аналіз позицій авторів доводить, що в сучасній доктрині кримінального права, як і в радянські часи, існують протилежні точки зору дослідників: одні висловлюються «проти» виокремлення кримінальних проступків у кримінальному законодавстві [22, с. 69-74], а інші – «за» [15, с. 3, 114 та ін.]. Причому останні по-різному розуміють шляхи виділення такого поняття у кримінальному праві: 1) автори підкреслюють особливу природу кримінального проступку та виступають з пропозицією виключити їх із кола злочинів, ураховуючи, що вони є менш суспільно небезпечні, ніж злочини [23, с. 99]; 2) позиція проміжного вирішення проблеми кримінального проступку з розумінням останнього як діянь злочинних та таких, що є як би напівзлочинними, близькими до антисоціальних проступків [24, с. 95]; 3) визначення кримінального проступку з більш широким змістом – як субстрат декриміналізованих (трансформованих) злочинів невеликої тяжкості та адміністративних (неуправлінських) правопорушень [1; 4; 19, с. 12; 25; 26 та ін.]; 4) доведення необхідності запровадження такого інституту кримінального права з визначенням соціальної природи кримінального проступку як злочину [17, с. 92] або з більш точною класифікацією існуючого кола злочинів за їх небезпечністю та виокремленням кримінального проступку як незначного злочину чи умисних або необережних злочинів, за вчинення яких передбачено максимальне покарання до трьох років позбавлення волі [15, с. 114].

Аналіз різних позицій науковців щодо шляхів запровадження кримінального проступку показує, що багато з них є прихильниками інституту проступку у вигляді проміжного

варіанту об'єднання не лише окремих злочинів невеликої тяжкості, а й адміністративних (неуправлінських) правопорушень, які розглядаються судами. Причому таким пропозиціям характерні відмінності як у питанні юридичної природи такого правопорушення, так і його місця в національній правовій системі [5, с. 135, 136].

Щодо позиції визнання кримінальним проступком злочинів незначного ступеня тяжкості, то пропонується й такий шлях – виокремити злочини невеликої тяжкості, які доцільно трансформувати в кримінальні проступки, втілюючи принципи гуманізації кримінальної відповідальності й економії репресій. При цьому за своєю соціальною і правовою природою кримінальний проступок залишається злочинним діянням, що посягає на найбільш важливі об'єкти кримінально-правової охорони із заподіянням не менш ніж істотної шкоди фізичним, юридичним особам, суспільству чи державі або спрямоване на таке заподіяння (не є малозначним). За вчинення кримінального проступку винна особа притягується до кримінальної відповідальності, а не будь-якої іншої. За такий проступок пропонується передбачити покарання не пов'язане з позбавленням волі або штраф (як основне покарання) у розмірі, що не перевищує однієї тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян [2, с. 578, 580, 668-672].

**Відповідність Конституції України, гуманізація  
відповідальності та втілення міжнародних стандартів  
як основні критерії запровадження проступку  
в законодавство України**

Узагальнюючи результати багаторічних дискусій, а також те, що законодавець уже визнає кримінальний проступок як різновид



кримінального правопорушення, приходимо до наступного висновку, який, на наш погляд, дозволяє розв'язати проблему обрання місця проступку у правовій системі: визначальними при розгляді цієї проблеми є: а) положення Конституції України; б) втілення принципу гуманізації відповідальності; в) впровадження міжнародних стандартів; г) необхідність і можливість вирішення проблеми в досить швидкому за часом і тимчасовому варіанті – з внесенням змін до КК і закріпленням місця кримінального проступку серед злочинів, а також у перспективному – з розробкою окремого законодавчого акта щодо проступків і нової редакції КК.

*Запровадження кримінального проступку повинно відповідати Конституції України.* В Основному Законі України використовуються терміни «правопорушення» (ч. 2 ст. 58, ч. 1 ст. 61, п. 22 ч. 1 ст. 92), «злочин» (ч. 3 ст. 29, ч. 2 ст. 30, ст. 31, ст. 34, ст. 62, ч. 3 ст. 76, п. 22 ч. 1 ст. 92 та ін.) або «злочинне» (ст. 60), але термін «кримінальне правопорушення» в ній не зустрічається. Навпаки, у п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституції України проголошено, що виключно законами України визначаються діяння, які є злочинами, адміністративними або дисциплінарними правопорушеннями, та відповідальність за них, тобто різновидами правопорушень визнаються злочини, адміністративні правопорушення та дисциплінарні правопорушення. Отже, запровадження нового виду правопорушення – кримінального, який має більш широкий зміст, ніж злочин, не відповідає конституційним положенням. Його місце не може бути ніби проміжним між злочинами та адміністративними правопорушеннями, тому що в такому випадку утворюється новий, не визнаний Конституцією України, вид правопорушення.

*Головна ідея введення кримінальних проступків у законодавство України – ідеї гуманізації кримінальної відповідальності.* М. І. Хавронюк, підкреслюючи важливість національних традицій правотворення, прогресивні інститути правових систем ЄС і норм міжнародного права, пропонує розширити Особливу частину КК, поділивши її на 2 книги: книга 1 «Злочини» і книга 2 «Кримінальний проступок». Остання, на його думку, має охопити адміністративні правопорушення, які не є посяганнями проти порядку управління і за ступенем своєї тяжкості вважаються суспільно небезпечними, а тому можуть бути криміналізовані із застосуванням до них найменш суворих покарань. Наголошується на потребі приєднання до них приблизно 100 проступків, які наразі вважаються злочинами невеликої тяжкості, з установленням за їх учинення, як правило, менш суворих покарань [27, с. 182]. Такий підхід запроваджений у декількох законопроектах, що знаходяться на розгляді у Верховній Раді України.

Аналіз положень цих проектів Законів України («Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо запровадження інституту кримінального проступку» № 3438 від 17 жовтня 2013 р., «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реалізації положень Кримінального процесуального кодексу України» № 4712 від 16 квітня 2014 р., «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запровадження кримінальних проступків» № 2897 від 19 травня 2015 р. та ін.) свідчить про їх соціальну і правову недоцільність та наукову необґрунтованість щодо запровадження кримінального проступку шляхом запропонованих змін до Кримінального кодексу України з віднесенням водночас до таких проступків також і адміністративних (неуправлінських) правопорушень із так званою судовою

юрисдикцією. Такий шлях запровадження інституту кримінального проступку призведе до необґрунтованого розширення сфери дії кримінального закону. Це буде суперечити головній ідеї введення кримінальних проступків у законодавство України – ідеї гуманізації кримінальної відповідальності.

Підтримуючи необхідність трансформації певної частини злочинів невеликої тяжкості у проступки як логічний прояв політики подальшої гуманізації юридичної відповідальності за делікти, що не містять загрози спричинення значної шкоди інтересам суспільства й держави, вважаємо, що виходом із цієї ситуації може стати розробка концепції запровадження у вітчизняне законодавство інституту антигромадських проступків (або проступків невеликої тяжкості), до категорії яких мають увійти поряд з окремими злочинами, які за чинним КК України належать до категорії злочинів невеликої тяжкості, також певні адміністративні правопорушення, що вчиняються фізичними особами та мають судову юрисдикцію. При цьому інститут антигромадських проступків міг би закріплюватися в окремому законодавчому акті (наприклад, Кодексі про антигромадські проступки або Законі України «Про антигромадські проступки» чи Закону (Кодексу) України про проступки).

Розробка і реалізація вказаного нормативного акта створить підстави для формування самостійного виду юридичної відповідальності, який є відмінним як від адміністративної, так і від кримінальної відповідальності. Це раз і назавжди зняло б проблему визнання їх такими, що мають тотожні зі злочинами кримінально-правові наслідки.

Такий нормативний акт може складатися з *трьох частин*:

– Загальна частина, яка буде містити законодавчі положення щодо принципів та завдань Закону (Кодексу) про проступки,

поняття проступку, стадій його вчинення, співучасті у ньому, наводити систему (перелік) судових стягнень за його вчинення, вирішувати питання про звільнення від відповідальності та від стягнення тощо.

– Особлива частина, яка буде містити системний опис вичерпного переліку проступків.

– Процесуальна частина, яка буде містити спеціальну процедуру щодо розслідування та судового розгляду проваджень про проступки.

Правова процедура провадження про проступки при цьому не буде обтяжена обмеженнями, характерними для розгляду справ про злочини, однак водночас буде створювати всебічні гарантії ефективного захисту прав і свобод винних осіб, на відміну від існуючого зараз у КУпАП порядку для справ «судової юрисдикції».

Крім того, прийняття такого окремого (самостійного) нормативного акта приведе до гармонізації законодавства України із законодавством країн Європи, наближення до європейських правових стандартів і більш чіткого розмежування між сферами адміністративної та кримінальної відповідальності. Саме таким шляхом вирішено цю проблему в цілій низці зарубіжних країн (Республіки Сербія, Республіки Словенія, Хорватської Республіки та ін.) [28, с. 133, 134].

Однак, розуміючи, що такий підхід запровадження інституту проступку потребує суттєвого реформування національної правової системи з удосконаленням Конституції України та багатьох інших нормативно-правових актів і це буде пов'язано з тривалою підготовкою, пропонуємо піти більш раціональним шляхом – внести зміни до Кримінального кодексу України без розширення, у цілому, меж криміналізації, тобто без віднесення

до кримінальних проступків адміністративних правопорушень із запровадженням таких концептуальних засад.

Так, *запровадження кримінального проступку в законодавство України має відповідати таким принципам:*

- 1) верховенство права;
- 2) невідворотність відповідальності та покарання за кримінальні правопорушення;
- 3) обмеження репресивної складової частини кримінально-правового впливу на осіб, які вчинили кримінальні правопорушення незначного ступеню суспільної небезпечності (кримінальні проступки);
- 4) відмова від такого наслідку вчинення кримінального проступку, як судимість.

Концепція запровадження кримінального проступку в національне законодавство України, на нашу думку, має охоплювати і *завдання*, яке вона виконує. Це створення науково обґрунтованої методологічної основи, визначення змісту та напрямів запровадження кримінального проступку в законодавство України, а саме:

- гуманізація та оптимізація кримінального законодавства;
- удосконалення кримінально-процесуального законодавства шляхом запровадження спрощеної процедури досудового розслідування та судового розгляду матеріалів кримінального провадження щодо кримінальних проступків;
- пом'якшення кримінальних покарань за рахунок удосконалення санкцій за вчинення кримінальних проступків;
- впровадження в законодавство України рекомендацій Європейського Суду з прав людини та міжнародних стандартів у сфері боротьби зі злочинністю.

Основними напрямками і змістом запровадження кримінального проступку в законодавство України визнаються такі. По-перше, що стосується *запровадження кримінального проступку в законодавство України про кримінальну відповідальність*. З метою гуманізації законодавства України про кримінальну відповідальність та впровадження рекомендацій ЄСПЛ і міжнародних стандартів пропонується реформування КК України за такими напрямками:

1) запровадити в кримінальне законодавство поняття «кримінальне правопорушення», яке буде поділятися на кримінальні проступки і злочини менш тяжкі, тяжкі й особливо тяжкі. При цьому відмежування кримінальних проступків від злочинів слід здійснити залежно від ступеня їх тяжкості, поклавши в основу такого поділу межі їх караності, що мають бути встановлені в статті КК про класифікацію кримінальних правопорушень;

2) визнати кримінальними проступками переважну більшість злочинів невеликої тяжкості і деякі злочини середньої тяжкості та передбачити за їх вчинення лише такі види покарань, які не пов'язані з позбавленням волі;

3) передбачити, що готування до кримінального проступку та, можливо, і замах на нього не тягнуть за собою кримінальної відповідальності;

4) розширити можливості звільнення від кримінальної відповідальності осіб, які вчинили кримінальні проступки, на підставі більш широкого використання процедур примирення і відшкодування заподіяної шкоди;

5) встановити, що повторне вчинення кримінального проступку буде визнаватися лише як обставина, що обтяжує кримінальне покарання;

б) зберегти такий наслідок вчинення кримінального правопорушення як судимість лише стосовно злочинів.

По-друге, це питання вдосконалення кримінального процесуального законодавства України у зв'язку із запровадженням кримінального проступку. Пропонується вилучити з п. 7 ч. 1 ст. 3 КПК положення щодо закону України про кримінальні проступки, вказавши, що джерелом кримінального законодавства є лише КК України. Крім того, доцільно встановити, що судові провадження стосовно кримінальних проступків має здійснюватися за спрощеною процедурою спеціально виділеними для цього суддями місцевих судів, які в подальшому можуть скласти інститут мирових суддів.

По-третє, окремим напрямом запровадження кримінального проступку в національне законодавство України є *удосконалення законодавства про адміністративні правопорушення*. Відповідно до міжнародних стандартів та неодноразових рекомендацій ЄСПЛ слід вилучити з адміністративного законодавства такі види адміністративних стягнень як адміністративний арешт та виправні роботи. Крім того, встановити таку процедуру їх розгляду в суді, яка б у повному обсязі гарантувала забезпечення прав, свобод і законних інтересів осіб, які притягуються до адміністративної відповідальності.

Наведені та інші концептуальні підходи викладені нами у відповідному проекті Концепції, яка направлена Генеральному прокурору України. Шлях, що пропонується, забезпечує мінімальне втручання в кримінальне законодавство. Це також дозволить запровадити інститут кримінального проступку в правову систему України в найближчий термін та оптимізувати роботу органів досудового розслідування і судів.

Для відповідної організації роботи над законопроектом щодо змін до Кримінального кодексу України вважаємо за доцільне запропоновану і оприлюднену Концепцію затвердити на державному рівні [1; 5, с. 137-142].

Реалізація запропонованих концептуальних засад сприятиме здійсненню державної політики у сфері боротьби зі злочинністю, побудованої на принципах гуманізму та соціальної справедливості, а також подальшій гуманізації кримінальної відповідальності осіб, які вчинили злочини з незначним ступенем суспільної небезпечності (кримінальні проступки). Прогнозуємо, що суспільство позитивно сприйме такі державні заходи, бо запровадження підвищить ефективність діяльності органів досудового розслідування та судів, покращить криміногенну ситуацію у країні та оперативне вирішить проблему введення до законодавства України інституту кримінального проступку.

### **Висновки**

1. У сучасних умовах доцільно швидше впровадити кримінальний проступок в законодавство України. Як тимчасовий варіант це можливо здійснити шляхом реалізації Концепції запровадження інституту кримінальних проступків та прийняття проекту Закону України щодо такого проступку, розроблену робочою групою Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого під керівництвом академіка В. Я. Тація у 2016 р.

2. У цих документах з метою гуманізації законодавства України про кримінальну відповідальність та впровадження рекомендацій ЄСПЛ і міжнародних стандартів пропонується реформування КК України за такими напрямками:



1) запровадити в кримінальне законодавство поняття «кримінальне правопорушення», яке буде поділятися на кримінальні проступки і злочини менш тяжкі, тяжкі й особливо тяжкі. При цьому відмежування кримінальних проступків від злочинів слід здійснити залежно від ступеня їх тяжкості, поклавши в основу такого поділу межі їх караності, що мають бути встановлені в статті КК про класифікацію кримінальних правопорушень;

2) визнати кримінальними проступками переважну більшість злочинів невеликої тяжкості і деякі злочини середньої тяжкості та передбачити за їх вчинення лише такі види покарань, які не пов'язані з позбавленням волі;

3) передбачити, що готування до кримінального проступку та, можливо, і замах на нього не тягнуть за собою кримінальної відповідальності;

4) розширити можливості звільнення від кримінальної відповідальності осіб, які вчинили кримінальні проступки, на підставі більш широкого використання процедур примирення і відшкодування заподіяної шкоди;

5) встановити, що повторне вчинення кримінального проступку буде визнаватися лише як обставина, що обтяжує кримінальне покарання;

6) зберегти такий наслідок вчинення кримінального правопорушення як судимість лише стосовно злочинів.

3. У перспективному варіанті кримінальне, кримінальне процесуальне і адміністративне законодавство потребує подальшого системного удосконалення як щодо проступків, так і в цілому. Ми підтримуємо пропозиції науковців про доцільність створення на державному рівні робочої групи для розробки нової редакції КК України і Кодексу про проступки як окремого законодавчого акта.

### **Список використаних джерел:**

1. Тацій В.Я. Пропозиції щодо запровадження інституту кримінальних проступків до законодавства України. Вісн. Асоц. кримін. права України. 2017. № 2 (9). С. 300-737. URL: [http://nauka.nlu.edu.ua/?page\\_id=3392](http://nauka.nlu.edu.ua/?page_id=3392).

2. Демидова Л.М. Проблеми кримінально-правової відповідальності за заподіяння майнової шкоди в Україні (майнова шкода як злочинний наслідок): теорія. закон, практика: моногр. Х.: Право, 2013. 752 с.

3. Белогриц-Котляревский Л.С. Учебник русского уголовного права. Общая и особенная часть. Киев–Петербург–Харьков: Южно-Русское Книгоизд-во Ф.А. Иогансона, 1903. 620 с.

4. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 15 лютого 2008 року «Про хід реформування системи кримінальної юстиції та правоохоронних органів»: Указ Президента України від 08.04. 2008 р. № 311/2008. Верхов. Рада України: офіц. веб-портал. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/311/2008>. – Заголовок з екрана.

5. Борисов В.І. Кримінальний проступок: концептуальні засади запровадження до національного законодавства. Вісн. Асоц. кримін. права України. 2016. № 2 (7). С. 129-142. URL: [http://nauka.nlu.edu.ua/wp-content/uploads/2016/12/06\\_Borisov.pdf](http://nauka.nlu.edu.ua/wp-content/uploads/2016/12/06_Borisov.pdf). – Заголовок з екрана.

6. ECHR, Vyrentsov v. Ukraine. – 11 April 2013. – Application № 20372/11.

7. Хилюк С.В. «Злочин і кара» у Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Часопис Акад. адвокатури України. Том 8. № 4(29). 2015. С. 108-125.

8. Уголовное право зарубежных государств. Общая часть / Под ред. Козочкина И.Д. М.: Институт международного права и экономики им. А.С. Грибоедова, 2001. 576 с.

9. Хавронюк М.І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми кваліфікації. К: Юристконсульт, 2006. 1048 с.

10. Борисов В.І. До питання запровадження у законодавство України відповідальності за кримінальні проступки / Кримінальний кодекс України: 10 років очікувань: тези доповідей та повідомлень учасників Міжнародного симпозиуму, 23-24 вересня 2011 р., м. Львів. Львів: Львівський держ. ун-т внутр. справ, 2011. С. 73-78.

11. Борисов В. І. Кримінальний проступок: пошук альтернатив в умовах децентралізації влади / Кримінальна юстиція в Україні: виклики та перспективи в світлі конституційної реформи: збірка тез першого Львівського форуму з кримінальної юстиції, 18–19 вересня 2015 р., м. Львів [упоряд. Т.І. Созанський]. Київ, ВАІТЕ 2015. С. 50-55.

12. Уголовный кодекс Федеративной Республики Германии / науч. ред. Д.А. Шестакова; пер. с нем. Н.С. Рачковой. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. 524 с.

13. Уголовный кодекс Швейцарии / науч. ред. и пер. с нем. А.В. Серебренниковой. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2002. 366 с.

14. Уголовный кодекс Франции / науч. ред.: Л. В. Головкин, Н. Е. Крылова; пер. с фр. Н. Е. Крыловой. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2002. 650 с.

15. Рогова Е.В. Уголовный проступок в системе дифференциации уголовной ответственности. Иркутск: Вост.-Сиб. ин-т МВД России, 2011. 117 с.

16. Савченко А.В. Кримінальне законодавство України та федеральне кримінальне законодавство Сполучених Штатів Америки: комплексне порівняльно-правове дослідження: моногр. К.: КНТ, 2007. 596 с.

17. Загородников Н.И. Совершенствование советского уголовного законодательства об охране общественного порядка / Труды Моск. высшей школы милиции МВО СССР. 1978. Вып. 3. С. 89-98.

18. Вопросы общего учения о наказании в период развернутого строительства коммунизма: тез. докл. на науч. конф. / Сов. гос-во и право в период развернутого строительства коммунизма. Л., 1961. С. 77, 78.

19. Тацій В.Я. Актуальні проблеми сучасного розвитку кримінального права України. Право України. 2010. № 9. С. 4-15.

20. Хавронюк М.І. До питання про кримінальні проступки в контексті спеціалізації органів досудового розслідування. Право України. 2010. № 9. С. 120-131.

21. Епифанова Е.В. Преступление как правовая категория в науке и законодательстве России: история и особенности современного состояния: монограф. / под науч. ред. В.В. Момотова. М.: Юрлиинформ, 2013. 400 с.

22. Кривоченко Л.М. Класифікація злочинів за ступенем тяжкості у Кримінальному кодексі України: моногр. К.: Юрінком Інтер, 2010. 120 с.

23. Курлянский В.И. Уголовная ответственность и меры общественного воздействия. М.: Юрид. лит., 1965. 142 с.

24. Кузнецова Н.Ф. Преступление и преступность. М.: Изд-во Моск. ун-та, 1969. 232 с.

25. Резолюція науково-практичного семінара «Теоретичні і практичні механізми впровадження кримінальних проступків в

публічне право України», 11 травня 2012 р., м. Запоріжжя / уклад.: Денисова Т.А., Лукашевич В.Г., Хряпінський П.В. // Проблеми впровадження інституту кримінального проступку» (на основі проекту Закону «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо введення інституту кримінальних проступків» № 10136 від 03.03.2012 р.: всеукр. інтернет-конф. URL: <http://ivpz.org/golovna-konferents>.

26. Борисов В.І. Проблеми запровадження у законодавство України інституту кримінального проступку / Проблеми впровадження інституту кримінального проступку» (на основі проекту Закону «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо введення інституту кримінальних проступків» № 10136 від 03.03.2012 р.): матер. Всеукр. інтернет-конф., 10 лип. 2012 р., м. Харків. URL: <http://ivpz.org/golovna-konferents>.

27. Хавронюк М.І. Концепцію визначено: адміністративні проступки, кримінальні проступки, злочини. Настав час розмежувати / Основні напрями розвитку кримінального права та шляхи вдосконалення законодавства України про кримінальну відповідальність: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 11-12 жовт. 2012 р. Х., 2012. С. 182–186.

28. Тацій В. Дискусійні питання встановлення відповідальності за проступок. Вісн. Нац. акад. правових наук України. № 2 (77). 2014. С. 122-135.

**Коломиец Ю.Ю.,**  
кандидат юридических наук, доцент,  
доцент кафедры уголовного права  
Национального университета «Одесская юридическая академия»

## **ИДЕОЛОГИЧЕСКИЕ ОСНОВЫ РАЗРЕШЕНИЯ КРИМИНАЛЬНЫХ КОНФЛИКТОВ**

### **Введение**

Согласно библейской мудрости человек зачат в грехе и рожден в беззаконии, а значит, склонен к злодеяниям и порокам. С момента провозглашения данной истины прошло множество столетий. Человеком по-прежнему руководят нечистые помыслы, эмоции и страсти. Идеи о счастливом веке без нищеты и преступности периодически возникали, об этом свидетельствуют произведения В. Гюго, Т. Мора, К. А. Сен-Симона, Ш. Фурье, Р. Оуэна. К сожалению, они оказались утопией. Ускорение темпа жизни и внедрение в нее различных технологий дестабилизировали общество. Еще в 1912 году профессор Ад. Принс писал: «Наше время мчится быстро, лихорадочно, увлекаемое мятежным потоком впечатлений и возбуждений, нарушающих дивную гармонию сил. Все способствует возрастанию поводов и попыток наносить вред другим, – увеличению вредных поступков и числа лиц, которые вредят [1, с. 10]. ...Ритм преступности сопутствует ритму честной деятельности; он ускоряется вместе с развитием цивилизации подобно тому, как возрастает число несчастных случаев вместе с развитием применения машин» [1, с. 13].

Количество изменений и дополнений, которые вносятся в уголовное и уголовно-процессуальное законодательство, свидетельствует о том, что законодатель пытается успеть за стремительным развитием цивилизации, однако подобные

действия законодателя разрушают единство правовой системы, дестабилизируют общество, подрывают авторитет государства. Для того чтобы определить концепцию развития уголовного и уголовно-процессуального законодательства, необходимо выяснить основы бытия человека, общества, государства. В противном случае любые изменения действующего законодательства будут бессмысленными.

Возникла необходимость в преобразовании уголовного права и процесса с учетом всей сложности и разнообразия постоянно развивающейся действительности. Для того чтобы наполнить новым смыслом институты уголовного права, создать для них надлежащий механизм реализации, необходимо обозначить идею, которая бы позволила создать единую правовую базу для разрешения криминальных конфликтов.

### **Идеологический фундамент будущей цивилизации**

Способов познания права, как и постижения природного, социального и духовного бытия, существует бесконечное множество. Но только одно представление о праве (один подход) может стать основой правопонимания в процессе правотворческой и правоприменительной деятельности. Ибо различие в правопонимании ученых, законодателя и практиков часто приводит к различного рода конфликтам, которые создают препятствия для реализации норм уголовного права и процесса. Обеспечить единство правопонимания различных субъектов можно с помощью идеологии способной создать целостное представление об окружающей действительности. При этом подход к праву будет являться идеологической призмой, через которую объясняется необходимость существования права, а также создается механизм для его реализации.

История развития любого государства и общества представляет собой сложный процесс, основанный на объективных и субъективных противоречиях и конфликтах. Человек постоянно вступает в конфликт с Природой, с самим собой, другими людьми, обществом, государством. Решает конфликт 1) самостоятельно (уничтожая объект(ы) или субъектов конфликта, меняя свое поведение, приспособившись, ограждаясь от конфликтной ситуации или бросая вызов обществу в рамках дозволенного или запрещенного законом деяния); 2) объединившись с другими людьми; 3) с помощью государства. Легитимность государства зависит от того, насколько в нем нуждается общество в процессе разрешения социальных конфликтов и противоречий. Исходя из этого, идеологической призмой правопонимания в процессе правотворчества и правоприменения мог бы стать конфликтологический подход.

Изучением юридической конфликтологии занимаются ученые: О. В. Бойков, Н. Н. Варламова, А. В. Дмитриев, О. Л. Дубовик, В. П. Казимирчук, И. В. Котелевская, В. Н. Кудрявцев, С. В. Кудрявцев, А. М. Ларин, В. А. Леванский, А. В. Оболонский, Э. И. Скакунов, В. В. Смирнов, Ю. А. Тихомиров, С. А. Чернышева, В. И. Чехарина, А. А. Шугаев, В. Ф. Яковлев [2] и др. Юридическая конфликтология является новым направлением социально-правовых исследований [3, с. 58-64]. В период господства марксистско-ленинской идеологии этот подход не пользовался популярностью, так как противоречил идее о «бесконфликтности» коммунистического общества. Однако отсутствие классовых конфликтов еще не означает отсутствие конфликтов вообще. Неспособность вовремя выявить, предотвратить или разрешить конфликт приводит к разрушению системы.



Несмотря на то, что формирование государства под влиянием марксистско-ленинской идеологии не привело к полной ликвидации частной собственности, не избавило общество от социальных конфликтов, Советский Союз распался не из-за наличия конфликтов, а из-за того, что политическая элита перестала верить в пропагандируемые ее идеи. Без руководящей идеи (совокупности идей) какое-либо разрешение конфликтов становится бессмысленным. Поэтому в основе конфликтологического подхода в праве должна лежать соответствующая идеология, способная создать целостное представление об окружающей действительности при наличии позитивных целей и задач.

На современном этапе развития человечества взаимоотношения человека с Природой основываются на технократической идеологии, основной идеей которой является: порабощение Природы, создание в помощь человеку техники, замена человека техникой. Под воздействием технократической идеологии меняется сам человек (см. рис. 1), а также методы управления им. Осуществляется технократическая идеология собственниками крупных транснациональных корпораций, для которых выгодным является интегративный подход к праву, ибо наличие общих норм и ценностей облегчает процесс управления людьми.

Взаимоотношения человека и общества основываются на либеральной идеологии, основной идеей которой является незыблемость прав и индивидуальных свобод человека. Либеральная идеология предполагает антропологический подход к праву в процессе правотворческой и правоприменительной деятельности.



**Рис. 1. Эволюция человека (10 измерений реальности: просто и понятно о теории струн). URL: <https://econet.ru/articles/67773-10-izmereniy-realnosti-prosto-i-ponyatno-o-teorii-strun>**

Взаимоотношения человека и государства в развитых странах основываются на капиталистической идеологии, в постсоветских странах – на гибридной марксистско-ленинской капиталистической идеологии. Обе идеологии предполагают интегративный подход к праву. Любая форма проявления капиталистической идеологии предполагает создание мирового рынка, основанного на единстве экономических, политических и культурных форм жизни общества, на единообразии правового регулирования.

Все перечисленные виды идеологий ведут человечество не к эволюции, а к инволюции, так как порождают множество конфликтов и противоречий, с которыми человек не может справиться. Технократическая идеология порождает конфликты и противоречия в связи с тем, что стремление к разумности техники начало доминировать над стремлением к разумности человека. Стремительное развитие техники привело к тому, что человек большую часть времени тратит на освоение новых технологий, в то время как на размышления о сущности бытия и

на самопознание не хватает времени. С возрастом мировосприятие и мироощущение человека становится менее гибким, он начинает не успевать за технологическими процессами, возникает чувство неуверенности и страха, которое может стать причиной конфликта. Опасной для человека является идея о создании комп'ютера, способного к образному мышлению и самовоспроизведению. Существование человека как биологического вида под угрозой.

Несмотря на свою привлекательность, либеральная идеология тоже может стать причиной социальных конфликтов и противоречий. Она приводит к эгоизму человека, к игнорированию им прав, свобод и интересов других людей. Более того, провозглашенные свободы часто оказываются мифом, который не находит своего воплощения в реальной жизни [4]. Неудовлетворенный эгоизм человека опасен для общества и отдельно взятой личности.

Не менее конфликтной является капиталистическая идеология, которая предполагает наличие рыночной экономики. Предпринимательская деятельность, осуществляемая предпринимателем на свой страх и риск, является благоприятной почвой для возникновения и развития конфликтов. Убедительными представляются выводы А. А. Горелова и Т. А. Гореловой, сделанные относительно капиталистической идеологии: «Капитализм как экономическая система действует по принципу насилия: изъятие прибавочной стоимости у рабочих, обман и разорение мелких вкладчиков и предприятий-конкурентов» [5, с. 111]. По мнению авторов, глобальный экономический дисбаланс по оси «Север-Юг» ведет к денежному тоталитаризму, т. е. финансовой зависимости большинства стран мира от глобальной метрополии. Худшей формой проявления

капитализма является гибридная марксистско-ленинская капиталистическая идеология, так как предполагает бюрократическое подавление со стороны власти в интересах самой власти или крупных транснациональных корпораций.

Технократическая, либеральная и капиталистическая идеологии основаны на теории Ч. Дарвина, жестком естественном отборе. В результате «мы живем в расколоте, расщепленном мире, в котором господствуют социальные противоречия» [5, с. 114]. Жесткий естественный отбор является всего лишь одним из принципов взаимоотношения всего живого на земле. «Блочная сборка», информационный обмен, кооперация, симбиоз – вот на чем, как мы теперь видим, основывалось развитие жизни с самых первых ее шагов на Земле. Как это не похоже на старые представления о всеобщей безжалостной борьбе и изолированном одиноком пути каждого отдельного вида» [6, с. 507].

Идеологическим фундаментом будущей цивилизации могли бы стать: – во взаимоотношениях человека с Природой – биотехнократическая идеология; – во взаимоотношениях человека с обществом – консервативная идеология; – во взаимоотношениях человека с государством – идеология интеллектуального капитализма. Все перечисленные виды идеологий основываются на идее сотворения мира Богом.

В связи с тем, что от всемирной компьютеризации и связанных с ней технологическими процессами отказаться уже невозможно, дальнейшее развитие технологий должно основываться на идее о разумности человека, сумевшего достичь гармонии во взаимоотношениях с Природой и самим собой. Техника при этом является инструментом для приобретения знаний и сохранения окружающей природной среды. Новая идеология могла бы называться биотехнократической.

Биотехнократическая идеология предполагает естественный подход к праву, означающий совокупность неотъемлемых принципов и прав, вытекающих из природы человека и независимых от субъективной точки зрения человека.

В связи с тем, что неконтролируемый человеческий эгоизм и разрушение традиционных ценностей во имя свободы человека привели к деградации общества, целесообразно было бы перейти от либеральной идеологии к консервативной. Как известно, консерватизм (от лат. *conservo* – сохраняю) означает идеологическую приверженность «традиционным ценностям и порядкам, социальным или религиозным доктринам. За главную ценность принимается сохранение традиций общества, его институтов и ценностей» [7]. Консервативная идеология предполагает понимание права с позиции исторической школы права, как достояния того или иного народа, живущего на определённой территории.

В связи с тем, что нарастание имущественного неравенства, концентрация капитала в руках узкой группы лиц и усиление влияния корпоративного сектора на политические, экономические, социальные институты стало катастрофическим, от неограниченного капитализма следовало бы перейти к интеллектуальному капитализму. Бытует мнение, согласно которому «на смену капитализму материальных ценностей идет капитализм интеллектуальный. Интеллектуальный капитал – это в значительной мере именно то, чего пока не могут дать роботы и искусственный интеллект: распознавание образов и здравый смысл. Как сказал экономист из MIT Лестер Туроу, «сегодня знания и умения – единственный источник конкурентного преимущества. Сегодня оно там, где находятся лучшие мозги. Все остальное не считается» [8]. Знания способствуют

формированию здравого смысла, а здравый смысл, в свою очередь, представляет собой «совокупность взглядов на окружающую действительность, навыков, форм мышления, выработанных и используемых человеком в повседневной практической деятельности, которые разделяют почти все люди и которые можно ожидать от почти всех людей без необходимости обсуждения» [9]. Здравый смысл может стать основанием, для возникновения идеи о том, что капитализм в разумных пределах должен контролироваться государством, о том, что для сохранения общественного порядка улучшение жизни элиты должно сопровождаться улучшением жизни неимущих слоёв населения. Идеология интеллектуального капитализма предполагает естественно-позитивистский подход к праву в рамках исторической школы права.

### **Перспективы реализации уголовно-правовой и уголовно-процессуальной идеологий**

Мир человека состоит из двух уровней: идеального и материального. Идеальный мир делится на два вида: 1) идеальный мир, формируемый под воздействием материального мира; 2) идеальный мир, существующий за пределами сознания на мета уровне. Существование человека в материальном мире обусловлено следующими потребностями, расположенными в определенной иерархии от более значимых, к менее значимым: 1) физиологические потребности; 2) потребность в безопасности; 3) потребность в принадлежности и любви; 4) потребность в признании (в уважении, осознании собственного достоинства); 5) потребность в самоактуализации (на развитие личности, исходя из потенциально присущими ей возможностями). Свои потребности человек может реализовывать как правомерно, так

и не правомерно. Когда человек нарушает естественные права других людей, задевая чувство социальной справедливости большей части членов общества, возникает необходимость в праве, созданном государством, с учетом естественных прав человека, исторических и культурных ценностей, существующих в обществе. Причиной возникновения права, созданного государством, является наличие конфликтов, поэтому государство должно быть заинтересовано в создании и реализации права через конфликтологический подход. Из вышесказанного следует, что смысловое содержание права формируется, исходя из конфликтологического подхода, идейное содержание и форма права формируются, исходя из естественно-позитивистского подхода в рамках исторической школы права.

Необходимость в выделении отдельных подходов к смысловому содержанию права и к идейному содержанию и форме права возникла в результате того, что каждая вещь, существующая в объективной реальности, приобретает ценность благодаря тому, что ей сообщается определенный смысл. Объективно существующий смысл вещи доносится до человека через соответствующие акты, благодаря идейному содержанию которых человек ставит эту вещь в связь со своим микрокосмосом.

Проблема соотношения смыслового и идейного содержания, как правило, поднимается в художественных произведениях. Однако так же, как хорошее литературное произведение, право должно представлять собой целостное явление, отражающее объективную реальность. Как писал Л. Толстой, «каждая мысль теряет свой смысл, когда берется одна из того сцепления, в котором она находится. Само же сцепление составлено не мыслью, а чем-то другим, и выразить основу этого сцепления

непосередственно словами никак нельзя, а можно только непосредственно описывая образы, действия, положения» [10].

Ценными для уголовного права и процесса являются следующие высказывания Э. Я. Фесенко: «Идейное содержание произведения не исчерпывается его тематикой и проблематикой. Н. Г. Чернышевский, рассуждая о задачах искусства, размышлял о том, что произведения искусства не только «воспроизводят» жизнь и «объясняют ее», у них есть еще одно значение – «значение приговора о явлениях жизни», т. е. произведения выражают идейно-эмоциональные отношения писателя к тем явлениям жизни и характерам персонажей, которые они показывают. Писатель может оправдать, восхититься своими героями, сочувствовать им, т. е. выразить свое идейное утверждение жизни» [10]. Так же, как и писатель, государство, создавая уголовное и уголовно-процессуальное право, формирует модель поведения, обусловленную существованием конфликтов опасных для личности, общества, государства. Создавая модель поведения, оно позитивно или негативно оценивает соответствующее социальное явление, а в ходе правоприменительной деятельности оно позитивно или негативно оценивает поведение конкретного человека. Именно через идейно-эмоциональное содержание права государство выражает свое отношение к социальным проблемам. Так же, как для читателя, для которого герои литературного произведения имеют большее значение, чем сам автор, для обывателя большее значение имеют конкретные образы и действия, исходящие от государства, чем само государство, а также смысл, заложенный в основу его существования.

Перед нами стоит задача – максимально приблизить смысловое и идейное содержание уголовного и уголовно-



процесуального права. С этой целью попытаемся переосмыслить через конфликтологический подход институты уголовного права, а затем и уголовного процесса, которые могли бы создаваться и реализовываться под влиянием биотехнократической идеологии, консервативной идеологии, идеологии интеллектуального капитализма.

Формально-материальное определение преступления, закрепленное в УК Украины, не противоречит конфликтологическому подходу. Сторонники данного подхода считают, что «нет конфликта, если действует только один участник или участниками производятся только мыслительные операции (планирование поведения, обдумывание образа действий противника, прогнозирование хода будущего конфликта и т. п.)» [2, с. 8]. На той же позиции стоит украинский законодатель. Преступлением считается только общественно опасное деяние, которое выражается либо в форме действия, либо в форме бездействия.

В современных условиях общественная опасность, как признак преступления, нуждается в более глубоком анализе и новых интерпретациях. Например, традиционный подход к определению общественной опасности, согласно которому общественная опасность определяется, как «объективное свойство преступления причинять или создавать угрозу причинения вреда объектам уголовно-правовой охраны» [11, с. 35], следовало бы уточнить через определение характера и степени общественной опасности деяния. Распространенная в советское время точка зрения, согласно которой характер общественной опасности преступления определяется, прежде всего, той или иной группой общественных отношений, на которые посягает преступление, постепенно видоизменилась. В 1997 году П. С. Матышевский, комментируя ст. 7 УК Украины

1960 года, характер общественной опасности преступления определил через группу общественных отношений [11, с. 35]. В 2003 году, уже после смерти П. С. Матышевского, его коллеги при составлении научно-практического комментария к УК Украины 2001 года, используя материал, написанный П. С. Матышевским, внесли изменения в определение характера общественной опасности деяния, заменив общественные отношения социальными ценностями [12, с. 20].

Это не единственная попытка новой интерпретации общественной опасности преступления. Так, по мнению авторов учебника по уголовному праву Украины, изданному в 2001 году под редакцией Н. И. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тация, общественная опасность преступления заключается в причинении или угрозе причинения вреда интересам, которые охраняются правом [13, с. 67]. Последующие исследования современных ученых привели к тому, что под общественной опасностью начали понимать «наличие достаточно серьезного материального и морального вреда, причиненного потерпевшему» [14, с. 118]. Да и сам законодатель, давая определение малозначительности деяния, сделал акцент не на общественные отношения, охраняемые уголовным законом, а на объект и участников конфликта.

Отказавшись от марксистско-ленинской идеологии, государство отказалось от идеи о создании идеального общества, а значит, должно было перейти к идее о предотвращении и разрешении конфликтов. Под объектом конфликта часто подразумевают ту конкретную материальную или духовную ценность, к обладанию или пользованию которой стремятся обе стороны конфликта. «Объектом конфликта, по сути дела, – пишет В. Н. Кудрявцев, – может выступать любой элемент материального

мира и социальной реальности, способный служить предметом личных, групповых, общественных, государственных интересов» [2, с. 34]. Однако для определения общественной опасности преступления недостаточно установить объект и участников конфликта, необходимо установить опасность преступления (конфликта) для общества в целом. Уголовное право охраняет общество от наиболее опасных конфликтов. Опасность конфликта зависит от: пространственных границ (чем больше территория распространения конфликта, тем опаснее конфликт), продолжительности существования конфликта (чем дольше существует конфликт, тем тяжелее его решить), внутрисистемных связей, которые нарушает конфликт. Внутрисистемные связи предполагают наличие общественных отношений, которые охраняются уголовным законом. Конфликт, который затрагивает интересы только отдельных участников, находится за пределами действия уголовного права.

Устанавливая уголовную ответственность за реальные общественно опасные конфликты, законодатель предусмотрел существование ложных конфликтов. К ложным конфликтам, существующим лишь в воображении участников, законодатель отнес действия невменяемых, а также действия лиц в состоянии мнимой обороны. Однако конфликты часто имеют столь запутанный и противоречивый характер, что выделение реальных и ложных конфликтов бывает недостаточно для реализации социальной справедливости.

Изучая криминальную виктимологию в рамках уголовно-правовых и криминологических исследований, В. А. Туляков обратил внимание на то, что в работах советских виктимологов жертвы преступлений подразделялись в зависимости от избранных классификационных критериев на следующие группы:

«1) по содержанию субъективной стороны преступления (жертвы умышленных и неосторожных преступлений);

2) по направленности и особенностям правового регулирования преступного посягательства (жертвы определенных видов преступлений; жертвы преступлений с однородным объектом; жертвы злоупотребления властью и транснациональных преступлений);

3) по виду и кратности причиненного вреда (жертвы, которым преступлением был причинен физический, моральный или имущественный вред, первичные и рецидивные жертвы);

4) по характеру взаимоотношений с преступником (случайные жертвы, неопределенные заранее, predetermined жертвы);

5) по роли жертвы в генезисе преступления (нейтральные, соучастники, провокаторы);

6) по иным социальным характеристикам (пол, социальные связи и отношения жертвы с преступником);

7) по психологическим критериям (жертвы с психическими отклонениями, жертвы-симулянты, мнимые жертвы, добровольные жертвы и пр.);

8) по биофизическим характеристикам (пол, возраст, национальность, физическое состояние в момент совершения преступления)» [15, с. 130].

Такая разнообразная классификация жертв преступлений свидетельствует о многообразии конфликтов, имеющих уголовно-правовое значение, но недостаточно изученных в уголовном праве. Например, как с позиции уголовного права следует оценивать поведение жертв-соучастников, жертв-провокаторов, добровольных жертв, жертв с психическими отклонениями? В Уголовном кодексе Украины учтена

возможность существования лишь жертв-provokatorov. Совершение преступления под влиянием сильного душевного волнения, вызванного неправомерными или аморальными действиями потерпевшего, согласно п. 7 ч. 1 ст. 66 УК Украины относится к обстоятельствам, смягчающим наказание. Открытым остается вопрос о том, какое уголовно-правовое значение имеет то, что жертва преступления становится соучастником преступления или соучастник преступления становится жертвой.

Неоднозначно решается конфликт с участием добровольных жертв. Согласно уголовному законодательству Украины согласие потерпевшего на причинение ему вреда не является обстоятельством, исключающим преступность деяния. Тем не менее, в определенных случаях согласие потерпевшего имеет уголовно-правовое значение: – в случае оправданного риска как обстоятельства, исключающего преступность деяния; – при назначении наказания – как обстоятельство, смягчающее наказание; – при решении вопроса об освобождении от уголовной ответственности в связи с примирением виновного с потерпевшим. Наличие дел частного и частно-публичного обвинения также свидетельствует о том, что законодатель учитывает мнение потерпевшего в процессе разрешения криминальных конфликтов. Однако позиция законодателя не всегда является последовательной.

Человек имеет право рисковать своей жизнью и здоровьем при занятии спортом, в процессе проведения медицинских операций, в процессе занятия профессиональной деятельностью (воинской службой, работой в правоохранительных органах и т. п.), однако он не имеет права на эвтаназию. Потерпевший может примириться с преступником, после совершения преступления, но не может дать согласие на причинение ему вреда до

совершения преступления. В этой связи некоторые ученые приходят к выводу, что «если уголовный закон признает за потерпевшим все большее количество прав, то он должен признавать возможность и более свободного распоряжения своими правами, в том числе правом на свободную неприкосновенность, включая право на свободное распоряжение своей жизнью» [16, с. 223]. Расширение прав потерпевшего не означает, что уголовное право из публичного превращается в частное право. Для разрешения криминальных конфликтов необходимо учитывать права, свободы, интересы, а также личностные качества всех участников конфликта.

Иногда уголовное право видит конфликт там, где его нет. Например, согласно п. 5 постановления Пленума Верховного Суда Украины от 30.05.2008 года № 5 «О судебной практике по делам о преступлениях против половой свободы и половой неприкосновенности лица» состояние потерпевшего лица следует признавать беспомощным, когда оно вследствие малолетнего или пожилого возраста, физических недостатков, расстройства психической деятельности, болезненного или бессознательного состояния, или по другим причинам не могла понимать характер и значение совершаемых с ним действий или не могло сопротивляться [17]. Психическое заболевание можно отнести к беспомощному состоянию потерпевшего лица, поэтому вступление в половую связь с таким лицом считается уголовно наказуемым деянием. Уголовное право не учитывает то, что люди, страдающие психическими заболеваниями, так же как и психически здоровые, нуждаются в удовлетворении физиологических потребностей, среди которых находится и удовлетворение половой страсти. Из уголовного законодательства Украины следует, что психически больные люди могут вступать в половую связь только с

невменяемыми, ибо они не являются субъектами преступления. Переосмысление положений Уголовного кодекса Украины через конфликтологический подход позволило бы избежать мнимых конфликтов, не требующих реакции со стороны государства.

Конфликты с помощью уголовно-правовых средств воздействия следует разрешать на основе справедливости и в свете всех относящихся к делу обстоятельств, с учетом важности затронутых интересов для каждой из сторон. Для этого необходима соответствующая правовая база, состоящая из следующих норм: – норм-целей, норм-принципов; – норм, определяющих правовой статус сторон; норм-последствий конфликта; – регулятивных норм, устанавливающих запреты, предписания и дозволения; – норм, касающихся процедуры разрешения конфликтов; – норм, действующих в условиях чрезвычайного положения.

Эффективность разрешения конфликтов зависит не только от созданной правовой базы, но и от эталонов поведения – личного примера со стороны государственных служащих и образцов поведения, сложившихся на практике. Для реализации уголовно-правовой идеологии через конфликтологический подход норм материального права не достаточно, необходима соответствующая процедура, которая регулируется нормами уголовно-процессуального права. Несмотря на то, что уголовно-процессуальное право имеет свой предмет и методы управленческого и регулятивного воздействия, уголовно-процессуальная идеология должна быть зеркальным отражением уголовно-правовой идеологии.

В последнее время уголовно-процессуальное право стремится к самостоятельному существованию, в отрыве от уголовного права. Оно перенимает задачи уголовного законодательства

(наприклад, согласно ст. 1 УПК Украины 2012 года задачами уголовного судопроизводства является защита личности, общества и государства от уголовных правонарушений), внедряет понятия, не существующие в уголовном законодательстве (в УК Украины нет определения уголовного правонарушения), вводит упрощенное производство по уголовным проступкам, в то время как согласно уголовному законодательству Украины уголовно наказуемыми являются лишь преступления, внедряет институты, которые нарушают, сложившиеся на уровне уголовно-правовой доктрины, общие начала назначения наказания (например, в случае соглашения о примирении или о признании вины).

Разрозненность уголовного права и процесса свидетельствует не о том, что наука уголовного процесса находится на более высоком уровне, чем наука уголовного права, а о слабости государства и неготовности его решать существующие криминальные конфликты. Все проводимые реформы и преобразования неэффективны и бессмысленны без общей идеологии. Фактически уголовно-правовая и уголовно-процессуальная идеология представляют собой единое целое. Обе идеологии создают представления о возможном механизме предотвращения и разрешения наиболее опасных конфликтов на уровне содержания и формы бытия. При этом форма является способом существования и выражения содержания, которое представляет определенным образом упорядоченную совокупность элементов, образующих то или иное явление. Например, Уголовный кодекс Украины имеет своей задачей правовое обеспечение охраны прав и свобод человека и гражданина, собственности, общественного порядка и общественной безопасности, окружающей среды, конституционного строя



України от преступных посягательств, обеспечение мира и безопасности человечества, а также предупреждение преступлений. Задачами уголовного судопроизводства является обеспечение быстрого, полного и беспристрастного расследования и судебного рассмотрения с тем, чтобы каждый, кто совершил уголовное преступление, был привлечен к ответственности в меру своей вины, ни один невиновный не был обвинен или осужден, ни одно лицо не было подвержено необоснованному процессуальному принуждению и чтобы к каждому участнику уголовного производства была применена надлежащая правовая процедура.

Целесообразно было бы, чтобы и уголовно-правовая, и уголовно-процессуальная идеологии на уровне взаимоотношения человек с Природой основывались на биотехнократической идеологии, предполагающей наличие и сохранение триединого начала окружающего мира Божественного (Духовного) – Природного – Человеческого, на уровне взаимоотношений человека и общества – на консервативной идеологии, основанной на уважении исторических и культурных ценностей Украинского народа; на уровне взаимоотношения человека с государством уголовно-правовая и уголовно-процессуальная идеологии могли бы основываться на идеологии интеллектуального капитализма, основной идеей которого является получение максимума из минимума. Принцип получения, максимума из минимума, который оставляет тебе противник, называется принципом минимакса фон-Неймана и относится к теории антагонистических игр [2, с. 77]. Принцип минимакса описывает предельно осторожные стратегии поведения сторон с абсолютным интеллектом, поэтому в условиях капитализма материальных ценностей более понятным для восприятия является принцип экономической эквивалентности

преступления и наказания, вреда от совершенного преступления и затрат на осуществление уголовного производства.

Выводы. Исследование идеологических основ разрешения криминальных конфликтов позволило сформулировать следующие выводы и предложения.

1. Уголовно-правовая и уголовно-процессуальная идеологии находятся в тесной связи с иными видами идеологий, существующих на различных уровнях взаимоотношения человека с окружающим миром.

2. Целесообразно было бы, чтобы и уголовно-правовая, и уголовно-процессуальная идеологии на уровне взаимоотношения человека с Природой основывались на биотехнократической идеологии, предполагающей наличие и сохранение триединого начала окружающего мира Божественного (Духовного) – Природного – Человеческого, на уровне взаимоотношений человека и общества – на консервативной идеологии, основанной на уважении исторических и культурных ценностей Украинского народа; на уровне взаимоотношения человека с государством уголовно-правовая и уголовно-процессуальная идеологии могли бы основываться на идеологии интеллектуального капитализма, основной идеей которого является получение максимума из минимума.

3. Биотехнократическая идеология предполагает естественный подход к праву, означающий совокупность неотъемлемых принципов и прав, вытекающих из природы человека и независимых от субъективной точки зрения человека. Консервативная идеология предполагает понимание права с позиции исторической школы права, как достояния того или иного народа, живущего на определённой территории. Идеология интеллектуального капитализма предполагает естественно-позитивистский подход к праву в рамках

исторической школы права. Уголовно-правовая и уголовно-процессуальная идеологии предполагают, что смысловое содержание права формируется исходя из конфликтологического подхода, идейное содержание и форма права формируются исходя из естественно-позитивистского подхода в рамках исторической школы права.

### **Список использованных источников:**

1. Принс Ад. Защита общества и преобразование Уголовного права / Перевод с французского Е. Маркеловой. М.: Книгоиздательство т-го д-ма «В. И. Знаменского и К», 1912. 158 с. URL: // [books.google.com.ua/books?id=1AQoBwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=ru#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.ua/books?id=1AQoBwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=ru#v=onepage&q&f=false).

2. Юридическая конфликтология / Отв. ред. В.Н. Кудрявцев. М.: Институт государства и права РАН, 1995. 315 с.

3. Старыгина П.С. Юридическая конфликтология как новое направление социально-правовых исследований. Марийский юридический вестник. 2009. № 7. С. 58-64.

4. Альберхт Петер-Алексис Забытая свобода. Принципы уголовного права в европейской дискуссии о безопасности; [пер. с нем. Г.Г. Мошака]. Харьков: Право, 2012. 184 с.

5. Горелов А.А., Горелова Т.А. Капиталистическая идеология и политическая культура в формате глобального неокOLONIALИЗМА. PolitBook. 2015. № 4. С. 110-124. URL: <https://cyberleninka.ru/article/v/kapitalisticheskaya-ideologiya-i-politicheskaya-kultura-v-formate-globalnogo-neokolonializma>.

6. Марков А.В. Рождение сложности. Эволюционная биология сегодня: неожиданные открытия и новые вопросы. М.: Астрель: CORPUS, 2010. 552 с.

7. Консерватизм. Материал из Википедии – свободной энциклопедии. URL: <https://ru.wikipedia.org/wiki/>.

8. От капитализма вещей к интеллектуальному капитализму. URL: [http://ai-news.ru/2015/09/ot\\_kapitalizma\\_veshej\\_k\\_intellektualnomu\\_kapitalizmu\\_389613.html/](http://ai-news.ru/2015/09/ot_kapitalizma_veshej_k_intellektualnomu_kapitalizmu_389613.html/).

9. Здравый смысл. Материал из Википедии – свободной энциклопедии. URL: <https://ru.wikipedia.org/wiki/>.

10. Фесенко Э.Я. Теория литературы: учебное пособие для вузов М.: Академический Проект; Фонд «Мир», 2008. 780 с. URL: <http://scibook.net/teoriya-literaturyi-istoriya/ideynoe-soderzhanie-literaturnogo-16996.html>.

11. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. В.Ф. Бойка, Я.Ю. Кондратьєва, С.С. Яценка. К.: Юрінком, 1997. 960 с.

12. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. 2-ге вид., переробл. Та доповн. / Відп. ред. С.С. Яценка. К.: А. С. К., 2003. 976 с.

13. Кримінальне право України. Загальна частина / За ред. М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. К., Х.: Юрінком Інтер – Право, 2001. 416 с.

14. Балобанова Д.О. Теорія криміналізації: дис. ... кандидата юрид. наук: 12.00.08. Одеса, 2007. 200 с.

15. Туляков В.О. Віктимологія (соціальні та кримінологічні проблеми). Одеса: Юридична література, 2000. 336 с.

16. Блинников В.А. Обстоятельства, исключают преступность деяния в уголовном праве России. Ставрополь: Ставропольский гос. ун-т, 2001. 235 с.

17. Про судову практику у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 30.05.2008 № 5. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0005700-08>.

**Навроцька В.В.,**  
кандидат юридичних наук, доцент,  
доцент кафедри кримінально-правових дисциплін  
юридичного факультету  
Львівського державного університету внутрішніх справ

## **КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ ТА КРИМІНАЛЬНИЙ ЗАКОН: ВЗАЄМОЗВ'ЯЗКИ Й КОЛІЗІЇ**

Питання, які стосуються взаємозв'язків галузей права та наук кримінального циклу, не могли залишитися поза увагою вітчизняних та зарубіжних криміналістів. При цьому підходи авторів, які належать до континентальної правової сім'ї та сім'ї загального права, кардинально відрізняються. Наприклад, у США для кримінального права та процесу використовують різні терміни на їх позначення, проте термін «кримінальне право» охоплює як матеріально-правову, так і процесуальну складову частину. У країнах англо-американської системи права кримінальні процесуальні норми та гарантії здебільшого розглядаються як засіб забезпечення прав особи. Відтак при їх конфлікті (колізії) з положеннями матеріального права пріоритет пропонується надавати процедурним нормам. Водночас адепти системи континентального права стоять на позиції розрізнення, а інколи – й протиставлення цих напрямків правовій регламентації протидії злочинності. Пріоритет же в спірних випадках здебільшого пропонують вирішувати таким чином: «матеріалісти» стверджують, що перевагу в цьому разі повинні мати матеріально-правові норми, натомість «процесуалісти» переконані, що «першість» тут за нормами процедурними. Ця тенденція чітко простежується в роботах вітчизняних та зарубіжних авторів (А. А. Васильченка, В. Г. Даєва, Р. Е. Гукасяна, П. С. Елькінд, С. Г. Келіної, М. Є. Павлова,

М. І. Пікурова, О. Д. Прошлякова, А. В. Пушкарьової, В. М. Савицького, М. С. Строговича, В. Я. Тація, К. Г. Шадріної, Б. В. Яцеленка).

Незважаючи на певну увагу до цих питань, більшість проблем є гостродискусійними, або ж узагалі не дослідженими. Це дається взнаки і в законодавстві, і в правозастосовній практиці.

Так, на жаль, у КПК 2012 р. не передбачено положення свого попередника (ч. 3 ст. 27 КПК 1960 р.), що надавало право прокурору розпочинати розслідування кримінальних правопорушень, провадження стосовно яких здійснюється у формі приватного обвинувачення за відсутності відповідної заяви постраждалого у тому разі, коли через безпорадний стан, залежність від обвинуваченого чи з інших причин (зокрема, й внаслідок смерті) така особа не здатна самотійно відстоювати свої інтереси.

Такий підхід законодавця нелогічний хоча б тому, що прокурор вправі в справах публічного обвинувачення за власною ініціативою пред'явити цивільний позов в інтересах не лише держави, але й фізичних осіб, які через фізичний стан, матеріальне становище, похилий вік, недієздатність або обмежену дієздатність неспроможні захистити свої права (п. 12 ч. 2 ст. 36 КПК 2012 р.).

Неможливість розпочати кримінальне провадження у формі приватного обвинувачення (ст.477 КПК 2012 р.) без заяви постраждалого (окрім того, що інтереси такої особи залишаться без належного захисту) може призвести й до того, що кримінально-правова оцінка вчиненого щодо нього діяння буде неповною та неправильною.

Припустімо, вчинено діяння, передбачене ч. 1 ст. 152 КК України (згвалтування). Згодом, побоюючись, що постраждала особа подасть скаргу з вимогою розпочати відповідне

кримінальне провадження, її вбивають. І, відповідно, внаслідок цього особа не встигла повідомити працівників правоохоронних органів про вчинення щодо неї злочину. В аналізованому випадку позбавлення людини життя слід кваліфікувати за ч. 1 ст. 115 КК України (як просте умисне вбивство), а не за п. 9 ч. 2 ст. 115 КК України (як «умисне вбивство з метою приховати інший злочин» – відповідальність за яке є, безумовно, більш суворою). Адже для цього потрібно, щоб і попереднє діяння було оцінене як злочинне. Однак така оцінка може бути зроблена за умов, коли вчинене є протиправним, винним, караним, суспільно небезпечним. Відсутність хоча б однієї із цих чотирьох наведених ознак позбавляє можливості стверджувати, що вчинено злочин. Суспільна небезпека як обов'язкова ознака злочину означає, що дія чи бездіяльність завдає чи створює реальну загрозу заподіяння істотної шкоди об'єкту кримінально-правової охорони. У справах, кримінальне провадження щодо яких здійснюється у формі приватного обвинувачення, сам постраждалий (а у визначених законом випадках – його законний представник) самостійно визначає те, чи спричинена йому діянням, передбаченим кримінальним законом, шкода (а це об'єктивується у поданні правоохоронному органу відповідної заяви). Якщо ж, на його думку, це не так, то, відповідно, відсутня суспільна небезпека. А, отже, нема підстав стверджувати, що вчинено злочин (у змодельованому випадку – згвалтування), і, своєю чергою, наступне діяння – позбавлення життя – не можна кваліфікувати за п. 9 ч. 2 ст. 115 КК України як умисне вбивство з метою приховати інший злочин. Адже оцінка другого з діянь як злочинного сумнівів не викликає, однак його кваліфікація може бути різною і залежати від того, чи подав постраждалий (або його законний представник) відповідну скаргу, чи ні. За таких умов

навіть чи доводиться говорити про дотримання основоположного принципу кримінально-правової кваліфікації – її повноти.

За КПК 1960 р. у подібній ситуації з метою захисту, передусім, публічних інтересів, кримінальна справа про зазначене діяння, незважаючи на відсутність скарги потерпілого (померлий її об'єктивно подати не може), могла бути порушена прокурором (із посиланням на ч. 3 ст. 27 цього Кодексу).

За нині діючим КПК 2012 р. прокурор подібних повноважень позбавлений. І абсолютно даремно! Переконана, що на випадки, коли волевиявленню постраждалого від злочину перешкоджають фізичні чи психічні недоліки, залежність від правопорушника, інші поважні причини (смерть у тому числі), необхідно було б поширити дію засади публічності, надавши право прокуророві розпочинати кримінальне провадження за власною ініціативою.

Звісно, категорично стверджувати про те, що інтереси такої особи взагалі не можуть бути захищені, не слід. Адже в зазначеній ситуації (якщо внаслідок кримінального правопорушення настала смерть особи або ж вона перебуває в стані, який унеможлиблює подання нею відповідної заяви) потерпілим може бути визнано одну (або кілька) осіб із числа близьких родичів чи членів сім'ї, яка подала (які подали) заяву про залучення її (їх) до провадження як потерпілого (ч. 6 ст. 55 КПК 2012 р.). От вони й можуть ставити перед правоохоронними органами питання про притягнення кривдника до кримінальної відповідальності.

Однак не слід забувати про те, що рівень правосвідомості та правової культури пересічних громадян є не дуже високим. Тому не виключено, що особи, які в силу вимог ч. 6 ст. 55 КПК вправі ставити питання про визнання їх потерпілими, не роблять цього (у зв'язку з незнанням наданої законом можливості, через



недовіру до працівників правоохоронних органів, через невпевненість у власних силах та можливостях тощо). Зрештою, близькі родичі та члени сім'ї постраждалого самі ж можуть вчинити злочин щодо нього. Окрім того, не виключено, що в такого процесуально безпомічного постраждалого взагалі немає близьких родичів чи членів сім'ї. Певно, про обстоювання справедливості, а також точності та повноти кримінально-правової кваліфікації в подібній справі говорити не доводиться.

Непродуманою, такою, що носить кон'юнктурний характер, є й відмова розробників КПК 2012 р. від інституту направлення справи на додаткове розслідування. Це призвело до росту такої кваліфікаційної помилки, як кваліфікація «з запасом», до того, що нерідко суд приймає рішення, що адекватно не відображає зміст виниклого на момент вчинення злочину охоронюваного кримінального правовідношення; що деколи стає неможливою реалізація кримінально-правового принципу справедливості та цілей кримінального покарання.

Неврахування взаємопов'язаності норм КК та КПК проявилось в такому нововведенні, як кримінальний проступок. Адже спочатку потрібно було запровадити поняття «кримінальний проступок» у матеріальний закон, передбачити відповідальність за вчинення відповідних діянь і лише потім у КПК прописати, як здійснюється процес їх розслідування.

Нечіткість розуміння того, що належить до предмета правового регулювання кримінального та кримінального процесуального права, призвело до того, що в КПК України 2012 р. з'явилися норми, які мають суто матеріально-правовий характер.

Так, у ч. 1 ст. 502 КПК 2012 р., де передбачено можливість дострокового звільнення неповнолітнього, поведінка якого свідчить про перевиховання, від застосовуваного примусового

заходу виховного характеру. Визнаючи в цілому важливість застосування заходів заохочення (у тому числі й щодо дітей), їх доцільність, все ж доводиться констатувати, що місце такої норми – у КК. Доки в останньому така норма ще не передбачена, то таке стимулювання соціально схвалюваної поведінки дитини, незважаючи на її соціальну корисність, на жаль, не можливе. Адже згідно із ч. 3 ст. 3 КК України «злочинність діяння, його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки цим Кодексом» Безумовно, дострокове звільнення від застосування зазначених примусових заходів якраз і є отим «іншим кримінально-правовим наслідком».

Інший приклад – положення ч. 1-2 ст. 515 КПК України 2012 р., де зазначено, що в разі видужання особи, яка після вчинення кримінального правопорушення захворіла на психічну хворобу або в неї настав тимчасовий розлад психічної діяльності чи інший хворобливий розлад психіки, які позбавляли її можливості усвідомлювати свої дії або керувати ними, суд (на підставі висновку лікарів-психіатрів) припиняє застосування примусового заходу медичного характеру. Це є підставою для подальшого проведення досудового розслідування чи судового розгляду. А далі, в ч. 3 цієї ж статті йдеться про те, що в разі засудження такої особи до арешту, обмеження волі, тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців чи позбавлення волі час перебування її в медичній установі зараховується в строк відбування покарання. Звісно, місце останньому положенню – не в КПК.

Ст. 536 КПК України 2012 р. «Відстрочка виконання вироку» теж є яскравим свідченням «незалежності» (чи, швидше, відірваності) матеріального та процесуального кримінальних законів. У ній йдеться про те, що виконання вироку про

засудження особи до виправних робіт, арешту, обмеження волі, тримання в дисциплінарному батальйоні для військовослужбовців, позбавлення волі може бути відстрочено: 1) при тяжкій хворобі засудженого, яка перешкоджає відбуванню покарання – до його видужання; 2) при вагітності засудженої або наявності в неї малолітніх дітей – на час вагітності або до досягнення дитиною трьох років (якщо особу засуджено за вчинення злочину, що не є особливо тяжким); 3) коли негайне відбування покарання може потягти за собою винятково тяжкі наслідки для засудженого або його сім'ї через особливі обставини (пожежа, стихійне лихо, тяжка хвороба або смерть єдиного працездатного члена сім'ї тощо) – на строк, встановлений судом, але не більше 1 року з дня набрання вироком законної сили. Отже, в КПК 2012 р. міститься ще одне положення, матеріально-правова природа якого очевидна.

Слід зазначити, що іноді норми КПК не тільки визначають порядок застосування норм кримінального права, але й розширюють зміст гіпотез цих норм. Так, у КПК України встановлено заборону на звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з дієвим каяттям, примиренням обвинуваченого з потерпілим, із застосуванням до неповнолітнього примусових заходів виховного характеру з передачею особи на поруки колективу підприємства, установи, організації, із закінченням строків давності – за умови, що обвинувачений проти цього заперечує та вимагає продовження провадження в кримінальній справі в загальному порядку. При цьому у відповідних статтях КК нічого не сказано про таку умову звільнення від кримінальної відповідальності, як відсутність в обвинуваченого заперечень проти цього. Передбачена нормами процесуального права відсутність в обвинуваченого заперечень,

є, по суті, додатковою фактичною підставою прийняття рішення про звільнення від кримінальної відповідальності (не маючи при цьому ніякого відношення до самої процедури його винесення). Опис же фактичних підстав звільнення від кримінальної відповідальності можливий тільки в нормах кримінального права. Очевидно, що в наведеному вище випадку кримінальний процесуальний закон регулює не порядок звільнення від кримінальної відповідальності, а доповнює опис юридичних фактів, що лежать в основі такого звільнення (та які містяться у кримінально-правових нормах), ще однією обов'язковою за своїм характером підставою – відсутністю заперечень з боку особи, щодо якої здійснюється кримінальне переслідування. Звісно, якщо однією з підстав звільнення від кримінальної відповідальності є волевиявлення особи, що переслідується в кримінальному порядку, то таку обставину слід було б викласти в гіпотезах відповідних норм КК, а не КПК. Така ситуація на практиці іноді призводить до того, що розглядувана конкуренція вирішується на користь норм кримінального права: за наявності передбачених ними підстав кримінальне переслідування припиняється без встановлення наявності чи відсутності заперечень проти цього обвинуваченого. Погодитися з таким підходом тяжко, адже звільнення від кримінальної відповідальності – це комплексний, міжгалузевий інститут. А тому однозначно встановити норму матеріального чи процесуального кримінального права, яка повинна бути застосована у даному випадку, не так то й просто. Це ж є ще одним із аргументів на користь твердження про необхідність взаємоузгодженості норм зазначених галузей права.

Суперечливість правового регулювання проявляється й у неоднаковому підході законодавця до вирішення питання про те,

до кого можуть бути застосовані примусові заходи медичного характеру. Так, відповідно до положення ч. 1 ст. 503 КПК 2012 р. кримінальне провадження щодо застосування примусових заходів медичного характеру, передбачених законом України про кримінальну відповідальність, проводиться у випадку достатніх підстав вважати, що: 1) особа вчинила суспільно-небезпечне діяння, передбачене законом України про кримінальну відповідальність, у стані неосудності; 2) особа вчинила кримінальне правопорушення в стані осудності, але захворіла на психічну хворобу до постановлення вироку. Водночас згідно зі ст. 93 КК такі заходи можуть бути застосовані судом до осіб: 1) які вчинили в стані неосудності суспільно небезпечні діяння; 2) які вчинили в стані обмеженої осудності злочин; 3) які вчинили злочин у стані осудності, але захворіли на психічну хворобу до постановлення вироку або під час відбування покарання. Отож, у ч. 1 ст. 503 КПК 2012 р. поза увагою залишено той факт, що примусові заходи медичного характеру застосовуються також до осіб: 1) які вчинили злочин у стані обмеженої осудності; 2) які вчинили злочин у стані осудності, але захворіли на психічну хворобу під час відбування покарання.

Результатом нормотворчості в галузі кримінального права стало встановлення правових підстав для застосування заходів кримінальної відповідальності до юридичної особи (Розділ XVI-1 КК України) за вчинення її уповноваженою особою різних злочинів (корупційних зокрема). При цьому основним недоліком нормативної регламентації процедури застосування до юридичних осіб заходів кримінально-правового характеру є те, що в КПК не передбачено, в якому процесуальному документі має бути зазначена інформація (а такі відомості, поза всяким сумнівом, повинні бути доведені до уповноваженого представ-

ника юридичної особи) про підстави застосування до юридичної особи (від імені чи в інтересах якої уповноважена особа вчиняє злочин) заходів кримінально-правового характеру. Відсутність відповідної вказівки видається прогалиною в правовому регулюванні.

Однією з переваг «розведеного» в часі прийняття КК та КПК є те, що можна було б взяти на озброєння вже виявлені суперечності між «старим» матеріальним й процесуальним кримінальним законом, прислухатися до порад вчених та практиків щодо подолання такої взаємної «неув'язки» і, відповідно, уникнути подібних недоліків у майбутньому. На жаль, вітчизняний законодавець такою можливістю не скористався. Навпаки, нерідко він демонструє консерватизм, наступність у запозиченні положень, від яких варто було б відмовитися і, навпаки, не враховує слушні рекомендації дослідників. Чи не найбільш яскраво така його «відданість» традиціям правової системи проявляється в регламентації застосування примусових заходів виховного характеру:

1) суперечливим у матеріальному та процесуальному кримінальних законах є підхід законодавця щодо можливої кількості застосовуваних до неповнолітнього примусових заходів виховного характеру: так, у ч. 3 ст. 105 КК України сказано, що їх може бути застосовано кілька. Натомість у ч. 1 ст. 447, п. 3 ч. 1 ст. 448 КПК України 1960 р. однозначно йшлося про те, що до дитини може бути застосовано лише один із зазначених заходів, аналогічно це питання вирішено в п. 3 ч. 1 ст. 501 КПК 2012 р.;

2) норма, яка визначає матеріально-правову підставу для прийняття рішення про застосування примусових заходів виховного характеру до осіб, які вчинили суспільно-небезпечне діяння, що містить ознаки діяння, передбаченого Особливою

частиною КК України до досягнення віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність (ч. 2 ст. 97 КК України), вимагає узгодження з відповідною нормою КПК щодо вказівки на нижню вікову межу (11 років) для застосування відповідних заходів (ст. 498 КПК України 2012 р);

3) неврахування зв'язку цих галузей права виявляється в тому, що КК України встановлює підстави для скасування рішення про застосування до неповнолітнього примусових заходів виховного характеру (ч. 3 ст. 97 КК), проте порядок прийняття цього рішення у КПК 2012 р. не регламентований;

4) через суперечність у положеннях КК та КПК втрачає своє процесуальне значення передбачене в КК України розмежування застосування примусових заходів виховного характеру – в разі звільнення від кримінальної відповідальності та покарання. Причому таке розмежування випадків застосування зазначених заходів не має відображення в новому КПК 2012 р. У ньому передбачено лише процесуальну форму звільнення неповнолітнього від кримінальної відповідальності із застосуванням до дитини примусових заходів виховного характеру (ч. 3 ст. 497 КПК України 2012 р.);

5) у ст. 497 КПК України 2012 р. передбачено, що до дитини, яка обвинувачується у вчиненні вперше кримінального проступку та виправлення якої можливе без застосування покарання, суд вправі застосувати примусовий захід виховного характеру. Якщо зараз примусові заходи виховного характеру застосовуються в разі вчинення більш суспільно-небезпечних діянь (злочину невеликої тяжкості чи необережного злочину середньої тяжкості), то логічно було б застосовувати їх і до дітей, які вчинили діяння, що займатимуть проміжне становище між адмінпроступком і злочином невеликої тяжкості. Але в будь-

якому разі віз не можна ставити попереду коня: це питання повинно бути вирішене в запланованому для прийняття Законі України про кримінальні проступки.

Упущенням КПК України 2012 р. (що полягає в неврахуванні взаємозв'язків між положеннями КК та КПК) є запровадження інституту присяги. Серед суб'єктів, яких слід приводити до присяги в суді, названо свідка (ч. 2 ст. 352 КПК) та експерта (ч. 1 ст. 356 цього Кодексу). На жаль, розробники КПК України 2012 р. не припустили ймовірність ситуації, за якої учасник кримінального судочинства відмовиться присягати перед виконанням процесуальних обов'язків (така відмова може бути викликана будь-якими міркуваннями). Що ж тоді виходить: заперечення особи стосовно приведення її до присяги перед допитом (чи перед дачею висновку) потягне за собою неможливість визнання такої процесуально значущої інформації як доказів або ж неможливість подальшого притягнення цієї особи до кримінальної відповідальності на підставі ст. 384 КК України? Звісно, ні! Якщо ж такі показання (та висновок) все-таки підлягають використанню в доказовій діяльності, то, своєю чергою, виникає запитання: навіщо передбачати норму, яку можна зігнорувати, обійти? Тому видається за доцільне повернутися до існуючого раніше положення, відповідно до якого учасника кримінального судочинства достатньо було попередити про загрозу настання кримінальної відповідальності за дачу завідомо неправдивих показань (завідомо неправдивого висновку, завідомо неправильного перекладу).

Неврахування тісного зв'язку матеріального та процесуального кримінального права, неналежна правова регламентація в частині надання відповідних прав та можливостей допоміжним учасникам кримінального судочинства може призвести до того,



що в кримінальному провадженні, розпочатому уже щодо них самих, вони не матимуть можливості належним чином відстоювати власні інтереси. Так, відповідно до КПК України 2012 р. лише обвинувачений (п. 5 ч. 4 ст. 42 КПК) та потерпілий (п. 6 ч. 3 ст. 57 КПК) вправі ознайомлюватися з журналом судового засідання та з технічним записом судового процесу й подавати щодо них свої зауваження. Водночас свідки, експерти, перекладачі (які можуть бути суб'єктами злочину, передбаченого ст. 384 КК України («Завідомо неправдиве показання»)) такого права позбавлені. Надання права лише потерпілому та обвинуваченому (підсудному) ознайомлюватися з журналом судового засідання та технічним записом судового процесу й подавати щодо них свої зауваження є геть неправильним. У протилежному випадку виходить правовий нонсенс: інший суб'єкт (зокрема, свідок), беручи участь у судовому розгляді, не може реально контролювати зміст наданої ним процесуально значущої інформації. А якщо уявити, що на підставі того, як подана такою особою інформація, відображена в журналі судового засідання (і яка не була ознайомена зі своїми показаннями, висновком, перекладом), потім буде вирішуватися питання про притягнення цієї особи до кримінальної відповідальності за дачу завідомо неправдивих показань (завідомо неправильного висновку чи завідомо неправильного перекладу), то така ситуація взагалі набуває екстремального характеру.

Неврахування різних аспектів та граней взаємозв'язків матеріального та процесуального права проявляється також у регламентації випадків обов'язкового призначення експертизи. Так, у п. 4 ч. 2 ст. 242 КПК України абсолютно виправдано вказано, що слідчий або прокурор зобов'язані звернутися до експерта для проведення експертизи щодо встановлення віку

особи, якщо це необхідно для вирішення питання про можливість притягнення її до кримінальної відповідальності, а іншим способом неможливо отримати ці відомості. Однак при цьому законодавцем залишено поза увагою ту обставину, що іноді без точного визначення віку іншого учасника кримінально-правового конфлікту – потерпілого, повне та об'єктивне розслідування неможливе. Мова йде про ситуації, за яких вік неповнолітнього (чи малолітнього) потерпілого впливає на кримінально-правову кваліфікацію діяння, вчиненого стосовно нього (а іншим способом, окрім експертного, таку інформацію встановити неможливо). Видається, що за таких обставин призначення експертизи теж повинно бути обов'язковим.

Залишення поза увагою взаємозв'язків матеріального та процесуального кримінальних права в різних формах, проявах та аспектах іноді проявляється в невиправданій криміналізації певних діянь.

Так, ст. 384 КК України «Завідомо неправдиве показання» встановлена відповідальність за завідомо неправдиве показання свідка чи потерпілого або завідомо неправдивий висновок експерта під час «проведення розслідування тимчасовою слідчою чи спеціальною тимчасовою слідчою комісією Верховної Ради України» (нарівні з відповідними діями, вчиненими в ході діяльності органів, які застосовують кримінальний закон). Ст. 385 КК «Відмова свідка від давання показань або відмова експерта чи перекладача від виконання покладених на них обов'язків» передбачає кримінальну відповідальність за відповідні дії знову ж таки під час «проведення розслідування тимчасовою слідчою чи спеціальною тимчасовою слідчою комісією Верховної Ради України». Ще одна стаття КК (ст. 386 КК «Перешкоджання з'явленню свідка, потерпілого, експерта,

примушування їх до відмови від давання показань чи висновку») також ставить знак рівності щодо дій, вчинених під час правозастосування уповноваженими на те органами та комісіями Верховної Ради України.

Комісії Верховної Ради України ніяк не можуть претендувати на здійснення застосування кримінально-правових норм, адже: 1) вони не діють у належній процесуальній формі (принаймні, у КПК України 2012 р. нічого не говориться про їх роль у розслідуванні кримінальних проваджень); 2) щодо членів цих комісій не висуваються вимоги, що стосуються наявності юридичної освіти, стажу роботи за спеціальністю, складання кваліфікаційних іспитів (що висуваються до працівників органів, які здійснюють застосування кримінально-правових норм); 3) такі комісії не є елементом системи правозастосовних органів (а відтак щодо них не діють правила, які стосуються інстанційності розгляду кримінальних проваджень, можливості оскарження прийнятих рішень та їх перегляду тощо); 4) рішення відповідних комісій не підлягають примусовому виконанню, ці комісії не вправі застосовувати заходи процесуального примусу чи приймати рішення про призначення покарання; 5) не передбачена юридична відповідальність членів спеціальних комісій парламенту за неналежне виконання своїх функцій чи допущені при цьому зловживання.

Залишення поза увагою взаємопов'язаності матеріального та процесуального кримінальних законів може виявлятися й у протилежній ситуації, в тому, що законодавець не передбачає кримінальної відповідальності за певні діяння (хоча необхідність у цьому, поза всяким сумнівом, існує).

До прикладу, не виключена ситуація, за якої експерт, бажаючи ввести в оману правоохоронні органи, та, водночас, знаючи про

загрозу настання кримінальної відповідальності за дачу завідомо неправдивого висновку, висновок дає правильний, такий, що повною мірою відповідає фактичним обставинам справи, а от уже роз'яснення такого висновку є завідомо хибним. Притягнути його до кримінальної відповідальності за таких умов неможливо, адже злочинність і караність діяння визначається виключно КК України. Натомість у ньому (ст. 384 цього Кодексу) законодавець чомусь не передбачив відповідальність експерта за дачу завідомо неправдивого роз'яснення свого висновку, незважаючи на те, що відповідно до положень ч. 2 ст. 84 КПК України процесуальними джерелами доказів є як показання експерта, так і його висновок.

Інший подібний приклад: у ч. 1 ст. 373 КК України передбачено відповідальність за примушування давати показання під час допиту шляхом незаконних дій із боку прокурора, слідчого або працівника підрозділу, який здійснює оперативно-розшукову діяльність.

Якщо ж до такого примусу вдається суддя, то кваліфікувати його дії за ст. 373 КК України («Примушування давати показання») неможливо, оскільки суддя не належить до числа спеціальних суб'єктів, перелічених у диспозиції цієї статті. Хоча суддя в силу свого статусу також має реальну можливість змусити підозрюваного, обвинуваченого, потерпілого чи свідка до дачі показань. А тому ст. 373 КК України потребує вдосконалення та істотного коригування.

Зараз відповідну поведінку судді доводиться кваліфікувати за ст. 365 КК України («Перевищення влади або службових повноважень»). Однак за такої кримінально-правової оцінки поведінки судді законодавцем не враховано характер охоронюваних благ, яким заподіюється чи створюється загроза заподіяння шкоди. Оскільки таким діянням здійснюється

посягання на інтереси правосуддя в частині забезпечення процесуального порядку отримання доказів (які встановлюються в тому числі й шляхом давання показань), то більш адекватним виглядав би виклад заборони такого діяння в розділі XVIII «Злочини проти правосуддя», а саме – в уже згадуваній ст. 373 КК України. До речі, ця претензія до ст. 373 КК України не єдина. Слід звернути увагу ще й на такі недоліки:

1) законодавець у ст. 373 КК України забороняє примус до дачі показань, але мовчить як про примус до відмови від дачі показань, так і про примус до ухилення від дачі показань (хоча така поведінка є не менш небезпечною);

2) КК України не містить окремої норми, яка б спеціально передбачала кримінальну відповідальність за примушування до надання, відмови від надання та ухилення від надання перекладу чи експертного висновку, а також примус спеціаліста до участі в провадженні процесуальної дії чи до відмови від участі в ній або ж ухилення від такої участі. Звісно, така протиправна поведінка щодо зазначених учасників процесу може бути кваліфікована за нормами, що передбачають кримінальну відповідальність за злочини проти особи. Однак це рішення не може бути визнане задовільним з огляду на те, що застосування зазначених норм не відобразить повною мірою специфіки злочину щодо об'єкта посягання. Можливо, даний підхід вітчизняного законодавця зумовлений незначною кількістю таких діянь на практиці (або ж їх фактичною відсутністю). Проте це не підстава, аби залишити частину такої важливої сфери суспільних відносин без належного кримінально-правового захисту;

3) аналіз ст. 373 КК України приводить до висновку про те, що вітчизняний законодавець виходить із можливості заподіяння шкоди інтересам правосуддя у зв'язку з протиправним впливом

на осіб, котрі є дійсними учасниками процесу. Водночас, як видається, така шкода цілком може бути завдана і шляхом посягання на майбутніх, потенційних учасників процесу, тих, кому відповідний правовий статус лише може бути наданий у майбутньому.

Зв'язок матеріального та процесуального кримінального права виявляється також при визначенні кола діянь, що належать до категорії справ приватного обвинувачення. Кількість діянь відповідної категорії за новим КПК (у порівнянні з попереднім кримінально-процесуальним законодавством) зросла у 23 рази! При цьому потрібно з'ясувати, а чи виправдано укладачі КПК 2012 р. аж настільки збільшили кількість діянь, що належать до справ, кримінальне провадження щодо яких здійснюється у формі приватного обвинувачення?

До матеріально-правових підстав виділення такої категорії кримінальних справ належить характер та ступінь тяжкості скоєного злочину. В юридичній літературі практично одностайним є твердження, відповідно до якого діяння, справи про які можуть бути розпочаті не інакше як за зверненням відповідної приватної особи, однозначно не повинні відноситися до тяжких чи особливо тяжких злочинів. Натомість у КПК України 2012 р. його розробники не завжди притримуються зазначеного підходу. Зокрема, діяння, передбачені ч. 2 ст. 152, ч. 4 ст. 185, ч. 4 ст. 186, ч. 3 ст. 189, ч. 3 ст. 190 КК України, належать до тяжких злочинів, а діяння, передбачені ч. 5 ст. 185, ч. 5 ст. 186, ч. 4 ст. 189, ч. 4 ст. 190 цього Кодексу, – це взагалі особливо тяжкі злочини! А тому вони однозначно не повинні належати до справ приватного обвинувачення (навіть тоді, коли постраждалий від такого діяння та винний пов'язані особливими родинними стосунками чи коли шкода була заподіяна виключно

власності потерпілого або ж коли винний щодо потерпілого виступав як найманий працівник).

Істотною характеристикою діянь даної категорії є також специфічність об'єкта посягання, характер охоронюваних благ. Видається, що «багатооб'єктні» злочини, які направлені проти інтересів приватної особи та публічних інтересів, не повинні входити в перелік діянь, що порушуються не інакше як за скаргою приватної особи. З огляду на це помилковим є віднесення розробниками КПК України 2012 р. до справ, кримінальне провадження щодо яких здійснюється у формі приватного обвинувачення діянь, передбачених ч. 2 ст. 189; ст. 203<sup>1</sup>, ч. 1 ст. 206, ст. 219, ст. 229, ст. 231, ст. 232, ст. 232<sup>1</sup>, ст. 232<sup>2</sup>, ч. 1 та 2 ст. 289, ч. 1 ст. 296; ч. 1 ст. 356, ст. 357 ст. 364<sup>1</sup> ст. 365<sup>1</sup>, ст. 365<sup>2</sup>, ст. 357 КК України.

Варто звернути увагу й на нерозробленість проблеми, пов'язаної із ситуацією, за якої в підозрюваного (обвинуваченого) є усі передбачені кримінальним законом ознаки особи, яка підлягає кримінальній відповідальності, однак дані про цю особу встановити не вдалося (наприклад, особа взагалі відмовляється повідомити будь-які відомості про себе; або ж називає себе вигаданим ім'ям). Аналіз положень нового КПК 2012 р. приводить до висновку про те, що вони не дозволяють притягнути до кримінальної відповідальності та засудити особу, яка володіє всіма ознаками суб'єкта злочину, особисті дані якого не встановлені. Звісно, можна присвоїти такій особі прізвище, ім'я та по-батькові аналогічно до процедури, відомої законодавству про запис актів цивільного стану. Однак для реалізації такої пропозиції потрібне внесення відповідних змін та доповнень до кримінального процесуального закону.

Справедливість вимагає не тільки критикувати недоліки, але й помічати здобутки.

Зокрема, однією з переваг КПК 2012 р. у порівнянні із своїм «попередником» є те, що в КПК 2012 р. відсутня норма, відповідно до якої у зв'язку із закінченням строків давності, тобто з nereабілітуючих підстав, кримінальна справа підлягає закриттю щодо невідомої особи (ч. 3 ст. 11-1 КПК 1960 р.). За такої регламентації даного питання законодавцем, поза всяким сумнівом, не було враховано положення матеріального права. Адже згідно із ч. 3 ст. 49 КК України при закритті кримінальної справи у зв'язку із закінченням строку давності особа одночасно підлягає звільненню від кримінальної відповідальності; звільнити ж від такої відповідальності можна лише конкретну особу за наявності даних про те, що вона є законослухняною, тобто не вчиняє нових злочинів, за які може бути призначено покарання, – позбавлення волі на строк більше двох років.

У п. 7 ч. 2 ст. 65 КПК України 2012 р. прямо вказано (подібної норми попередній КПК не містив!), що не можуть бути допитані як свідки професійні судді, народні засідателі та присяжні – про обставини обговорення в нарадчій кімнаті питань, що виникли під час ухвалення судового рішення, за винятком випадків кримінального провадження щодо прийняття суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, ухвали.

З'ясування міркувань, якими керувався суддя, виносячи вирок (рішення, ухвалу чи постанову), безумовно, впливає на кримінально-правову кваліфікацію скоєного ним. А тому неможливість допиту суддів про обставини голосування в нарадчій кімнаті, про те, що спонукало їх до прийняття відповідного рішення, ускладнило б кримінальне провадження



при розслідуванні діяння, передбаченого ст. 375 КК України, та призвело б до невідомості такої норми.

Такий законодавчий підхід видається обґрунтованим. Адже якщо виходити з протилежного, тобто визнавати, що все, що відбувається в нарадчій кімнаті є абсолютною та непорушною таємницею, то в такому разі суддя, до якого в цьому приміщенні іншим суддею (а можливо, й сторонньою особою) було застосовано насилля, шантаж чи здійснювалася спроба підкупу з метою постановлення відповідного рішення чи інші протизаконні дії, буде позбавлений можливості захистити і свої порушені інтереси, і, зрештою, інтереси правосуддя.

Окрім того, не слід забувати про те, що певні судові рішення (вироки) та ряд ухвал повинні прийматися лише в нарадчій кімнаті. Усі ж інші судові акти (наприклад, ухвали про закриття судом кримінального провадження – ч. 6 ст. 286 КПК, розгляд питання про звільнення від кримінальної відповідальності – ч. 3 ст. 288 КПК) за розсудом суду виносяться або в нарадчій кімнаті, або після наради суддів на місці.

Звісно, можна притримуватися точки зору, згідно з якою будь-які відомості, що були предметом розгляду в нарадчій кімнаті, становлять незаперечну таємницю, натомість із приводу інформації, обговорюваної в залі судового засідання, суддів (стосовно позиції, займаної їх колегами) все ж можна допитувати як свідків. Але в такому разі тяжко не помітити неоднаковий (і, як видається, абсолютно невиправданий) підхід до захисту інформації, характер якої, по суті, є однотипним. Бо, зрештою, яка різниця: чи, до прикладу, вирішення питання про звільнення від кримінальної відповідальності відбулося в спеціально облаштованому приміщенні чи в ході наради суддів на місці? Адже суть такого рішення не змінилася!

Ще однією перевагою КПК 2012 р. у порівнянні з попереднім кримінальним процесуальним законом є те, що в новому КПК передбачено таку самостійну підставу до закриття кримінального провадження, як «набрання чинності законом, яким скасована кримінальна відповідальність за діяння, вчинене особою» (п. 4 ч. 1 ст. 284 КПК 2012 р.). Аналіз опублікованої практики в Єдиному державному реєстрі судових рішень приводив до висновку про те, що ледь не у 100% випадків судді, закриваючи кримінальну справу у зв'язку з декриміналізацією діяння, розглядали усунення злочинності діяння новим кримінальним законом як відсутність об'єктивної сторони складу злочину (адже при цьому у «левої» частці відповідних рішень було посилення на п. 2 ч. 1 ст. 6 КПК України 1960 р. як на обставину, яка виключає провадження в справі у зв'язку з відсутністю в діянні складу злочину). Однак усунення злочинності діяння новим законом однозначно не може відноситися до відсутності об'єктивної сторони (та й взагалі до відсутності будь-якого з елементів складу злочину). Адже із самого початку, на момент вчинення діяння, склад злочину все-таки був, діяння розглядалося як злочин і особа підлягала кримінальній відповідальності. І тільки у зв'язку з тим, що пізніше держава декриміналізувала дане діяння, особа не притягується до кримінальної відповідальності, а кримінальна справа закривається. Саме в цьому полягає принципова відмінність між відсутністю у діянні складу злочину (немає одного чи декількох елементів складу) та усуненням злочинності діяння новим кримінальним законом (усі елементи складу на момент вчинення злочину були, але після прийняття нового кримінального закону дане діяння більше не розглядається як злочинне). Зазначена відмінність зумовлює необхідність

виділення декриміналізації діяння як самостійної підстави і пояснює, чому за її наявності не виникає право на реабілітацію.

Правда, слід зазначити, що приведення вироку відповідно до нового кримінального закону в усіх діючих у кримінальному процесуальному законодавстві формах (апеляційне та касаційне провадження, відновлення провадження у справі у зв'язку із нововиявленими обставинами, виконання вироку) пов'язане з великими складнощами, а деколи – неможливе взагалі. А тому реалізація положення, відповідно до якого кримінальний закон має зворотну силу, може бути забезпечена лише за умови створення в майбутньому належного процесуального механізму.

Отже, вивчення взаємозв'язку між кримінальним правом та процесом є необхідним об'єктом їх дослідження. Без глибокого вивчення таких зв'язків не можна належно розвивати ні кримінальний процес, ні кримінальне право. Кримінальне процесуальне та кримінальне право хоч і є самостійними галузями права із властивими їм предметами правового регулювання, але ефект їх правового впливу забезпечується тільки в рамках єдиного кримінально-правового комплексу. Вилучення із цього комплексу правових норм хоча б однієї з його складових робить інші його частини нежиттєздатними. Розрив, відособленість і зумовлена цим неузгодженість та суперечливість кримінального та кримінального процесуального закону, наявність серйозних прогалин та неясностей у законах служать перепорою на шляху їх з'ясування та уясування правових приписів, іноді створюючи неподоланні проблеми в їх застосуванні.

Ігнорування системоутворюючих зв'язків між «родинними» галузями законодавства та недостатньо чітке розмежування предметів правового регулювання нерідко призводить до

міжгалузевих колізій. Це створює чималі складнощі в процесі правозастосовної діяльності, що іноді набувають особливої гостроти через відсутність у законодавстві правил подолання колізій.

При цьому, як видається, колізія кримінально-правових та кримінальних процесуальних норм повинна вирішуватися залежно від того, до сфери регулювання якої галузі права належить певне питання, що викликає колізію. Якщо кримінальний процесуальний закон «намагається» врегулювати питання матеріального кримінального права, то перевага повинна бути віддана кримінальному закону. За протилежного варіанту пріоритет повинен мати кримінальний процесуальний закон.

## ВІДОМОСТІ ПРО АВТОРІВ

**Ківалов С.В.** – президент Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор, академік Національної академії правових наук України, заслужений юрист України

**Аленін Ю.П.** – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України, заслужений юрист України, професор кафедри кримінального процесу Національного університету «Одеська юридична академія»

**Андрушко О.В.** – кандидат юридичних наук, доцент, начальник кафедри кримінального права та процесу Національної академії Державної прикордонної служби України імені Богдана Хмельницького

**Аркуша Л.І.** – доктор юридичних наук, професор, професор кафедри криміналістики Національного університету «Одеська юридична академія»

**Волошина В.К.** – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри кримінального процесу Національного університету «Одеська юридична академія»

**Галаган В.І.** – доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри кримінального та кримінального процесуального права Національного університету «Києво-Могилянська академія»

**Гловюк І.В.** – доктор юридичних наук, доцент, завідувач кафедри кримінального процесу Національного університету «Одеська юридична академія»

**Гуртієва Л.М.** – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри кримінального процесу Національного університету «Одеська юридична академія»

**Демидова Є.Є.** – кандидат юридичних наук, асистент кафедри криміналістики Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

**Демидова Л.М.** – доктор юридичних наук, професор, професор кафедри кримінального права № 1 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

**Дидич О.Ю.** – Національний університет «Одеська юридична академія»

**Дідківська Г.В.** – кандидат юридичних наук, доцент, професор кафедри кримінального права та кримінології Університету державної фіскальної служби України

**Дрішлюк К.В.** – старший викладач кафедри кримінального процесу Національного університету «Одеська юридична академія»

**Дроздов О.М.** – кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінального процесу Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, адвокат, Перший проректор Вищої школи адвокатури, Голова Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури

**Завертайло І.О.** – аспірант кафедри кримінального процесу Національного університету «Одеська юридична академія», начальник відділу прокуратури Одеської області

**Завтур В.А.** – аспірант кафедри кримінального процесу Національного університету «Одеська юридична академія»

**Зіньковський І.П.** – аспірант кафедри кримінального процесу Національного університету «Одеська юридична академія»

**Кавецька В.С.** – аспірант кафедри кримінального процесу Національного університету «Одеська юридична академія»

**Калачова О.М.** – кандидат юридичних наук, доцент, детектив Національного антикорупційного бюро України

**Калиновський О.В.** – кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник, заступник начальника відділу організації науково-дослідної роботи Національної академії внутрішніх справ

**Кириченко В.Л.** – адвокат, аспірант кафедри криміналістики, судової медицини та психіатрії Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

**Коваль М.В.** – кандидат юридичних наук, професор, професор кафедри адміністративного права і процесу та митної безпеки Університету державної фіскальної служби України

**Ковальов А.Г.** – аспірант кафедри кримінального процесу Національного університету «Одеська юридична академія»

**Ковальчук С.О.** – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри кримінальної юстиції Чернівецького юридичного інституту Національного університету «Одеська юридична академія»

**Коломиец Ю.Ю.** – кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедри уголовного права Національного університета «Одесская юридическая академия»

**Комарницька О.Б.** – кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник відділу вивчення проблем протидії організованим злочинності у сфері державної безпеки Міжвідомчого науково-дослідного центру з проблем боротьби з організованою злочинністю при РНБО України

**Лукашкіна Т.В.** – доцент кафедри кримінального процесу Національного університету «Одеська юридична академія»

**Луцюк П.С.** – доктор юридичних наук, заслужений юрист України, адвокат, член Вищої кваліфікаційної комісії суддів України

**Маїлуц Б.Е.** – аспірант кафедри кримінального процесу Національного університету «Одеська юридична академія»



**Малахова О.В.** – кандидат юридичних наук, старший викладач кафедри кримінального процесу Національного університету «Одеська юридична академія»

**Марченко Т.Ю.** – аспірант кафедри кримінального процесу Національного університету «Одеська юридична академія»

**Мисюра А.М.** – кандидат юридичних наук, асистент кафедри кримінального процесу Національного університету «Одеська юридична академія»

**Мудрак І.В.** – кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінального процесу Національного університету «Одеська юридична академія»

**Мурзановська А.В.** – кандидат юридичних наук, старший викладач кафедри кримінального процесу Національного університету «Одеська юридична академія»

**Навроцька В.В.** – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри кримінально-правових дисциплін юридичного факультету Львівського державного університету внутрішніх справ

**Наумова А.О.** – кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінально-правових дисциплін Харківського національного університету внутрішніх справ

**Неледва Н.В.** – кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінального права, процесу та криміналістики Міжнародного гуманітарного університету

**Немчинов Є.С.** – аспірант кафедри кримінального процесу Національного університету «Одеська юридична академія», прокурор Павлоградської місцевої прокуратури Дніпропетровської області, юрист II класу

**Нестор Н.В.** – кандидат юридичних наук, асистент кафедри правосуддя юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка

**Підгородинська А.В.** – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри кримінального процесу Національного університету «Одеська юридична академія»

**Пожар В.Г.** – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри кримінального процесу Національного університету «Одеська юридична академія»

**Пономаренко Д.В.** – адвокат, партнер АО «Barristers»

**Сиза Н.П.** – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри правосуддя Київського національного університету імені Тараса Шевченка

**Соловійов В.О.** – аспірант кафедри кримінального процесу Національного університету «Одеська юридична академія», лейтенант поліції, слідчий слідчого відділу Київського відділу поліції в місті Одесі Головного управління Національної поліції в Одеській області

**Степаненко А.С.** – кандидат юридичних наук, старший викладач кафедри кримінального процесу Національного університету «Одеська юридична академія»

**Стоянов М.М.** – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри кримінального процесу Національного університету «Одеська юридична академія»

**Торбас О.О.** – кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінального процесу Національного університету «Одеська юридична академія»

**Удовенко Ж.В.** – кандидат юридичних наук, доцент, професор кафедри криміналістичного забезпечення та судових експертиз Національної академії внутрішніх справ

**Цехан Д.М.** – кандидат юридичних наук, доцент кафедри криміналістики Національного університету «Одеська юридична академія»

**Шилін Д.В.** – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри кримінального процесу Національного університету «Одеська юридична академія»

**Школьніков В.І.** – здобувач ступеня вищої освіти магістра Національної академії внутрішніх справ

*Наукове видання*

**«КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ КОДЕКС  
2012 РОКУ: ІДЕОЛОГІЯ ТА ПРАКТИКА  
ПРАВЗАСТОСУВАННЯ»**

**Колективна монографія**

*Ківалов С.В., Аленін Ю.П., Андрушко О.В., Аркуша Л.І., Волошина В.К., Галаган В.І., Гловюк І.В., Гуртієва Л.М., Демидова Є.Є., Демидова Л.М., Дидич О.Ю., Дідківська Г.В., Дрішлюк К.В., Дроздов О.М., Завертайло І.О., Завтур В.А., Зінковський І.П., Кавецька В.С., Калачова О.М., Калиновський О.В., Кириченко В.Л., Коваль М.В., Ковальов А.Г., Ковальчук С.О., Коломієць Ю.Ю., Комарницька О.Б., Лукашкіна Т.В., Луцюк П.С., Маїлуц Б.Е., Малахова О.В., Марченко Т.Ю., Мисюра А.М., Мудрак І.В., Мурзановська А.В., Навроцька В.В., Наумова А.О., Неледва Н.В., Немчинов Є.С., Нестор Н.В., Підгородинська А.В., Пожар В.Г., Пономаренко Д.В., Сиза Н.П., Соловійов В.О., Степаненко А.С., Стоянов М.М., Торбас О.О., Удовенко Ж.В., Цехан Д.М., Шилін Д.В., Школьніков В.І.*

Підписано до друку 12.03.2018. Формат 60x84/16.  
Папір офсетний. Гарнітура Times New Roman. Цифровий друк.  
Ум.-друк. арк. 66,73. Тираж 100. Замовлення № 0318м-50.  
Ціна договірна. Віддруковано з готового оригінал-макета.

Видавничий дім «Гельветика»  
E-mail: [mailbox@helvetica.com.ua](mailto:mailbox@helvetica.com.ua)  
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи  
ДК № 4392 від 20.08.2012 р.