

МІНІСТЕРСТВО ВНУТРІШНІХ СПРАВ УКРАЇНИ
Донецький юридичний інститут МВС України

Лобойко Л.М.

Реформування
кримінально-
процесуального
законодавства в Україні
(2006—2011 роки)

Частина 1
Загальні положення
і досудове провадження

Монографія

Київ
Видавництво “Істина”
2012

РЕЦЕНЗЕНТИ:

Зеленецький В.С. — доктор юридичних наук, професор, академік Національної академії правових наук України, заслужений діяч науки і техніки України, заступник директора з наукової роботи НДІ вивчення проблем злочинності Національної академії правових наук України;

Оніщук М.В. — доктор юридичних наук, президент Інституту правової політики;

Погорецький М.А. — доктор юридичних наук, професор, заслужений діяч науки і техніки України, завідувач кафедри правосуддя юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка;

Портнов А.В. — доктор юридичних наук, радник Президента України — керівник Головного управління з питань судоустрою Адміністрації Президента України, секретар робочої групи з питань реформування кримінального судочинства;

Шумило М.Є. — доктор юридичних наук, професор, заслужений діяч науки і техніки України, проректор з навчальної роботи Національної академії Служби безпеки України, голова Асоціації процесуалістів України.

Лобойко Л.М.

Реформування кримінально-процесуального законодавства в Україні (2006—2011 роки). Частина 1. Загальні положення і досудове провадження: монографія. — К.: Істина, 2012. — 288 с.

ISBN 978-966-8909-78-8

Досліджено процес реформування кримінально-процесуального законодавства в Україні у 2006—2011 роках. Розглянуто загальні положення реформування кримінально-процесуального законодавства, а також реформування тієї його частини, що регламентує досудове провадження.

Призначено для викладачів і студентів юридичних навчальних закладів, наукових співробітників, суддів, працівників правоохоронних органів, а також для всіх тих, хто виявляє інтерес до кримінально-процесуального законодавства.

Автор — **Лобойко Леонід Миколайович**,
професор кафедри кримінального процесу
Донецького юридичного інституту МВС України,
доктор юридичних наук, професор

ББК Л9(4Укр)301
УДК 342.98-055

ISBN 978-966-8909-78-8

© Лобойко Л.М., 2012 р.
© Видавництво «Істина», 2012 р.

ЗМІСТ

ПЕРЕДМОВА	6
ПЕРЕЛІК УМОВНИХ СКОРОЧЕНЬ	19

Розділ 1

ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ РЕФОРМУВАННЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА В УКРАЇНІ

1.1. Підстави, цілі і завдання реформування кримінально-процесуального законодавства України	20
1.2. Формалізм як підстава реформування кримінально-процесуального законодавства	39
1.3. Принципи реформування кримінально-процесуального законодавства України	45
1.4. Національні традиції кримінального судочинства і іноземний досвід та міжнародні стандарти: проблеми поєднання під час реформування кримінально- процесуального законодавства	71

Розділ 2
РЕФОРМУВАННЯ
КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО
ЗАКОНОДАВСТВА В ЧАСТИНІ
РЕГЛАМЕНТАЦІЇ ЙОГО
ЗАГАЛЬНИХ ПОЛОЖЕНЬ

2.1. Реформування кримінально-процесуального законодавства в частині регламентації принципів кримінального процесу	
2.1.1. Загальні положення	89
2.1.2. "Розумність" строків як принцип реформованого кримінально-процесуального законодавства	96
2.1.3. Презумпція невинуватості: небезпечний тим, що невинен	108
2.2. Реформування законодавства у частині регламентації заходів кримінально-процесуального примусу	119
2.3. Реформування кримінально-процесуального законодавства в частині регламентації доказів і доказування	
2.3.1. Загальні положення	130
2.3.2. Щодо необхідності регламентації у новому кримінально-процесуальному законодавстві правової експертизи	156
2.4. Реформування кримінально-процесуального законодавства в частині регламентації статусу учасників провадження	
2.4.1. Реформування законодавства в частині регламентації процесуального статусу потерпілого	167
2.4.2. Реформування законодавства в частині регламентації процесуального статусу обвинуваченого, підозрюваного і захисника	182
2.4.3. Реформування законодавства в частині регламентації процесуального статусу слідчого	192

2.4.4. Реформування законодавства в частині регламентації процесуального статусу державного обвинувача (прокурора)	209
2.4.5. Щодо доцільності запровадження в Україні суду присяжних	229

Розділ 3
РЕФОРМУВАННЯ
КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО
ЗАКОНОДАВСТВА:
ДОСУДОВЕ ПРОВАДЖЕННЯ

3.1. Реформування досудового провадження: основні напрями	237
3.2. Реформування стадії порушення кримінальної справи	251
3.3. Кількісні показники діяльності у досудовому провадженні і їхній вплив на реформування кримінально-процесуального законодавства	269
ПІСЛЯМОВА	283

ПЕРЕДМОВА

Кримінально-процесуальний кодекс України (КПК) діє з 1961 року, тобто більше, ніж півстоліття. Ті зміни, що були внесені до КПК після набуття Україною незалежності, суттєво не змінили радянського за своєю суттю порядку провадження у кримінальних справах і правового статусу його учасників.

Перебудова усіх сфер суспільного життя, що відбулася у нашій державі, фактично не зачепила такої важливої сфери суспільних відносин, як кримінально-процесуальні відносини. Потенційним учасником останніх може бути кожний член суспільства. Під час виникнення, розвитку і припинення кримінально-процесуальних відносин права чесних громадян¹ можуть бути піддані суттєвим обмеженням, аж до позбавлення (хоча і тимчасового) волі.

Парадоксом вітчизняної законодавчої практики можна вважати те, що норми прийнятого і введеного у дію у 2001 році нового Кримінального кодексу України протягом 10 років реалізуються у процесуальному порядку, визначеному "старим" КПК. Про цей КПК Президент України сказав, що він обслуговував тоталітарний режим, і його завдання сформовані не з точки зору захисту прав і свобод людини. Це створює невідповідність демократичних принципів та застарілих правових інструментів, недовіру і нерозуміння суспільства у відносинах із судовою системою та правоохоронними органами².

На думку С.П. Головатого, яку він висловив 12 травня 2006 року під час засідання Національної комісії зі зміцнення демократії та утвердження верховенства права, присвяченому створенню нового КПК, питання із визначенням політики у сфері кримінальної юстиції стоїть дуже гостро, бо досі у державі діє стара доктрина кримінального процесу, притаманна державам із тоталітарним або близьким до нього режимом. Фактом, який свідчить про те, що в Україні діють органи репре-

сивного характеру, є сама назва органів, причетних до кримінального процесу, — правоохоронні органи. Аналіз їхніх функцій дозволяти стверджувати, що насправді вони охороняють не суб'єктивне право громадянина, а матеріальне право держави, що повністю суперечить концепції природного права, притаманній усім демократичним державам¹.

У період реформування кримінально-процесуального законодавства загострюються дискусії щодо основних (і неосновних теж) теоретичних і практичних проблем кримінального процесу. Процес реформування кримінально-процесуального законодавства України відбувається в умовах крайніх виявів поглядів на його (реформування) зміст і межі².

Так, одні учені й практики дотримуються традиційних наукових поглядів і збереження традицій українського (національного, а по суті, — радянського) кримінально-процесуального законодавства. Крайність підтримання такої позиції може призвести до реформування заради самого реформування. Останнє у цьому разі буде полягати у незначному коригуванні чинного законодавства. "Найкращим" варіантом такого "реформування" було б залишення чинного кримінально-процесуального законодавства недоторканим.

Інші учені і практики, причетні до наукових досліджень чи написання законопроектів, дотримуються досить кардинальних поглядів.

Якщо законодавство застаріле настільки, що реалізація завдань кримінального процесу і прав та законних інтересів особи є вкрай низькою, то слід подумати над кардинальною реформою інститутів кримінально-процесуального права³. У історії вітчизняного кримінально-процесуального законодавства уже здійснювалися такі кардинальні кроки. Прикладом може слугувати

¹ Цит. за: Бондаренко М. Что ожидает уголовный процесс? // <http://www.uirgastika.com/article.php?id=10006015>

² Уже на першому етапі роботи над проектом КПК разом із процесуальними питаннями гостро дискутувалися й ті, що становлять зміст законодавчої техніки: назва Кодексу ("кримінально-процесуальний" чи "кримінальний процесуальний", оскільки вже є Цивільний процесуальний, Господарський процесуальний), його структура (має бути унікальною чи узгоджуватися зі структурою інших процесуальних кодексів), обсяг (до 500 статей чи більше) та інші.

³ До речі, про радикальне реформування процесуального законодавства йшлося у розділі 2 Концепції судово-правової реформи в Україні, затв. постановою Верховної Ради України від 28 квітня 1992 року № 2296-XII // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 30. — Ст. 426.

¹ Кримінальний процес є тим різновидом соціального процесу, де обвинувачений вважається невинуватим (чесним, добropорядним) до постановлення обвинувального вироку суду.

² Національна комісія зі зміцнення демократії затвердила проект Кримінального процесуального кодексу України та Концепцію боротьби з катуванням // <http://www.helsinki.org.ua/index.php?id=1228925121>

судова реформа 1864 року, коли було ухвалено Статут кримінального судочинства; відбулося ухвалення кримінально-процесуальних кодексів у 1922, 1927, 1960 роках.

Монографічних наукових робіт, присвячених дослідженню реформування кримінально-процесуального законодавства в Україні, за період підготовки різних проектів Кримінально-процесуального кодексу України (протягом двадцяти років) видано не було¹. Як виняток, можна назвати монографію В.Т. Маляренка² та есе Б.Г. Розовського³. Але ці роботи, як і будь-які інші, звичайно, не можуть вичерпати наукової проблеми, що полягає у науковому забезпеченні процесу реформування кримінально-процесуального законодавства.

В.Т. Маляренко, хоч і наголошує у назві роботи на реформуванні кримінального процесу України в контексті *європейських стандартів*, однак аналіз змісту монографії не дає підстав для висновку, що вона присвячена винятково дослідженню проблем реформування кримінального процесу. У першому розділі автор пише про "деякі теоретичні аспекти кримінального процесу України в сучасний період (вид. Л.Л.), у другому — про "розвиток кримінально-процесуального законодавства на різних етапах історії (вид. Л.Л.) України", у третьому дає характеристику *чинного* кримінально-процесуального права України. І лише у четвертому розділі В.Т. Маляренко розглядає проблеми "пошуку шляхів розвитку (а не реформування — Л.Л.) кримінально-процесуального права України". Учений виокремлює чотири таких проблеми, котрі винесені у заголовки кожного із підрозділів четвертого розділу: 1) аналіз положень проекту нового КПК⁴; 2) заочне провадження у кримінальному судочинстві України; 3) відновлювальне правосуддя як складова криміналь-

ного процесу України; 4) перспективи запровадження в Україні суду присяжних¹.

На жаль, монографія В.Т. Маляренка, у назві якої ключовим словом є "реформування", не дає відповіді на питання щодо поняття реформування кримінального процесу (права, законодавства), його (реформування) принципів, передумов, мети, завдань, етапів, предмету і меж, видів, суб'єктів, наукового забезпечення тощо. Так само як немає у ній відповіді і на питання про те, що становлять собою європейські стандарти, у контексті яких, на думку В.Т. Маляренка, має відбуватися реформування кримінального процесу в Україні. Не сформульовано не лише поняття цих стандартів, а й їхню систему, не показано їх цінність для реформування вітчизняного кримінального процесу².

Між тим, питання адаптації кримінально-процесуального законодавства до європейських стандартів є одним із рішень, яке наблизить Україну до становлення правової держави, на чому наголошує Президент Національної академії правових наук України В.Я. Тацій³.

У цій книзі викладені основні питання, що виникали під час роботи над проектом КПК, котрий готувала робоча група Нацкомісії. Автор монографії був у складі цієї робочої групи від початку її роботи до завершення і подання проекту в жовтні 2009 року до Кабінету Міністрів України, а також є членом робочої групи з питань реформування кримінального судочинства, утвореної 17 серпня 2010 року Указом Президента України⁴.

¹ Маляренко В.Т. Реформування кримінального процесу України в контексті європейських стандартів: теорія, історія і практика: монографія. — К.: Концерн "Видавничий дім "Ін Юре", 2004. — С. 3—4. Отже, лише у одному розділі монографії викладені окремі, до того ж, як на мене, не головні, положення, що підлягають реформуванню.

² Викладаючи цей абзац, не маю на меті критикувати роботу В.Т. Маляренка. Вона є фундаментальною, цінною як для науки, так і для практики. Метою цього абзацу є лише обґрунтування того, що у напрямі теоретичних розробок проблем реформування кримінально-процесуального законодавства ще не усе зроблено. Не на всі питання дається відповідь і у цій моїй роботі, бо проблематика реформування є дуже широкою.

³ Тацій В.Я. Становлення національної правової держави і правового суспільства: виклики і рішення // Проблеми законності: Респ. міжвідомч. наук. зб. / Відп. ред. В.Я. Тацій. — Харків: Нац. юрид. акад. України, 2008. — Вип. 94. — С. 9.

⁴ Указ Президента України від 17 серпня 2010 року № 820/2010 "Про робочу групу з питань реформування кримінального судочинства" // Офіційний вісник Президента України. — 2010. — № 25. — Ст. 807.

¹ На рівні наукових статей питання реформування кримінально-процесуального законодавства досліджувалися досить активно (див., напр.: Стахівський С.М. Проблеми реформування кримінально-процесуального законодавства: вибрані твори / Упоряд.: Запотоцький А.П., Омельченко О.Є., Савицький Д.О. — К.: Бізнес Медіа Консалтинг, 2010. — 276 с.

² Див.: Маляренко В.Т. Реформування кримінального процесу України в контексті європейських стандартів: Теорія, історія і практика: монографія. — К.: Концерн "Видавничий дім "Ін Юре", 2004. — 544 с.

³ Розовський Б.Г. Ненаучные заметки о некоторых научных проблемах уголовного процесса: эссе. — Луганск: РИО ЛАВД, 2004. — 600 с.

⁴ У цій частині монографії В.Т. Маляренка йдеться про проект КПК за реєстраційним № 3456-1 (друге читання), що був підданий нищівній критиці експертами РЄ.

Метою видання цієї монографії є переконання наукової юридичної (процесуальної) громадськості у необхідності кардинального реформування кримінально-процесуального законодавства.

Кримінально-процесуальний кодекс України, народжений у Радянському Союзі, можна і далі "лікувати ін'єкціями" змін і доповнень, або навіть робити "пластичні операції", як це мало місце у 2001 році під час "малої" судової реформи, і у 2010 році під час реформи законодавства про судоустрій і статус суддів, але від цього він не стане сучасним процесуальним кодексом європейського типу, побудованим на природному праві, європейському правовому гуманізмі¹.

Як правильно зазначає М.В. Онішук, дедалі очевиднішим стає те, що практика фрагментарних удосконалень кримінально-процесуального закону не може змінити ситуацію, а лише слугує відстрочкою для запровадження нової моделі кримінального процесу, побудованої на ідеологічно інших принципах та засадах².

Під час обговорень проекту КПК багато українських експертів³ висловлювало думку про те, що запровадження нового КПК є невчасним, бо в Україні у правоохоронній і судовій системах не подолано корупцію. За таких умов, мовляв, навіть найкращий КПК не діятиме.

Так, дійсно, за умов поширення корупції жодний закон не буде діяти. Тоді виникає запитання: якщо ці органи є корумпованими, то може треба тоді регламентувати спеціальними кодексами розмір хабарів за вирішення певних питань (матеріальне право) та процесуальний порядок давання і приймання хабарів (процесуальне право). Тобто корупцію (мафію) треба очолити державі! А якщо серйозно, то який би КПК не був прийнятий, все одно корупціонери зведуть його ефективність нанівець. Це гірка правда.

Але лише новим КПК корупцію не подолати. Окремі його положення можуть дещо знизити її рівень. Однак проблема

¹ Про суть європейського правового гуманізму як чинника реформування вітчизняного кримінально-процесуального права див.: Пепеляєв С.Г. Європейський правовий гуманізм як чинник реформування кримінально-процесуального права України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.12 / НАВС України. — К., 2005.

² Онішук М. Новий КПК — база для основних реформ у кримінальному процесі України // <http://www.xenodocuments.org.ua/factitem/682>

³ Маються на увазі особи, причетні до кримінального процесу з різних сторін: законодавці (народні депутати), практики, науковці.

подолання корупції знаходиться у багатьох площинах, більшість з яких не є правовими. Тут немає потреби про них говорити. Єдине, що хотілося б зауважити, так це навести загальновідоме правило: "Немає норм права, які б не можна було порушити". Однак це не може стримувати державу у реформуванні кримінально-процесуального законодавства і прийнятті нового КПК, який іноді називають "другою Конституцією".

Тривале неприйняття нового КПК¹, попри обіцянки Раді Європи, обумовлене, як на мене, українською (та й взагалі — слов'янською) ментальністю. Остання, серед іншого, пов'язана з тим, що кожен із нас хоче зробити щось ідеальне², неперевершене, навіки. І в цьому немає нічого поганого³. Проблема тільки у тому, що коли починається якась колективна праця, то спрацьовує інша національна традиція: "два українці — три гетьмани", кожен із яких вважає, що саме він і творить те ідеальне, що потрібно усім.

Так відбувається і у Верховній Раді України, коли вирішуються якісь політичні питання, так, на жаль, відбувалося і з проектом КПК у відповідних робочих групах.

¹ Російський професор І.Б. Михайловська вважає тривалим строк у 8 років після ухвалення Конституції РФ, протягом якого у Російській Федерації не було ухвалено КПК (див.: Михайловская И.Б. Цели, функции и принципы российского уголовного судопроизводства (уголовно-процессуальная форма). — М.: ТК "Велби", Изд-во "Перспектив", 2003. — С. 20). Що тоді вже говорити про тривалість строку неприйняття нового КПК України, коли після ухвалення Конституції минуло без малого 16 років!

² Не можна не погодитися із науковцями, які пишуть: "Немає таких людей, творчих груп, які здатні написати ідеальний закон, що виключає необхідність його подальшого удосконалення. Закон оголошений ідеальним, у той же час перестає бути таким, бо він не удосконалюється, стає мертвим" (див.: Крашенинников П.В., Плигин В.Н., Мизулина Е.Б. Вступительная статья / Уроки реформы уголовного правосудия в России (по материалам работы Межведомственной рабочей группы по мониторингу УПК РФ и в связи с пятилетием со дня его принятия и введения в действие): Сборник статей и материалов / Под ред. Е.Б. Мизулиной, В.Н. Плигина; научн. ред. Е.Б. Мизулина. — М.: Юристъ, 2006. — С. 10).

³ Б.Г. Розовський пише, що теорія кримінального процесу має одну відмінну властивість: її здатність створювати проблеми значно переважає можливість їхнього вирішення. Є 2 способи ставлення до життя. Перший — реалістичний, заснований на розумінні його (життя — Л.Л.) принципової недосконалості. Другий — ідеалістичний, що полягає у прагненні обов'язково досягти досконалості в будь-якому життєвому напрямі. Про ідеали пишуть у підручниках, доволі часто їх вміщують у закони. Коли справа доходить до реалізації, з'ясовується, що не усе так гладко (Розовский Б.Г. Ненаучные заметки о некоторых научных проблемах уголовного процесса: эссе. — Луганск: РИО ЛАВД, 2004. — С. 21).

Думаю, немає нічого поганого у тому, що ідеал вміщують у підручники чи у закони. Проте, якщо це дійсно ідеал.

Протягом часу роботи над проектом, починаючи від 1992 року, один і той же текст цього законодавчого акту подавався на розгляд Верховної Ради України різним складом депутатів. До робочих груп із його опрацювання включали різних осіб. Але текст проекту протягом 2003—2007 років практично не зазнавав змін, бо концептуальною ідеєю розробки нового КПК була, на мою особисту думку, лише потреба удосконалити чинний КПК шляхом деталізації і розширення змісту його положень¹.

У резолюції ПАРЄ № 1346 (2003) щодо виконання Україною своїх обов'язків та зобов'язань вказувалося, що "Асамблея висловлює своє глибоке занепокоєння щодо повільного прогресу у впровадженні принципів та стандартів Ради Європи органами влади України, що підтверджується тим фактом, що остання версія проекту Кримінально-процесуального кодексу в ряді своїх положень є несумісною зі стандартами Ради Європи, гарантованими Європейською конвенцією з прав людини та судовою практикою Європейського суду з прав людини"².

Відомий український правознавець А.П. Бущенко³ у коментарях до проекту КПК у версії 2003 року зазначив: "У суспільствах, що будуються на верховенстві права та повазі до невід'ємних прав людини, кримінально-процесуальне законодавство становить кодекс прав особи щодо державної (особливо обвинувальної) влади. Проект репрезентує інше уявлення про завдання Кодексу. Він ґрунтується на презумпції, що кримінальний процес є не змаганням сторін з протилежними інтересами задля того, щоб надати суду можливість встановити дійсні обставини справи, а є процесом пошуку та покарання винних, і Кримінально-процесуальний кодекс є збіркою методичних рекомендацій для такої діяльності"⁴.

¹ Б.Г. Розовський правильно зазначив: "Проект КПК (2003 року — Л.Л.) підшопаний, підрум'янений чинний КПК" (Розовский Б.Г. Ненаучные заметки о некоторых научных проблемах уголовного процесса: эссе. — Луганск: РИО ЛАВД, 2004. — С. 330).

² Резолюція 1346 (2003) ПАРЄ "Виконання Україною своїх обов'язків та зобов'язань" // http://www.medialaw.kiev.ua/laws/laws_international/67/

³ Входить до складу робочої групи Нацкомісії з підготовки проекту КПК.

⁴ Коментар до проекту Кримінально-процесуального кодексу України, запропонованого до другого читання у Верховній Раді // Інформаційний портал Харківської правозахисної групи: <http://khp.org.ua/index.php?id=1085736131>. Про позитивні сторони цього проекту КПК див.: Письменный Д.П. Реформа уголовно-процессуального законодательства Украины: состояние и перспективы / Материалы международной научной конференции, посвященной 160-летней годовщине со дня рождения проф. И.Я. Фойницкого "Стратегии уголовного

Проект КПК був навіть ухвалений у 2003 році Верховною Радою України у першому читанні, але у 2005 році був знятий із розгляду¹. Причиною цього стали негативні висновки експертів Ради Європи щодо тексту проекту. Так, Драгош Кош (Республіка Словенія) зазначив: "... потрібно порекомендувати українським органам... переробити теперішній текст чи скласти новий", а на думку професора, доктора Іоахіма Херрмана (ФРН): "Проект потрібно достеменно та глибоко переглянути, щоб підвести його до стандартів Європейської конвенції та сучасних європейських правових принципів"².

У зв'язку з цим Президент України особисто взявся за визначення ідеології і методології нового проекту КПК. Своїм Указом від 20 січня 2006 року № 39 "Про План заходів із виконання обов'язків та зобов'язань України, що впливають з її членства в Раді Європи"³ він доручив розроблення нового КПК Міністерству юстиції України та Нацкомісії. Іншим Указом затверджена Концепція реформування кримінальної юстиції України⁴. Саме цей документ став відправною точкою та базою для побудови ідеологічно нового кримінального процесу.

Робоча група Нацкомісії розпочала свою роботу з підготовкою тексту проекту КПК у липні 2006 року. Діяльність із підготовки проекту відбувалася під патронатом Міністерства юстиції України⁵ за експертної підтримки Ради Єв-

судопроизводства". 11—12 октября 2007 г. (Санкт-Петербург) // <http://www.iuaj.net/modules.php?name=Pages&go=page&pid=303>; Лавриненко И. Обвиняемый тоже человек: парламент запланировал реформу уголовного судопроизводства. Есть шанс, что следствие будет проводиться цивилизованнее // <http://www.business.ua/i524/a15882/>

¹ Ґрунтовніше про це див.: Банчук О. Системність і послідовність у реформуванні кримінальної юстиції // http://www.yuricom.com/ua/legal_bulletin_of_Ukraine/publications/?aid=1282&gid=51

² Коментарі до проекту Кримінально-процесуального кодексу експертів Ради Європи // <http://helsinki.org.ua/index.php?id=1109854088>

³ Указ Президента України від 20 січня 2006 року № 39/2006 "Про План заходів із виконання обов'язків та зобов'язань України, що впливають з її членства в Раді Європи" // Офіційний вісник України. — 2006. — № 4. — Ст. 143.

⁴ Концепція реформування кримінальної юстиції України, затв. Указом Президента України від 15 лютого 2008 року № 311/2008 "Про рішення Ради національної безпеки і оборони України "Про хід реформування системи кримінальної юстиції та правоохоронних органів" // Офіційний вісник Президента України. — 2008. — № 12. — Ст. 486.

⁵ Значну роль у опрацюванні проекту КПК відіграв Міністр юстиції України М.В. Онішук.

ропи¹. Склад групи був "плаваючим". Одні її члени підключалися до роботи, інші виходили. Склад цієї групи не затверджувався рішеннями вищих органів державної влади. Кожний, хто бажав взяти участь у її роботі, міг на будь-якому етапі долучитися до цього. Діяльність групи була відкритою від самого початку її роботи.

Протягом 2007—2008 років Національна комісія за підтримки Департаменту юстиції США та РЄ провела низку "круглих столів" у провідних юридичних навчальних закладах міст Києва, Харкова, Львова, Одеси, Дніпропетровська, в яких взяли участь науковці, представники правоохоронних органів та судової влади України². Враховуючи зауваження експертів РЄ, пропозиції й коментарі українських правників, робоча група доопрацювала проект КПК.

Текст проекту було направлено на експертизу до Ради Європи і отримано позитивні висновки її експертів. У висновках було, зокрема, відзначено, що проект нового Кримінального процесуального кодексу "порівняно з попереднім проектом³,... закладає адекватні підвалини для добре розробленого Європейського кодексу... . Проект відповідає Європейській конвенції з прав людини, як вона тлумачиться Європейським судом... . Проект також відповідає загальноприйнятим стандартам кримінального права, що застосовується в інших європейських країнах"⁴. На думку експертів Ради Європи, "у порівнянні із попередніми моделями проект КПК робить дуже великий крок уперед. Якщо він буде прийнятий у сьогоднішній редакції..., КПК безсумнівно

¹ У засіданнях робочої групи постійно брали участь експерти від Італії, ФРН, Сполученого Королівства, США. Слід відзначити, що діяльність зазначених експертів не була нав'язливою, а мала суто роз'яснювальний і рекомендаційний характер щодо відповідності тих положень, що пропонувалися робочою групою до проекту КПК, ЄКПЛ та рішенням ЄСПЛ. Завдяки спілкуванню з європейськими експертами відбулася значна трансформація моїх поглядів щодо концептуальних ідей і окремих положень, які повинні існувати в оновленому кримінально-процесуальному законодавстві з тим, щоб воно не мало характеру "методичних рекомендацій з пошуку винних".

² Тому закиди про утаємниченість діяльності робочої групи Нацкомісії, які свого часу звучали на її адресу, не мають під собою ґрунту.

³ Мається на увазі проект КПК, що ухвалювався Верховною Радою України у першому читанні у 2003 році.

⁴ Коментар до проекту КПК України Іоахіма Херрмана. Аусбурзький ун-т. Німеччина. — 2007. — Травень. — 20 с.

суттєво відповідатиме нормам кримінального правосуддя, які діють у Європі"¹.

Отже, робоча група Нацкомісії досягла відповідності проекту КПК рекомендаціям Ради Європи.

На мою думку, згаданий вище проект КПК відповідав би і вимогам п. 3 Віденської декларації про злочинність та правосуддя: відповіді на виклики XXI століття, де підкреслено відповідальність кожної держави за впровадження і підтримання справедливої, відповідальної, етичної і ефективної системи кримінального правосуддя².

11 вересня 2009 року Рада національної безпеки і оборони України своїм Рішенням зобов'язала Кабінет Міністрів України до 1 грудня 2009 року внести на розгляд Верховної Ради України проект Кримінального процесуального кодексу України (підпункт 1 п. 4 Рішення³).

У жовтні 2009 року проект КПК було подано до Міністерства юстиції України для подальшого його подання до Президента України, а потім і до Верховної Ради України. 14 жовтня 2009 року проект було схвалено на засіданні Кабінету Міністрів України і прийнято рішення винести його на широке громадське обговорення.

¹ Коментар до проекту КПК України Ричарда Воглера. Сусекський ун-т. Сполучене Королівство. — 2007. — Вересень. — 19 с.

² Віденська декларація про злочинність та правосуддя: відповіді на виклики XXI століття. Ухвалена на Десятому Конгресі Організації Об'єднаних Націй із попередження злочинності і поводження з правопорушниками у Відні 10—17 квітня 2000 року // http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_443&fpage=1&text=%F1%EF%F0% E0%E2%E5%E4%EB&x=9&y=7. На думку З.Д. Єнікеєва, багато російських юристів — суддів, прокурорів, слідчих, дізнавачів, адвокатів та й органів законодавчої і виконавчої влади — ще не усвідомили надзвичайну цінність зазначеного міжнародного документу, а також практичні потреби і вимоги, що випливають з інших міжнародних актів у царині захисту прав людини і боротьби зі злочинністю (див.: Єнікеєв З.Д. Исследование проблем правовой защиты общечеловеческих ценностей как одно из важных направлений развития отечественной уголовно-процессуальной науки / Школы и направления уголовного-процессуальной науки: Доклады и сообщения на учредительной конференции Международной ассоциации содействия правосудию. — Санкт-Петербург, 5—6 октября 2005 г. / Под ред. А.В. Смирнова. — СПб., 2005 // <http://iujaj.net/lib/konf-MASP/enikeev.htm>). На мою думку, не усвідомили цього й багато українських юристів.

³ Рішення РНБО від 11 вересня 2009 року "Про стан злочинності у державі та координацію діяльності органів державної влади у протидії злочинним проявам та корупції" // <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi>

Однак після цього розпочалася кампанія із виборів Президента України, і питання подальшого руху проекту КПК Нацкомісії було відкладене на невизначений термін.

Слід відзначити, що паралельно продовжувалася робота і над проектом, що перебував на розгляді у Верховній Раді України¹. Так, 11 березня 2008 року було зареєстровано проект постанови Верховної Ради України № 2203 "Про утворення Тимчасової спеціальної комісії Верховної Ради України з опрацювання проекту Кримінально-процесуального кодексу України"². У пояснювальній записці до проекту постанови говорилося: "В даний час опрацьовано понад 9,5 тисяч пропозицій, що надійшли від суб'єктів права законодавчої ініціативи, а також висновки ПАРЕ, що дозволило отримати добротний проект Кодексу та привести його у відповідність із європейськими стандартами. Передача проекту Кримінально-процесуального кодексу для доопрацювання Комітету з питань правосуддя може призвести до втрати величезних напрацювань до згаданого законопроекту, як це мало місце у попередні роки (проекти КПК, підготовлені робочими групами відповідно у 1994 та 1997 роках).

Також слід зазначити, що понад дві третини змісту КПК України регламентують діяльність органів досудового слідства, прокуратури та виконання покарань, законодавче забезпечення діяльності яких знаходиться у віданні Комітету Верховної Ради України з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності"³. Отже, члени Комітету Верховної Ради України з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності вважали, що проект КПК має розглядатися саме цим комітетом, а не комітетом з питань правосуддя. Тобто у Парламенті України існувала конкуренція щодо "законодавчого авторства" проекту КПК.

¹ Склад робочої групи затверджений розпорядженнями Голови Верховної Ради України від 3 квітня 2003 року № 330 та від 16 листопада 2004 року № 1332.

² Проект постанови Верховної Ради України від 11 березня 2008 року № 2203 "Про утворення Тимчасової спеціальної комісії Верховної Ради України з опрацювання проекту Кримінально-процесуального кодексу України" // http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=31960

³ Пояснювальна записка до проекту Постанови Верховної Ради України "Про утворення Тимчасової спеціальної комісії Верховної Ради України з опрацювання проекту кримінально-процесуального кодексу України" // http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=31960

Законопроект про створення Тимчасової спеціальної комісії Верховної Ради України з опрацювання проекту КПК був підготовлений з метою створення окремого спеціалізованого органу в структурі парламенту, який би професійно займався підготовкою та доопрацюванням проекту КПК та залучення до відповідного процесу представників усіх політичних партій, репрезентованих у Верховній Раді України (пояснювальна записка до проекту згаданої вище постанови Парламенту).

13 січня 2009 року народні депутати зареєстрували іншу постанову (на заміну проекту від 11 березня 2008 року) з такою самою назвою¹. Але під час голосування за відповідне рішення проголосували лише 198 депутатів з 426 зареєстрованих у залі².

Після виборів 2010 року Президент України досить активно розпочав роботу із організації доопрацювання проекту КПК, підготовленого робочою групою Нацкомісії, і створив своїм Указом від 17 серпня 2010 року робочу групу з питань реформування кримінального судочинства.

16 червня 2011 року на засіданні під головуванням Президента України робоча група, утворена ним, надала доопрацьований проект КПК на розсуд журналістів, а 5 липня 2011 року текст проекту було розміщено на сайті Міністерства юстиції України.

Отже, скільки б не велося розмов про значну кількість різних варіантів проекту КПК України (кількість коливається від одного до восьми), таких варіантів існує всього два. Перший із них зареєстрований на сайті Верховної Ради України 13 грудня 2007 року за № 1233. Другий наразі направлений до Ради Європи для одержання висновку експертами Венеціанської комісії про його відповідність європейським стандартам.

Проект КПК ще повинен бути доопрацьований із урахуванням висновків експертів Ради Європи³ і ухвалений парламентом

¹ Проект постанови Верховної Ради України від 13 січня 2009 року № 2203 "Про утворення Тимчасової спеціальної комісії Верховної Ради України з опрацювання проекту Кримінально-процесуального кодексу України" // http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=31960

² Див.: Верховна Рада не змогла утворити ТСК з опрацювання проекту Кримінально-процесуального кодексу України // <http://www.rbc.ua/ukr/newsline/2009/03/05/513274.shtml> (станом на 05.03.2009).

³ Рада Європи не вимагає, щоб ці висновки були враховані. Але рекомендує їх враховувати з метою зменшення випадків звернення громадян держави — учасниці РЄ до ЄСПЛ.

України. Залишається сподіватися, що він буде якісним нормативно-правовим актом, який дозволить швидко і справедливо відновлювати права громадян, порушені злочином. Слід цілком погодитися із Президентом України в тому, що новий Кримінальний процесуальний кодекс має стати фундаментальним, основоположним документом української демократії¹.

Автор цієї монографії вважав за потрібне донести до осіб, яким цікаво знати, як саме готувався проект КПК від Нацкомісії, якими були основні і найбільш дискусійні питання, що виникали під час роботи над проектом, а також положення, що суттєво відрізняються від тих, котрі містяться у чинному кримінально-процесуальному законодавстві. У тексті монографії здійснено також порівняльний аналіз окремих положень проекту КПК Нацкомісії і проекту КПК, що становить собою текст останнього, доопрацьований секретаріатом робочої групи з питань реформування кримінального судочинства.

Період дослідження проблем, окреслених у цій монографії, — 2006—2011 роки — вибраний не випадково. Саме у цей період її автор мав честь брати участь у розробленні тексту проекту КПК Нацкомісії. У ці роки відбувалося становлення поглядів автора щодо напрямів удосконалення вітчизняного кримінально-процесуального законодавства шляхом його реформування на підставі принципів, проповідуваних ЄКПЛ і ЄСПЛ; запровадження в Україні відновного правосуддя замість карального, вбудованого радянською системою.

Так, Комітет міністрів РЄ рекомендує впровадити систематичну перевірку на відповідність ЄКПЛ законопроектів, особливо тих, що можуть вплинути на права та свободи, які вона захищає. Це ключовий момент: ухвалюючи закон, що успішно пройшов перевірку на відповідність ЄКПЛ, держава зменшує ризик того, що в цьому законі закладено порушення ЄКПЛ і що ЄСПЛ виявить таке порушення. Більш того, у такий спосіб держава встановлює для своїх адміністративних органів узгоджені з ЄКПЛ рамки діяльності стосовно всіх, хто перебуває під її юрисдикцією (п. 5 Рекомендації Rec(2004)6 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам "Щодо вдосконалення національних засобів правового захисту". Ухвалено на 114-й сесії Комітету міністрів від 12 травня 2004 року // Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі. — 2004. — № 4).

У деяких випадках для проведення перевірки може передбачатися допомога РЄ. Така допомога вже доступна. Проте кожна держава сама вирішує, чи враховувати висновки, зроблені в рамках цієї допомоги (п. 6 цієї самої Рекомендації).

¹ Національна комісія зі зміцнення демократії затвердила проект Кримінального процесуального кодексу України та Концепцію боротьби з катуванням // <http://www.helsinki.org.ua/index.php?id=1228925121>

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ СКОРОЧЕНЬ

ЄКПЛ	— Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод
ЄСПЛ	— Європейський суд з прав людини
ЖРЗПЗ	— журнал реєстрації заяв і повідомлень про злочини
КПК	— Кримінально-процесуальний кодекс України
Концепція 2008 року	— Концепція реформування кримінальної юстиції України
Нацкомісія	— Національна комісія зі зміцнення демократії та утвердження верховенства права при Президенті України
ОРД	— оперативно-розшукова діяльність
ПАРЄ	— Парламентська Асамблея Ради Європи
Проект КПК-1233	— проект КПК, що перебуває на розгляді у Верховній Раді України з реєстраційним № 1233
Проект КПК 2008 року	— проект КПК, підготовлений робочою групою Нацкомісії і спрямований до Кабінету Міністрів України у 2008 році
Проект КПК 2011 року	— проект КПК, підготовлений у 2001 році на базі проекту КПК Нацкомісії робочою групою з питань реформування кримінального судочинства
РРФСР	— Російська Радянська Федеративна Соціалістична Республіка
СІЗО	— слідчий ізолятор
ІТТ	— ізолятор тимчасового тримання

Розділ 1

ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ РЕФОРМУВАННЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА В УКРАЇНІ

1.1. Підстави, цілі і завдання реформування кримінально-процесуального законодавства України

Протягом значного часу тривають дискусії щодо напрямів реформування кримінального процесу. Висловлюються найрізноманітніші позиції. Але для того, щоб рухатися у якомусь напрямі, треба спочатку визначитися, якими мають бути ці напрями. Визначення напрямів реформування кримінально-процесуального законодавства залежить від правильного і чіткого формулювання цілей реформування.

Під час формулювання цілей реформування кримінально-процесуального законодавства слід враховувати два тісно пов'язаних між собою аспекти.

По-перше, цілі реформування законодавства йдуть "від сучасного". Це означає, що будь-яка реформа ставить за мету позбавитися тих негативних положень, що існують у законодавстві, яке планується реформувати. Виходячи із аналізу чинного кримінально-процесуального законодавства, практики його застосування та теоретичних робіт з проблем сучасного кримінального процесу, можна зробити висновок про те, що до числа негативних положень належать такі: невідповідність кримінально-процесуального законодавства у частині регламентації прав суб'єктів процесу європейським стандартам правового становища особи у кримінальному судочинстві; високий ступінь формалізму у кримінально-процесуальній діяльності; нерівність можливостей сторін обвинувачення і захисту, особливо на досудових стадіях процесу; роз'єднаність (автономність) процесуальної і оперативно-розшукової діяльності у кримінальних справах; пасивна роль прокурора під час досудового провадження; право судів першої інстанції вирішувати долю апеляції; право суду направляти кримінальну справу для провадження додаткового слідства, що є "процесуальним архаїзмом" у сучасному праві; відсутність

законодавчої регламентації підстав до здійснення відновного (нетрадиційного) правосуддя, визнаного у Європі досить дієвою альтернативою традиційному правосуддю, та ін.

Усунення зазначених негативних положень є *загальною метою* реформування кримінально-процесуального законодавства.

У той же час слід зважати і на те, що сучасна держава з метою самоутвердження почасти використовує міфи. Особливе значення при цьому мають міфи кодексів і законів, котрі прагнуть довести, що майбутнє повинно будуватися за моделлю сучасного¹. У підрозділі 1.4 цієї роботи буде охарактеризовано стан цієї "міфології" в Україні.

По-друге, оскільки цілі обов'язково мають бути спрямовані на майбутнє, реформатори повинні чітко заявити про те, що вони планують досягти у результаті реформування.

Сформулювати цілі у всіх деталях вкрай важко, а то й зовсім нереально. Формулювання цілей реформування у подробицях на рівні інститутів і статей позбавляло б необхідності утворювати робочі групи з підготовки проектів законів. Діяльність цих груп у такому разі зводилася б до механічного викладення "дрібних" цілей (бажаних результатів) реформування у відповідному проекті закону. Тому ініціатори реформування кримінально-процесуального законодавства спочатку викладають у програмному документі, ухваленому на найвищому, загальнодержавному рівні, загальні цілі реформування. Такі цілі стають орієнтиром для робочої групи з підготовки проекту кодифікованого нормативно-правового акту, яким є КПК.

У такий спосіб розпочиналася реформа кримінально-процесуального законодавства у 1992 році, коли Верховна Рада України ухвалила Концепцію судово-правової реформи в Україні². На підставі цієї Концепції підготовлено проект КПК за № 1233³.

У 2006 році так само розпочалася робота з підготовки альтернативного проекту КПК. Тільки ініціативу в реформуванні

¹ Рулан Н. Юридическая антропология. — М.: Норма, 1999. — С. 247—248.

² Концепція судово-правової реформи в Україні, затв. постановою Верховної Ради України від 28 квітня 1992 року № 2296-XII // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 30. — Ст. 426.

³ Проект Кримінально-процесуального кодексу України, внесений на розгляд Верховної Ради України народними депутатами В.Р. Мойсицом, І.В. Вернидубовим, С.В. Ківаловим, Ю.А. Кармазіним (реєстраційний № 1233 від 13 грудня 2007 року) // http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webprp

законодавства перейняв Президент України. У травні 2006 року він своїм Указом затвердив Концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів¹. Концепція стала відправним пунктом для підготовки нового проекту КПК. Робоча група розпочала свою діяльність відразу після затвердження Концепції. Пізніше, коли робота над проектом КПК підходила до завершення, цілі реформування кримінального процесу були сформульовані конкретніше у схваленій Президентом України Концепції реформування кримінальної юстиції². Цілі реформування кримінально-процесуального законодавства у цій Концепції стали частиною цілей реформування кримінальної юстиції України. Сформульовані у 2008 році цілі змусили робочу групу внести певні корективи до тексту проекту КПК.

Робоча група з питань реформування кримінального судочинства, утворена Президентом України 17 серпня 2010 року³, взявши за основу проект КПК, розроблений робочою групою Нацкомісії, також внесла до нього корективи, дещо відійшовши від тих прогресивних положень, що були закладені у проект раніше (про них мова піде далі).

Не буду вдаватися в подробиці формулювання цілей реформування кримінально-процесуального законодавства у цих концепціях, але заради справедливості зазначу, що у концепціях 2006 та 2008 років цілі реформування кримінально-процесуального законодавства сформульовані конкретніше порівняно із Концепцією 1992 року.

Мета реформування кримінально-процесуального законодавства може ставитися кардинальна — повністю змінити законодавство. Зрозуміло, що повна заміна кримінально-процесуального законодавства, систему якого складають Конституція України, ратифіковані Верховною Радою України міжнародні

¹ Концепція вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів, затв. Указом Президента України від 10 травня 2006 року № 361/2006 // Офіційний вісник України. — 2006. — № 19. — Ст. 1376.

² Концепція реформування кримінальної юстиції України, затв. Указом Президента України від 8 квітня 2008 року № 311/2008 // Офіційний вісник Президента України. — 2008. — № 12. — Ст. 486.

³ Указ Президента України від 17 серпня 2010 р. № 820/2010 "Про робочу групу з питань реформування кримінального судочинства" // Офіційний вісник Президента України. — 2010. — № 25. — Ст. 807.

договори, КПК, закони України "Про прокуратуру", "Про адвокатуру", "Про міліцію" та інші, є завданням вкрай складним, але не неможливим. Основним же нормативно-правовим актом, що регулює кримінально-процесуальні відносини, є КПК.

Отже, коли мова йде про кардинальне реформування кримінально-процесуального законодавства як про мету, то найчастіше мається на увазі ухвалення нового КПК. Такий підхід до мети реформування є спрощеним. Досягнення цієї мети може і не призвести до кардинальних змін у регламентації кримінально-процесуальних відносин. Прикладом реалізації такої мети з урахуванням висновків експертів Ради Європи можна вважати законопроект 1233. Експерти Ради Європи, проаналізувавши зазначений проект, дали негативні висновки.

Драгош Кош (Республіка Словенія) зазначив: "... потрібно порекомендувати українським органам... переробити теперішній текст чи скласти новий"¹, а професор, доктор Іоахім Херрман (ФРН) зазначав: "Проект потрібно достеменно та глибоко переглянути, щоб підвести його до стандартів Європейської конвенції та сучасних європейських правових принципів"².

Законопроект 1233 піддавався критиці і вітчизняними авторами за те, що він не змінює концепції кримінального процесу, покладеної в основу чинного КПК, ухваленого майже півстоліття тому³. А у регулюванні окремих питань навіть робить крок назад порівняно із чинним КПК. На проект КПК-1233 Головним науково-експертним управлінням Верховної Ради України 8 липня 2008 року підготовлено висновок, у п. 15 якого після узагальнення зауважень зазначено: "... управління вважає за необхідне констатувати, що прийняття проекту КПК без усунення викладених зауважень і суттєвого його удосконалення

¹ Коментарі до проекту Кримінально-процесуального кодексу експертів Ради Європи // <http://helsinki.org.ua/index.php?id=1109854088>

² Там само.

³ Примаченко О. Кримінально-процесуальний кодекс перехідного періоду // Дзеркало тижня. — 2004. — № 12 (4887). — 27 березня — 2 квітня; Проект Кримінально-процесуального кодексу слід зняти з розгляду в парламенті та розробити новий на принципах поваги та дотримання прав людини й основних свобод // <http://helsinki.org.ua/index.php?id=1137671048>. Якщо проект нового КПК не змінює концепції чинного КПК, то неважко зробити висновок, що метою реформування є вузький і майже нікому не потрібний, але для когось і бажаний, результат — прийняття нового КПК. Однак досягнення такого результату ще не означає, що кримінальний процес (кримінально-процесуальне законодавство) є реформованим.

(вид. Л.Л.) може призвести до погіршення якості кримінального судочинства, захисту прав і свобод людини і громадянина під час розслідування та розгляду кримінальних справ *навіть порівняно з тією ситуацією, яка існує у даний час* (вид. Л.Л.)¹.

Як бачимо, навіть проект КПК, текст якого не дублює чинного КПК, але концептуально від нього й не відрізняється, не сприймається як такий, що забезпечує реалізацію мети кардинального реформування кримінально-процесуального законодавства.

Наразі косметичними змінами КПК реформувати систему кримінального судочинства України не вдасться².

Додатковим стимулом до реформування КПК став вступ України до Ради Європи, коли вона взяла на себе зобов'язання щодо прийняття нового КПК. Ця авторитетна міжнародна організація жорстко критикувала чинний КПК. При цьому було констатовано наступні основні недоліки ("хвороби") чинного КПК: 1) надмірну авторитарність та забюрократизованість процесу, в якому, власне, судові засідання відіграє дуже обмежену роль; 2) практично повну відсутність змагальності та усунення сторони захисту від участі у збиранні та фіксації доказів; 3) надмірність та неврегульованість повноважень прокуратури, яка головним чином відповідає за забезпечення законності, а не за проведення розслідування; 4) відсутність судового контролю

¹ Висновок Головного науково-експертного управління Верховної Ради України на проект Кримінально-процесуального кодексу України (до № 1233 від 13 грудня 2007 року народних депутатів В.Р. Мойсика, І.В. Вернидубова, С.В. Ківалова, Ю.А. Кармазіна // http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=31115

² Це розуміли і в Російській Федерації. Автори Концепції удосконалення кримінально-процесуального законодавства, розробленої робочою групою, утвореною згідно з розпорядженням Президента РФ (див.: Распоряжение Президента РФ от 28 ноября 2000 г. № 534-рп "О рабочей группе по вопросам совершенствования законодательства Российской Федерации о судебной системе" // <http://www.jurbase.ru/texts/sector088/tes88253.htm>), у преамбулі її зазначили: "Концепція КПК РРФСР 1960 року спирається на принципи, сформульовані ще А.Я. Вишинським, і перетворює кримінальне судочинство на технологію з виробництва винних. Цими принципами чинного КПК є: об'єктивна істина; всебічність, повнота і об'єктивність дослідження обставин справи; внутрішнє переконання осіб, що здійснюють кримінальне судочинство. У кримінальному процесі, організованому на основі цих принципів, місця невинуватій людині немає. *Змінити такий кримінально-процесуальний механізм, обмежившись окремими поправками, не можна. Потрібні фундаментальні перетворення* (вид. Л.Л.), починаючи з цілей і основних принципів кримінального судочинства" (цит. за: Ефимичев С.П. Обеспечение прав личности, интересов общества и государства — приоритетная составляющая судебно-правовой реформы // <http://www.lawmix.ru/comm.php?id=5596>).

за діяльністю слідчих органів та міліції; 5) сильний інституційний тиск щодо постановлення обвинувального вироку.

Здавалось би, відповідь на запитання про способи лікування кримінально-процесуальних "хвороб" не становить собою значного ускладнення — держава повинна змінити обвинувальний спосіб кримінально-процесуальної діяльності на правосудний. Однак як це зробити, якщо у кримінальному процесі немає нічогісінько, окрім форми, оболонки, які б не поглинула держава. Така відповідь є рівнозначною іншій: держава повинна змінити саму себе. Чи може вона це зробити, і якщо так, то як? Якщо у сьогоднішньому кримінальному процесі держава і "режисер" (законодавець), і обвинувач (прокурор), і суд, і ще багато чого іншого, то яка із цих ролей може і має бути призначена лише для неї?¹ Ці запитання О.Б. Мізуліна ставила двадцять років тому. Але відповіді на них немає і дотепер. У тому числі й у Російській Федерації, де ідеологом КПК, чинного з 2002 року, була О.Б. Мізуліна. Очевидно тому, що у сучасному світі зазначені ролі держави у кримінальному процесі не може перейняти на себе жоден суб'єкт. Тому усунути недоліки кримінально-процесуального законодавства належить усе таки "державі-режисеру".

Цілком зрозуміло, що зазначені недоліки чинного КПК не можна усунути лише шляхом дерогації (часткової відміни старого закону), аброгації (внесення змін до старого закону), суброгації (внесення доповнень до старого закону). Чинний КПК потребує аброгації, тобто скасування і заміни його новим, сучасним законом².

Якщо готувати новий КПК з метою кардинального реформування чинного, то зміст його має бути побудований на концептуально нових ідеях³, звичайно, із збереженням окремих положень чинного КПК, котрі "вписуються" у нову концепцію.

¹ Мизулина Е. Уголовный процесс: концепция самоограничения государства. — Тарту: Тартуский ун-т, 1991. — С. 63.

² Савонюк Р.Ю. Кримінально-процесуальний кодекс України: структура, зміст і особливості розвитку (до 45-річчя прийняття і набуття чинності) // http://www.nbuv.gov.ua/Portal/Soc_Gum/Kyuv/2009_1/1-5/27.pdf

Радикальне реформування процесуального законодавства було визначено як принцип судово-правової реформи у Концепції судово-правової реформи в Україні 1992 року.

³ Про необхідність кардинальних змін у кримінально-процесуальному законодавстві див.: Проблеми кримінальної юстиції: терези української Феміди потребують "капітального ремонту" / У кн.: Костенко О. Культура і закон у протидії злу: монографія. — К.: Атіка, 2008. — С. 301—307.

Як правильно відзначають дослідники, "зміни до КПК, що приймалися останніми роками, значно нівелювали його радянську спрямованість, однак не змінили суть. Тому мова повинна йти про прийняття саме нового за змістом Кримінально-процесуального кодексу України"¹.

Оскільки в Україні існував проект Нацкомісії, то суб'єктам, заінтересованим у реформуванні, цікаво було б знати, наскільки він реалізував мету кардинального оновлення кримінально-процесуального законодавства і наскільки він був наближеним до європейських правових цінностей і традицій. Про це можна судити із висновків експертів Ради Європи на проект.

Професор Херрман стосовно проекту КПК Нацкомісії висловився таким чином: "Порівняно з попереднім проектом, новий проект... закладає адекватні підвалини для добре розробленого Європейського кодексу.... Проект 2007 року відповідає Європейській конвенції з прав людини, як вона тлумачиться Європейським судом.... Проект 2007 року також відповідає загальноприйнятим стандартам кримінального права, що застосовується в інших європейських країнах"².

Експерт із Великобританії доктор Ричард Воглер щодо цього проекту КПК зауважив: "У порівнянні із попередніми моделями проект КПК робить дуже великий крок уперед. Якщо він буде прийнятий у сьогоднішній редакції..., КПК безсумнівно суттєво відповідатиме нормам кримінального правосуддя, які діють у Європі"³.

Отже, можна констатувати, що найбільш наближеним до мети кардинального реформування кримінально-процесуального законодавства та до європейських правових цінностей є проект КПК, підготовлений Нацкомісією. Саме тому він, очевидно, і був сприйнятий у 2010 році Президентом України як базовий для подальшого опрацювання.

Реформування кримінально-процесуального законодавства може бути і частковим. Причому більшою чи меншою мірою.

¹ Див.: Український досвід реформування кримінального правосуддя та правоохоронних органів: аналітична доповідь. — К.: Національний інститут стратегічних досліджень, 2011. — С. 6 // http://www.niss.gov.ua/content/articles/files/ref_pravosud-0c984.pdf

² Коментар до проекту КПК України Іоахіма Херрмана. Аусбурзький ун-т. Німеччина. — 2007. — Травень.

³ Коментар до проекту КПК України Ричарда Воглера. Сусекський ун-т. Сполучене Королівство. — 2007. — Вересень.

Прикладом широкого, але все-таки часткового реформування, є реформування КПК, здійснене у межах так званої "малої судової реформи", що відбулася в Україні у червні—липні 2001 року. За мету реформування ставилося тоді приведення положень КПК у відповідність до Конституції України. Закінчення п'ятирічного терміну дії перехідних положень Конституції України спонукало реформаторів швидко внести відповідні зміни до КПК. Поспішність реформування призвела до виникнення суперечностей у тексті КПК, залишення старої термінології, неоднозначності тлумачення його нових положень практиками і вченими.

Так, наприклад, ліквідувавши інститут громадських обвинувачів і громадських захисників, автори змін і доповнень до КПК 2001 року залишили по тексту терміни "громадський обвинувач" та "громадський захисник" (ч. 1 ст. 63, ч. 2 ст. 272, ст.ст. 287, 289, ч. 1 ст. 300 КПК).

Нереформування під час "малої судової реформи" ст. 25 КПК призвело до того, що інколи на практиці положення ч. 2 цієї статті щодо вжиття прокурором в усіх стадіях кримінального судочинства заходів до усунення порушень закону, тлумачилися як право прокурора здійснювати нагляд за діяльністю суду в стадіях попереднього розгляду справи суддею, судового розгляду, апеляційного провадження, касаційного провадження та інших судових стадіях.

Наявність зазначених недоліків призвело до того, що після "малої судової реформи" Верховною Радою України було ухвалено більше п'ятидесяти законів про внесення змін і доповнень до КПК.

Другим визначним кроком масштабного реформування кримінально-процесуального законодавства стало внесення змін до КПК у зв'язку із прийняттям у 2010 році Закону України "Про судоустрій і статус суддів"¹.

Складність роботи над таким важливим законопроектом, яким є проект КПК, полягає у тому, що усі причетні до неї суб'єкти визнають цінними положення щодо посилення забезпечення прав людини; підвищення відповідальності посадових осіб за результати своєї діяльності; наближення змісту проекту до євро-

¹ Закон України від 7 липня 2010 року "Про судоустрій і статус суддів" // Відомості Верховної Ради України. — 2010. — № 41—42; № 43; № 44—45. — Ст. 529.

пейських стандартів дотримання прав людини тощо. Кожне із них може бути задеклароване як мета реформування кримінально-процесуального законодавства. Однак зазначені положення виглядають як красиві гасла. Ніхто проти них не має заперечень. Але шлях реалізації, котрий забезпечив би мету реформування кримінально-процесуального законодавства, кожен бачить по-своєму.

І це є нормальним. Навіть у різних державах Європи до забезпечення прав людини існують різноманітні підходи. Але Європа не запроваджує єдиний Європейський кримінально-процесуальний кодекс. Кожна держава встановлює свої гарантії (стандарти) забезпечення прав і законних інтересів особи, але робить це відповідно до вимог ЄКПЛ і практики ЄСПЛ.

Моделей (форм, систем) процесу є багато. Під час реформування важливо визначитися остаточно із вибором однієї із них. Це завдання політичне. Його виконав Президент України, який взяв на себе відповідальність за реформування кримінальної юстиції і визначив завдання та основні напрями реформування кримінально-процесуального законодавства, що суттєво змінюють концепцію сучасного КПК, розширюючи змагальність та диспозитивність у кримінальному судочинстві у тому числі і на його досудових стадіях (п. 2 розділу 2 Концепції реформування)¹.

До кардинального реформування кримінально-процесуального законодавства шляхом прийняття нового КПК Україну спонукає і Резолюція Парламентської асамблеї Ради Європи від 5 жовтня 2005 року "Про виконання обов'язків та зобов'язань Україною"², у п. 13.6 якої зазначено, що Україна має виконати взяте на себе зобов'язання, а саме: завершити підготовку *нової*

¹ Концепція реформування кримінальної юстиції України, затв. Указом Президента України від 8 квітня 2008 року № 311/2008 // Офіційний вісник Президента України. — 2008 — № 12. — Ст. 486.

² Резолюція 1466 (2005) Парламентської асамблеї Ради Європи "Про виконання обов'язків та зобов'язань Україною" від 5 жовтня 2005 року // http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994_611

Важливість виконання цієї Резолюції обумовлена тією обставиною, що вищі органи влади України запевняли ПАРЄ (лист Президента України, Голови Верховної Ради України, Прем'єр-міністра України від 27 червня 1995 року) у тому, що протягом року з моменту вступу України до РЄ буде ухвалено новий КПК (підпункт "г" п. 11 Рекомендації Парламентської Асамблеї Ради Європи щодо вступу України № 190 (1995) Страсбург, 26 вересня 1995 року // [http://www.coe.kiev.ua/uk/dogovory/RN190\(1995\).html](http://www.coe.kiev.ua/uk/dogovory/RN190(1995).html)).

версії (вид. Л.Л.) проекту Кримінально-процесуального кодексу та схвалити його без подальшого зволікання для виконання зобов'язання, початково встановлений кінцевий термін для якого минув у листопаді 1996 року. Остаточна версія проекту кодексу має розглядатись у парламенті лише після того, як буде отриманий та врахований висновок Ради Європи до цього остаточного тексту.

На виконання зазначеної Резолюції ПАРЄ Указом Президента України від 20 січня 2006 року № 39/2006 затверджено План заходів із виконання обов'язків та зобов'язань України, що випливають з її членства в Раді Європи¹. Пунктом 8 цього Плану заходів Кабінету Міністрів України було приписано подати в установленому порядку законопроект про нову редакцію Кримінально-процесуального кодексу України та забезпечити проведення його громадської експертизи². Метою підготовки нової редакції КПК було визначено забезпечення функціонування демократичних інститутів та верховенства права. Строк реалізації цього пункту — 15 жовтня 2006 року. Виконавці — Міністерство юстиції України, Національна комісія із зміцнення демократії та утвердження верховенства права.

Робоча група, яка була утворена з метою виконання Плану заходів в частині підготовки проекту КПК, винесла на розсуд громадськості концептуальні положення нового проекту КПК (замість того проекту, що отримав негативні коментарі експертів Ради Європи) у вересні 2006 року. Після цього новий (альтернативний) проект КПК було презентовано у м. Дніпропетровську (Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ), Львові (Львівський національний університет імені Івана Франка), Харкові (Національній юридичній академії України імені Ярослава Мудрого) та в інших містах.

¹ План заходів із виконання обов'язків та зобов'язань України, що випливають з її членства в Раді Європи, затв. Указом Президента України від 20 січня 2006 року № 39/2006 // Офіційний вісник України. — 2006. — № 4. — Ст. 143.

² У січні 2011 року затверджено новий План заходів із виконання обов'язків та зобов'язань України, що випливають з її членства в Раді Європи (див.: Указ Президента України від 12 січня 2011 року № 24/2011 "Про План заходів із виконання обов'язків та зобов'язань України, що випливають з її членства в Раді Європи" // Офіційний вісник Президента України. — 2011. — № 2. — Ст. 185). У цьому Плані не встановлено якихось певних термінів ухвалення нового КПК, однак йдеться про заходи, які мають бути здійснені після його ухвалення (пункти 1.5, 2.4 Плану). Отже, залишається сподіватися на прийняття його у найближчому майбутньому.

Під час обговорень основна увага приділялася питанню про те, чи реалізує новий проект КПК цілі реформування кримінально-процесуального законодавства в Україні. Але оскільки учасники обговорень по-різному уявляли собі цілі реформування, то і їхні позиції і пропозиції, звичайно, різнилися.

Як підставу до реформування кримінально-процесуального законодавства часто називають те, що "Кримінально-процесуальний кодекс України, прийнятий ще у 1960 році, незважаючи на внесення серйозних змін у 2001 році, все ще не зовсім відповідає міжнародним стандартам у галузі кримінального провадження, зокрема в частині забезпечення прав і свобод учасників процесу у кримінальній справі"¹.

Останнім часом стало "модно" говорити про те, що вітчизняне законодавство і практика його застосування не відповідають міжнародним (світовим, європейським) стандартам у галузі кримінального судочинства. Однак ніхто ще у теорії кримінального процесу не дав відповіді на питання про те, яким є їхнє поняття і система; у яких джерелах вони містяться; що означає "відповідність" національного законодавства цим стандартам; хто цю відповідність чи невідповідність встановлює, тощо.

У теорії українського кримінального процесу були спроби вирішення питання його реформування у контексті європейських стандартів, але ці спроби навряд чи можна назвати вдалими. Так, у 2004 році В.Т. Маляренко на рівні докторської дисертації² дослідив це питання. Але автор у своєму, безумовно, фундаментальному дослідженні поставився до євростандартів так, неначе вони отримали чітке і однозначне визначення у теорії і використовуються юридичним загалом як загально-вживане і зрозуміле для усіх поняття. Тому В.Т. Маляренко, підкреслюючи, що європейські стандарти мають певну цінність для українського кримінального процесу, зробив спробу розглянути проблеми останнього у контексті саме цих стандартів,

¹ Манівець Е.Є. Щодо характеристики деяких аспектів проекту Кримінально-процесуального кодексу України / Питання реформування кримінального судочинства: Матеріали між нар. наук.-практ. конф. Донецьк, 25 листопада 2005 року. — Донецьк: ДЮІ ЛДУВС, 2005. — С. 247.

² Маляренко В.Т. Перебудова кримінального процесу України в контексті європейських стандартів: теорія, історія і практика: дис. ... доктора юрид. наук. — К, 2004.

але у роботі по суті йдеться про сучасний стан кримінального процесу в Україні.

Пізніше Д.В. Сімонович у своїй кандидатській дисертації спробував визначити систему європейських стандартів кримінального судочинства. Однак у межах дисертації він проаналізував лише окремі стандарти забезпечення прав людини і лише у досудових стадіях¹.

Визначення і повна та всебічна характеристика європейських стандартів здійснення кримінального судочинства, а не лише забезпечення прав людини залишається завданням теоретиків з кримінального процесу. На жаль, лише поодинокі теоретичні роботи присвячені суто європейським чи міжнародним стандартам кримінального судочинства.

Комплексне реформування кримінального процесу (прийняття нового кримінально-процесуального законодавства) лише тоді може мати позитивні наслідки, коли воно буде ґрунтуватися на підставах, які мають ознаку суттєвості.

Якщо виходити із загальновідомого положення про те, що визначальним у співвідношенні політика-право є політика, то цілком очевидним стає те, що комплексне реформування права і його форми — закону (законодавства) завжди є наслідком кардинальних політичних змін у суспільстві. Це можуть бути або зміна суспільного ладу (наприклад, жовтневий переворот 1917 року), або такі зміни у суспільному житті держави, які не пов'язані зі зміною суспільного ладу, але є суттєвими і вкрай важливими для життя усього суспільства (наприклад, "відлига" після сталінських репресій і пов'язане із цим прийняття КПК 1960 року; прийняття Конституції України 1996 року).

Г.В. Плеханов на запитання про те, як виникають юридичні норми, відповідав, що будь-яка така норма становить собою скасування або видозміну якої-небудь старої норми або якогось старого звичаю. Чому скасовують старі норми і старі звичаї? Тому, що вони перестають узгоджуватися з новими "умовами", тобто новими фактичними відносинами, у які люди вступають у суспільному процесі виробництва. Якщо старі юридичні норми перешкоджають певній частині суспільства досягати своїх

¹ Див.: Сімонович Д.В. Європейські стандарти забезпечення прав людини у досудових стадіях кримінального процесу України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. — Харків, 2011. — 226 с.

життєвих цілей, задовольняти свої першочергові потреби, то ця частина суспільства обов'язково і надзвичайно легко дійде усвідомлення їхньої тісноти: для цього потрібно трішечки більше мудрості, ніж для усвідомлення того, що незручно користуватися дуже вузьким взуттям або носити дуже важку зброю. Але від усвідомлення тісноти цієї юридичної норми, звичайно, ще далеко до усвідомленого прагнення до її скасування. Спочатку люди просто намагаються йти в обхід неї в кожному конкретному випадку ...

... в історії неясність свідомості — "промахи незрілої думки", "невігластво" нерідко знаменують собою лише одне: саме, що ще погано є розвиненим предмет, який потрібно усвідомлювати, тобто нові відносини, що народжуються. Ну, а невігластво такого роду, — незнання і нерозуміння того, чого ще немає, що знаходиться ще у процесі виникнення, — очевидно, є лише відносно невігластво"¹.

Г.В. Плеханов писав наведені вище рядки, враховуючи досвід революції (перевороту) 1917 року, коли виникли нові відносини, які треба було "одягнути" у нову форму — нове право. Невідповідність фактичних суспільних відносин праву, яке їх регулює, посприяла і розпаду СРСР.

На думку О.В. Аверіна, розрив між рівнем суспільних відносин і формою, що регламентує ці відносини, зайшов так далеко, що історично "смертний вирок" суспільству, об'єднаному у державу з назвою СРСР, був підписаний, і стало лише питанням часу, коли і у який спосіб це суспільство у *такому* вигляді історично припинить своє існування. ... Тому доля СРСР історично була вирішена не Беловезькою угодою, не волею М.С. Горбачова (на його місці міг опинитися інший політик), а тим, що рівень суспільних відносин і об'єктивна потреба в їх врегулюванні у *цьому* суспільстві на *цьому* етапі його історичного розвитку увійшли у повну суперечність з позитивним правом, що впливає на ці відносини; з позитивним правом, яке не просто стримує суспільний розвиток, а має виражену спрямованість до регресу; з позитивним правом, котре на шкоду закономірним потребам суспільного розвитку "нав'язу-

¹ Плеханов Г.В. Избранные философские произведения: в 5 т. — Т. 2: (в защиту диамата и истмата, против ревизионизма). — М.: Госполитиздат, 1956. — С. 256—257.

валося" суспільству примусовою силою держави із використанням репресивного апарату¹.

Гідним представником радянського періоду у розвитку процесу став КПК 1960 року. Його епоха не була великою і славною, як роки судових реформ дев'ятнадцятого століття, вона не була трагічною і кривавою, як час берій і вишинських, але вона наповнена надіями і розчаруваннями, що саме по собі уже немало — адже це ознака прозоріння і дорослішання. Так облаштований світ, що кінець — завжди чийсь початок, і Кримінально-процесуальний кодекс 1960 року завершує свої дні, будучи вагітним чимось новим, особливим змістом. Нове бурлить і бродить, часом виривається назовні з молодю енергією і непослідовністю у вигляді множини поправок, змін і доповнень. Пізній спалах законодавчої активності — не агонія закону, що віджив себе, а спроба віднайти твердий і правильний шлях розвитку².

Усвідомлення того, що кримінально-процесуальне право, сформоване у радянській державі тоталітарного типу, не спроможне задовольнити сучасні суспільні відносини, наразі поступово оволодіває думками членів суспільства. Влада, йдучи назустріч суспільству, вживає заходів до приведення кримінально-процесуального права до вимог сьогодення. Так, протягом 1992—2011 років Верховною Радою України ухвалено близько півтори сотні (станом на 20 липня 2011 року — 143) законів України про внесення різноманітних змін і доповнень до КПК. Усі вони пов'язані з економічним, соціальним, демократичним розвитком нашої держави. Таким чином, можна констатувати, що старе кримінально-процесуальне право пристосовується до нових суспільних відносин. Бо не можна з достатньою ефективністю "впести" у стару кримінально-процесуальну форму сучасні поняття "змагальність", "верховенство права", "доступ до правосуддя".

Але тут важливо звернути увагу на одну вкрай важливу річ. Якщо пряма залежність між рівнем економічного розвитку і

¹ Аверин А.В. Истина и судебная достоверность (Постановка проблемы). — 2-е изд., доп. — СПб.: Издательство Р. Асланова "Юридический центр Пресс", 2007. — С. 160.

² Смирнов А.В. Модели уголовного процесса. — СПб.: Наука, Альфа, 2000. — С. 195.

демократією у суспільстві є очевидною, то у правозастосовній діяльності суду не менш яскраво дістає вияв залежність правової свідомості громадян від рівня демократії і, в кінцевому підсумку, від рівня економічного розвитку суспільства. Правова свідомість дістає вияв більшою мірою не в тому, як члени того чи іншого утворення у душі чи на словах ставляться до чинного права, а у тому, як вони беруть участь чи не беруть участі у правових відносинах, як здійснюють свої права і виконують юридичні обов'язки у численних реальних правових зв'язках. У свою чергу, у можливих і багатосторонніх правових зв'язках між суб'єктами правовідносин із найрізноманітніших причин (низький рівень правової свідомості, правовий нігілізм, низький загальнокультурний рівень, кримінальна поведінка тощо) часто виникають непорозуміння, суперечності, а іноді і жорсткі за своїм змістом, плином і розв'язкою конфлікти¹.

Тому під час реформування важливо досягти такого становища, коли б зміни були суттєвими і водночас зрозумілими для суспільства. Зрозуміло, що цього важко досягнути, але прагнути треба. Побоювання, що громадянам і правозастосовникам через те, що протягом тривалого часу доведеться опанувати суттєвим чином оновлене законодавство, важко буде реалізовувати свої права, не є виправданими. Бо завдяки сучасним, прогресивним, апробованим у Європі механізмам вирішення кримінальних конфліктів ефективність кримінально-процесуальної діяльності, а отже, і захисту прав громадян зростає.

Внесення істотних змін до кримінально-процесуального законодавства або повна його заміна на нове тягне період більш-менш стабільного існування реформованого законодавства. Але динамічність суспільного життя неодмінно вимагатиме внесення до нього змін, тобто подальшого реформування. Останнє є і буде завжди мати ознаку перманентності.

Однак цілком зрозуміло, що зміни і доповнення, котрі мають місце після істотного реформування кримінально-процесуального законодавства, не є суттєвими. Вони спрямовані, в основному, на вирішення "вузьких" питань провадження у кримінальних справах. Наприклад, визначення підслідності (ст. 112

¹ Аверин А.В. Истина и судебная достоверность (Постановка проблемы). — 2-е изд., доп. — СПб.: Издательство Р. Асланова "Юридический центр Пресс", 2007. — С. 34-35.

КПК) чи можливості протокольного провадження (ст. 425 КПК) у справах про "нові" злочини, тобто ті, кримінальна відповідальність за які встановлена після внесення суттєвих змін і доповнень до КПК.

Після внесення у червні та липні 2001 року суттєвих змін до КПК та інших законів, якими визначається порядок провадження у кримінальних справах ("малої судової реформи"), інтенсивність роботи над проектом КПК знизилася. Причиною цього є те, що зміни 2001 року суттєво розширили застосування у кримінальному процесі принципів змагальності та диспозитивності, про цінність яких для вітчизняного кримінального процесу йшлося у наукових роботах, виданих за часи незалежності України.

Виникає запитання: "Чи не відпали після "малої судової реформи" підстави для кардинального реформування кримінально-процесуального законодавства?". Відповідь на це запитання може бути лише негативною. Реформування законодавства у 2001 році в основному було спрямоване на запровадження у вітчизняний кримінальний процес судового контролю у стадії досудового розслідування, скасування наглядових повноважень прокуратури та вищестоящих судів за нижчестоящими у судових стадіях, запровадження апеляційного та касаційного перегляду судових рішень лише у межах поданих апеляції чи касації. У результаті запровадження цих новел у законодавство вітчизняний кримінальний процес лише частково звільнився від радянського минулого. Однак кардинальних змін кримінального процесу так і не відбулося.

Досудове провадження в українському кримінальному процесі залишається до цього часу вкрай заформалізованим, громіздким, незрозумілим для громадян через відсутність логіки багатьох процедур реалізації їхніх прав і законних інтересів. Залишається поділ органів досудового розслідування на органи дізнання та досудового слідства із дублюванням їхніх процесуальних повноважень і глибокою прірвою між розслідуванням і ОРД¹.

¹ Більш ґрунтовно про це див.: Гевко В.В. Форми і зміст досудового розслідування: порівняльний аналіз вітчизняного та зарубіжного досвіду / Досудове розслідування: актуальні проблеми та шляхи їх вирішення: Матеріали постійно діючого наук.-практ. семінару, 23 жовтня 2009 року, м. Харків. — ТОВ "Оберіг", 2009. — С. 28—32.

Прокурор так і не набув статусу повноцінного державного обвинувача, під керівництвом якого слідчі готують кримінальну справу до розгляду у суді. Уся відповідальність за результати досудового провадження до цього часу покладається на орган дізнання і на слідчого, процесуальне керівництво якими здійснює не прокурор, а начальник органу дізнання і начальник слідчого підрозділу відповідно. Прокуророві відводиться роль доволі стороннього наглядча за діяльністю органів дізнання і досудового слідства.

Законодавством не забезпечена активна роль прокурора й у судовому провадженні. У суді уся відповідальність за результати розгляду справи покладається на суд (суддю). У суду немає реальних процесуальних важелів впливу на прокурора з метою спонукати його до активного дослідження обставин кримінальної справи. По суті прокурор у суді презентує результати діяльності слідчого, а не власні. Те, що не доробив прокурор у досудовому провадженні, за нього доробить суд під час судового розгляду — дасть доручення у порядку ст. 315-1 КПК; поверне кримінальну справу для провадження додаткового розслідування і при цьому ще й зазначить в ухвалі (суддя — у постанові), що саме треба буде зробити під час цього розслідування. Такий правовий статус (тобто статус процесуальної безвідповідальності) цілком влаштовує прокуратуру.

Мабуть саме тому, що замало було зроблено у аспекті реформування кримінального судочинства, реформа 2001 року і отримала назву "*мала* судова реформа". Отже, підстав для кардинального реформування кримінального процесу в Україні достатньо, і робота над прийняттям нового КПК повинна бути активізована. Адже майже ніхто — ні учені, ні практики — не заперечує необхідність цього.

Автори фундаментальної праці "Правова система України: історія, стан та перспективи" прийняття нового КПК вважають необхідною і терміновою справою, а мету цього вбачають у максимальному забезпеченні прав і свобод особи¹. Цілком погоджуючись з ними, хотів би зазначити, що саме по собі прийняття КПК не може "максимально забезпечити права і

свободи особи". Прийняття цього нормативно-правового акту, наприклад, лише з метою звітувати про виконання Україною відповідних зобов'язань навряд чи призведе до позитивного результату у вигляді високого ступеню ефективності кримінального процесу. Окрім того, "під нього" мають бути прийняті інші закони ("Про прокуратуру", "Про органи досудового розслідування" тощо), орієнтовані на концепцію нового КПК.

КПК має бути якісним і ефективним у дії. Однак досягти цього за допомогою лише, нехай і ідеально виписаних, кримінально-процесуальних норм не вдасться. На ефективність реалізації норм права впливає маса різноманітних чинників: політичні, економічні, управлінські процеси; правосвідомість; рівень правового виховання тощо. Тут немає потреби про них говорити, бо кримінально-процесуальний закон не може вплинути на зазначені чинники. Однак, щоб досягти цілей, поставлених перед реформою, ці чинники слід обов'язково враховувати.

Досягнути цілей реформування кримінально-процесуального законодавства можливо лише за умови виконання усіх завдань, що мають бути поставлені і виконані реформаторами. Завдань існує багато. До того ж, кожна мета реформування, напевно, потребує виконання тих завдань, що в змозі забезпечити її досягнення. Розгляд усіх цих завдань може бути предметом окремого, спеціального наукового дослідження. Тут же розглянемо основні, як мені видається, завдання реформування кримінально-процесуального законодавства.

1. *Виявити у чинному кримінально-процесуальному законодавстві ті положення, що не забезпечують ефективний захист суспільства взагалі і окремих його членів від злочинних проявів та відновлення прав, порушених злочином.* Виконуючи це завдання, слід зважати на те, що визначені положення можуть бути: а) виключені взагалі (у разі кардинального реформування); б) удосконалені (у разі часткового реформування); в) залишені у новому законодавстві у "незайманому" вигляді.

2. *Розробити концептуальні засади реформування кримінально-процесуального законодавства.* Це завдання було виконане із ухваленням у 2008 році Президентом України Концепції реформування.

3. *Визначити орієнтири реформування.* Орієнтири реформування кримінально-процесуального законодавства визначені у зазначеній вище Концепції 2008 року. Згідно з цим документом

¹ Правова система України: історія, стан та перспективи: у 5 т. — Харків: Право, 2008. — Т. 5: Кримінально-правові науки. Актуальні проблеми боротьби зі злочинністю в Україні / За заг. ред. В.В. Сташиса. — С. 529.

ними мали стати європейські стандарти дотримання прав і законних інтересів людини під час провадження у кримінальних справах. Після зміни влади в Україні у 2010 році за основу для доопрацювання взято проект КПК від Нацкомісії. Однак під час доопрацювання окремі, у тому числі і концептуальні, положення проекту КПК від Нацкомісії 2008 року зазнали певних змін у бік повернення до КПК 1960 року. Хоча у цілому проект більшою мірою узгоджується із європейськими стандартами, ніж той, що зареєстрований у Верховній Раді України за № 1233.

4. *Вивчити і узагальнити досвід іноземних держав у частині врегулювання ними кримінально-процесуальних відносин.* Після цього реформаторам слід відібрати ті позитивні моменти кримінально-процесуального регулювання, що можуть бути використані під час реформування кримінально-процесуального законодавства України.

Під час роботи робочої групи Нацкомісії членам групи була надана можливість користуватися текстами КПК усіх держав СНД та Європейського Союзу (ФРН, Латвія, Литва, Естонія та ін.). У засіданнях групи постійно брали участь експерти із США, Великої Британії, ФРН, Італії, які інформували членів робочої групи з усіх спірних питань регулювання того чи іншого інституту кримінально-процесуального права. Тих, хто думає, що проект готувався під диктовку іноземців, "розчарую". Бо одне й те саме питання по-різному врегульовано у різних державах. Експерти навіть інколи сперечалися, у якій із держав є кращою регламентація того чи іншого інституту. Тому члени робочої групи завжди мали можливість вибору того чи іншого варіанту регламентації певних питань провадження у кримінальних справах в Україні, у тому числі і "суто національних".

5. *Узагальнення результатів наукових досліджень.* В Україні виконується маса дисертаційних досліджень із наукової спеціальності 12.00.09 — кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність. Тисячі людей в Україні отримують наукові ступені кандидата і трішки менше — доктора юридичних наук. Окрім того, видається друком багато монографій, наукових статей, тез доповідей на конференціях.

У дисертаціях і наукових публікаціях міститься досить багато пропозицій щодо удосконалення чинного кримінально-проце-

суального законодавства, а почасти і моделі статей. Ігнорування реформаторами наукових результатів і сформульованих на їх основі пропозицій щодо удосконалення законодавства не сприяє якості нового (реформованого) кримінально-процесуального законодавства. На жаль, робоча група Нацкомісії не здійснювала системних узагальнень результатів наукових досліджень у сфері кримінального процесу, криміналістики та ОРД¹. Наскільки мені відомо, таких узагальнень (знову-таки — на жаль) не здійснювала жодна робоча група, яка так чи інакше (розробляла заново чи удосконалювала розроблений проект) була причетна до роботи над проектом КПК.

6. *Узагальнення вітчизняного досвіду законотворення у сфері кримінального судочинства та визначення національних традицій у кримінально-процесуальному законодавстві*². Не усе, що було зроблене в Україні у аспекті регламентації кримінально-процесуальних відносин, має бути відкинута і забута. Я прибічник того, що під час реформування не слід винаходити "процесуальний велосипед", коли той, що вже є, працює справно. У той же час вважаю за потрібне зауважити, що зберігати каркас "велосипеда", який "проїла" іржа, замінюючи лише окремі деталі, є неправильним.

1.2. Формалізм як підстава реформування кримінально-процесуального законодавства³

Для усіх, хто стикався із сучасним розслідуванням та розглядом справ у судах, є очевидним, що однією із причин слідчої та судової тяганини є виконання значного обсягу дій, що мають формальний характер, є зайвими для досягнення позитивного

¹ Зрозуміло, що члени робочої групи — переважно науковці — мали більше чи менше уявлення про тенденції розвитку процесуальної науки в Україні взагалі і про окремі наукові роботи, де містяться пропозиції щодо удосконалення правового регулювання відносин у кримінальних справах. Однак системного аналізу так і не було здійснено. Хоча мова про це заходила у групі не один раз і навіть не двічі.

² Про національні традиції кримінально-процесуального законодавства і їх врахування під час його реформування див. підрозділ 1.4 монографії.

³ Винесення цього питання у окремий підрозділ обумовлено тим, що формалізм, як на мене, є найбільшою загрозою реалізації учасниками кримінального процесу своїх інтересів.

результату провадження у кримінальній справі. Чого варті лише повторні виклики очевидців злочину для відібрання пояснень, давання показань особам, які здійснюють дізнання, а потім ще й слідчим та суддям. Безглуздість цього є очевидною як для осіб, які ведуть процес, так і для тих, кого викликають. Але все ґрунтується у необхідність дотримання кримінально-процесуальної форми, що у розглядуваній ситуації є гальмом для кримінального процесу.

Частіше прийнято говорити про формалізм як негатив у діяльності дізнавачів, слідчих, прокурорів і суддів, пов'язаний із дотриманням ними зовнішньої форми на шкоду суті кримінальної справи взагалі, і правам та законним інтересам суб'єктів процесу — зокрема. Тобто формалізм — продукт діяльності нерадивих дізнавачів, слідчих, прокурорів та суддів. Однак це далеко не так. Формальність в українській мові визначають як дію або умову, необхідну "для виконання якоїсь справи відповідно до прийнятого порядку, законності [Виконання якого-небудь традиційного звичаю, виробленого правила, що не має істотного значення (вид. Л.Л.)]"¹.

Формальності, передбачені кримінально-процесуальним законом, утворюють собою зміст як процесуальної форми, так і процесуального формалізму. Тому і ті, й інші стають обов'язковим елементом кримінально-процесуальної діяльності. Отже, формалізм у діяльність дізнавача, слідчого, прокурора і судді закладає у норми права законодавець.

На думку Б.Г. Розовського, як і правила виробничої безпеки, кримінальний процес стає дедалі виваженим, узгодженим у деталях з нормами цивілізованої моралі і етики. Прогрес є очевидним. Однак він має і зворотній бік: у міру наближення до ідеалу втрачається його практичність. Явище закономірне, бо ідеал як філософська категорія є дещо, у принципі, недосяжне. У сфері регулювання безпеки виробництва такий результат уже настав, з'явилося нове поняття "італійський страйк", коли працівники пунктуально виконують усі встановлені правила і приписи, а в кінцевому рахунку діяльність підприємства паралізується. Але якщо "італійські страйки" — це разова форма відкритого соціального протесту, то у кримінальному процесі

дотримання ідеалізованих, таких, що не адекватні сучасним умовам, вимог КПК — повсякденність, стійкий процес, результати якого іноді є латентними, але, тим не менш, у масі вони вже вилилися у відчутне зниження рівня протистояння правоохоронних органів організованих та іншій злочинності¹. Ось такий собі прогрес.

Діяти формально у деяких випадках змушені практично усі працівники, які виконують певний вид роботи у кримінальній справі.

Це відбувається тоді, коли практика застосування законів виробляє вкрай заформалізовані процедури. Наприклад, виконання органом дізнання доручення слідчого у порядку ч. 3 ст. 114 КПК. Процес виконання цього доручення складається із дванадцяти етапів: 1) складання доручення слідчим; 2) направлення його до відділу документального забезпечення органу дізнання; 3) направлення доручення із відділу документального забезпечення до начальника органу дізнання; 4) розгляд цього документа начальником органу дізнання і визначення ним виконавця; 5) направлення доручення до відділу документального забезпечення; 6) отримання і виконання доручення особою, якій воно доручено начальником; 7) підготовка матеріалів на виконання доручення і супровідного листа від імені начальника органу дізнання на ім'я слідчого; 8) спрямування матеріалів і листа до відділу документального забезпечення; 9) спрямування їх із відділу документального забезпечення до начальника; 10) розгляд матеріалів начальником і підписання листа; 11) направлення листа і матеріалів до відділу документального забезпечення; 12) отримання слідчим матеріалів виконання доручення.

І це при тому, що термін виконання доручення становить до десяти днів! За такого підходу енергія працівників органів дізнання часто є спрямованою не на ефективне виконання доручення слідчого, а на "ефективне" оформлення документів, котрі фактично не відіграють жодної ролі для виконання завдань кримінального судочинства, сформульованих у ст. 2 КПК. І це є цілком зрозумілим, бо у оперативних працівників не вистачає

¹ Розовский Б.Г. Ненаучные заметки о некоторых научных проблемах уголовного процесса: эссе. — Луганск: РИО ЛАВД, 2004. — С. 18.

Хто служив у радянському війську у часи "застою", напевно пам'ятає, що пропозиції тих, хто довше служить, жити у повній відповідності до військового статуту сприймалися, м'яко кажучи, без особливого ентузіазму.

¹ Великий тлумачний словник сучасної української мови / Уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. — К.—Ірпінь, 2003. — С. 1328.

часу на належне виконання доручення. Тому і з'являються у кримінальних справах формальні відписки слідчому про те, що встановити обставини чи осіб, що вимагав слідчий у своєму дорученні, "неможливо".

Це лише один приклад зайвої і нікому не потрібної формалізації досудового розслідування. Під час розслідування на перше місце поступово виходять не "живі" процедури, а "паперові". Практичні працівники дають власну оцінку ситуації із формалізацією досудового розслідування. Так, на думку В.Б. Грачова, начальника слідчого управління, який пропрацював більше тридцяти років слідчим, "ніде у світі немає такого формалізованого процесу, де, вибачте, на кожне чхання треба оформлювати, та ще й за участю понятих, процесуальні документи, де прокурор, суддя можуть з будь-якого самого незначного приводу направити слідчому кримінальну справу на додаткове розслідування"¹.

Існування формалізму обумовлено і системою обліку роботи органів досудового розслідування і прокуратури та суду, побудованій на кількісних показниках². На систему саме такої (кількісної) оцінки діяльності органів дізнання і досудового слідства спрямоване дотримання кримінально-процесуальної форми, що традиційно вважається гарантією дотримання прав громадян, які залучаються до сфери кримінального судочинства. Однак на сучасному етапі розвитку кримінального процесу форма із засобу досягнення мети процесу (забезпечення прав громадян) сама перетворилася на мету, а отже, у багатьох випадках стає гальмом для реалізації прав учасників кримінального процесу. Особливо це стосується досудового провадження.

Кримінально-процесуальна форма, активно розроблювана у радянський період розвитку теорії кримінального процесу, виконала своє функціональне призначення: забезпечити одноманітність провадження у кримінальних справах всіма органами досудового розслідування, прокуратури і суду. Працівники останніх у перші роки радянської влади часто не мали юридичної освіти, а тому для них прямо у законі необхідно було вписувати у деталях усі подробиці кримінально-процесуальної діяльності. У наш час, коли працівники органів дізнання, слід-

ства, не говорячи вже про прокурорів та суддів, мають вищу юридичну освіту, деталізація процесуальної форми стає лише на заваді провадження.

Тому ученим, які працюють над дослідженням проблем кримінального процесу, слід спрямувати зусилля на вивчення питання щодо приведення теоретичних положень про кримінально-процесуальну форму до оптимальної межі, яка б виключала формалізм, у першу чергу, у кримінально-процесуальному законодавстві. Глибокому дослідженню має бути піддане і питання впровадження у кримінально-процесуальне законодавство і практику його застосування принципу верховенства права, який на відміну від принципу верховенства закону сприятиме повній реалізації прав і законних інтересів особи, а не сліпому виконанню заформалізованих процедур на користь не особи, а кримінально-процесуальній формі (точніше — формалізму).

Формалізм сучасного вітчизняного кримінального процесу дістає вияв (причому на рівні законодавства) й у тому, що у кримінальній справі особа може отримати процесуальний статус лише за рішенням державного органу чи посадової особи, у провадженні якої перебуває справа. Так, наприклад, потенційний підозрюваний чекає, доки держава "дарує" йому право бути підозрюваним, тобто на видання державним органом (посадовцем) формалізованого документа — протоколу затримання у порядку ст. 115 чи ст. 106 КПК.

Або інша ситуація — громадянин звертається до правоохоронного органу із заявою про вчинення щодо нього злочину. За чинним КПК після порушення кримінальної справи він має права свідка. Визнання чи невизнання його потерпілим повною мірою залежить від органу дізнання чи слідчого або прокурора. Кримінально-процесуальне законодавство європейських держав давно відійшло від такого порядку набуття статусу потерпілим чи підозрюваним. Реформуючи українське кримінально-процесуальне законодавство, слід обов'язково врахувати положення про те, що громадянин не повинен очікувати невизначений час доки йому нададуть процесуальний статус.

Формальними вимогами у сучасному кримінальному процесі обставлена і доступність громадян до правосуддя. Специфічною рисою реалізації такої фундаментальної категорії правової держави, як доступ до правосуддя є те, що реалізувати своє право чи право іншої особи на відновлення прав, порушених злочином,

¹ Грачев В.Б. Следствие ведут новички // Российская газета. — 2000. — 4 августа.

² Про кількісні показники оцінювання діяльності у кримінальних справах див. підрозділ 3.3 монографії.

можна лише через звернення до правоохоронних органів. У більшості кримінальних справ обов'язковим є провадження досудового розслідування, по завершенні якого за наявності до того підстав справа може бути направлена до суду.

Ми не ставимо за мету дослідити тут усі аспекти доступності і недоступності правосуддя у кримінальних справах. Це має бути предметом окремого самостійного теоретичного дослідження. Нас же тут цікавлять лише кримінально-процесуальні аспекти доступні правосуддя.

На думку Е.М. Мурадьян, доступність правосуддя означає відсутність заплутаних і ускладнених судових процедур, а також тяганини і формалізму; доступність правосуддя передбачає заінтересованість судової системи у максималізації звернень, здатність державних судових систем сприяти учасникам судових справ у їхньому користуванні послугами посередників, медіаторів з метою врегулювання спорів і подолання взаємного непорозуміння (оскільки судові і позасудові процедури можуть виконуватися у різний час).

Стосовно правосуддя доступність означає також, що судові процедури є зрозумілими і дружніми для користувачів судових послуг і судової системи¹.

Висловлювання Е.М. Мурадьян стосуються цивільного процесу, який розпочинається і завершується у суді. У кримінальному процесі, де здійснюється досудове провадження, для забезпечення доступу до правосуддя так само актуальними є питання усунення тяганини і формалізму тощо, про які вона пише.

Доступності до правосуддя сприяє також спрощення процесу, на чому наголошують практики. Так, Голова Верховного Суду України В. Онопенко цілком слушно зазначає, що на законодавчому рівні потрібно займатися тим, що є справді нагальним для правосуддя і що потребує законодавчих змін, — спрощенням процесу². Отже, у першу чергу, для практиків важливим є

вирішення питання про те, щоб усунути із кримінального процесу усе зайве (формальне, від слова "формалізм"). Існує потреба очистити кримінально-процесуальну форму від формалізму, тобто, інакше кажучи, "відрубати" від неї усе зайве, що стоїть на заваді реалізації прав і законних інтересів суб'єктів кримінального процесу.

У процесуальній літературі зустрічаються висловлювання і на користь формалізму під час досудового слідства. Так, відомий процесуаліст В.К. Случевський свого часу писав: "Метою попереднього слідства обумовлюється необхідність формалізму у провадженні слідчих дій. Кожна слідча дія має бути втілена у визначену законом форму"¹. Уявляється, що у цьому разі автор просто ототожнює форму і формалізм, підкреслюючи необхідність не формалізму, а належної форми провадження слідчих дій.

Давно відомо, що для того, аби "завалити" будь-яку справу, щоб винний unikнув відповідальності, достатньо перевести справу у річище форми, а не змісту. Але це не означає, що можна повністю ігнорувати кримінально-процесуальну форму. Відхід від процесуальної форми є небезпечним через можливе свавілля з боку посадових осіб, які здійснюють провадження у кримінальній справі. Тому у вирішенні питанні про співвідношення форми і формалізму у кримінальному процесі має бути досягнута "золота середина".

Наразі ж, як було показано вище, в українському кримінальному процесі існує досить багато формальних положень. Із викладеного випливає висновок про те, що сучасний стан формалізму у вітчизняному кримінальному процесі є *безумовною* підставою для його реформування.

1.3. Принципи реформування кримінально-процесуального законодавства України

Реформування будь-якої галузі законодавства є процесом. А оскільки це так, то реформування, як і будь-який інший процес, не може здійснюватися без основних положень чи правил,

¹ Див.: Мурадьян Э.М. Судебное право. — СПб.: Изд-во Р. Асланова "Юридический центр Пресс", 2007. — С. 387.

² Онопенко В. Судді, як ніхто інший, зацікавлені в радикальних конструктивних змінах у судочинстві: виступ на з'їзді суддів України 13 листопада 2008 року // Голос України. — 2008. — № 219 (4469). — 15 листопада. — С. 1, 4—5. На необхідності спрощення кримінального процесу наголошують і інші судді (див.: Якименко М. Чистилище, чи дев'ять кіл судового пекла, або До чого може призвести непродумана реформа // Голос України. — 2009. — № 44. — 12 березня; Ольховський Є.Б. Окремі питання реформування судочинства і судоустрою // Вісник Верховного Суду України. — 2009. — № 7 // http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/7B1B8E5088982A5BC.22575FB004_B3064?OpenDocument).

¹ Случевский В.К. Учебник русского уголовного процесса. Часть II: Судопроизводство / Под ред. В.А. Томсинова. — М.: Зерцало, 2008. — С. 291.

що іменуються принципами. Реформування кримінально-процесуального законодавства теж має здійснюватися на підставі певних принципів. Інакше досягти мети реформування буде надзвичайно важко, а то й зовсім неможливо.

Результатом реформування, здійснюваного без дотримання принципів, можуть стати незадекларовані цілі. Тоді, найвірогідніше, отримаємо закон, якого не очікувало суспільство. Наслідки такого реформування важко передбачити, але однозначно можна стверджувати, що новий закон навряд чи буде ефективним.

Принципи пов'язують діяльність усіх учасників процесу реформування кримінально-процесуального законодавства у єдине ціле, визначають межі цієї діяльності і мінімальні стандарти щодо її здійснення.

До числа принципів реформування кримінально-процесуального законодавства належать такі положення.

1. Наукова обґрунтованість процесу реформування кримінально-процесуального законодавства. Однією із основних причин затягування в Україні процесів реформування кримінально-процесуального законодавства є теоретичні суперечності щодо його підстав, шляхів, результатів тощо. У цих умовах питання щодо змісту принципу наукової обґрунтованості реформування кримінально-процесуального законодавства набуває особливої актуальності¹ і значення для вирішення питання щодо узгодження теоретичних позицій учених-процесуалістів з цього питання, а також з підготовки нового КПК.

В. Гончаренко правильно зазначає, що забезпечення оптимального змісту і техніки кримінально-процесуального законодавства можливе тільки за наявності чітких теоретичних концепцій².

¹ Хоча питання щодо теоретичних основ реформування кримінально-процесуального законодавства залишились актуальними і після ухвалення нового КПК України. У РФ, наприклад, робота І.Л. Петрухіна, присвячена теоретичним основам реформування кримінального процесу, була видана через декілька років після набрання чинності новим КПК РФ у 2002 році (див.: Петрухин І.Л. Теоретические основы реформы уголовного процесса в России: в 2 ч. — М.: Проспект, 2004. — Ч. 1. — 221 с.; Петрухин И.Л. Теоретические основы реформы уголовного процесса в России: в 2 ч. — М.: Проспект, 2004. — Ч. 2. — 192 с.) і залишається актуальною дотепер.

² Гончаренко В. Деякі зауваження у зв'язку з прийняттям нового Кримінально-процесуального кодексу України // Вісник Академії правових наук України. — 2003. — № 2—3. — С. 704—705.

Спроба розробити теоретичну концепцію нового КПК мала місце в Україні¹, але її автор, захопившись розширенням прав і свобод суб'єктів кримінального процесу (в основному, потерпілого і слідчого), що мали у його версії концепції переважно декларативний характер², не визначив підвалин побудови процесуальної системи. Він звів забезпечення змагальності у процесі до урівнювання прав потерпілого і обвинуваченого, між тим як тенденції розвитку кримінально-процесуального законодавства обумовлюють побудову змагальної моделі кримінального судочинства на, так би мовити, загальному рівні, із "залученням" до процесів змагальності прокурора.

Відсутність доктринальних розробок у галузі кримінального процесу є однією із головних, якщо не головною, причиною того, що в Україні до цього часу не ухвалений новий КПК, в той час як новий кримінальний закон діє протягом десяти років. З цього приводу влучно висловився М.В. Оніщук: "Ми сьогодні опинились у ситуації селянина, котрий забарився і ніяк не може запрягти коня на ім'я Судоустрій у воза під назвою Процесуальні кодекси ... І ця "селянська безпорадність" викликана саме *доктринальною* (вид. Л.Л.) невизначеністю ..."³.

Науковий пошук має бути спрямований на визначення принципу побудови кримінального процесу. А оскільки практика більшості країн світу і вітчизняний досвід кримінально-процесуальної діяльності показує, що кращої форми процесу, ніж змагальна, людство не винайшло, то теоретичні розробки доцільно спрямовувати на визначення оптимальних шляхів впровадження змагальності у вітчизняний процес⁴.

¹ Див.: Тертишник В.М. Концепція Кримінально-процесуального кодексу України. — Дніпропетровськ: Юрид. академія МВС України, 2003. — 40 с.

² На завантаженість КПК декларативними положеннями як на типовий недолік у формуванні кримінально-процесуальних норм вказує А.А. Коваль (див.: Коваль А.А. Техніка формування норм права: кримінально-процесуальний аспект: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Харків: ХНУВС, 2011. — С. 15). Одним із основних завдань під час підготовки проекту КПК Нацкомісії як раз було уникнення норм-декларативних.

³ Оніщук М. Судово-правова реформа: чи буде дано відповіді на виклик часу // Право України. — 2003. — № 5. — С. 18.

⁴ Змагальність має стати тим універсальним принципом, який в психології називають "концептуальним ядром", що нагадує руку, на яку можна одягати різноманітні рукавички (Див.: Козлов Н.И. Формула успеха, или Философия жизни эффективного человека. — М.: АСТ-ПРЕСС КНИГА, 2004. — С. 177).

Для розкриття принципу наукової обґрунтованості реформування кримінально-процесуального законодавства треба виконати як мінімум три завдання: 1) дослідити, у чому полягає проблемність використання наукових положень у роботі над проектом КПК; 2) з'ясувати, хто може взяти на себе відповідальність за визначення концептуальних підходів до реформування кримінально-процесуального законодавства в умовах, коли неможливо досягти єдності позиції учених з усіх питань реформування; 3) визначити, яку роль у реформуванні кримінально-процесуального законодавства відіграє консерватизм у теорії кримінального процесу.

Усі процеси повинні відбуватися із урахуванням результатів наукових досліджень. Доводити необхідність наукового обґрунтування різноманітних процесів діяльності немає потреби, бо вона давно стала аксіомою.

Тут хотілося б звернути увагу на таку важливу ознаку наукового підходу до процесу реформування законодавства, як багатоманітність наукових поглядів щодо напрямів реформування кримінально-процесуального законодавства. Поглядів, так само як і моделей кримінального процесу, може бути (і є) багато, а вибрати треба якийсь один або із різноманітних моделей компонувати одну — нову модель кримінального процесу, а отже, і кримінально-процесуального законодавства.

У теорії кримінального процесу існує маса різноманітних поглядів на майбутній КПК України взагалі і на окремі його інститути зокрема, про що можна судити із численних публікацій з цієї проблематики¹.

¹ Шумило М.Є. Міфи і реальності реформи в кримінальному судочинстві України / Актуальные проблемы уголовного судопроизводства: Вопросы теории законодательства, практики его применения (к пятилетию УПК РФ). — М., 2006; Шумило М.Є. Об основных подходах к реформированию уголовного процесса Украины // Юрид. практика. — 2007. — № 52; Шумило М.Є. Проблеми реформування досудового розслідування // Ерліхівський збірник юридичного факультету Чернівецького нац. ун-ту ім. Юрія Федьковича. — Чернівці, 2005. — № 4—5; Бойко В., Бобченко Н. Щодо деяких положень нового кримінально-процесуального законодавства країни // Право України. — 2003. — № 1 // <http://www.lawbook.by.ru/magaz/pravoukr/0301/24.shtml>; Костенко О. Як захиститися від української Феміди // <http://www2.pravda.com.ua/ru/news/2007/1/3/52242.htm>; Пепеляев С.Г. Європейський правовий гуманізм як чинник реформування кримінально-процесуального права України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.12 / НАВС України. — К., 2005; Маляренко В. В Україні й до сьогодні зберігається тоталітарне уявлення про суд // Юридичний вісник України. — 2008. — № 44. — 1 листопада: <http://www.yuricom.kiev.ua/uvu>;

Дискусії точаться навіть щодо назви нового кодексу: "Кримінально-процесуальний кодекс України" чи "Кримінальний процесуальний кодекс України". До речі, існуючі наразі два варіанти проектів КПК мають саме такі, тобто різні назви¹.

Але слід чесно визнати, що за часи незалежності нашої держави цілісної, науково обґрунтованої концепції комплексного, всебічного реформування кримінально-процесуального законодавства так і не було підготовлено. Навіть сама необхідність реформування кримінально-процесуального законодавства, що зводиться до ухвалення нового КПК, доводилася лише на рівні наукових статей. Дисертації і наукові монографії, як правило, присвячені дослідженню одного вузького питання. Безумовно, пропозиції, що їх роблять учені на підставі своїх досліджень, є корисними для науки і практики, але вони не дають системного описання процесу (процесів) реформування кримінально-процесуального законодавства². Пропозиції спрямовані на покращення тієї системи кримінального процесу, параметри якої задані законодавством, що є чинним на момент дослідження.

Ті теоретичні положення, що стосуються проекту КПК взагалі, здебільшого мають декларативний характер. А інакше і бути не може. На те вони і є загальними. А пропозиції щодо окремих інститутів кримінально-процесуального права можуть розглядатися лише у їхній сукупності з точки зору їхніх доцільності корисності у системі проекту КПК. Однак через неоднакові наукові підходи до розуміння ролі і місця тих чи інших інститутів (і це також є нормальним) кримінально-процесуального права у системі КПК виникають суперечності у аспекті використання їх у законотворчій роботі.

Маляренко В. Окремі проблеми реформування кримінальної юстиції в Україні: академічні читання / Київський регіональний центр Академії правових наук України (Київ, 22 жовтня 2008 року) // http://www.bod.kiev.ua/jurnal/20_13.htm (станом на 10.07.2009) та ін.

¹ Проект Кримінально-процесуального кодексу України, внесений на розгляд Верховної Ради України народними депутатами В.Р. Мойсиком, І.В. Вернидубовим, С.В. Ківаловим, Ю.А. Кармазіним (реєстраційний № 1233 від 13 грудня 2007 року) // http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=31115; Проект Кримінального процесуального кодексу від 10 грудня 2007 року, підготовлений Робочою групою Національної комісії зі зміцнення демократії та утвердження верховенства права. — К., 2007. — 157 с. // http://www.aau.edu.ua/up/docs/kpk_final.html.

² Комплексне дослідження процесів реформування кримінально-процесуального законодавства є вкрай важким завданням. Цю монографію вважаю лише однією із перших скромних спроб поступового виконання цього завдання.

Складовою частиною принципу наукової обґрунтованості реформування кримінально-процесуального законодавства є широке, максимально можливе залучення науковців до обговорення і обґрунтування тих чи інших положень майбутнього КПК.

Під час підготовки проекту КПК можна було б піти шляхом зібрання усіх учених, які займаються дослідженням проблем кримінального процесу, і спробувати виробити якусь одну узгоджену позицію щодо його науково обґрунтованої моделі. Але це є безперспективний шлях.

По-перше, зібрати усіх учених разом навряд чи можливо, а якщо усі й зберуться, то працювати буде надзвичайно важко із відомих причин.

По-друге, навіть у робочій групі, що чисельно є набагато меншою від кількості усіх учених-процесуалістів України, рішення щодо дискусійних питань приймаються голосуванням, а отже, частина, нехай навіть і менша, учених залишиться незадоволеною рішенням.

По-третє, не усі учені є високо компетентними у всіх питаннях кримінального процесу. Як правило, учені займаються певними науковими темами, напрямками у процесуальній галузі юридичної теорії, що, як на мене, також є позитивом, бо у такий спосіб можна досягти глибини і якості наукових досліджень. Тому і у робочих групах існує розподіл праці. Окремі вчені чи групи вчених працюють над проектами окремих статей чи глав (розділів) і на засіданнях усієї групи після обговорення проектів певних статей чи глав компонуєть проект законодавчого акту. Проект КПК, таким чином, є продуктом праці, так би мовити, "вузьких" спеціалістів за темами (главами, розділами).

По-четверте, підготовкою майбутнього законодавства займається активна частина юридичної спільноти — науковців, практиків, чиновників. Тому наполягати на участі у цій роботі людей, які, хоч і є фахівцями у галузі кримінального процесу, але не бажають виявляти активності у законопроектній роботі, не варто. Слід зазначити, що інколи високу активність виявляють люди, які є, м'яко кажучи, непідготовленими до написання текстів майбутніх законів. Від участі таких осіб також мало користі, а у деяких випадках вони можуть ще й завдавати шкоди якості проектів. А ті особи, які здобули науковий ступінь у

цехах тіньової науки, активності у законопроектній роботі виявляти просто не здатні¹.

Досвід роботи у робочих групах з підготовки законопроектів свідчить про те, що досягнути згоди з усіх питань серед усіх членів групи ніколи не вдається. Тим паче, не може бути досягнута згода з усіх питань реформування кримінально-процесуального законодавства серед усіх учених-процесуалістів.

Але обговорювати із широким залученням експертів — спеціалістів у галузі кримінального процесу — як проект у цілому, так і окремі питання треба обов'язково. Я неодноразово висловлював пропозицію провести у провідних всеукраїнських юридичних виданнях обговорення проектів КПК (двох) по окремих інститутах. На жаль, ця пропозиція науковцями так і не була сприйнята.

Вищевикладене обумовлює потребу втручання вищих державних органів у визначення моделі кримінального процесу. За умов різноманітності наукових поглядів відповідальність за визначення концептуальних підходів до реформування кримінально-процесуального законодавства має взяти один чи декілька вищих державних органів.

Таким органом у 1992 році стала Верховна Рада України, затвердивши Концепцію судово-правової реформи в Україні², одним із напрямків якої було і реформування кримінального процесу.

Подальшу відповідальність за реформування судівництва взагалі і системи кримінальної юстиції, зокрема взяв на себе Президент України, затвердивши у 2006 і 2008 роках два основоположних для реформування кримінально-процесуального законодавства документи: Концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів та Концепцію реформування кримінальної юстиції України³.

¹ Проблеми боротьби з тіньовою наукою викладені моїм учителем, академіком В.С. Зеленецьким у його монографії (див.: Зеленецький В.С. Проблеми боротьби з "теневою наукою" в сучасному правознавстві України: монографія. — Харків: ФІНН, 2011. — 304 с.

² Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 30. — Ст. 426.

³ Концепція вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів, схвалена Указом Президента України від 10 травня 2006 року № 361/2006 // Офіційний вісник України. — 2006. — № 19. — Ст. 23; Концепція реформування кримінальної юстиції України, затв. Указом Президента України від 8 квітня 2008 року № 311/2008 "Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 15 лютого 2008 року "Про хід реформування системи кримінальної юстиції та правоохоронних органів" // Офіційний вісник Президента України. — 2008. — № 12. — Ст. 486.

Оскільки концепції затверджені указами Президента України, то вони мають імперативний характер для розробників проекту КПК. Отже, визначивши концептуальні засади реформування кримінально-процесуального законодавства, Президент України залишив за ученими право лише шукати і впроваджувати у проект КПК найбільш ефективні, науково обґрунтовані шляхи процесуальної діяльності.

Безумовно, концептуальні засади реформування кримінально-процесуального законодавства визначалися Президентом України не без урахування наукових досягнень вітчизняної та зарубіжної юриспруденції. Причому модель КПК, визначена у згаданих концепціях, на мою думку, ґрунтується більшою мірою на результатах порівняльно-правового теоретичного аналізу вітчизняного кримінально-процесуального законодавства та законодавства держав Європейського Союзу та рішень ЄСПЛ. На сучасному етапі творення національного права державою, яка прагне до євроінтеграції, такий підхід видається цілком виправданим.

Здавалося б, науковцям, які працюють над проектом КПК (членам робочої групи і експертам), залишається лише впроваджувати у проект законодавчого акту наукові результати із урахуванням змісту концепцій. Однак існують декілька проблем використання під час роботи над проектом КПК наукових результатів, одержаних у теорії кримінального процесу.

По-перше, наукові результати і положення висловлюються на підставі різноманітних методологічних підходів. А методологічна основа проекту КПК є єдиною — це Концепція реформування кримінальної юстиції України. Саме тому окремими вченими й не сприймаються ті новели проекту, що суперечать традиційним (можна навіть їх назвати ідеологічними) установкам, що десятиріччями проповідувалися у нашій державі. Основна теоретична суперечність між традиційними (консервативними) науковими поглядами і сучасними (революційними) точками зору на проект КПК полягає у ставленні до розуміння функціонального призначення кримінального процесу взагалі і окремих його інститутів зокрема.

По-друге, традиційно вважається, що кримінальний процес є засобом боротьби зі злочинністю¹. У новій для України

¹ Див. про це: Подольний Н.А. Может ли борьба с преступностью быть задачей уголовного судопроизводства // Современное право. — 2004. — № 9. — С. 38—41.

доктрині, тій, що є традиційною для сучасної Європи, кримінальний процес розглядається як спосіб розв'язання кримінально-правового конфлікту. Суть першого підходу полягає у здійсненні кримінального провадження з метою викрити особу у вчиненні злочину і покарати її. Другий же підхід пов'язаний із необхідністю врегулювати засобами кримінального процесу кримінально-правовий конфлікт, що має нетяжкі наслідки. Для тяжких злочинів має бути застосована уся "сила" кримінального і кримінально-процесуального закону.

По-третє, у теорії кримінального процесу з одного й того самого питання часто існує не одна, а дві і більше точок зору. Причому вони усі можуть бути науково обґрунтованими у межах дослідження, в результаті якого формулюються. Вибір положення, сформульованого на підставі наукового дослідження, здійснюється членами робочих груп, виходячи із того, чи "вписуються" вони у концепцію проекту КПК. Тому неминучим є залишення поза увагою окремих наукових положень і результатів. А це іноді сприймається авторами як їхнє ігнорування і викликає заперечення усього проекту.

По-четверте, наукові положення, що претендують на роль базових для формулювання тих чи інших норм у новому КПК, висловлювалися у різні часи. З цієї причини вони іноді не можуть бути використані під час роботи над проектом КПК. Дискусія щодо тих чи інших положень, висловлених в історії теорії кримінального процесу, в основному зводиться до того, чи слід під час формування нового кримінально-процесуального законодавства враховувати національні традиції, що склалися у теорії, законодавстві та практиці його застосування. Як на мене,

Уже у одній із перших радянських енциклопедій її автори обґрунтували можливість і необхідність застосування інквізиційних методів у кримінальному судочинстві як засобу боротьби з класовими ворогами (див.: Эстрин А. Судопроизводство уголовное / Энциклопедия государства и права / Под ред. П. Стучки. — Т. 3. — М., 1925—1927. — С. 1119. (цит. за: Мизулина Е.Б. О технологической теории уголовного процесса / Уроки реформы уголовного правосудия в России (по материалам работы Межведомственной рабочей группы по мониторингу УПК РФ и в связи с пятилетием со дня его принятия и введения в действие): Сборник статей и материалов / Под ред. Е.Б. Мизулиной, В.Н. Плигина; науч. ред. Е.Б. Мизулина. — М.: Юрист, 2006. — С. 79).

Борьба с классовыми врагами, а потом с "врагами народу" и, нарешті, злочинцями-обвинуваченими — такою є еволюція завдання-мети кримінального процесу (див.: Мизулина Е.Б. О технологической теории уголовного процесса. — С. 79).

то враховані можуть бути лише ті традиційні положення, що, знову-таки, "вписуються", по-перше, у сучасні уявлення про право взагалі, і кримінально-процесуальне право зокрема, а, по-друге, у концепцію нового КПК, визначену Президентом України. Ці наукові положення не "старіють" і можуть бути покладені в основу окремих норм чи інститутів кримінально-процесуального права.

Звичайно, важко розібратися, яке із положень підходить до концепції проекту КПК, а яке ні. Прибічники консервативних поглядів можуть вважати, що традиційне наукове положення є придатним для використання його у новому законодавстві. Однак використання його у законопроектній роботі може призвести до утворення норм-фікцій, що відображають лише особисті чи вузьковідомчі інтереси їхніх авторів.

На думку О.В. Захарова, явище консерватизму у юриспруденції підлягає дослідженню саме як така проблема, що стоїть на заваді раціонального правового регулювання. Консерватизм у праві підлягає вивченню для того, щоб ідентифікувати його вияви у чинному законодавстві і виправляти його¹. У цілому, поділяючи позицію автора, не можна погодитися з ним у тому, що усі вияви консерватизму стоять на заваді раціонального правового регулювання. Консерватизм у юридичній теорії і практиці законотворення може виконувати і позитивну функцію для правового регулювання кримінально-процесуальних відносин, бо він утримує реформаторів від здійснення радикальних (революційних) кроків щодо оновлення законодавства, які можуть не бути сприйняті суспільством.

Консерватизм дістав вияв і у наших північних сусідів після прийняття ними нового КПК, що набрав чинності 1 липня 2002 року. Процедура кримінального процесу, запропонована законодавцем, стикнулася з теоретичним нерозумінням і навіть відторгненням окремих концептуальних положень нового КПК і з неготовністю правової свідомості правозастосовника сприйняти ряд інститутів нового КПК РФ і у насамперед демократичну змагальну форму вирішення кримінальних справ, що

¹ Захаров О.В. Правничий консерватизм як соціальна причина фікцій у праві / Засади кримінального судочинства та їх реалізація в законотворчій і правозастосовній діяльності: Тези доповідей та повідомлень науково-практичної конференції (Київ, 3 квітня 2009 року). Видання присвячене пам'яті професора А.Я. Дубинського. — К.: Атіка, 2009. — С. 122.

передбачає суворий розподіл функцій державних органів, уповноважених вести кримінальний процес¹.

Підводячи підсумок розгляду питання щодо принципу наукової обґрунтованості процесу реформування кримінально-процесуального законодавства, слід звернути увагу на три моменти: 1) проблемність використання у роботі над проектом КПК наукових положень обумовлена їхнім кількісним і якісним розмаїттям; 2) в умовах, коли досягти узгоджених позицій щодо застосування тієї чи іншої теоретичної моделі КПК неможливо, відповідальність за визначення концептуальних підходів до реформування кримінально-процесуального законодавства має взяти один чи декілька вищих державних органів (Верховна Рада України, Президент України); 3) консерватизм у теорії кримінального процесу може виконувати як негативну, так і позитивну роль у реформуванні законодавства.

Наукові дискусії щодо реформування кримінально-процесуального законодавства можуть тривати безкінечно. Тому у нашій державі мають бути зроблені рішучі кроки із реформування цієї галузі законодавства із урахуванням результатів тих дискусій, що уже відбулися. Втягнення наукової громадськості у нові дискусії ні до чого корисного не призведе. А от дорогоцінний час на ухвалення нового КПК буде втрачено. І судочинство буде здійснюватися і надалі на підставі радянсько-українського КПК.

2. Широке залучення до підготовки проекту КПК фахівців у галузі кримінального процесу. Аби такий великий за значенням і обсягом законопроект, яким є проект КПК, був якісним, до

¹ Козьявн А.А. Социальное назначение и функции уголовного судопроизводства: монография. — М.: Юрлитинформ, 2010. — С. 3.

За десять років до цього висловлювання О.Б. Мізуліна (ідеолог чинного КПК РФ і керівник робочої групи з його підготовки) зазначала: "Скептики говорять, що традиції судочинства виявляться сильнішими, і новий КПК все одно не буде працювати. Твердження, що закони не працюють і нічого не змінюють — це штамп (вид. Л.Л.), нав'язаний суспільній свідомості, і люди його повторюють, не задумуючись. Це є серйозною помилкою. Закони в Росії працюють прекрасно і громадяни Росії (не чиновники) є дуже законослухняними людьми. Якби закони не працювали, не було би такої боротьби у Думі, відомства не розбивалися би у лобізм. Проблема не у тому, що закони не працюють, а у тому, щоб зробити закони такими, за якими б чиновник мав обов'язки перед громадянами, відчував себе відповідальним, а не безкарним" (Мізуліна Е.Б. Чиновник может жить припеваючи без УПК // <http://old.polit.ru/documents/423940.html> (станом на 13.06.2009). Судячи із висловлювань А.А. Козьявіна, "штамп" виявився сильнішим, ніж того очікували розробники проекту КПК.

роботи над ним слід залучати не лише науковців, а й практиків. Причому практиків, які займаються різними напрямками кримінально-процесуальної діяльності, як то: розслідування, обвинувачення, захист, правосуддя.

Звичайно, що залучити усіх осіб, заінтересованих у якісному проекті КПК, до роботи над проектом практично неможливо. Але потрібно робити усе можливе, щоб якомога більша кількість фахівців (експертів) була залучена. Тут, зрозуміло, треба зважати на активність та заінтересованість, а головне — віру тих, хто робить пропозиції, виступає із ідеями щодо реформування, у його корисність. Завданням реформаторів повинна бути така організація роботи над проектом, яка б супроводжувалася інформуванням заінтересованих осіб (презентаціями проекту КПК у різних регіонах; організацією і проведенням конференцій, "круглих столів" тощо, у тому числі і з залученням засобів масової інформації).

Потреба широкого залучення фахівців у галузі кримінально-процесуального законодавства з метою підготовки якісного законопроекту ще до спрямування його до Верховної Ради України для вирішення питання про ухвалення особливо стає актуальною наразі, коли, як правильно пише В.Т. Томін, "в умовах загального розподілу праці законодавці рідко реально уявляють собі ту діяльність, яку вони регулюють, і можуть не перейматися, що їм доведеться діяти за ухваленими ними законами. У галузі кримінальних галузей права: і матеріального, і процесуального, і кримінально-виконавчого, і виправно-трудового принаймні. Виходить так, що неначе регулювальника телевізорів направили регулювати вуличний рух"¹.

Таке враження, на жаль, іноді складається не лише щодо законодавців, тобто народних депутатів, а й щодо реформаторів — науковців та практиків. Щоб у цьому переконатися досить ознайомитися зі складом тієї чи іншої чергової робочої групи з реформування кримінально-процесуального законодавства і, головне, із внеском кожного учасника групи до тексту проекту КПК.

3. Системність реформування кримінально-процесуального законодавства. Цілі реформування кримінально-процесуального

законодавства, як і будь-якої іншої галузі законодавства, можуть бути досягнуті лише тоді, коли реформування здійснюватиметься системно.

Коли мова йде про реформування кримінально-процесуального законодавства, то, як правило, мають на увазі прийняття нового КПК. І це можна зрозуміти. Дійсно, кодифікований нормативно-правовий акт містить основну масу норм кримінально-процесуального права. Але останні містяться не лише у КПК, а й у Конституції України, міжнародних договорах, ратифікованих Україною, законах України "Про оперативно-розшукову діяльність", "Про прокуратуру", "Про адвокатуру" тощо.

Тому реформуванням лише КПК шляхом прийняття нового чи внесення змін і доповнень до чинного мети реформування не досягнути. Широкомасштабна робота із реформування кримінальної юстиції була розпочата у 2006 році і продовжена у 2008 році ухваленням Президентом України згаданих вище концепцій. Були утворені робочі групи з усіх напрямів діяльності органів кримінальної юстиції. В основу концепцій покладено *принцип системності* — реформа мала охопити три взаємопов'язані складові: кримінальне право, кримінальний процес та інституційну побудову органів, які застосовують норми кримінального і кримінально-процесуального права¹.

Реформа кримінального права полягає у запровадженні у кримінальне законодавство такого поняття, як "кримінальний проступок".

Реформа кримінального процесу передбачає ухвалення нового КПК.

Реформу правоохоронних органів на інституційному рівні планується провести шляхом вжиття необхідних заходів для наближення правових засад діяльності цих органів до європейських стандартів, посилення демократичного контролю, для чого потрібно розробити концепцію реформування правоохоронних органів, внести зміни до законів України "Про прокуратуру", "Про Службу безпеки України" тощо. Вжиття цих заходів безпосередньо пов'язане із прийняттям нового КПК. Переважну більшість їх заплановано вжити протягом одного року після

¹ Томин В.Т. Избранные труды. — СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. — С. 492.

¹ Див. про це детальніше: Банчук О. Системність і послідовність у реформуванні кримінальної юстиції // http://www.yuricom.com/ua/legal_bulletin_of_Ukraine/publications/?aid=1282&rid=51

прийняття нового КПК (п. 5 розділу 1 Плану заходів із виконання обов'язків та зобов'язань України, що впливають із її членства в Раді Європи¹).

4. Розумне поєднання національних традицій кримінально-процесуального законодавства та іноземного досвіду регламентації кримінально-процесуальних відносин. Питання про національні традиції кримінального процесу і використання міжнародного досвіду регулювання кримінально-процесуальних відносин буде розглянуто ґрунтовно у підрозділі 1.4 цієї монографії.

Тут лише зазначу, що під час обговорень проекту Нацкомісії доволі часто від українських експертів—фахівців доводилося чути, що прогресивний європейський проект не може стати у майбутньому кодексом, якого будуть дотримуватися наші вітчизняні правоохоронці. Бо у них, мовляв, не той менталітет². А тому українського правоохоронця, який буде здійснювати кримінальне судочинство, треба статтями КПК загнути у кут так, щоб він не зміг порушувати закон. У зв'язку з цим постають два запитання: 1) новий КПК треба готувати "під менталітет українського правоохоронця і судді" чи змінювати їхній менталітет шляхом ухвалення нових прогресивних законів? 2) чи існують у природі норми права (статті закону), котрі не могли би бути порушеними?

Вважаю, що писати новий закон (кодекс) із урахуванням менталітету українців, сформованого, головним чином, протягом останніх двадцяти років під впливом системи застосування права, де панує корупція, не варто. Варто ухвалити сучасний європейський процесуальний кодекс, що ґрунтується на міжнародних, зокрема європейських стандартах судочинства, і залучити до застосування його норм нових людей або створити такі умови, за яких корупція у сфері кримінального судочинства стане неможливою. Інакше ми так і залишимося корумпованою державою зі складним, незрозумілим, а тому вигідним для корупціонерів кримінальним процесом.

¹ План заходів із виконання обов'язків та зобов'язань України, що впливають із її членства в Раді Європи // Офіційний вісник Президента України. — 2011. — № 2. — Ст. 185.

² Про вплив національного менталітету на кримінальне судочинство див.: Барабаш А.С. Российский менталитет и его влияние на природу уголовного судопроизводства // Правоведение. — 2006. — № 2. — С. 98—108.

Звісно, реформуючи кримінально-процесуальне законодавство треба дотримуватися *правила наступності* старого, але такого, що витримало випробування часом і зарекомендувало себе з кращого боку (наприклад, взаємодія слідчих і оперативно-розшукових підрозділів під час розслідування злочинів). Але у той же час слід відмовлятися від застарілих кримінально-процесуальних норм (статей), що стоять на заваді реалізації завдань кримінального процесу і досягненню через це його мети¹.

Із зазначеним вище правилом тісно пов'язане правило щодо перманентності (безперервності) реформування кримінально-процесуального законодавства. Це правило об'єктивно обумовлене змінами у суспільстві і пов'язаними з ними змінами законодавства. Кримінально-процесуальне законодавство не може бути відокремленим від інших галузей законодавства, які відображають зміни, що відбуваються у політичній, соціальній, культурній та інших сферах життя.

5. Принцип відповідності реформованого КПК Конституції України. Новий КПК, як і будь-який інший новий закон, не повинен містити положень, що суперечать Основному закону нашої держави. Під час роботи над проектом КПК члени робочої групи доволі часто як аргумент на користь того чи іншого варіанту вирішення питання наводили потребу виписувати норми так, щоб вони узгоджувалися із Конституцією України.

Наприклад, питання щодо форм досудового провадження було вирішене на користь поділу його на дізнання і досудове слідство, бо терміни "дізнання" і "досудове слідство" вжиті у п. 14 ч. 1 ст. 92, п. 3 ст. 121 Конституції України.

Вкрай суперечливим було питання щодо необхідності регламентації у новому КПК діяльності суду присяжних. Практично усі аргументи "за" і "проти" суду присяжних в Україні були висловлені. Але один аргумент переважив усі інші. Ним стала регламентація суду присяжних на рівні Конституції України — ч. 4 ст. 124, ч. 1 ст. 127, ч. 2 ст. 129.

Принцип відповідності нового кримінально-процесуального законодавства Конституції України має враховуватися реформа-

¹ Цей принцип застосовувався під час реформування кримінально-процесуального законодавства наприкінці 50-х — початку 60-х років минулого століття (Див.: Жогин Н.В. Прокурорский надзор за предварительным расследованием уголовных дел. — М.: Юрид. лит., 1968. — С. 76).

торами уже під час розроблення концепцій щодо реформування цієї галузі законодавства.

6. Принцип поміркованого залучення до реформування кримінально-процесуального законодавства представників органів, які його будуть застосовувати. Якщо протягом двадцяти років в Україні не подолана корупція, то це означає, серед іншого, і те, що борються з нею самі корупціонери. Результат такої боротьби у нашій державі є відомим.

Таким же буде результат реформування кримінальної юстиції, якщо його будуть здійснювати органи кримінальної юстиції. Недарма представники органів кримінальної юстиції на усіх засіданнях із обговорення проекту КПК Нацкомісії висловлювалися категорично проти його положень. Причому проти, в основному, були представники усіх правоохоронних органів і суду¹. Представники правозахисних організацій підтримували проект КПК (за деякими незначними винятками). У чому справа? Чому суд, прокуратура, міліція, СБУ виступають проти проекту, побудованого за європейськими стандартами? На підставі

¹ Подібною була ситуація й у РФ напередодні ухвалення КПК 2002 року. О.Б. Мизуліна була переконана, що Володимир Путін пішов на великий ризик, розпочавши саме таку судову реформу (мається на увазі запровадження змагальності не лише у судових, а й у досудових стадіях — Л.Л.). За її оцінками, до 80% практичних працівників перебувають у опозиції, оскільки Кодекс значно скорочує можливості для маніпуляцій, для перетворення сфери кримінального правосуддя на заробіток. Більше не можна буде торгувати процесуальними діями. Із запровадженням Кодексу із правоохоронних органів піде реальна влада. Слідчим і прокурорам доведеться навчитися вибудовувати багато версій і вигравати у адвокатів (Реферат статті "Начав судебную реформу, Путин пошел на большой риск" (Зампредседателя думского комитета по законодательству глава рабочей группы по подготовке кодекса Елена Мизулина о новом УПК), автор — Анна Закатнова // Независимая газета. — 2002. — 21 июня // http://www.mfit.ru/power/pub_3_80.html) (станом на 13.06.2009).

Не змінилася вона у РФ і з прийняттям КПК у 2002 році. У інтерв'ю, даному нею майже через півтора року після набрання чинності КПК, О.Б. Мизуліна констатувала, що не всі правозастосовники задоволені новим КПК. Причини цього вона виклала так: "Уявіть собі, що багато людей, зайнятих у цій сфері протягом багатьох років, які знали напам'ять багато положень старого КПК, в один момент опинилися на рівні першокурсника юридичного вузу. І навіть нижче, бо у студентів голова не забита застарілими положеннями. Це лише технічне питання. Безумовно, незадоволених багато, і сьогодні багато звільняються, йдуть на пенсію або переходять на іншу роботу" ("Судебная реформа в России и Уголовно-процессуальный кодекс". Интернет-интервью с Заместителем председателя Комитета по законодательству Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации Е.Б. Мизулиной, 21 ноября 2003 года // <http://cmiki.ru/confer/oldiint/?issue=34884>) (станом на 13.06.2009).

почутого на засіданнях із обговорення проекту КПК Нацкомісії, а також спілкування із представниками державних органів, які застосовують кримінально-процесуальне законодавство, можу зробити висновок. Відразу зазначу, що цей висновок віддзеркалює мою особисту точку зору.

Суди і прокуратура проти проекту КПК, підготовленого робочою групою Нацкомісії, з однієї причини: суддям і прокурорам у разі ухвалення проекту Верховною Радою України доведеться багато працювати, бо на них покладається багато обов'язків щодо контролю (суд) та нагляду (прокурор) за досудовим розслідуванням. А на прокурора — ще й здійснення процесуального керівництва розслідуванням злочинів.

За чинним законодавством прокурор і суд фактично споживають плоди праці органів дізнання та слідчих. Останні, як відомо, формують докази у кримінальній справі. Прокуророві і суду залишається лише проконтролювати, чи не було допущено при цьому порушень. Проект Нацкомісії передбачає, що прокурор повинен не лише наглядати за законністю, а й включатися у роботу із керівництва діяльністю, яку виконує слідчий. А це — "чорна", рутинна робота. Може це і є основною причиною негативного ставлення прокуратури до проекту КПК.

За чинним КПК докази формують орган дізнання і слідчий. За проектом Нацкомісії докази можуть з'явитися лише у суді. Отже, і у суду з'являється зайвий "головний біль". Замість того, щоб перевірити докази, зібрані слідчим і у сконцентрованому вигляді викладені ним у обвинувальному висновку, суду самому доведеться визначати, які дані є доказами, а які не є. Через це (і не лише) судді не сприймають проект.

Причини такого несприйняття криються, як на мене, і у тому, що прокурори вважають, що прокуратура є окремою самостійною гілкою влади. Судді реально є однією із гілок державної влади. Тобто із трьох державних органів, які здійснюють кримінальне судочинство — слідчий, прокурор, суд, — владу мають два останніх суб'єкта. За таких умов працювати випадає лише слідчому. У цьому контексті хотів би навести слова учасника однієї із наукових конференцій: "Слідчий у процесі є "афроамериканцем", прокурор — метисом, а суддя — білою людиною" (із етичних міркувань прізвище автора не наводжу).

Але, звичайно, не можна повністю ігнорувати правоохоронців¹ і суддів і відлучати їх від роботи у відповідних робочих групах. Ніхто не знає ситуацію із застосуванням певних процесуальних норм краще, ніж вони. Але вони знають як застосовуються чинні норми (статті). Спрогнозувати, які проблеми можуть виникнути під час застосування норм нового КПК після набрання ними чинності дуже важко як практикам, так і теоретикам.

Задля забезпечення якості майбутнього кримінально-процесуального закону до розроблення його проекту мають бути залучені не лише представники державних органів, які ведуть процес, а й інші суб'єкти. Проблема полягає у тому, що залучити увесь народ до реформування кримінально-процесуального, як і будь-якого іншого законодавства, неможливо. Корисним, як показує практика діяльності різноманітних робочих груп, є залучення до них представників громадських організацій, колишніх працівників правоохоронних органів і суду; правозахисників тощо.

Наскільки мені відомо, правоохоронні відомства і суд робили спроби підготувати "власний" проект КПК. Передостаннім за часом є проект КПК від МВС України². Як повідомив 1 грудня 2010 року заступник Міністра — начальник Головного слідчого управління МВС України В.І. Фаринник, у рамках здійснення судово-правової реформи, на виконання Указу Президента України від 17 серпня 2010 року № 820/2010, а також у зв'язку з необхідністю виконання зобов'язань України перед Радою Європи та положень Концепції реформування кримінальної юстиції України, затв. Указом Президента України від 8 квітня 2008 р. № 311/2008, в Міністерстві внутрішніх справ України

¹ Народний депутат України Е.В. Шишкіна зазначає: "Якщо міліціонери і прокурори сідають писати КПК, то нічого доброго з цього не вийде" (див.: Шишкіна Е. Новий КПК: новація чи авантюра? Частина I // <http://politiko.com.ua/blogpost8118>).

В.Т. Маляренко правильно вказує на те, що реформу кримінальної юстиції не можуть готувати правоохоронні відомства, бо кожне із них тягне кожух на себе; реформу кримінальної юстиції не можуть готувати і політики, оскільки кожною правовою нормою вони, хоч-не-хоч, вимушені забезпечувати захист інтересів своєї політичної сили. Багато в чому саме через цю обставину до цього часу реформа не здійснена (див.: Маляренко В. В Україні й до сьогодні зберігається тоталітарне уявлення про суд // Юридичний вісник України. — 2008. — № 44. — 1 листопада: <http://www.yurinc.com.kiev.ua/uvv>).

² Останнім є проект КПК від робочої групи з питань реформування кримінального судочинства, утвореної Президентом України у серпні 2010 року.

створено робочу групу з розроблення проекту нового Кримінально-процесуального кодексу, до складу якої увійшли фахівці МВС, РНБО, провідні вітчизняні вчені-процесуалісти Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого та Національної академії внутрішніх справ¹. До речі, до групи чомусь не були залучені фахівці — члени робочої групи з питань реформування кримінального судочинства, склад якої затверджено Указом Президента України від 17 серпня 2010 року № 820/2010, на який посилається В.І. Фаринник.

Важко зрозуміти чому це проект КПК усієї України готується групою, зібраною під дахом МВС України? Ще якось можна було б зрозуміти, якби проект готувався за провідної ролі Міністерства юстиції України чи Верховного Суду України. Але одне із відомств, яке не має провідної позиції у кримінальному процесі², бо не підтримує обвинувачення у суді, не визнає осіб винними у вчиненні злочинів і не призначає їм покарання, недоцільно визначати відповідальним за підготовку такого важливого для усієї держави законопроекту.

Проект, підготовлений робочою групою "від МВС", членам робочої групи, утвореної Президентом України, презентований не був. Однак члени групи з розробки проекту КПК "від МВС" були удостоєні нагород³. Нагороди були вручені 30 листопада 2010 року в Міністерстві внутрішніх справ заступником Міністра генерал-майором міліції В.І. Фаринником та заступником начальника Головного слідчого управління генерал-майором міліції В.В. Топчієм в урочистій обстановці⁴. У МВС України робочу групу з підготовки пропозицій щодо реформування кримінально-процесуального законодавства України було створено

¹ Див.: Заступник Міністра Василь Фаринник вручив нагороди членам робочої групи з розробки проекту Кримінально-процесуального кодексу України (1 грудня 2010 року) // <http://www.mvs.gov.ua/mvs/control/main/uk/publish/category/css/main/uk/publish/article/453370?jsessionid=8AE1603E2809980BA04036285E065C82>

² Жодним чином не хочу принизити своїх колег по відомству і по духу — слідчих. Ними виконується колосальна робота із пошуку і закріплення слідів злочину. Але провідну, вирішальну роль у кримінальному процесі виконують і будуть виконувати прокурор і суд.

³ Див.: Заступник Міністра Василь Фаринник вручив нагороди членам робочої групи з розробки проекту Кримінально-процесуального кодексу України (1 грудня 2010 року) // <http://www.mvs.gov.ua/mvs/control/main/uk/publish/category/css/main/uk/publish/article/453370?jsessionid=8AE1603E2809980BA04036285E065C82>

⁴ Див.: Там само.

розпорядженням МВС України від 17 листопада 2010 р. № 1081¹. Отже, від моменту створення робочої групи до моменту вручення нагород минуло лише тринадцять днів. За цей час "з урахуванням практики провадження кримінального судочинства та наукових напрацювань на основі проекту КПК під реєстраційним № 1233 робочою групою МВС підготовлено проект Кримінально-процесуального кодексу України, який було направлено до владних інституцій"². Але для широкого загалу текст цього проекту залишився недоступним.

Мені як члену робочої групи "від Президента" і співробітнику МВС України невідомо, хто входив до складу групи нагороджених. Доволі стисла інформація про проект була розміщена на сайті МВС України, де йшлося про те, що "зазначений проект повністю відповідає європейським стандартам (вид. Л.Л.), у ньому оптимально поєднані новаторство і традиції вітчизняного законодавства"³. Далі: "В проекті КПК передбачено приведення у відповідність до вимог Конституції України системи органів досудового слідства держави. Зокрема, передбачено зосередити слідство в слідчому Комітеті при МВС, *прокуратурі* (вид. Л.Л.) та Службі безпеки"⁴.

¹ Див.: Фаринник В. Удосконалення кримінально-процесуального законодавства у напрямі його демократизації // Юридичний вісник України. — № 27 (835): http://www.yuricom.com/ua/analytical_information/?id=7817 (станом на 8 липня 2011 року).

Слід відзначити, що МВС України в останні роки приділяє багато уваги опрацюванню проекту КПК. Так, "з метою вирішення практичних проблем та усунення суперечностей у проекті КПК розпорядженням МВС України від 8 червня 2010 року № 451 створена робоча група із доопрацювання проекту, до складу якої увійшли керівники структурних підрозділів МВС та вищих навчальних закладів" (Топчій В. Шляхи реформування кримінального судочинства України // Вісник Академії правових наук України. — 2010. — № 3 (62). — С. 241).

² Див.: Топчій В. Шляхи реформування кримінального судочинства України // Вісник Академії правових наук України. — 2010. — № 3 (62). — С. 241. Швидкість підготовки проекту КПК вражає. Може саме тому він не повною мірою узгоджується із європейськими стандартами кримінального судочинства, що непрямо визнав і В.І. Фаринник, зазначивши: "Однак, враховуючи те, що на сучасному етапі державотворення реформа кримінально-процесуального законодавства вимагає максимального наближення системи кримінального судочинства до європейських вимог, вважається, що саме проект КПК, розроблений Робочою групою при Адміністрації Президента України, найбільше відповідає цим стандартам (вид. Л.Л.) та є надзвичайно прогресивним".

³ Без будь-якої конкретики, що у проекті є новаторського, а що традиційного. Що стосується відповідності європейським стандартам, то виходить, що проект від МВС "лише" "повністю" їм відповідає, а проект від "Адміністрації Президента України" — "найбільше".

⁴ Див.: Заступник Міністра Василь Фаринник вручив нагороди членам робочої групи з розробки проекту Кримінально-процесуального кодексу України (1 грудня 2010 року) // <http://www.mvs.gov.ua/mvs/control/main/uk/publish/category/css/main/uk/publish/article/453370;jsessionid=8AE1603E2809980BA04036285E065C82>

Якщо б я знав, хто саме вніс до проекту КПК положення про зосередження слідства у прокуратурі, то спитав би у нього, про яку "відповідність Конституції України" можна говорити у такому разі, коли п. 9 розділу 15 Основного Закону держави встановлено, що "прокуратура продовжує виконувати відповідно до чинних законів ... функцію попереднього слідства — ... до сформування системи досудового слідства і введення в дію законів, що регулюють її функціонування". Іншими словами, прокуратура виконує функцію слідства тимчасово до настання умов, зазначеної у наведеній вище конституційній нормі. Таку умову, тобто сформування системи слідства, мав би встановити КПК. Після цього прокуратура була б відповідно до Конституції України позбавлена функції досудового слідства. Отже, до проекту КПК включене положення, що явно суперечить Конституції України. Чи може це і є новаторство?¹

До того ж, до складу груп, що діють під егідою різних відомств, почасти включають одних і тих же учених. А от практики, як правило, — це високопосадовці, які представляють той чи інший державний орган. Керівництво, мабуть, розраховує у такий спосіб підготувати проект КПК, який би був вигідний для свого відомства. Повністю підтримую В.І. Шакуна, який пише: "Узагалі в Україні склалася негативна практика, коли пропозиції щодо реформування тієї чи іншої галузі готують відповідні міністерства або відомства. За цих умов жодний орган влади з відомих причин неспроможний ефективно визначити шляхи власного реформування та запроваджувати у свою діяльність міжнародні стандарти, незважаючи на те, що ситуація вимагає виходу за звичні рамки та ігнорування канонів традиційного аналізу"².

За такого — відомчого — підходу найменше переймаються вирішенням питань забезпечення прав і свобод учасників кримінального процесу у оновленому законодавстві.

¹ У проекті "від МВС" є і позитивні новації. Приміром проектом визначено необхідність ліквідації штатного дізнання. Ці функції передаватимуться до слідчих підрозділів (Див.: Заступник Міністра Василь Фаринник вручив нагороди членам робочої групи з розробки проекту Кримінально-процесуального кодексу України (1 грудня 2010 р.) // <http://www.mvs.gov.ua/mvs/control/main/uk/publish/category/css/main/uk/publish/article/453370;jsessionid=8AE1603E2809980BA04036285E065C82>). Таким чином, ліквідується неефективний поділ органів розслідування на органи дізнання і слідства.

² Правова система України: історія, стан та перспективи: у 5 т. — Харків: Право, 2008. — Т. 5: Кримінально-правові науки. Актуальні проблеми боротьби зі злочинністю в Україні / За заг. ред. В.В. Сташиса. — С. 169.

7. Принцип узгодженості позицій щодо шляхів реформування.
Єдиного вірного шляху реформування кримінально-процесуального законодавства немає, окрім, звичайно, ленінського, і бути не може.

Ми продовжуємо тонути у теоретичних дискусіях щодо шляхів реформування кримінально-процесуального законодавства. Ученим, у принципі, неважко підготувати проект у рамках якоїсь концепції. Теоретичних концепцій реформування кримінально-процесуального законодавства існує багато. Однак концепції, узгодженої практичними органами і теоретиками, на даний час в Україні не існує. Більш того, у державі взагалі не існує будь-якої концепції реформування кримінально-процесуального законодавства.

Концепція реформування кримінальної юстиції України 2008 року містить деякі положення, що стосуються кримінально-процесуального законодавства. Однак концепції, яка б була покладена в основу нового КПК України, на жаль, не підготовлено. "Бої" теоретиків і практиків мають локальний характер, і найчастіше відбуваються за зайняття окремих процесуальних "плацдармів", а не за перемогу на всьому процесуальному "фронті".

Після зміни влади в Україні у 2010 році "сила" Концепції 2008 року підірвана політичними моментами. Різні наукові школи пропонують власні підходи до реформування кримінально-процесуального законодавства, спираючись на підтримку різних політичних сил. Це нагадує ситуацію, описану у відомій байці про лебедя, рака і щуку.

У зв'язку із викладеним виникає запитання: "Хто в нашій державі відповідає за реформу кримінально-процесуального законодавства, за узгодженість усіх проектів КПК України?". Цілком очевидно, що має бути єдиний центр реформування кримінально-процесуального законодавства.

Замість вироблення узгодженої позиції, і, як наслідок, узгодженого варіанту проекту КПК, народні депутати ведуть війну¹

¹ Думається, що справжня війна розпочнеться під час проходження законопроекту у Верховній Раді України. Свого часу через це пройшов парламент РФ.

Ось як про це писала О.Б. Мизуліна: "При прийнятті нового КПК у Держдумі відбувалася жорстка політична боротьба. Опоненти залишаються у полоні попередніх уявлень про судочинство, вони наполягають на тому, що суд є зброєю у боротьбі зі злочинністю (Романенко Т. Новый УПК: страна попыталась вырваться из объятий 37 года / Обзор выступлений Елены Мизулиной — руково-

за авторство¹. Так, один і той же проект під різними номерами і прізвиськами неодноразово реєстрували у нашому парламенті і як окремий документ (№ 3456-1 від 19 травня 2003 р.²; № 3456-д від 18 листопада 2005 р.³; № 1233 від 13 грудня 2007 р.⁴) і як елемент (Книга 3) "Великого судового кодексу"⁵.

8. Принцип "золотої середини" щодо деталізації регламентації кримінально-процесуальної діяльності. Перед реформуванням будь-якої галузі законодавства завжди стоїть завдання пошуку "золотої середини", яка б була більш чи менш віддаленою від двох рівнів за мірою небезпеки крайнощів: надлишкової деталізації юридичної діяльності, з одного боку, і повної відсутності регламентації діяльності — з іншого.

Спробуємо уявити собі, як можуть зазначені крайнощі бути втіленими у новому КПК України. Звичайно, ці уявлення мають

дителя проекта мониторинга введения в действие Уголовно-процессуального кодекса РФ, проводимого совместно Администрацией Президента РФ и Комитетом по законодательству Государственной Думы РФ, с 11 по 19 сентября 2003 года — на научно-практических конференциях "Новый УПК России и проблемы правоприменительной практики" во Владивостоке, Хабаровске, Южно-Сахалинске // <http://www.arsvest.ru/archive/issue497/right/view2556.html> (станом на 13.06.2009).

¹ Хоча, на думку правозахисників, проект у багатьох своїх положеннях і демонструє недостатньо чітке уявлення його авторів про зміст та обсяг міжнародних зобов'язань України та інших усталених стандартів справедливого судочинства (див.: Коментар до проекту Кримінально-процесуального кодексу України, запропонованого до другого читання у Верховній Раді // Інформаційний портал Харківської правозахисної групи // <http://khpg.org.ua/index.php?id=1085736131>).

² Карта проходження проекту Закону України від 19 травня 2003 року № 3456-1 (Кримінально-процесуальний кодекс України — прийнятий Верховною Радою України 22.05.2003. за основу). Автори законодавчої ініціативи: В. Мойсик, В. Мазуренко, М. Маркуш, Г. Васильєв, О. Бандурка, І. Вернидубов, С. Гавриш, С. Іванов, Ю. Кармазін, С. Ківалов, М. Оніщук, В. Онопенко, В. Сіренко, М. Потебенько // http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/ed_2004_06_27/JD200011.html#

³ Карта проходження проекту Закону України від 18 листопада 2005 року № 3456-д (Кримінально-процесуальний кодекс України). Автори законодавчої ініціативи: В. Мойсик, О. Бандурка, І. Вернидубов, С. Гавриш, М. Маркуш // http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/ed_2005_11_18/JD2000D1.html#

⁴ Проект Кримінально-процесуального кодексу України. Автори законодавчої ініціативи: В. Мойсик, С. Ківалов, Ю. Кармазін, І. Вернидубов // http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?pf3511=31115. Цей законопроект 1 лютого 2011 року було включено до порядку денного Верховної Ради України (див.: Постанова Верховної Ради України від 1 лютого 2011 р. № 2951-VI "Про порядок денний восьмої сесії Верховної Ради України шостого скликання" // <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi>).

⁵ Проект Великого судового кодексу України // http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=14689

абстрактний характер і є певною мірою абсурдними. Такий прийом застосовую спеціально, щоб показати недоречність впадання у крайнощі під час регламентації кримінально-процесуальної діяльності.

Відсутність і навіть мінімальна регламентація відносин¹, що складаються у кримінальних справах, залишає величезний простір для розсуду посадових осіб, які здійснюють провадження у кримінальних справах, а також безмежні права інших суб'єктів діяльності. Це неминуче призведе до хаосу у кримінальному процесі.

Здавалося б, інша крайність — максимальна деталізація діяльності у кримінальних справах та прав учасників — повинна забезпечити високий рівень ефективності процесу. Але це лише на перший погляд. Наприклад, у одній статті буде закріпленний перелік обов'язків слідчого. На підставі принципу "державним органам і їхнім посадовим особам можна робити лише те, що прямо передбачено у законі" слідчий на цілком законних підставах зможе відмовляти у реалізації прав учасників процесу лише через те, що для нього у переліку не передбачено певного обов'язку.

Як це не дивно звучить, але надмірна деталізація у кримінально-процесуальному законодавстві сковуватиме ініціативу посадових осіб, які ведуть процес, перетворюючи їх на простих виконавців волі законодавця. Для сучасного кримінального процесу це є неприйнятним. За умов високої освіченості як посадовців, так і всього населення, можна сподіватися на те, що у певних випадках вони діятимуть на основі норм моралі, правильних уявлень про добро і зло.

Окрім того, врегулювати усі можливі ситуації, що виникатимуть під час провадження у кримінальних справах, неможливо. Життя є багатоманітним, а тому сподівання на врегулювання усіх життєвих ситуацій у законі є недосяжними для задоволення.

Це питання нерідко було предметом дискусій під час регіональних публічних круглих столів в Україні з обговорення проекту КПК від Нацкомісії. І ставилося воно у площині "*стислість проти деталізації*". У цьому аспекті варто відзначити, що

¹ Приміром, КПК України складається із однієї статті, де зазначено: "Під час провадження у кримінальних справах усі учасники процесу керуються принципом верховенства права".

кожен з експертів Ради Європи закликав до більш стислому кодексу, аніж до кодексу з великою кількістю деталізації.

Експерти Ради Європи критикували проект КПК від травня 2007 року (той, що перебуває на розгляді Верховної Ради України) як занадто складний та забюрократизований, а також як такий, що недостатньою мірою усуває надмірну деталізацію та бюрократизацію процесу, що притаманна йому сьогодні (Ф. Кальдероні (2007), Й. Герман (2007), Р. Воглер (2007)). Висока складність та протяжність положень КПК може залишити сторони процесу без ясного розуміння та належного захисту їхніх основних прав (Д. Кос, Коментарі щодо проекту КПК (2004)).

Було чітко відзначено, що даліше розширення кількості слідчих дій, подання визначення понять, які дублюють наведені в тексті кодексу, заміна або роз'яснення загальних термінів ("розумний", "достатній", "дієвий" тощо) деталізація змісту протоколів чи постанов може зашкодити кодексу в той спосіб, що посилить бюрократизацію і, таким чином, підірве досягнення стандартів Ради Європи. "*Це відображає соціалістичний бюрократичний підхід до кримінального судочинства, в якому більше зосереджували увагу на дотриманні букви закону, а не на ефективному дотриманні та повазі до громадянських прав* (вид. Л.Л.)" (Ф. Кальдероні, (2007)). Для прикладу, термін "розумний" не може бути визначений згідно з бюрократичною моделлю без втрати змісту повноцінного, розсудливого рішення, що знаходиться в основі цього поняття¹.

Як бачимо, експерти Ради Європи наполягали на стислості проекту КПК. Однак "стислість" теж можна тлумачити по-різному. Не буду вдаватися у розмірковування з цього приводу. Використовуючи "європейську" термінологію, зазначу, що стислість має бути "розумною". Недостатня, так само як і надмірна урегульованість є неприйнятними для нового кримінально-процесуального законодавства.

Від "стислості-деталізації" слід відрізняти таке важливе під час реформування законодавства поняття, як "однозначність-

¹ Із Меморандуму радника з правових питань Посольства США в Україні Д. Льюїса (2008 рік).

Про розв'язання проблеми бюрократизації і надлишкової деталізації у новому КПК див.: Гевко В. Удосконалення процесуальної форми як основа реформування кримінального судочинства в Україні // Право України. — 2010. — № 7. — С. 151—152.

неоднозначність (розпливчастість)" норм кримінально-процесуального права.

У кожному конкретному випадку правозастосування має бути максимально мобілізована енергія правозастосовника для усвідомлення закону, застосовуваного для конкретного правового конфлікту. Але це не означає, що закони можуть бути неясними, незрозумілими, можуть становити собою конгломерат "каучукових" норм. На противагу соціальний прогрес закономірно вимагає максимальної визначеності правових норм. Це пояснюється тим, що людина, перебуваючи у суспільстві, потребує упорядкованості суспільних відносин. Підкоряти свою поведінку встановленій упорядкованості можна лише за умови визначеності, чіткості і зрозумілості тих вимог, котрі суспільство ставить до конкретної особи¹.

Індивід, поставлений віч-на-віч із суспільством, державою, має право вимагати, щоб йому було цим останнім точно вказано, чого від нього хочуть та які рамки йому ставлять. Логічно, це право на визначеність правових норм є одним із невід'ємних прав особи, яке лише можна собі уявити; без нього, по суті, взагалі ні про яке "право" не може бути мови. (Індивід постає віч-на-віч з державою у небезпеці для його свободи, якщо лише між ними немає зрозумілого закону і незалежного судді)².

До викладеного залишається додати, що новий кримінально-процесуальний закон повинен бути настільки стислим, щоб його могли зрозуміти ті, хто буде звертатися до його положень, тобто він має бути і визначеним. Визначеність кримінально-процесуального закону означає простоту і розумність побудови норм права, якими визначаються права учасників процесу і процедури їх реалізації.

9. Недопустимість звуження під час реформування законодавства прав суб'єктів кримінального процесу. Цей принцип є конституційним, загальноправовим і стосується усіх галузей вітчизняного законодавства. Він досить детально досліджений

¹ Аверин А.В. Истина и судебная достоверность (Постановка проблемы). — 2-е изд., доп. — СПб.: Издательство Р. Асланова "Юридический центр Пресс", 2007. — С. 158.

² Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. — Изд. 3-е, стереотип. — М.: Статут, 2001. — С. 89.

у межах теорії конституційного права. Тому досліджувати його у цій роботі немає потреби.

1.4. Національні традиції кримінального судочинства і іноземний досвід та міжнародні стандарти: проблеми поєднання під час реформування кримінально-процесуального законодавства

Вкрай дискусійним питанням під час підготовки проекту КПК було питання про відповідність його положень національним (українським) традиціям у галузі кримінального судочинства та правовій системі України.

Під час обговорень проекту, давання на нього висновків науковими установами і практичними органами у наукових публікаціях містилися "суттєві" зауваження: розробники проекту знехтували українські традиції кримінального процесу і змішали, до того ж еkleктично, інститути, що є притаманними різним правовим системам (романо-германській і англо-саксонській), а також, що проект не вписується у національну правову систему¹.

Однією із найбільш різких критичних публікацій є тези В.П. Півненка — професора кафедри правосуддя юридичного факультету Харківського національного університету імені В.Н. Каразіна, викладені ним у формі бичування "ворогів національної процесуальної традиції".

В.П. Півненко пише: "...творці проекту нового КПК України² збудували дім на піску" шляхом об'єднання різнополярних кримінально-процесуальних інститутів романо-германської правової системи, до якої належить Україна, з англо-саксон-

¹ Про поняття і структуру правової системи див.: Михайлов А.М. Судебная власть в правовой системе Англии. — М.: Юрлитинформ, 2009. — С. 14—22.

В.П. Гмирко зазначив, що проектні роботи з виготовлення нового КПК точаться радше методом спроб і помилок, а самі зводяться до еkleктики фрагментів процесуальних форм кримінального процесу різних типологій (Гмирко В.П. Доказування в кримінальному процесі: діяльнісна парадигма. Теоретичний аналіз. Проблематизація. СМД-репрезентація: монографія. — Дніпропетровськ: Академія митної служби України, 2010. — С. 9.

² Мається на увазі проект КПК України, підготовлений робочою групою Нацкомісії. — К., 2008. — 145 с.

ською, представником якої є Сполучені Штати Америки (і не лише вони — Л.Л.), що є абсурдом з теоретичної і практичної точок зору"¹.

Автора "особливо бентежить те, що розробники законопроекту чітко не визначилися ні з світоглядними, ні з методологічними базовими установками (фундаментальними основами), на яких має будуватися вся архітектура нового КПК України, що й призвело до невдачі, створення законопроекту за принципом заперечення і руйнації всього попереднього і зміни традиційної вітчизняної змішаної (континентальної) моделі (форми) кримінального судочинства на повністю змагальну англо-американського типу"².

Дискутувати із "обвинувальним висновком" щодо розробників проекту, до числа яких входив автор цієї монографії, неможливо, бо немає предмету дискусії. У "обвинувальному висновку" не наведено жодного доказу на підтвердження того, що проект — це "дім на піску". Незрозуміло також, про які саме різнополярні інститути романо-германської і англосаксонської правових систем пише В.П. Півненко. Як і те, чому саме автори "не визначилися із світоглядними установками" — ці установки обговорювалися і по суті затверджувалися через досягнення згоди усіх членів робочої групи, а також були презентовані на численних конференціях, круглих столах, що відбулися у багатьох містах України. Інша справа, що ці установки у проекті КПК прямо викласти неможливо — вони фактично містяться у тих моделях норм, що становлять зміст проекту.

Нічим не обґрунтований і висновок щодо невдачі проекту КПК. Навпаки, поважні експерти Ради Європи надали йому високу оцінку³.

¹ Півненко В.П. Проект нового Кримінально-процесуального кодексу України: прорахунки і недосконалості / Матеріали міжнар. наук.-практ. конф. "Становлення, функціонування та розвиток правових систем сучасності: проблеми науки і практики", присвяченої 145-й річниці створення Одеського нац. ун-ту ім. І.І. Мечникова (м. Одеса, 23 квітня 2010 року). — С. 359. Про "дім на піску" цей автор пише і в інших публікаціях (див.: Півненко В.П. Проект Кримінально-процесуального кодексу України: невдачі і прорахунки // Вісник прокуратури. — 2010. — № 11. — С. 35).

² Півненко В.П. Проект Кримінально-процесуального кодексу України: невдачі і прорахунки // Вісник прокуратури. — 2010. — № 11. — С. 359–360.

³ Коментар до проекту КПК України Іоахіма Херрмана. Аусбурзький ун-т. Німеччина. — 2007. — Травень — 20 с.; Коментар до проекту КПК України Ричарда Воглера. Сусекський ун-т. Сполучене Королівство. — 2007. — Вересень. — 19 с.

І про "руйнацію всього попереднього". У проекті КПК дійсно "зруйновано" ті застарілі, незручні для учасників процесуальні інститути, що були традиційними для радянського кримінального процесу (наприклад, інститут додаткового досудового слідства). Але реформи задля того і проводять, щоб відмовитися від того, що застаріло і заважає, і щоб запровадити нове, прогресивне, сучасне. До того ж, систему правового регулювання кримінально-процесуальних відносин поступово "руйнували" раніше, а точніше приводили її у відповідність до нових суспільних відносин (ринкові відносини, демократія тощо), у тому числі і під час "малої" судової реформи 2001 року. Треба пам'ятати, що правова система України виникла об'єктивно у період досягнення радянською правовою системою "точки біфуркації", коли ця система згідно з основними засадами синергетики руйнувалася¹.

Щодо відповідності проекту національній правовій системі хотів би зазначити таке.

Як стверджує Н.М. Оніщенко, яка у незалежній Україні присвятила багато уваги дослідженням правової системи, "у сучасній юридичній літературі пропонується широкий діапазон вживання категорії "правова система"². Тому критикам проекту КПК варто було б визначитися, якому саме із елементів правової системи чи усій правовій системі не відповідає те чи інше положення проекту.

Правова система — це все позитивне право, яке розглядається в єдності з іншими активними елементами правової дійсності, а саме правовою ідеологією та судовою (юридичною) практикою. Право — це ядро і нормативна основа правової системи. За характером права в суспільстві можна оцінювати і суть усієї правової системи суспільства в цілому³.

Ю.О. Тихомиров розглядає два види правової системи: правову систему, що склалася історично, та систему законодав-

¹ Луць Л. Трансформація нормативної частини сучасної правової системи України — вимога часу // Право України. — 2003. — № 3: <http://www.lawyer.org.ua/?w=r&i=67&d=315>

² Правові системи сучасності. Глобалізація. Демократизм. Розвиток / Журавський В.С., Зайчук О.В., Копиленко О.Л., Оніщенко Н.М.; за заг. ред. В.С. Журавського. — К.: Юрінком Інтер, 2003. — С. 23.

³ Чернецька О.В., Шилінгов В.С. Правові системи сучасності: навч. посібник. — Ірпінь: Нац. академія ДПС України, 2003. — С. 17.

ства, що становить собою продукт раціональної діяльності, форму нормативного матеріалу¹.

Якщо слідувати такому розумінню правової системи, то формування в Україні різних галузей законодавства "історично" розпочалося лише після здобуття нашою державою незалежності в 1991 році. А враховуючи, що нова Конституція України була прийнята у 1996 році, то саме з цього моменту слід відраховувати історичний час формування національної системи законодавства і правової системи. Цей період в історичному плані є не таким уже й значним.

Мова йде про те, що раціональна діяльність поки що не виробила продукту у вигляді остаточно сформованої української системи законодавства. Більш того, система законодавства, а отже, і правова системи держави постійно змінюється із зміною соціальних умов життя суспільства. Та й правова система є доволі складним явищем, у якому переплітаються законодавчі акти, ухвалені в історично різні періоди часу. До того ж, ці періоди розмежовуються складними соціальними перетвореннями. Приміром, до цього часу продовжує діяти КПК неіснуючої держави, який "мирно уживається" із новими Кримінальним кодексом України, Цивільним процесуальним кодексом України та Кодексом адміністративного судочинства України.

На думку Н.М. Оніщенко, основним завданням правової системи є створення визначеної, нормативної, стабільної основи для всього комплексу суспільних відносин, в тому числі і для їх динаміки. Основним напрямом правового регулювання в умовах демократичної і правової держави є закріплення і охорона *нових* (вид. Л.Л.) суспільних відносин; забезпечення сприятливих умов і засобів існування індивідів; зміна характеру відносин у певній сфері; сприяння виникненню і функціонуванню нових відносин і суспільних явищ². Правове регулювання у проєкті КПК якраз і покликане виконувати це завдання і змушувати українську процесуальну систему йти у зазначених напрямках.

Правова система України як незалежної і суверенної держави лише формується, а точніше — трансформується із радянської,

¹ Тихомиров Ю.А. Публичное право. — М.: БЕК, 1995. — С. 210—223 (цит. за: Правові системи сучасності. Глобалізація. Демократизм. Розвиток / Журавський В.С., Зайчук О.В., Копиленко О.Л., Оніщенко Н.М.; за заг. ред. В.С. Журавського. — К.: Юрінком Інтер, 2003. — С. 23.

² Оніщенко Н.М. Правова система і держава в Україні: монографія. — К.: Ін-т держави і права ім. В.М. Корещького НАН України, 2002. — С. 38—39.

тоталітарної на демократичну із пануванням принципу верховенства права. Те, якою вона буде сформована (у яку саме трансформована), має визначатися не радянськими традиціями, а міжнародними, визнаними у Європі стандартами побудови правової системи. Європа знає різні державні правові, у тому числі й процесуальні, системи. Але стандарти дотримання прав людини, тобто мінімальні вимоги їх дотримання, мають бути єдиними, спільними. Ну і, звичайно ж, не радянськими.

Традиційно вважається, що українська правова система тяжіє до романо-германського типу. Але у нашій правовій системі (у її нормативній частині¹) з нещодавніх часів співіснують нормативно-правовий акт і прецедент. Останній притаманний для англосаксонської системи права.

Заперечення, а точніше ігнорування судової практики як джерела права, залишилось нам у спадок з радянських часів. У недалекому минулому прецедент як джерело права застосовувався тільки у країнах англо-американської системи права, можливість його запровадження на теренах колишнього СРСР оцінювалося виключно негативно. Сучасне порівняльне правознавство навряд чи дозволить нам погодитися з правильністю такої оцінки. Оскільки в країнах континентального права (Німеччині, Франції, Нідерландах, Швейцарії), на які Україна традиційно орієнтується в своєму правовому розвитку, — якщо не в самому тексті закону, то принаймні в сучасній правовій доктрині ніхто не заперечуватиме правотворчу роль судів².

В радянській правовій традиції основним джерелом права вважався нормативно-правовий акт. Тепер же і судова практика набуває значення джерела права³. Однак противники запровад-

¹ Правова система України як і будь-якої іншої держави складається з трьох основних частин: інституційної, функціональної та нормативної (див.: Луць Л. Трансформація нормативної частини сучасної правової системи України — вимога часу // Право України. — 2003. — № 3: <http://www.lawyer.org.ua/?w=r&i=67&d=315>). Про структуру правової системи див. також: Хаустова М. Структура правової системи суспільства // Вісник Академії правових наук України. — 2010. — № 1 (60). — С. 49—58.

² Кирилюк Д. Чи визнається в Україні судовий прецедент? // <http://justinian.com.ua/article.php?id=2221>

³ Я не ставлю завдання досліджувати прийнятність судового прецеденту для правової системи України. Наявність прецеденту у вітчизняній правовій системі констатовано іншими ученими (див.: Бондаренко-Зелінська Н., Зелінський А. Правова система України та судовий прецедент: можливість співіснування // Правовий тиждень. — 2008. — № 22(95). — 27 травня: <http://www.legalweekly.com.ua/>; Кирилюк Д. Чи визнається в Україні судовий прецедент? // <http://justinian.com.ua/article.php?id=2221>; Судебная практика как источник права // http://advokatkieva.kiev.ua/index.php?plugin=Content&path=Documents/Stati/Cud_praktika_pravo).

ження судового прецеденту як "буржуазної правової матерії" зазначають, що "не слід сліпо дублювати зарубіжні традиції правозастосування, це має бути судовий прецедент з "українським обличчям" (вид. Л.Л.). Адже судові прецеденти — це не ідеальні джерела права (як і правова норма), їм властива певна суперечливість, оскільки бувають випадки, коли суди по-різному вирішують однакові питання. Крім того, вітчизняні суди не наділені правотворчою функцією, й цей факт не можна ігнорувати. Тому потрібно на науковому рівні ґрунтовно дослідити можливості та межі застосування судових прецедентів як джерел права в Україні; визначити їх вплив на правозастосовну діяльність; спрогнозувати можливі переваги та недоліки надання актам вищих судів України статусу джерел права. І тільки все зваживши, поступово запроваджувати відповідні зміни, можливо, як експеримент (приміром, спочатку можна було б надати статусу джерела права постановам Пленуму Верховного Суду України, попередньо запровадивши ефективну процедуру їх прийняття), а потім, якщо отримаємо позитивний результат, — як загальне правило¹.

Не вдаючись до полеміки з авторами, із роботи яких наведено цитату, зазначу, що бажання запровадити прецедент (чи будь-яке інше правове явище) з "українським обличчям" є притаманним для багатьох учених і практиків. У наведеній роботі, як і у інших, говориться про таке "обличчя", а от як воно виглядає, невідомо, бо ніхто його ще не "намалював". Доводиться констатувати, що далі закликів про необхідність "на науковому рівні дослідити" і "послідовно, як експеримент", почати запроваджувати справа не йде². Або якщо і йде, то як у ситуації, змальованій відомим російським політиком і державним діячем В. Чорномірдіним. Одного разу він спересердя сказав: "Яку б партію ми не будували, все одно КПРС виходить".

¹ Бондаренко-Зелінська Н., Зелінський А. Правова система України та судовий прецедент: можливість співіснування // Правовий тиждень. — 2008. — № 22 (95). — 27 травня: <http://www.legalweekly.com.ua/>

² У теорії кримінального процесу висловлювалася пропозиція поступово (як у часі, так і за територією) уведення у дію КПК. Так, С.М. Стахівський пропонував, щоб прийнятий КПК не експериментувати на всьому суспільстві, а обмежитись декількома областями — хоча б на один рік (див.: Стахівський С. Новий Кримінально-процесуальний кодекс України: Хто замовляє музику? // Право України. — 2008. — № 4. — С. 57).

Так і з реформуванням вітчизняного кримінально-процесуального законодавства: "Як би ми не реформували КПК, — все одно КПК УРСР (СРСР) виходить".

Під час багатьох і тривалих обговорень проекту КПК Нацкомісії основні аргументи його противників зводилися до того, що у ньому "усе не так, як зараз", бо не враховані вітчизняні традиції кримінального процесу. У такому разі виникають питання: "Навіщо взагалі реформувати кримінальний процес України? Навіщо наблизитися до європейських цінностей у галузі кримінального судочинства (які, до речі, ніхто із противників проекту жодного разу не поставив під сумнів), коли у нас є "українські" традиції "радянського кримінального процесу"?"

Чи є у нас власні, українські стандарти кримінального судочинства? Багато того, що ми використовуємо у повсякденній слідчій і судовій діяльності, можна називати досвідом, практикою, але не демократичними стандартами. Наприклад, чи можна вважати стандартом судочинства направлення кримінальної справи для провадження додаткового досудового слідства? Стандартом є те, що усі сумніви мають тлумачитися на користь підсудного. Але на практиці, якщо у суддів виникає сумнів у доведеності вини підсудного, вони направляють справу стороні обвинувачення для "доопрацювання"¹. Це є українсько-радянська традиція. Ми хіба не повинні від неї відмовитися?

Найприйнятнішим варіантом обговорення цього питання, та й взагалі проекту КПК могла б стати дискусія, організована у одному чи у декількох загальноукраїнських юридичних виданнях. Причому дискусія не "взагалі", а конкретно за системи національних традицій кримінально-процесуального законодавства (якщо такі, звичайно, є²), або за кожною із них.

¹ Критику вітчизняного інституту додаткового слідства див. у: Маляренко В.Т. Реформування кримінального процесу України в контексті європейських стандартів: Теорія, історія і практика: монографія. — К.: Концерн "Видавничий дім "Ін Юре", 2004. — С. 212—220; Бережний С.Д. Повернення кримінальних справ на додаткове розслідування // Вісник Верховного Суду України. — 2006. — № 9. — С. 41—46.

² Р.Ю. Савонюк правильно зазначає, що з огляду на наш історико-правовий розвиток, уніфікацію законодавства за радянських часів, їх (традицій) як таких все ще немає. На підставі чинної Конституції України вони мають бути закладені у новому КПК (див.: Савонюк Р. Щодо проектів Кримінально-процесуального кодексу України // Право України. — 2010. — № 2: <http://www.info-prensa.com/article-228.html>).

Реформуючи кримінально-процесуальне законодавство, слід зважати на те, що "нинішній період розвитку української правової системи (яка за своїм генезисом та юридичними ознаками є правовою системою романо-германського типу) пов'язаний як з вдосконаленням основних ознак континентального права, так і з формуванням ефективних способів зближення її з європейськими міжнародними правовими системами"¹.

Ще у 1925 році відомий компаративіст Леві-Ульман, характеризуючи правову систему Шотландії, писав: "Коли має місце комбінація двох правових систем, одна з яких сходиться до римського права, а інша до англосаксонського, то в тих питаннях, на які римське право відповідає не особливо належним чином, англійське право певною мірою пронизує її, але в той же час геній римського права абсорбує й асимілює новий елемент, роблячи його більш гнучким, і цією роботою зі злиття готуючи шлях для правової уніфікації Західної Європи. Я доходжу висновку, що шотландське право у тому вигляді, у якому воно перебуває зараз, дає нам уявлення про те, яким буде (можливо, уже наприкінці цього століття), право цивілізованих націй, а саме комбінацією англосаксонської й континентальної систем"².

Передбачення Леві-Ульмана справдилися. За даними О.В. Волошенюка, сьогодні змішаний характер мають, крім Шотландії, правові системи провінції Квебек (Канада), штату Луїзіана (США), а також країн скандинавського та латиноамериканського права³.

Навіть у надрах таких самобутніх типів правових систем, як романо-германський та англосаксонський, спостерігаються достатньо відчутні конвергентні процеси. З одного боку, у романо-германському праві спостерігається істотне підвищення значення прецедентної практики, а з іншого — характерною

тенденцією розвитку загального права є розширення законодавчого впливу на розвиток суспільних відносин¹.

На думку учених, які є фахівцями у галузі порівняльного правознавства, досить поширеною сьогодні є точка зору, згідно з якою несхожість між вказаними типами права є перебільшеною, вона стосується більше форми, ніж змісту, оскільки їх об'єднують однотипна економіка, соціальна і політична структура суспільства, правова культура тощо, тобто все те, що можна охарактеризувати як "західна буржуазно-демократична основа". *Відмінності між романо-германським та англосаксонським правом не є принциповими та криються у другорядних техніко-юридичних компонентах* (вид. Л.Л.)².

Закордонні процесуалісти відзначають, що за останні декілька десятироків англійський процес став більш інквізиційним, а процес країн континентальної Європи — більш змагальним³.

У цьому плані цікавим є досвід Італії, що, з одного боку, яскраво ілюструє процес конвергенції інквізиційної і змагальної моделей кримінального судочинства, а, з іншого, — свідчить про безперспективність зведення гармонізації європейського кримінального процесу у ранг самоцілі, що ігнорує національні традиції і призводить до правового хаосу у межах конкретної внутрішньодержавної системи. З ратифікацією Італією ЄКПЛ пов'язана кардинальна реформа італійського кримінального процесу, що розпочалася із прийняттям і введенням у дію у 1989 році нового КПК, що встановив змагальну систему кримінального судочинства, що є практично ідентичною англоамериканському зразку⁴.

¹ Волошенюк О.В. Процеси конвергенції в сучасних правових системах // Форум права (Електронне наукове фахове видання). — 2009. — № 3: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2009-3/09vovcpc.pdf>

² Марченко М.Н. Конвергенция романо-германского и англо-саксонского права: открытая лекция. — К.—Симферополь: Ин-т государства и права им. В.М. Корецкого НАН Украины; изд-во "Логос", 2007. — Вып. 1. — 36 с. (Серия научно-методических изданий "Академия сравнительного правоведения"). Ю.С. Шемшученко пише про відмінності правової системи України від романо-германської правової сім'ї, зазначаючи при цьому, що вони мають спільний корінь, яким є справедливість і право (див.: Шемшученко Ю.С. Корінь спільний — справедливість і право // Віче. — 1993. — № 12. — С. 10).

³ J. Hatcher, B. Huber and R. K. Vogler (eds). Comparative Criminal Procedure. — BHCL. — 1996. — P. 8—10.

⁴ Шестакова С.Д. Генезис метода российского уголовно-процессуального права в условиях конвергенции и дивергенции англосаксонской и континентальной правовых систем: дисс. ... доктора юрид. наук: 12.00.09. — М.: РГБ, 2005. — С. 227.

¹ Луць Л. Трансформація нормативної частини сучасної правової системи України — вимога часу // Право України. — 2003. — № 3: <http://www.lawyer.org.ua/?w=r&i=67&d=315>

² Levy-Ullmann H. L. The Law of Scotland // Juridical Review. — 1925. — Vol. 37. — P. 390.

³ Волошенюк О.В. Процеси конвергенції в сучасних правових системах // Форум права (Електронне наукове фахове видання). — 2009. — № 3: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2009-3/09vovcpc.pdf>. Окрім змішування правових систем, існує і такий напрямок правової конвергенції як поступова трансформація права країн, які традиційно належать до окремого типу правових систем, у напрямку зближення з іншим типом.

Противники запозичень досвіду правового регулювання кримінально-процесуального законодавства у іноземних державах частіше згадують лише одну частину відомого висловлювання Т.Г. Шевченка — "свого не цурайтесь". Але Шевченко закликав і "чужому навчатися". То чому не повчитися чужому, якщо воно є прийнятним для українців? Чому треба сліпо відкидати надбання іноземного досвіду, відмовляючись використовувати його під час врегулювання кримінально-процесуальних відносин, керуючись лише тим, що це чужий досвід?¹

Беручи участь у конференціях, де мова заходила про національні традиції кримінального процесу, я ставив доповідачам та іншим учасникам конференції питання про те, якою є система українських процесуальних традицій. Жодного разу відповіді не було, окрім жарту: "Моя хата з краю". Як би комусь не хотілося, але зачинитися, сховатися у цій "хаті" від об'єктивних закономірностей конвергенції правових систем України та інших держав не вдасться. Посилання на історичні і правові традиції є не доцільними, коли мова йде про запровадження в Україні ефективної системи кримінального судочинства.

Правова конвергенція є складним соціальним явищем, яке відображає загальні закономірності розвитку права в умовах глобалізації та передбачає підвищення ступеня узгодженості правового регулювання суспільних відносин, зближення правових систем світу, взаємне проникнення їх окремих регулятивних механізмів та інститутів².

¹ Повністю поділяю думку В.Т. Маляренка, який зазначав, що намагання проштовхнути все нові і нові проекти Кримінально-процесуального кодексу без визначення його концептуальних засад, без впровадження нових відомих у світі стандартів діяльності органів системи кримінальної юстиції, які довели свою позитивність, лише консервують чинну модель кримінальної юстиції в Україні (Маляренко В. В Україні й до сьогодні зберігається тоталітарне уявлення про суд // Юридичний вісник України. — 2008. — № 44. — 1 листопада: <http://www.yuricom.kiev.ua/uvu/>). У той же час не можна не погодитися, що усі правові ідеї у свідомості кожного окремого народу одержують своєрідне забарвлення і власний відтінок (див.: Кистяковский Б.А. Вехи. — СПб., 1907. — С. 130).

Про співвідношення універсалізму і регіоналізму у врегулюванні прав людини див.: Шевчук С. Права людини у глобальному вимірі: універсалізм чи регіоналізм? / Судовий захист прав людини: Практика Європейського Суду з прав людини у контексті західної правової традиції. — К.: Реферат, 2006. — С. 5—38.

² Волощенко О.В. Процеси конвергенції в сучасних правових системах // Форум права (Електронне наукове фахове видання). — 2009. — № 3: <http://www.nbu.gov.ua/e-journals/FP/2009-3/09vovcpc.pdf>

Активні інтеграційні процеси між державами обумовили тісну взаємодію національного та міжнародного права¹. Взаємний вплив цих двох самостійних правових систем, що постійно взаємодіють, стає потужним чинником правового розвитку на сучасному етапі.

Вплив глобалізаційних процесів відчуває на собі і права система нашої держави. Процес впливу, що посилюється, норм міжнародного права на законодавство у галузі прав і свобод людини має об'єктивний характер. Об'єктивна тенденція впливу, що наростає, міжнародного права на систему і галузі національного права є очевидною².

Більш того, процеси правової інтеграції та глобалізації створили оптимальні умови для приєднання національної правової системи до міжнародно-правових стандартів у галузі прав людини. За очевидної тенденції зближення національної правової системи з правовими системами інших держав треба враховувати досвід ЄСПЛ, який формує правові стандарти у галузі прав людини, діяльність якого побудована за принципом "субсидіарності" міжнародно-правових гарантій, а це означає, що основу правозахисного механізму становлять норми національного законодавства³.

Для України, яка поставила і незалежно від того, хто перебуває при владі, повинна виконувати завдання стати повноправним членом європейського співтовариства, вкрай важливо, готуючи проект КПК, закріпити у ньому такі положення, що є визнаними у Європі⁴.

¹ Про поняття правової інтеграції див.: Бахин С.В. Сотрудничество государств по сближению национальных правовых систем (унификация и гармонизация права): автореф. дисс. ... доктора юрид. наук. — СПб., 2003. — С. 16; Глобалізація і розвиток законодавства: очерки / Отв. ред. Ю.А. Тихомиров, А.С. Пиголкин. — М., 2004. — С. 69—82.

² Девятова О.В. Решения Европейского суда по правам человека в механизме уголовно-процессуального регулирования / Под научн. ред. Л.Г. Татьяниной. — М.: Юрлитинформ, 2010. — С. 33. У науковій літературі зазначається, що стримування процесу глобалізації є фактично неможливим (Любашиц В.Я. Современное государство в глобализирующемся мире: проблемы теории // Правоведение. — 2004. — № 4. — С. 203—231).

³ Девятова О.В. Вказ. праця. — С. 36.

⁴ Про труднощі вибору України між західною і східною традиціями права див.: Харитонов Є.О., Харитонova О.І. Правова система України: між західною та східною традиціями права // Порівняльно-правові дослідження. — 2007. — № 1—2. — С. 161—168: http://comparativelaw.org.ua/dopovidi/2_4_1.doc

Загальновизнаність є однією із ознак європейських стандартів дотримання прав людини. На думку І. Когута, наближення до європейських правових стандартів є лейтмотивом діалогу між Україною та європейською спільнотою, а також підставою для політичної оцінки нашої держави¹.

Кримінальний процес — це різновид соціальної технології. А технології, як відомо, мають бути передовими аби не відстати від цивілізації. Якщо усі за те, щоб передові технології використовувалися в економіці, то чому б їх не впровадити у кримінальному процесі?

Врешті-решт, що є краще для українця: супермаркет, побудований за європейськими стандартами, і обслуговування за цими самими стандартами чи радянська продавщиця за прилавком, до того ж порожнім? Чому у сфері торгівлі і обслуговування² українці перейняли іноземний (європейський) досвід? Тому, що краще.

Чому українці хочуть їсти не лише картоплю та сало з часником (національний продукт), а й інші продукти? Чому вони бажають їздити на іномарках та ще й хорошими дорогами, побудованими за європейськими стандартами? Тому, що краще.

У тих сферах, де існує приватна власність, швидше впроваджуються європейські стандарти. Державна сфера діяльності дуже повільно рухається шляхом реформ, що можна спостерігати на прикладі політичної, економічної, соціальної, правоохоронної сфер діяльності. Між тим, перехід до сучасного суспільства пов'язаний з орієнтацією на інновації, виражений у секуляризації і демократизації, що у цілому забезпечує формування індивідуальності. До числа особливостей сучасного суспільства належить *преважання інновацій над традицією* (вид. Л.Л.)³.

Дотримання традицій кримінального процесу має значення для підтримання національної самобутності провадження у кримінальних справах. Особливо наразі, коли актуальною є

¹ Когут І. Проблеми реформування правової системи України та її наближення до європейських правових стандартів / Кваліфікований правовий захист громадянина: принципи правової держави як складова частина європейської політичної ідентичності: Матеріали міжн. конф. // <http://eu.prostir.ua/news/2168.html>

² Кримінальний процес теж є різновидом надання державою послуг із вирішення конфліктів, що мають кримінально-правову природу.

³ Федотова В.Г. Типология модернизаций и способов их изучения // Вопросы философии. — 2000. — № 4. — С. 12.

національна самоідентифікація громадян України. Але що треба вважати українськими традиціями у кримінальному процесі? Коли вони були сформовані: у часи, коли Україна входила до складу Австро-Угорщини, Польщі, Росії (до 1917 року) чи Радянського Союзу? Традиціями у кримінально-процесуальному праві і практиці його застосування можна вважати тільки ті, що сформувалися під час радянської доби. Бо ті правові положення, що формувалися до 1917 року, коли Україна перебувала у складі царської Росії¹, були у результаті жовтневого перевороту зруйновані "до основанья". А нові традиції у кримінально-процесуальному праві ще не сформовані, бо до цього часу діє КПК 1960 року.

М.Г. Стойко дуже правильно відзначив, що тенденція зближення національних правових систем у галузі кримінально-процесуального права до останнього часу була менш вираженою і помітною, ніж у інших галузях права. Такий консерватизм він пояснює природнім небажанням будь-якої держави обмежувати власну монополію на владу і культурною спадщиною кожної держави².

До того ж, неминущою долею традиційних уявлень є їхня постійна зміна, модифікація. Еволюція традицій може бути простежена у двох напрямках: по-перше, це подолання старих традицій, і, по-друге, це становлення нових традицій³.

Із здобуттям незалежності в Україні настав час формувати власні традиції провадження у кримінальних справах. Суттєві

¹ Та й чи можна говорити про те, що у часи царської Росії сформувалися українські національні традиції, що були наближеними до європейських традицій? І.О. Покровський зазначав свого часу, що Росія стояла у стороні від загальноєвропейського правового розвитку. Розвиток російського цивільного права за порівняно незначними винятками відбувався цілком самобутньо і визначив *російську правову відсталість* (вид. Л.Л.). Усунення цієї відсталості визначило необхідність постійних запозичень, і вже для Уложення царя Олексія Михайловича 1649 року було багато взято із Литовського Статуту, а законодавство Петра Великого намагалося переливати чужоземне великими масами (відомо, що Петро I дійшов переконання про повне перероблення Шведського Уложення у російський кодекс) (Див.: Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. — М.: Статут, 1998. — С. 49).

² Стойко Н.Г. Уголовный процесс западных государств и России: сравнительное теоретико-правовое исследование англо-американской и романо-германской правовых систем: монография. — СПб.: Издат. дом С.-Петербур. ун-та, изд-во юрид. факультета СПбГУ, 2006. — С. 5.

³ Баллер Э.А. Социальный прогресс и культурное наследие. — М.: Наука, 1987. — С. 55.

реформи у кримінально-процесуальному законодавстві (1864, 1922 і 1927, 1958—1960, 2001 роки) завжди враховували певні політичні події. Здійснювалися вони на зламі векторів розвитку держави і суспільства. У зв'язку з цим кожна реформа мала власні орієнтири і мету, обумовлені історичною та політичною ситуаціями. У сучасній Україні визначальними історико-політичними моментами є процеси глобалізації¹ та пов'язана з ними конвергенція правових, у тому числі і процесуальних, систем².

Перехідний період, у якому наразі перебуває наша держава, супроводжується черговою модернізацією правової системи, у тому числі і тієї її частини, що стосується кримінально-процесуального законодавства, із урахуванням досвіду європейської правової традиції. Те саме відбувається в інших пострадянських державах.

Так, у Росії модернізація кримінально-процесуального законодавства (у зв'язку із прийняттям нового КПК РФ) уже перетворилася на проблему теорії та практики, яка у теорії кримінального процесу сформульована таким чином:

— чи є зміни, що відбулися, черговою у тривалій російській історії юридичною акультурацією, тобто запозиченням окремих правових інститутів, процедур тощо без зміни основоположних принципів і механізмів (засобів, способів) судочинства?

— чи пов'язані вони (зміни) із зміною загальної системи правових поглядів у суспільстві і чи призведуть у цьому сенсі до кардинальної зміни практики судочинства шляхом рецепції (перенесення) західного кримінального процесу як культурного феномену?

— якщо це акультурація, то за яким або за якими зразками (формами) і на якій історичній основі?

¹ На думку В.В. Бойцовой, боротьба суперечливих тенденцій глобалізму і локалізму правових систем і культур, очевидно, завершиться перемогою першої (див.: Бойцова В.В. Перспективы развития российского права / Государство и право на рубеже веков. Материалы всероссийской конференции: Проблемы истории и теории. — М., 2001. — С. 21, 23.

² О.Г. Лук'янова, досліджуючи загальні питання процесуального права, зазначає, що найбільш помітно глобалізація вплинула на кримінально-процесуальне право, у якому з прийняттям нового КПК РФ відбулися якісні зміни, пов'язані з натуралізацією багатьох, не властивих раніше для російського кримінального процесу західних юридичних концепцій і конструкцій, зокрема: угода про визнання, мирова угода тощо (див.: Лук'янова Е.Г. Теория процессуального права. — М.: НОРМА, 2003. — С. 138—139).

— якщо це рецепція, то якої або яких моделей?

— чи існує ризик юридичної декультурації, тобто руйнування власної культурно-історичної системи кримінального процесу і блокування втілення у життя чужих зразків?

— якою є форма російського кримінального процесу, що склалася, і перспективи її розвитку із урахуванням загально-світових тенденцій?¹

Звичайно, із деякими складовими цієї проблеми у такий спосіб, як вони сформульовані, можна сперечатися (наприклад, щодо того, що існує таке цілісне поняття, як "західний кримінальний процес"), але на зазначені вище питання рано чи пізно доведеться відповідати і вітчизняним теоретикам кримінального процесу.

Несприйняття досвіду у галузі кримінального процесу, накопиченого іншими державами та міждержавними утвореннями, здатне призвести до відсталості національної системи кримінального процесу, а отже, і до висновків міжнародних організацій про невідповідність національних стандартів судочинства міжнародним стандартам. А це означає, що Україна в частині регламентації і здійснення кримінального судочинства може назавжди відстати від цивілізації.

Відмова від реформування кримінально-процесуального права шляхом впровадження міжнародних стандартів дотримання прав людини і громадянина призведе і вже призводить до порушення цих прав і відповідальності нашої держави за невиконання міжнародних зобов'язань. Прикладом можуть слугувати рішення ЄСПЛ щодо України у зв'язку із порушеннями ЄКПЛ.

Ще один важливий момент. Проект КПК передбачає врегулювання відносин наперед. Він має бути спрямований на майбутнє, а не закріплювати "радянські" процесуальні традиції. Безумовно, слід погодитися із Ю.О. Тихоміровим, який вказує на те, що "закон повинен містити нормативні моделі майбутніх правових відносин, часто випереджаючи при цьому існуючий рівень розвитку суспільних відносин. Це, звичайно, не завжди сприяє його ефективності, дієвості в силу об'єктивного відставання

¹ Стойко Н.Г. Уголовный процесс западных государств и России: сравнительное теоретико-правовое исследование англо-американской и романо-германской правовых систем: монография. — СПб.: Издат. дом С.-Петербург. ун-та, изд-во юрид. факультета СПбГУ, 2006. — С. 7—8.

правової свідомості суб'єктів, їх консерватизму чи інертності мислення"¹. До зазначених причин я додав би ще й побоювання учених виглядати непослідовними у своїх поглядах на ті чи інші питання правового регулювання у кримінальних справах. Ці причини стоять на заваді закріпленню у проєкті КПК дійсно прогресивних, таких, що відповідають європейським стандартам, нормативних положень.

Неодноразово доводилось чути про те, що із впровадженням європейських стандартів у кримінально-процесуальне законодавство України поспішати не треба, бо правовий менталітет² українців ще не "доріс" до європейського. Основні аргументи противників запровадження у кримінально-процесуальне законодавство нових для України, європейських за змістом підходів зводяться до того, що працівники правоохоронних органів і суду не будуть готові до цього. Це нагадає ситуацію, коли тим, хто вчиться плавати, говорять: "Ви стрибайте у басейн і вчіться плавати, а потім ми в нього води наллємо".

Г.Г. Ділігенський зазначає: "Вельми показовим є розрив між цінностями свободи і демократії, що зберігається в особливостях російського (та й українського — Л.Л.) менталітету. Якщо для західного суспільства свобода не отожднюється з демократією і цінується значно вище, то тут свобода розглядається як така, що не обмежена соціальними нормами і законами, і не припускає її включення до певного суспільного порядку³. Звідси є зрозумілою причина того, що не вкореняється на російському (і на українському — Л.Л.) ґрунті такий важливий компонент західної культури, як повага до закону і визнаних у суспільстві соціальних норм⁴.

¹ Тихомиров Ю.А. Публичное право. — М.: БЕК, 1995. — С. 114.

² Правова ментальність — це своєрідне комплексне утворення, що включає до свого складу правову ідеологію та правову психологію і характеризується особливостями психічного складу і світогляду людей, які входять до тієї чи іншої етнічної цілісності. В концепції етногенезу Л.М. Гумільова ментальність розкривається як ієрархія ідей, уявлень про світ, оцінок, смаків, культурних канонів, способів вираження думок, будучи найсуттєвішою частиною етнічної традиції. Правова ментальність як складне явище відображається у всіх елементах структури правосвідомості і розкривається у специфіці праворозуміння, правопочування, правобачення (див.: Поляков А.В. Общая теория права: феноменолого-коммуникативный подход: курс лекций. — СПб., 2003. — С. 410).

³ Дилигенский Г.Г. "Запад" в российском общественном сознании // Общественные науки и современность. — 2000. — № 5. — С. 8—9.

⁴ Дилигенский Г.Г. Вказ. праця. — С. 11.

Змінити "процесуальний менталітет" українців можна, але треба це робити шляхом зміни правил процесуальної діяльності. "Нові правила змінять менталітет". Менталітет не можна змінити протягом року. Але починати це робити колись треба. Не можна заперечувати, що за двадцять років незалежності і здійснюваної в Україні судово-правової реформи менталітет українців залишився на рівні радянського.

Та й у пошуках причин появи і поширення правового нігілізму усі розмірковування про правове неучтво і низький культурний та інтелектуальний рівень населення — самообман, оскільки причина будь-якого явища корениться у ньому самому, а не у зовнішніх чинниках. Шанобливе ставлення до права можливе лише там, де "право поважає людей", а ця характеристика права розкривається лише у процесі діяльності органів правозастосування і у першу чергу — суду¹.

Центральним питанням у дискусіях про те, яку кримінально-процесуальну систему належить будувати в Україні, має бути дотримання прав особи. Усе, що буде на краще у цьому аспекті для українців², є прийнятним. Усе, що заважає, — ні. Пересічному українцю, який потерпів від злочину (чи тому, кого переслідують у кримінальному порядку), байдуже, до якої системи права (романо-германської чи англосаксонської чи ще до якоїсь) належить кримінально-процесуальне право України. Для нього головне, щоб порушені злочином права були поновлені (а для обвинуваченого — щоб його переслідували справедливо).

Учасникам кримінального судочинства немає потреби та й часу замислюватися над його теоретичною моделлю. Тим паче, що "чистих" моделей, як було показано вище, не існує в силу конвергенції правових систем. На мою думку, "найбільш українським" буде той процесуальний кодекс, який краще регламентуватиме порядок провадження у кримінальних справах і

¹ Аверин А.В. Истина и судебная достоверность (Постановка проблемы). — 2-е изд., доп. — СПб.: Изд-во Р. Асланова "Юридический центр Пресс", 2007. — С. 10.

² На думку першого Президента України Л.М. Кравчука, національною українською ідеєю є наповнення нашого життя загальнолюдськими цінностями (телевізійна програма "Вертикаль влади" — Перший національний канал, "Ера", 3 жовтня 2010 року). Трансформуючи цю думку на кримінальний процес, слід визнати, що національною ідеєю, яка б стала у майбутньому національною процесуальною традицією, має стати наповнення процесу загальнолюдськими цінностями у сфері прав людини і громадянина.

права осіб, залучених до цього. А визначення типу чи моделі процесу, регламентованого цим кодексом, нехай залишається завданням теоретиків.

У російській юридичній літературі зазначається, що правова думка як з теоретичної точки зору, так і з точки зору практичної законотворчості, виявилася певною мірою не готовою сформулювати цілісну концепцію розвитку правової системи в умовах глобалізації¹. Саме з цієї точки зору російські учені наголошують на тому, що удосконалення процесу сучасної російської законотворчості є актуальним на основі результатів впливу глобалізації на російське право і виявлення його допустимих меж².

Українська правова, зокрема кримінально-процесуальна, думка, як видається, також виявилася не готовою до формулювання концепції розвитку нашої правової системи в умовах конвергенції правових систем, що є притаманним для процесу глобалізації. Але чекати на підготовку такої концепції можна довго, а готувати новий КПК потрібно зараз.

На теренах СНД Україна залишилася єдиною державою, у якій після здобуття незалежності на початку 1990-х років до цього часу не ухвалено новий КПК³. Це недолік. Але Україна має можливість перетворити його на позитив — вивчити досвід правового регулювання кримінально-процесуальних відносин у інших державах, відібрати для себе усе краще і створити новий сучасний кодекс європейської держави.

У теорії кримінального процесу важко сподіватися на наукові відкриття на кшталт "теорії відносності" у фізиці. Вітчизняній процесуальній теорії залишається селекціонувати (відбирати) те краще, що є в Україні і за кордоном, і творити власні національні традиції кримінального процесу. Новий КПК має перспективу стати першим українським кодексом незалежної України, у якому будуть закладені кращі зразки кримінального процесу.

¹ Глебов И.Н., Чеишвили М.В. Глобализация и конституционная идентичность России // Вестник Московского ун-та МВД России. — 2004. — № 4. — С. 50—53.

² Балаян М.Г. Об актуальности исследования влияния глобализации на правовую систему РФ // Закон и право. — 2006. — № 12. — С. 7—9.

³ Протягом тривалого часу у числі держав СНД, де діяли КПК, ухвалені на початку 60-х років ХХ ст., залишався Туркменістан. Нарешті у цій державі реформа кримінально-процесуального законодавства відбулася. Новий кодекс ухвалено 18 квітня 2009 року, і він набрав чинності 1 липня 2009 року.

Розділ 2 РЕФОРМУВАННЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА В ЧАСТИНІ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ ЙОГО ЗАГАЛЬНИХ ПОЛОЖЕНЬ

2.1. Реформування кримінально-процесуального законодавства в частині регламентації принципів кримінального процесу

2.1.1. Загальні положення

Наразі активно обговорюються два проекти КПК, про які йшлося вище. Глави 2 цих проектів КПК мають назву "Засади кримінального провадження". Не вдаючись до теоретичної і дещо схоластичної дискусії щодо термінів "принципи" і "засади", зазначу таке. Проект КПК-1233 регламентує двадцять три засади, даючи перелік їх у ст. 7. Проект КПК Нацкомісії містить двадцять дві засади. Не співпадає у зазначених проектах не лише кількість засад (принципів), а й їхня назва та зміст.

Проблеми засад (принципів) кримінального процесу у кримінально-процесуальному законодавстві були предметом наукових досліджень на рівні як монографічної літератури, так і наукових статей. Дослідженню цього питання присвятили свої роботи такі вітчизняні учені, як А.Я. Дубинський, В.Г. Гончаренко, Ю.М. Грошевий, В.С. Зеленецький, О.Р. Михайленко, Д.П. Письменний та інші. Однак у роботах, виданих цими та іншими ученими, мова йшла про загальні проблеми визначення поняття принципів кримінального процесу та їхньої системи. Проблеми ж, пов'язані із доцільністю регламентації принципів кримінального процесу в оновленому кримінально-процесуальному законодавстві та їхньою кількістю, у теорії кримінального процесу не знайшли належного дослідження.

З метою визначення чинників, що обумовлюють регламентацію принципів у кримінально-процесуальному законодавстві, а також їхньої системи у межах цього підрозділу монографії необхідно вирішити такі завдання: 1) проаналізувати спів-

відношення проектів КПК у частині регламентації положень, названих у них засадами кримінального провадження; 2) дослідити, чи не повторюють статті проектів КПК статей Конституції України та норм міжнародного права; 3) визначити чи не є зайвою правова регламентація принципів у КПК.

Для виконання зазначених завдань у першу чергу слід з'ясувати правову природу принципів кримінального процесу. Давно доведено, що принципами цього виду державної діяльності є лише ті положення, що регламентовані нормами права, тобто сформульовані у статтях кримінально-процесуального закону.

Так, наприклад, М.Л. Якуб вважає, що у кримінально-процесуальному праві можна виокремити дві групи норм: 1) норми, що визначають завдання кримінального судочинства, обов'язок порушення кримінальної справи і розкриття злочину, вимогу повноти, всебічності і об'єктивності дослідження, коло обставин, що підлягають доказуванню, ті, що регулюють оцінку доказів, коло питань, що підлягають вирішенню на нараді суддів під час постановлення вироку, та інші правила, що безпосередньо стосуються діяльності слідчих і судових органів, її змісту; 2) норми, що встановлюють порядок кримінального судочинства, його форму; вони регулюють слідчу і судову діяльність не безпосередньо — її зміст, а шляхом регламентації процесуальних умов проведення як цієї діяльності в цілому, так і кожної окремої слідчої або судової дії, їхнього зв'язку і послідовності¹. Більшість зазначених М.Л. Якубом у першій групі норм є нормами-принципами.

М.С. Строгович також відзначав, що "принципи кримінального процесу — це кримінально-процесуальні норми загального і визначального характеру щодо інших кримінально-процесуальних норм; вони отримують конкретизацію і деталізацію в більш приватних процесуальних нормах, що належать до окремих інститутів кримінального процесу і до окремих його стадій"².

Принципам (засадам) кримінального процесу присвячено багато уваги у юридичній літературі. У одних літературних джерелах розглянуті загальні теоретичні питання щодо поняття та

¹ Див.: Якуб М.Л. Процессуальная форма в советском уголовном судопроизводстве. — М.: Юрид. лит., 1981. — С. 7.

² Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса: в 2 т. — М.: Наука, 1968. — Т. 1. — С. 124.

системи процесуальних принципів¹, у інших — окремі принципи, що складають систему². Тому немає необхідності вдаватися до ґрунтовного дослідження проблем визначення поняття принципів кримінального процесу. Для досягнення мети і виконання завдань цієї роботи досить на цьому етапі дослідження констатувати, що принципи — це правові положення, тобто приписи, що містяться у кримінально-процесуальному законі.

Традиційно склалося так, що вітчизняне кримінально-процесуальне законодавство за радянського періоду розвитку нашої держави містило норми з основними положеннями, що мали значення для всього кримінального процесу. У КПК 1922³ і 1927⁴ років такі норми містилися у главі 1. КПК 1960 року, чинний дотепер, не відійшов від цієї традиції. Розробники обох проектів КПК не наважилися відійти від цієї традиції і на початку проектів виклали перелік засад і виписали їхній зміст.

Порівняймо засади, викладені у різних проектах КПК.

У проекті КПК-1233, як було зазначено вище, регламентовані двадцять три засади. У проекті КПК Нацкомісії — двадцять дві, причому у ч. 2 ст. 6 вказано, що засади кримінального провадження, передбачені у главі 2, не є вичерпними.

Аналіз змісту статей проектів КПК показує, що у проекті-1233 є, а у проекті Нацкомісії немає вісім положень (засад): 1) забезпечення всім особам, які беруть участь у справі, права на захист їхніх законних інтересів; 2) встановлення обставин у

¹ Маляренко В.Т. Реалізація основних конституційних засад судочинства в кримінально-процесуальному законодавстві України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Харків: Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого, 1999. — 19 с.; Мірошніченко Т.М. Принципи кримінального процесу / Правова держава Україна: проблеми, перспективи розвитку. — Харків, 1995. — С. 337—338.

² Гринюк В.О. Принцип незалежності суддів і підкорення їх тільки закону в кримінальному процесі України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К.: Київський нац. ун-т імені Тараса Шевченка, 2004. — 20 с.; Деревянкін С.Л. Публічність та диспозитивність у кримінальному судочинстві: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Харків: Харківський нац. ун-т внутр. справ, 2005. — 20 с.; Ісмаїлова Л.Б. Процесуальні та етико-психологічні питання забезпечення рівності сторін в кримінальному судочинстві України: дис. ... канд. юрид. наук. — К.: Академія адвокатури України, 2007. — 216 с.; Король В.В. Засада гласності та її обмеження в кримінальному судочинстві України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К.: Київський нац. ун-т імені Тараса Шевченка, 2002. — 19 с.

³ УПК УССР. — Харьков: Юрид. изд-во Наркомюста УССР, 1925. — 123 с.

⁴ Уголовно-процессуальный кодекс УССР. Официальное издание в редакции 1927 года. — Харьков: Юридическое издательство наркомюста УССР, 1927. — 126 с.

справі; 3) здійснення правосуддя виключно судами; 4) незалежність суддів, їх підкорення лише закону; 5) забезпечення доведеності вини; 6) об'єктивна оцінка доказів; 7) усність процесу; 8) підтримання державного обвинувачення в суді прокурором. У свою чергу є у проекті Нацкомісії, але немає у проекті-1233 п'яти засад: 1) доступ до правосуддя; 2) недоторканність права власності; 3) рівноправність учасників кримінального провадження; 4) заборона двічі притягувати до кримінальної відповідальності; 5) розумні строки кримінального провадження.

Судячи навіть із назви перерахованих правових положень, що, на думку розробників проектів, можуть "мати статус" "засад кримінального провадження", вбачається, що кількість засад визначити у КПК надзвичайно важко. Два КПК — два різні набори засад кримінального провадження. І це притаманно для однієї держави — України. А якщо порівняти системи засад кримінального провадження не лише у проектах КПК України, а й у КПК інших держав? Звісно, що кожна держава встановлює власний набір (систему) засад, але принципово вони не різняться в силу своєї абстрактності, обумовленості нормами, що мають загальний характер (норми Конституції, міжнародно-правових актів).

До того ж, окремі положення, які подані у проектах КПК як засади (принципи) кримінального процесу, є настільки очевидними, що їхнє розкриття має більш академічний характер, а не суворо нормативний. Як приклад доцільно навести зміст ч. 1 ст. 8 проекту: "Суб'єкти кримінального провадження зобов'язані неухильно дотримуватися вимог Конституції України, цього Кодексу, інших законів України та міжнародних договорів України". Хіба здійснення діяльності без урахування положень законів, у тому числі і кримінально-процесуального, можна вважати кримінальним процесом? Очевидно, що ні¹.

Окрім того, вважати права суб'єктів кримінального процесу принципами останнього, як це зроблено у проектах, не зовсім доречно. Права суб'єктів кримінального процесу та презумп-

¹ Гейц С.О. Норми кримінально-процесуального права: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. — Дніпропетровськ, 2007. — С. 136.

цію невинуватості ("невинності"¹) обвинуваченого треба розцінювати не як принципи кримінального процесу, а як конституційні гарантії правового статусу особи в державі (у тому числі і у сфері кримінального процесу). А оскільки вони уже закріплені у Конституції України та в міжнародних правових актах, що після ратифікації їх стали частиною національного законодавства, то дублювати їх у КПК немає жодної потреби.

До того ж, значна кількість принципових положень нівелює їхнє значення для кримінального провадження. В.Т. Маляренко правильно зазначає, що "чим більше принципів, тим менше їхнє значення, бо більшою є їхня розмитість. ... Засади кримінального судочинства — це фундамент, на якому повинні будуватися всі інші правила кримінального процесу, і їх має бути стільки, скільки вимагають умови життя суспільства"². Не можна не погодитись із такою позицією Голови Верховного Суду України у відставці і авторитетного вченого-процесуаліста. Але питання визначення поняття засад (принципів) кримінального судочинства та їхньої системи повинно знаходитися у площині наукової діяльності. Для кримінально-процесуального законодавства важливо, щоб права і свободи людини, визначені Конституцією України та міжнародно-правовими актами, могли бути реалізовані у царині судочинства. А для цього потрібно правильно із урахуванням положень Конституції виписати процедурні норми.

У теорії кримінального процесу питання щодо кількості і системи принципів є одним із найбільш дискусійних. До цього часу учені не дійшли повної згоди з цього питання. Система принципів визначається кожним вченим довільно, а часто і у власних вузьких наукових інтересах. При цьому всі вчені, які якимсь чином (на монографічному рівні чи на рівні наукової статті) торкалися розглядуваної проблеми, сходяться в тому, що головною ознакою принципу кримінального процесу є його

¹ Для охочих погратися в слова і робити закиди з приводу того, що слово "невинність" (від рос. "невинность") означає непорочність, у тому числі дівочу, зазначу, що для позначення останньої є українське слово "цнотливість" (див.: Великий тлумачний словник сучасної української мови / Уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. — К.—Ірпінь: ВТФ "Перун", 2003. — С. 1366.

² Маляренко В.Т. Поняття, загальна характеристика та класифікація основних засад кримінального судочинства // Вісник Верховного Суду України. — 1999. — № 1 (11). — С. 43.

фундаментальність для всієї процесуальної системи. Але коли ці самі вчені дають перелік положень, що, на їх думку, є принципами процесу, головна ознака принципу зникає з їх поля зору, а до переліку включаються настільки дрібні правові положення, що не можуть претендувати на роль принципів.

Так, приміром, В.М. Тертишник включає до системи принципів процесу забезпечення ознайомлення обвинуваченого з обвинуваченням і матеріалами кримінальної справи¹. Це правове положення не може вважатися принципом кримінального процесу, бо присвячене врегулюванню лише однієї, доволі незначної за обсягом процедури, що є лише частиною навіть не стадії судового розгляду, а досудового розслідування. Це по-перше. По-друге, ознайомлення обвинуваченого і його захисника з матеріалами справи по завершенні досудового слідства є цінним не саме по собі. Ця процедура забезпечує реалізацію принципу змагальності на судових стадіях процесу. Тобто її слід розглядати як гарантію реалізації цього принципу.

За даними експертів Венеціанської комісії, які давали висновок на проект КПК-1233, у багатьох європейських кримінально-процесуальних кодексах немає переліку засад та прав особи, який можна було б співставити з наданим у проекті. Такий перелік не є необхідним, якщо окремі положення кодексу відповідають загальноприйнятим принципам, а також захищають права особи. Втім, якщо зведений перелік головних принципів та прав особи надається на початку кодексу, то потрібно очікувати, що такий зведений перелік є повним. У іншому випадку не важко заперечити, що ті принципи та права особи, які не увійшли до переліку, вважаються такими, що мають другорядне значення². Із урахуванням цього зауваження розробники проекту Нацкомісії у ч. 2 ст. 6 і зазначили, що засади кримінального провадження, передбачені у главі 2, не є вичерпними.

Такий підхід до процесуальної регламентації дещо пом'якшує режим застосування під час кримінального провадження тих

¹ Див.: Тертишник В.М. Уголовный процесс: Учеб. пособие. — 2-е изд., пер. и доп. — Харьков: Арсис, 1999. — С. 31.

² Коментар до проекту Кримінально-процесуального кодексу професора, д-ра Хоакім Геррманна / Коментарі до проекту Кримінально-процесуального кодексу // <http://helsinki.org.ua/index.php?id=1109854088>

чи інших загальних правових положень, що містяться не у КПК, а у інших законодавчих актах. А от проект-1233 фактично позбавляє слідчого, прокурора і суд права використовувати ці положення як засади кримінального судочинства. Про це свідчить зміст ст. 2 проекту, де зазначено, що порядок провадження у кримінальних справах на території України визначається лише на основі Конституції України, КПК і міжнародних договорів України. Подібне формулювання законопроекту треба тлумачити таким чином, що, окрім Конституції України, міжнародних договорів і КПК, регламентувати принципи кримінального процесу у жодних інших законодавчих актах не можна.

Висновки експертів Ради Європи на проекти КПК і особисте моє спілкування з експертами переконують у тому, що регламентувати засади (принципи) кримінального судочинства у КПК немає жодної потреби. Якби члени робочої групи Нацкомісії не намагалися виписати засади кримінального провадження, все одно тексти статей проекту дублювали положення Конституції України та міжнародних правових актів. Такий підхід до регламентації засад не є виправданим. Він сприяє накопиченню нормативного матеріалу, що утруднює користування кодексом, а отже, перешкоджає ефективному застосуванню кримінально-процесуальних норм¹.

Отже, можна зробити такі висновки: 1) проекти КПК містять різну кількість принципів кримінального провадження, причому зміст нормативних положень у проектах також дещо відрізняється; 2) статті проектів КПК дублюють статті Конституції України та міжнародно-правових актів; 3) з огляду на перші два висновки, слід визнати, що правова регламентація принципів у КПК є зайвою.

¹ 7 липня 2011 року на пленарному засіданні Верховної Ради України перший заступник голови Верховної Ради України А. Мартинюк під час розгляду проекту Закону України "Про порядок проведення реформування системи охорони здоров'я у Вінницькій, Дніпропетровській, Донецькій областях та м. Києві" у зв'язку із тим, що у цьому проекті дублюється норма Конституції України, заявив, що "кашу маслом не зіпсуєш" (Канал "Рада", пряма трансляція пленарного засідання Верховної Ради України, 11 год. 30 хв.). Подібна позиція висловлювалась і під час обговорень тексту проекту КПК, підготовленого Нацкомісією, у частині регламентації принципів.

2.1.2. "Розумність" строків як принцип реформованого кримінально-процесуального законодавства

Значна кількість звернень громадян України до ЄСПЛ стосується порушень Україною положень п. 1 ст. 6 ЄКПЛ¹, яка встановлює право на справедливий судовий розгляд протягом розумного строку.

Суперечки між ученими з приводу запровадження в український кримінальний процес правила щодо розумних строків провадження виникають через те, що одні (противники цього правила) стверджують, що міліціонери, прокурори і судді з українським правовим менталітетом будуть затягувати строки провадження. Інші (прибічники) стверджують, що строки провадження за чинним законодавством хоч і є формалізованими, але можуть продовжуватися скільки завгодно (ст. 120 КПК) і зупинятися (ст. 206 КПК). До того ж, у слідчій і судовій практиці є такі кримінальні справи, що можуть бути розслідувані протягом декількох днів, а встановлення двомісячного строку досудового слідства є причиною того, що усі без винятку справи розслідуються саме у цей або максимально наближений до нього, тобто не розумний, строк — два місяці.

Для кримінального процесу європейських держав правило щодо "розумності" строків провадження у кримінальних справах стало звичним. В Україні необхідність запровадження у вітчизняне законодавство і практику його застосування цього правила потребувало та ще й досі потребує кропіткої роботи.

Коли робоча група Нацкомісії з підготовки проекту КПК презентувала найперші його варіанти, то одним із положень, що не сприймалося як ученими-процесуалістами, так і представниками суду та правоохоронних органів, було положення проекту, де закріплювалося правило про розумні строки.

Донедавна чинне кримінально-процесуальне законодавство України не містило подібного правила. Прогалини чинного законодавства у частині регламентації "розумних" строків частково заповнювалися роз'ясненнями Конституційного Суду України та Верховного Суду України.

Конституційний Суд України у такий спосіб висловився щодо "розумності" строків досудового слідства: "Поняття "розумний

строк досудового слідства" є оціночним, тобто таким, що визначається у кожному конкретному випадку, з огляду на сукупність усіх обставин вчинення і розслідування злочину (злочинів). Визначення розумного строку досудового слідства залежить від багатьох факторів, включаючи обсяг і складність справи, кількість слідчих дій, число потерпілих та свідків, необхідність проведення експертиз та отримання висновків тощо.

Але за будь-яких обставин строк досудового слідства не повинен перевищувати меж необхідності. Досудове слідство повинно бути закінчено у кожній справі без порушення права на справедливий судовий розгляд і права на ефективний засіб захисту, що передбачено статтями 6, 13 Конвенції про захист прав людини і основних свобод"¹.

Верховний Суд України дав відповідні роз'яснення головам апеляційних судів, направивши їм листа². У останньому зазначено, що відповідно до тлумачення ЄСПЛ положень п. 1 ст. 6 ЄКПЛ тривалість провадження у кримінальній справі для цілей цієї статті розпочинається з моменту винесення постанови про притягнення особи як обвинуваченого, затримання особи за підозрою у вчиненні злочину чи допиту її як підозрюваного (навіть допиту особи як свідка, якщо з протоколу допиту вбачається, що на момент допиту слідчий уже підозрював допитуваного у причетності до конкретного злочину) залежно від того, яка з указаних подій сталася раніше, і закінчується винесенням остаточного рішення у кримінальній справі. При цьому період розгляду кримінальної справи не ділиться на стадії досудового слідства та судового розгляду й аналізується з точки зору його розумності в цілому.

Прогалини чинного законодавства були частково усунені, оскільки правило про розумні строки провадження у кримінальних справах давно "мало право" на законодавчу регла-

¹ Рішення Конституційного Суду України від 30 січня 2003 року № 3-рп/2003 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) // Вісник Конституційного Суду України. — 2003. — № 1. — С. 24.

² Щодо перевищення розумних строків розгляду справ див.: Лист Верховного Суду України головам апеляційних судів від 25 січня 2006 року № 1-5/45 // <http://www.helsinki.org.ua/index.php?id=1156767868>

¹ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод // Офіційний вісник України. — 1998. — № 13. — Ст. 270.

ментацію¹. Існування правила щодо "розумних" строків встановлення обґрунтованості висунутого обвинувачення покликане забезпечити якнайшвидше вирішення питання про винність особи. Остання не повинна перебувати протягом тривалого часу у стані невизначеності. Але, природно, швидкість діяльності із встановлення винності особи не повинна шкодити її іншим правам.

ЄСПЛ неодноразово констатував порушення Україною вимог ЄКПЛ щодо дотримання розумних строків провадження. Так, 30 березня 2004 року ним ухвалено Рішення у справі "Меріт проти України"², у якому констатовано порушення Україною п. 1 ст. 6 ЄКПЛ. У коментарях компетентних осіб, даних через нетривалий проміжок часу після винесення цього Рішення, акцентовано на двох суттєвих моментах невідповідності українського законодавства вимогам ст. 6 ЄКПЛ: 1) згідно з українським законодавством особа не має ефективних засобів для *запобігання* (вид. Л.Л.) тривалому строку кримінального розслідування³; 2) в Україні відсутні ефективні засоби *захисту* (вид. Л.Л.) при порушенні термінів розгляду справи⁴.

Чинний на той час Міністр юстиції України зауважив: "Якщо Україна не хоче і надалі нести збитки, причому не лише фінан-

сові, а й іміджеві, ми маємо швидше рости до цивілізованого сприйняття прав людини. Зокрема, вдосконалювати та адаптувати своє законодавство до європейського. В першу чергу це стосується норм Кримінально-процесуального кодексу. Що, до речі, є одним з основних зобов'язань, взятих Україною при вступі до Ради Європи"¹.

С.В. Шевчук, який присвятив багато своїх досліджень питанням дотримання Україною ЄКПЛ, пише про те, що дотримання вимоги щодо розумного строку розгляду справ у судах стала чи не найбільшою проблемою для правових систем більшості країн — членів Ради Європи. Нині немає чіткого плану дій щодо її вирішення ні у національних урядів, ні у ЄСПЛ. Найбільша кількість справ проти України за останні роки стосується саме порушення національними судами права на справедливий судовий розгляд протягом розумного строку².

Попри те, що Україна несе як фінансові, так і іміджеві збитки у зв'язку з відсутністю у національному законодавстві надійних гарантій захисту права людини на розгляд справи щодо неї протягом розумного строку, наша держава до цього часу так і не вжила дієвих заходів щодо запровадження у законодавство відповідних гарантій. Здавалося б, наша держава після ухвалення ЄСПЛ Рішення у справі "Меріт проти України" повинна була б якнайшвидше на законодавчому рівні закріпити правила на розвиток конвенційних положень щодо розумних строків провадження у кримінальних справах. Але, на жаль, цього не сталося. Хоча не можна сказати, що нічого у цьому напрямі не робилося.

Міністерство юстиції України здійснювало спробу розробити відповідний законопроект у 2004 році. Мова йде про проект Закону України "Про порядок захисту права особи на судовий розгляд протягом розумного строку". На думку С.В. Шевчука, цей проект є рецепцією Закону Польщі від 17 червня

¹ З 2010 року термін "розумні строки" міститься у ч. 6 ст. 218 КПК. Він був запроваджений Законом України від 8 квітня 2011 року "Про внесення змін до статті 218 Кримінально-процесуального кодексу України щодо ознайомлення обвинуваченого і захисника з матеріалами кримінальної справи" // Офіційний вісник України. — 2011. — № 30. — Ст. 1291. У зазначеній нормі КПК правило щодо розумних строків стосується одного і до того самого "визуального" питання, а саме — часу ознайомлення обвинуваченого і його захисника з матеріалами кримінальної справи, у якій закінчено досудове слідство.

Поняття "розумні строки" судочинства закріплено у деяких державах на конституційному рівні. Так, наприклад, у Конституції Швейцарської Конфедерації термін "розумні строки" вжито декілька разів, причому у главі 1 "Основні права" розділу 2 (ч. 1 ст. 29, ч. 3 ст. 31). Окрім того, у Федеральній Конституції вживається також термін "найкоротші строки" (ч. 4 ст. 31, ч. 2 ст. 32) (див.: Конституция Швейцарии (Швейцарской Конфедерации) от 18 апреля 1999 года // <http://www.twirpx.com/file/241989/>).

² Європейський суд у Страсбурзі 30 березня 2004 року ухвалив рішення у справі "Меріт проти України" // <http://www.helsinki.org.ua/index.php?id=1081156942>

³ Європейський суд з прав людини визнав порушення права на справедливий судовий розгляд у розумні строки в справі проти України (коментар В. Яворського від 5 квітня 2004 року) // <http://www.helsinki.org.ua/index.php?id=1081156942>

⁴ Європейський суд з прав людини визнав порушення права на справедливий судовий розгляд у розумні строки в справі проти України (коментар О. Лавриновича — Міністра юстиції України — від 13 квітня 2004 року) // <http://www.helsinki.org.ua/index.php?id=1081156942>

¹ Європейський суд з прав людини визнав порушення права на справедливий судовий розгляд у розумні строки в справі проти України (коментар О. Лавриновича — Міністра юстиції України — від 13 квітня 2004 року) // <http://www.helsinki.org.ua/index.php?id=1081156942>

² Шевчук С.В. Захист права на додержання розумних строків судового провадження: європейський досвід та українські реалії // Вісник Верховного Суду України. — 2006. — № 8. — С. 31.

2004 року "Про скарги на порушення права сторони на розгляд справи без необгрунтованої затримки судового розгляду" та аналогічного Закону Італії від 24 березня 2001 року¹. Але доля законопроекту наразі невідома.

У 2007 році на сайті Верховної Ради України з'явився законопроект № 3652 від 7 червня 2007 року "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту права особи на досудове провадження, розгляд справи судовим органом або виконавче провадження протягом розумного строку", підготовлений Кабінетом Міністрів України. Але уже 23 листопада того самого року законопроект було відкликано².

Планом заходів, спрямованих на реалізацію пріоритетів діяльності Кабінету Міністрів України у 2008 році (п. 103), передбачалося розроблення законопроекту про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо захисту права особи на досудове провадження, розгляд справи судовим органом або виконавче провадження протягом розумного строку³. Однак зазначений пункт Плану не було виконано.

У проекті КПК Нацкомісії⁴ (глава 2 розділу 1) сформульовано засаду кримінального провадження "Право на розумні строки кримінального провадження" і визначено критерії розум-

ності строків¹. Однак це положення викликало шквал критики і навіть глузування з боку окремих теоретиків та й практичних працівників. Основний аргумент проти запровадження права на розумні строки є те, що воно призведе до затягування розслідування кримінальних справ через невизначеність строків.

С.М. Стахівський, наприклад, зазначав, що не треба користуватись трафаретом "розумні строки". "Розумні строки" апробовані у кримінальному судочинстві України у вигляді чітко встановлених (конкретних) строків². Однак "чітке встановлення конкретних строків", як відомо, не заважає посадовим особам органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду їх порушувати, про що свідчать наведені вище дані про кількість справ, що перебувають на розгляді у ЄСПЛ і уже ним розглянутих, щодо порушення Україною правила про розумні строки провадження у кримінальних справах.

Та й чи можна назвати "чіткими" строки досудового слідства, коли згідно із ч. 3 ст. 120 КПК України строк можна продовжувати безкінечно (у межах строків давності притягнення до кримінальної відповідальності). Винятковість випадків, про яку у цій нормі йдеться як про підставу продовження строків слідства, завжди, за наявності бажання, може бути обгрунтована.

¹ Шевчук С.В. Захист права на додержання розумних строків судового провадження: європейський досвід та українські реалії // Вісник Верховного Суду України. — 2006. — № 8. — С. 32.

² Проект Закону України № 3652 від 7 червня 2007 року "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту права особи на досудове провадження, розгляд справи судовим органом або виконавче провадження протягом розумного строку" // http://portal.rada.gov.ua/control/uk/publish/article/news_left?art_id=95372&cat_id=37486

Про законопроект роботи з цієї тематики див.: Бартовщук О. Судовий розгляд в розумні строки: мрії чи реальність? // <http://www.minjust.gov.ua/0/6788>

³ План заходів, спрямованих на реалізацію пріоритетів діяльності Кабінету Міністрів України у 2008 році, затв. розпорядженням Кабінету Міністрів України від 27 лютого 2008 року № 383-р // <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=383-2008-%F0>. Про необхідність забезпечення захисту права особи на досудове провадження, розгляд справи судовим органом або виконавче провадження протягом розумного строку йшлося і у розділі 2.3 Програми діяльності Кабінету Міністрів України "Український прорив: для людей, а не політиків", затв. постановою Кабміну від 16 січня 2008 року № 14.

⁴ Проект Кримінального процесуального кодексу від 10 грудня 2007 року, підготовлений Робочою групою Національної комісії зі зміцнення демократії та утвердження верховенства права. — К., 2007. — 157 с. // http://www.aau.edu.ua/up/docs/kpk_final.html

¹ Критеріями оцінювання розумності строку розгляду справи є: складність справи, поведінка заявника (тобто особи, яка звернулася до ЄСПЛ) та поведінка органів державної влади (насамперед суду); важливість предмету розгляду для заявника (див. § 47 Рішення ЄСПЛ у справі "Альне де Рібемон проти Франції" від 10 лютого 1995 року // Європейський суд по правам людини. Избранные решения: в 2 т. — Т. 2. — С. 89: <http://www.echr.ru/documents/doc/2461453/2461453.htm> (§ 47 of Judgment of the European Court of Human Rights: *Allenet de Ribemont v. France*, 10 February 1995, Published in A 308)). Відповідальність держави за затягування провадження у справі, як правило, настає в разі нерегулярного призначення судових засідань, призначення судових засідань з великими інтервалами, затягування при переданні або пересиланні справи з одного суду до іншого, невжиття судом заходів для дисциплінування сторін у справі, свідків, експертів, повторного направлення справи на додаткове розслідування чи новий судовий розгляд.

Судове рішення має бути справедливим, постановленим на підставі повного, всебічного і об'єктивного встановлення обставин кримінальної справи. Саме тому у ЄКПЛ і рішеннях ЄСПЛ йдеться не про швидкість діяльності, тобто максимальне скорочення строків провадження у справі незалежно від ситуації провадження, а про "розумні" строки, які б враховували усі обставини, що впливають на тривалість досудового розслідування чи судового розгляду справи.

² Стахівський С. Новий Кримінально-процесуальний кодекс України: Хто замовляє музику? // Право України. — 2008. — № 4. — С. 56.

До того ж, існує можливість "регулювати" строки досудового слідства шляхом їх зупинення за надуманими підставами. А іноді йдеться і про порушення, пов'язані із тим, що слідчі протягом тривалого часу у кримінальних справах не провадять жодної слідчої дії. За словами прокурора Дніпропетровської області, йому були відомі випадки, коли слідчі протягом одного—двох років не здійснили жодної слідчої дії за фактами дорожньо-транспортних пригод з постраждалими¹. Тут, скоріше за все, йдеться про кримінальні справи, у яких відсутні такі учасники процесу, як підозрювані і обвинувачені. Як відомо, для справ про дорожньо-транспортні пригоди є доволі типовими ситуації, коли учасниками пригоди були два водії і є постраждалі, але невідомо, хто із водіїв порушив Правила дорожнього руху. Тому у цих випадках вести мову про порушення норми про розумність строку ще зарано.

Президія Верховного Суду України, Президія Ради суддів України та Колегія Державної судової адміністрації України по суті також визнають порушення строків під час провадження у судах, зазначаючи, що у 2007 році "було забезпечено якісний розгляд *переважної більшості справ* (вид. Л.Л.) у розумні строки"². Скільки становить ця "переважна більшість" розглянутих протягом розумного строку справ із постанови не видно. Але враховуючи, що у 2007 році судами розглянуто 576,9 тис. кримінальних справ³, то навіть якщо припустити, що строки були порушені під час розгляду одного відсотку справ, то у числовому вираженні це буде 5769 справ (!).

Врегулювати усі життєві ситуації, у тому числі й ті, що пов'язані із дотриманням часових параметрів, законом неможливо. Тому законодавець запроваджує винятки із загальних правил, що стосуються "жорстких" строків. Іноді ці строки не є вже такими жорсткими. Як приклад можна навести норми, що мають загальний характер, щодо строків у кримінальному процесі (частини 1 та 2 ст. 90 КПК), якими передбачена мож-

ливість поновлення пропущеного строку; норми ст. 120 КПК що надають можливість продовжувати строк досудового слідства без зазначення конкретної межі; відсутність норм, якими б встановлювався конкретний (жорсткий) строк судового розгляду, апеляційного та касаційного провадження.

До того ж, хто і коли обгрунтував, що двомісячний строк провадження досудового слідства є як раз тим "усередненим" строком, який узмозжить задовольнити усіх суб'єктів розслідування та інтереси кримінального процесу у швидкому вирішенні справи?

Досвід роботи над проектом КПК показує, що установлення того чи іншого процесуального строку потребує детального і глибокого обгрунтування. Зрозуміло, що іноді доволі важко це зробити. Простіше, коли до кримінально-процесуального законодавства включають правові положення щодо строків, визначених Конституцією України (наприклад, строк затримання). Складніше, коли доводиться встановлювати якийсь новий строк, що не передбачений чинним національним законодавством. У цих випадках доцільно звернутися до законодавства іноземних держав, до рекомендацій психологів тощо.

Під час засідання однієї із спеціалізованих вчених рад моєму аспіранту довелося більше години доводити, чому саме він пропонує здійснювати безперервно допит особи протягом чотирьох, а не двох чи трьох годин. Думаю, що у цій ситуації як раз би і підійшло правило щодо розумних строків. Бо встановити для усіх допитуваних у кримінальних справах один і той же максимальний строк допиту означало б визнати, що усі люди (кожний громадянин може бути принаймні свідком у кримінальній справі) мають однакову психологічну і фізичну витривалість.

Проектом КПК Нацкомісії передбачені максимальні терміни досудового провадження, що становлять шість місяців з моменту появи у справі особи, щодо якої розпочато кримінальне переслідування (підозрюваного, обвинувачуваного). У цій частині проект повністю відповідає практиці ЄСПЛ, бо саме з цього моменту відраховується строк провадження, про який йдеться у п. 1 ст. 6 ЄКПЛ.

О.М. Толочко, узагальнивши рішення ЄСПЛ, зробив висновок про те, що "для удосконалення українського кримінально-процесуального законодавства мають значення обставини, що визнаються ЄСПЛ як момент висунення обвинувачення. Такими

¹ Днепропетровский прокурор обещает отправить на нарз следователей, плохо расследующих ДТП // http://ostro.org/shownews_ks.php?id=43191&lang=ru

² Постанова Верховного Суду України, Президії Ради суддів України та Колегії Державної судової адміністрації України від 18 квітня 2008 року "Про стан здійснення судочинства у 2007 році та завдання на 2008 рік" // Вісник Верховного Суду України. — 2008. — № 5.

³ Див.: Там само.

обставинами визнаються: *арешт особи* (див. Рішення у справі "Вемхофф проти Німеччини"), *офіційне повідомлення про намір здійснення стосовно неї кримінального переслідування* (див. Рішення у справі "Ноймайстер проти Австрії"), *початок досудового слідства проти конкретної особи чи арешт банківських рахунків конкретної особи* (див. Рішення у справі "Рінгайзен проти Австрії"). Особа, викликана як свідок у кримінальній справі, але фактично підозрювана у вчиненні злочину (зокрема, їй було поставлено запитання під час допиту, які можуть бути використані проти неї як обвинувальні), користується гарантіями ст. 6 ЄКПЛ (див. Рішення у справі "Сервес проти Франції")¹.

Отже, хочемо ми того чи ні, ставимося до розумних строків серйозно чи скептично, але оскільки Україна ратифікувала ЄКПЛ, то вітчизняний законодавець повинен привести кримінально-процесуальне законодавство у відповідність до Конвенції.

Побоювання, що розумні строки стануть у кожній (або майже у кожній) кримінальній справі нормою, позбавлені підстав. Вітчизняна наука "звикла" до жорстких імперативних строків, якими законодавець встановлює граничні межі певних стадій чи виконання окремих процесуальних дій, а також до диференційованих строків ("від" і "до"), а от розумні строки у межах ("від"—"до" чи лише "до") є для практики і теорії поки досить незвичними, а тому й незрозумілими.

На сторожі дотримання правила щодо розумних строків повинен стояти прокурор (під час здійснення ним повсякденного нагляду за законністю) і суд — слідчий суддя (під час розгляду скарг учасників процесу на порушення посадовими особами, які здійснюють досудове розслідування, розумних строків, а також шляхом встановлення розумного строку розслідування для слідчого і можливо інших учасників).

Саме таким шляхом йдуть європейські держави. Якщо до суду надходить скарга на бездіяльність слідчого чи прокурора, то суддя, вивчивши матеріали справи і заслухавши пояснення слідчого (прокурора), встановлює конкретний строк, протягом якого розслідування має бути завершено. При цьому слідчий

¹ Толочко О. Право на справедливий судовий розгляд кримінальних справ // Юридичний журнал. — 2006. — № 1: <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=2091>

суддя встановлює строк не довільно, а виходячи із ситуації розслідування, що склалася, із урахуванням обсягу діяльності, що підлягає обов'язковому виконанню. Цілком очевидно, що такий підхід до врегулювання строків дійсно є "розумнішим" за встановлення шляхом жорсткої формалізації часових меж провадження у чинному КПК України та інших пострадянських держав.

Цінність правила щодо розумних строків провадження (зокрема досудового розслідування) полягає у тому, що воно здатне захистити права не лише підозрюваного чи обвинуваченого, а й слідчого. Останній перебуває під постійним тиском, з одного боку, закону, яким встановлені (причому лише для слідчого) доволі стислі строки виконання окремих процесуальних дій, а з іншого — тактичних ходів обвинувачених та їхніх захисників-адвокатів.

В.М. Мешков і О.М. Соколов, дослідивши змагальність кримінального процесу крізь призму часу, дійшли висновку про те, що спроба поєднання діяльності слідчого і захисника-адвоката на одній шкалі часу є неможливою¹. З таким висновком можна погодитися.

Візьмемо для прикладу регламентацію строків запрошення (призначення) захисника після затримання підозрюваного і участі його у допиті підозрюваного. Згідно із ч. 2 ст. 107 КПК слідчий зобов'язаний допитати підозрюваного не пізніше двадцяти чотирьох годин після затримання. Очевидно, що на момент закінчення двадцять четвертої години допит уже має бути завершеним. Однак до допиту протягом цих же двадцяти чотирьох годин слідчий зобов'язаний роз'яснити підозрюваному право мати захисника (ст. 21 КПК), надати затриманому допомогу у встановленні зв'язку із захисником або з особами, які можуть запросити захисника (ч. 1 ст. 47 КПК), дочекатись доки ці особи запросять захисника, з'ясувати, чи зможе захисник взяти участь у допиті (ч. 5 ст. 47 КПК), почекати доки буде тривати (без обмеження тривалості (!) — п. 1 ч. 2 ст. 48 КПК) конфіденційне побачення підозрюваного із захисником. Скільки це займе часу? А якщо ще виконання цих дій припаде на час, коли робочий день захисника уже завершився?

¹ Мешков В.М., Соколов А.Н. О состязательности уголовного процесса через призму времени // Журнал российского права. — 2006. — № 2.

При цьому термін "зобов'язаний" стосується лише слідчого. До захисника він не має жодного стосунку. Те саме стосується і процедури пред'явлення обвинувачення.

Як у таких умовах діяти слідчому? "Відповідь одна: оскільки у законі не передбачено будь-яких меж для захисника, то слід прагнути до якогось компромісу, шукати розумні рішення. А якщо у однієї із сторін виявиться недостатньо розуму? Зрозуміло, що відтягування первинного допиту обвинуваченого і можливість безкінечно затягувати його провадження — це один із елементів змагальності. Але чому у таких умовах годинник "йде" лише для одного із учасників процесу — для слідчого, який відповідає за дотримання строку затримання і розслідування усієї кримінальної справи, а для захисника вони не передбачені?"¹.

Встановлення у вітчизняному кримінально-процесуальному законодавстві правила щодо розумних строків провадження, у тому числі й досудового слідства, здатне зняти ті негативні моменти відносин слідчого і захисника, коли останній фактично шантажує слідчого, навмисно затягуючи розслідування і сподіваючись на "розумне" (для захисника) вирішення певної ситуації?².

Одним із критеріїв розумності строків є поведінка обвинуваченого і його захисника. За чинним КПК України відповідаль-

¹ Мешков В.М., Соколов А.Н. О состязательности уголовного процесса через призму времени // Журнал российского права. — 2006. — № 2.

² У квітні 2011 року уперше у чинному КПК з'явилася згадка про розумні строки і обмежено можливості сторони захисту на зловживання правами під час ознайомлення із матеріалами закінченого досудового слідства. Статтю 218 КПК було доповнено ч. 7 такого змісту: "У разі зволікання ознайомлення з матеріалами справи обвинуваченим чи його захисником слідчий за погодженням із прокурором або прокурор вносить до суду за місцем провадження слідства подання, яке суддя розглядає і своєю постановою може визначити строк, протягом якого обвинувачений і його захисник повинні ознайомитися з матеріалами справи та заявити клопотання. Після закінчення цього строку обвинувачений і його захисник вважаються ознайомленими з матеріалами справи ..." (див.: Закон України від 8 квітня 2011 року "Про внесення змін до статті 218 Кримінально-процесуального кодексу України щодо ознайомлення обвинуваченого і захисника з матеріалами кримінальної справи" // Офіційний вісник України. — 2011. — № 30. — Ст. 1291). Цим же Законом змінено редакцію ч. 6 ст. 218 КПК на таку: "Обвинуваченого і його захисника не можна обмежувати в часі, потрібному їм, щоб ознайомитися з усіма матеріалами справи в розумні строки". Слід зазначити, що такі обмеження строку виконання процесуальних дій для обвинуваченого і його захисника стосуються лише однієї процесуальної дії. Під час інших обвинувачений і захисник мають цілком "законні" можливості затягувати час розслідування.

ність за порушення формалізованих строків унаслідок поведінки обвинуваченого і захисника, спрямованої на затягування слідства, несе відповідальність лише слідчий. Така ситуація не є нормальною. Постійний тягар відповідальності іноді призводить до учинення слідчим незаконних дій з метою розслідувати злочин у встановлені законом терміни, розслідувати справу поспіхом, що призводить до зниження його якості. Отже, формалізація строків є шкідливою не лише у плані порушення права особи на розгляд її справи протягом розумного строку, а й інших прав учасників процесу.

Жорсткі строки провадження у кримінальних справах повинні бути встановлені у тих випадках, коли йдеться про граничний термін провадження у досудових стадіях¹ або про обмеження прав громадян. У межах же цих граничних строків має діяти правило про розумні строки. Такий підхід до регулювання строків не сприятиме виявам свавілля посадових осіб державних органів, які здійснюють кримінально-процесуальну діяльність. Він забезпечить ефективніше виконання кримінальним процесом свого завдання щодо швидкого розкриття злочинів (ст. 2 КПК).

І ще один аргумент на можливість впровадження розумних строків до кримінально-процесуального права. Оскільки кримінальний процес є одним із видів юридичних процесів, то формуючи нове кримінально-процесуальне законодавство, слід зважати і на таку обставину, як його відповідність іншим галузям процесуального законодавства. Врахування цієї обставини є важливою з огляду на те, що інші види юридичного процесу (цивільний, адміністративний) здійснюються на підставі нових кодифікованих актів, прийнятих після ратифікації Україною ЄКПЛ.

Так, Цивільним процесуальним кодексом України² правило про розумний строк розгляду справ судом встановлене у ч. 1 ст. 157 одночасно із визначенням граничного строку такого розгляду (два місяці). У Кодексі адміністративного судочинства

¹ Встановлення жорстких строків для здійснення правосуддя було б "часовим тиском" на суд, який, враховуючи розміри кримінальних санкцій, у багатьох випадках фактично вирішує долю людини. Тому "підганяти" суд під час вирішення таких важливих питань було б неправильним.

² Цивільний процесуальний кодекс України // Офіційний вісник України. — 2004. — № 16. — Ст. 1088.

Україні¹ міститься норма-дефініція (п. 11 ст. 3): "Розумний строк — найкоротший строк розгляду і вирішення адміністративної справи, достатній для надання своєчасного (без не виправданих зволікань) судового захисту порушених прав, свобод та інтересів у публічно-правових відносинах". Більш того, і у матеріальному праві термін "розумні строки" використовується доволі широко. Так, наприклад, у Цивільному кодексі України² багато статей присвячено розумним строкам виконання угод (ч. 2 ст. 619, ч. 1 ст. 666, ч. 2 ст. 670 та ін.).

Отже, розумні строки провадження у кримінальних справах не є чужорідною матерією для кримінального процесу України. Запровадження розумних строків, а також національних механізмів захисту права особи на їхнє дотримання органами дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду дозволить: 1) привести українське кримінально-процесуальне законодавство у відповідність до ЄКПЛ; 2) покращити імідж України у Європі; 3) значно скоротити витрати державного бюджету особам, порушення права яких на розгляд справи протягом розумного строку визнає ЄСПЛ; 4) зробити крок у напрямі утвердження в Україні принципу верховенства права; 5) захистити заінтересованих учасників кримінального процесу, а також посадових осіб, які його здійснюють, від нелогічної юридичної відповідальності за порушення формалізованих строків провадження у кримінальних справах.

2.1.3. Презумпція невинуватості: небезпечний тим, що невинен

У ст. 62 Конституції України закріплене положення, яке у науковій і навчальній літературі прийнято називати "презумпцією невинуватості". Це дійсно прогресивне правове положення, що є притаманним для переважної більшості правових систем. Про презумпцію невинуватості написано багато наукових робіт. Її зміст вивчали студенти юридичних ВНЗ і факультетів у радянський час. Вивчають і у незалежній Україні.

Однак концепція, покладена в основу чинного КПК, ухваленого півстоліття тому, — це усе-таки презумпція винності особи.

¹ Кодекс адміністративного судочинства України // Офіційний вісник України. — 2005. — № 32. — Ст. 1918.

² Цивільний кодекс України // Офіційний вісник України. — 2003. — № 11. — Ст. 461.

Зазначене можна продемонструвати на прикладі регулювання окремих процесуальних інститутів.

1. Затримання і взяття під варту. У СРСР процес поміщення підозрюваного (обвинуваченого) до СІЗО займав мінімум "виробничих операцій". Слідчий затримував особу і поміщав її до ізолятору тимчасового тримання (ІТТ). Потім на підставі постанови, складеної слідчим і санкціонованої прокурором (представником сторони обвинувачення), особа поміщалася до слідчого ізолятору (СІЗО). Суд у цій процедурі задіяний не був. Оскаржувати затримання і санкцію на взяття під варту можна було до вищестоящего прокурора, тобто до представника сторони обвинувачення, яка затримувала і давала санкцію. Таким чином, у сторони обвинувачення були по суті необмежені можливості у доведенні вини особи через неконтрольоване судом ізолювання. За таких умов можна було довести вину навіть невинуватого, про що свідчить безліч прикладів.

У незалежній Україні (з 1996 року) зазначену вище процедуру ускладнено. Тепер слідчий (орган дізнання) затримує особу і поміщає її до ІТТ. Потім складає подання до суду і погоджує його у прокурора. Суд на підставі подання приймає рішення про взяття під варту (поміщення до СІЗО). Як затримання, так і взяття під варту може бути оскаржене, у тому числі і до суду. Здавалося б, можливості сторони обвинувачення отримати "потрібні" докази під час перебування особи як затриманої суттєво обмежені через залучення суду до процесу поміщення до СІЗО. Однак вони обмежені лише у часі. Бо до моменту, доки до суду буде направлено подання, може пройти не одна доба. Протягом цього часу органи дізнання і слідства мають можливість повною мірою "працювати" з особою над здобуттям доказів її винності.

Згідно з європейськими стандартами у цій сфері помістити особу до ІТТ після фізичного затримання не можна. Перед поміщенням до ІТТ вона має постати перед судом, який перевіряє законність і обґрунтованість затримання. І лише після цього особа може бути поміщена до ІТТ, а можливо потім і до СІЗО. Але поміщення до ізолюваного приміщення (камери) вперше має відбуватися не за рішенням слідчого (органу дізнання) чи прокурора — представників сторони кримінального переслідування, а суду.

Такий порядок, що відповідає європейським стандартам, позбавить органи правопорядку можливості "вибивати" із затриманих показання, користуючись своєю суттєвою перевагою у вигляді повного контролю над затриманою чи заарештованою особою.

На думку О.В. Аверіна, після того, як російський законодавець вилучив із постійного користування органів попереднього слідства "чарівну паличку" (арешт), що дозволяла російському слідству показниками розкриття злочинів вводити у стан сум'яття досвідчених Шерлоків Холмсів світової спільноти, кількість осіб, затриманих за підозрою у вчиненні злочинів і які опинилися на час попереднього слідства за ґратами, не просто зменшилася, а стала на порядок (!) меншою. Правда, при цьому і "відсоток розкриття" злочинів суттєво зменшився¹. Далі російський вчений ставить риторичне запитання: чи не слугує це переконливим доказом того, що взяття під варту як запобіжний захід у нашій правозастосовній практиці використовувалося не лише як гарантія провадження слідства, а й як метод офіційного насилля, що застосовувався щодо підозрюваних з метою отримання від них потрібних показань?²

У вітчизняному кримінальному процесі питання взяття особи під варту уже протягом п'ятнадцяти років вирішує суд. Однак у правоохоронних органів залишилося право затримувати особу на сімдесят дві години без судового рішення.

2. Презумпція винності чи невинуватості? Презумпція невинуватості — це припущення про невинуватість особи. Оскільки ця презумпція є спростовною, то кримінальний процес є по суті рухом із її спростування.

Однак чинний КПК і порядок його застосування допускає можливість "призначення" на ролі обвинувачених, що відбувається згідно з рішеннями органів дізнання, слідства і прокуратури, а не суду. Це свідчить про те, що у суді обвинувачення, пред'явлене під час досудового слідства на підставі зібраних органами розслідування даних, спростувати часто практично неможливо.

¹ Аверин А.В. Истина и судебная достоверность (Постановка проблемы). — 2-е изд., доп. — СПб.: Издательство Р. Асланова "Юридический центр Пресс", 2007. — С. 148—149.

² Там само. — С. 149.

На думку Л.Б. Алексеевої, недодержання презумпції невинуватості цілком закономірно пов'язується з виявом у суді обвинувального ухилу. Про необхідність його подолання говориться постійно, проте забезпечити критичне ставлення до результатів попереднього слідства, об'єктивність і неупередженість у дослідженні наданих доказів, тлумачення сумнівів на користь обвинуваченого досить складно. Практично всі судді відзначають погану якість попереднього слідства, а між тим відсоток винесення виправдувальних вироків є жалюгідним¹.

16 червня 2011 року на засіданні робочої групи з питань реформування кримінального судочинства Президент України зазначив, що відсоток виправдувальних вироків, винесених судами України, є вкрай низьким. За даними судової статистики про стан здійснення судочинства судами загальної юрисдикції місцеві та апеляційні загальні суди як суди першої інстанції у 2010 році постановили виправдувальні вироки у справах публічного обвинувачення стосовно 365 осіб; їх питома вага від кількості осіб, щодо яких постановлено вироки, становить 0,2% (2009 рік — 0,2%)².

Доказове право у СРСР було побудоване на марксистсько-ленінській теорії пізнання, згідно з якою будь-яка подія (і злочин) залишають у навколишньому середовищі сліди-відбиття. Останні завжди можна виявити і вилучити. Якщо працівники правоохоронних органів цього не зробили, то вони просто не

¹ Див.: Алексеева Л.Б. Практика применения ст. 6 Европейской конвенции о защите прав и основных свобод Европейским судом по правам человека. Право на справедливое правосудие и доступ к механизмам судебной защиты. — М.: Рудомино, 2000. — С. 83.

Л.Б. Михайловська пише, що обвинувальний ухил — це ігнорування відомостей, що свідчать про невинність або менший ступінь відповідальності обвинуваченого, неадекватна оцінка зібраних доказів тощо. Іншими словами, обвинувальний ухил — це неналежне виконання функції обвинувачення відповідними учасниками процесу (Див.: Михайловская И. Права личности — новый приоритет Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации // Российская юстиция. — 2002. — № 7. — С. 4). Обвинувальний ухил є нічим іншим як перехід суду на бік сторони кримінального переслідування. А, на думку, Б.А. Філімонова, суміщення кримінального переслідування з функцією вирішення кримінальної справи по суті є надлюдським завданням (Див.: Филимонов Б.А. Защитник в германском уголовном процессе. — М.: Спарк, 1997. — С. 77).

² Аналіз стану здійснення судочинства судами загальної юрисдикції в 2010 р. (за даними судової статистики) // <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/4034B350D7EB0B50C22578AF00236E6D?OpenDocument&CollapseView&RestrictToCategory=4034B350D7EB0B50C22578AF00236E6D&Count=500&>

виявили достатньої активності для пізнання події злочину. А якщо уже справа потрапила до суду, то має бути обвинувальний вирок, бо "органи, озброєні марксистсько-ленінською теорією, не помиляються".

У новому КПК слід нарешті обмежити монополію правоохоронних органів на продукування доказів. Адвокат і його підзахисний не повинні виступати у ролі прохачів. Проектом КПК Нацкомісії ця монополія значно послаблюється, бо розширюються права захисту, за допомогою яких він зможе впливати на формування доказів під час досудового провадження.

Протягом останніх майже дев'яносто років у практиці кримінального судочинства панував підхід, згідно з яким особа, яка потрапила до сфери кримінального судочинства як підозрюваний, має бути засуджена. Попри те, що згідно із законом підозрюваним є особа, причетність якої до вчинення злочину лише належить перевірити. Згідно із кримінально-процесуальним законом після встановлення непричетності особи до вчинення злочину справа щодо неї має бути закрита. Однак до рішення про закриття справи у керівництва правоохоронних органів склалося вкрай негативне ставлення. Закриття справи за реабілітуючими обставинами часто розцінюється як праця на "кошик", бо вона замість направлення до суду спрямовується до архіву. А отже, немає основного для органів досудового розслідування показника, яким є: "направлено до суду з обвинувальним висновком".

Тому для працівників, які здійснюють досудове провадження, бажаним результатом останнього стає спрямування кримінальної справи до суду з обвинувальним висновком. Суд, вивчивши "докази", отримані переважно віч-на-віч у кабінеті слідчого, постановляє обвинувальний вирок. Копіюючи почасти обвинувальний висновок у вирок. Отже, обвинувачений, який сподівається на виправдання у суді, стає "небезпечним" для правоохоронних органів. А виправданий судом — удвічі небезпечнішим. Він для них є "небезпечним тим, що є невинуватим"!

Згідно із п. 10.3 Положення про органи досудового слідства Міністерства внутрішніх справ, затв. наказом МВС України від 31 березня 2008 року № 160 "Про організацію діяльності органів досудового слідства Міністерства внутрішніх справ України",

винесення виправдувального вироку у справі, яку розслідував слідчий, тягне дисциплінарну відповідальність слідчого за умови, якщо в процесі слідства ним було порушено норми чинного законодавства або допущено особисту недбалість чи несумлінне ставлення до виконання службових обов'язків.

У п. 10.3 Тимчасового положення про органи досудового слідства Міністерства внутрішніх справ, затв. наказом МВС України від 15 червня 2011 року № 336 "Про проведення експерименту щодо апробації вертикальної системи підпорядкування слідчих підрозділів органів внутрішніх справ України", яким на період проведення експерименту зупинено дію наказу МВС України від 31 березня 2011 року, міститься аналогічне положення за винятком слів "або допущено особисту недбалість чи несумлінне ставлення до виконання службових обов'язків".

У наведених вище нормативно-правових актах зазначено, що до відповідальності слідчого можна притягнути лише, якщо він порушив законодавство, у тому числі і процесуальне. Але якщо обвинувачення в суді не підтвердилося, то найвірогідніше, що цей факт буде розцінений як протиправний і буде підставою до покарання слідчого. Підстави покарання слідчого у зв'язку із винесенням судом виправдувального вироку у кримінальній справі, яку він розслідував, зайвий раз "нагадують" слідчому, що він повинен зробити усе можливе, щоб не "отримати" у суді виправдувальний вирок. Інакше навіщо у нормативному акті акцентувати увагу на тому, що за порушення закону слідчий може нести відповідальність?

3. Відсутність належного розслідування заяв про "вибивання" показань — спосіб захоплення катувань.

Із доповіді Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини "Про стан дотримання та захисту прав і свобод в Україні" (за 2010 рік): "Правоохоронці б'ють людей для визнання ними вини, підвищення показника розкриття злочинів... Більшість таких випадків відбувається у службових кабінетах. Каткування мають місце, на жаль, у всіх регіонах України, про що свідчать і результати проваджень Уповноваженого, інформація органів прокуратури, правозахисників, вироки судів, дані МВС України. Усе це відбувається в різних місцях, з різними людьми і за різних обставин. Але, напевне, спільним для таких випадків є те, що людина в нашій державі не може почуватися вільною,

захищеною від злочинних посягань з боку представників влади" (підрозділ 2.3)¹.

Заяви підозрюваних і обвинувачених про факти застосування до них насильства державними органами (прокуратурою) належним чином не розслідуються. Цю обставину констатував ЄСПЛ у своєму Рішенні "Яременко проти України"². Зокрема у п. 70 цього Рішення зазначено, що органи державної влади не виконали їх зобов'язання провести ефективно та незалежно розслідування заяв про погане поведження, як того вимагає ст. 3 ЄКПЛ³.

Перевірка заяв обвинувачених про погане поведження наразі здійснюється шляхом опитування посадових осіб, на яких подано скаргу. Останні, зрозуміло, пояснюють, що поганого поведження з їхнього боку не було. Це є підставою для винесення прокурором постанови про відмову у порушенні кримінальної справи.

Про об'єктивність таких перевірок зазначено у згаданому Рішенні ЄСПЛ: "Суд відзначає, що розслідуванню за скаргами заявника бракувало належних незалежності та об'єктивності. Перший допит заявника щодо стверджуваного поганого поведження проводився слідчим прокуратури Г., якого дружина заявника у її скарзі чітко назвала серед тих, що примушував її чоловіка. Більш того, у своїй постанові про відмову у порушенні кримінальної справи за скаргою про погане поведження, прокурор В., керівник Харківської районної прокуратури, навіть не згадав прокурора Г., який був з тієї самої районної прокуратури. І навіть більше, коли заявник надав імена інших стверджуваних злочинців з Харківського відділку міліції, вони допитувалися їх ствердженням співучасником — слідчим прокуратури Г." (п. 69 Рішення).

Отже, встановлення достовірності фактів, викладених у заявах обвинувачених про погане поведження, в Україні наразі здійснюється у межах стадії порушення кримінальної справи.

¹ Доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини "Про стан дотримання та захисту прав і свобод в Україні" (за 2010 рік) // http://www.ombudsman.kiev.ua/dopovid_6/d_06_2_3.htm

² Рішення Європейського суду з прав людини у справі "Яременко проти України" // <http://umdp1.info/index.php?id=1235117957>

³ Конвенція про захист прав і основоположних свобод // Офіційний вісник України. — 1998. — № 13. — Ст. 270.

Перевірку провадить прокурор, тобто та посадова особа, яка наглядає за законністю діяльності слідчих і органів дізнання. Констатація прокурором у постанові про порушення кримінальної справи факту поганого поведження є водночас визнанням прокурором того, що він неналежним чином здійснював нагляд за законністю під час розслідування¹.

Проект КПК Нацкомісії здатен був покращити ситуацію із розслідуванням зазначених заяв. За цим проектом стадії порушення кримінальної справи немає. І за заявою про погане поведження мало б автоматично розпочинатися розслідування у межах кримінальної справи із повним набором процесуальних засобів — слідчих дій, що забезпечують встановлення факту такого поведження. Залишалось б лише усунути негативне ставлення до діяльності прокурора, який принципово здійснюватиме такі розслідування, і звинувачення його у тому, що неналежне поведження мало місце через недостатній нагляд за законністю діяльності органів розслідування. Однак робоча група з питань реформування кримінального судочинства, запровадивши обов'язкове внесення до реєстру досудових проваджень інформації про злочин, зменшила шанси на успіх розслідувань катувань і поганого поведження.

Цікаво, що ще у XVIII столітті, коли катування були дозволені "на законодавчому рівні", ставлення до них з боку Катерини II було негативним. У ст.ст. 192—197 "Наказу" від 30 липня 1767 року "Про обряд кримінального суду" Катерина II ось як

¹ Про стан боротьби із жорстоким поведженням в Україні і про європейські стандарти цього різновиду боротьби див.: Застосування в Україні європейських стандартів протидії жорстокому поведженню і безкарності: наук.-практ. посібник для суддів / Ахтирська Н.М., Касько В.В., Маланчук Б.А., Мелікян А. та ін.; за заг. ред. В.Т. Маляренка — К.: К.І.С., 2011. — 320 с.; Сванідзе Е. Боротьба з жорстоким поведженням і безкарністю: Права затриманих і обов'язки працівників правоохоронних органів. — К.: К.І.С., 2009. — 40 с.; Сванідзе Е. Ефективне розслідування фактів жорстокого поведження: Керівні принципи застосування європейських стандартів. — К.: К.І.С., 2009. — 144 с.; Мардох Д. Боротьба з жорстоким поведженням і безкарністю та ефективне розслідування жорстокого поведження. Доповідь по Україні. — К.: К.І.С., 2010. — 108 с.; Моніторинг незаконного насильства в органах внутрішніх справ України. — Харків: Права людини, 2009. — 192 с.

У 2008 році Міністерством юстиції України було розроблено проект Концепції державної політики запобігання катуванням та нелюдському або такому, що принижує гідність, поведженню чи покаранню (див.: <http://www.khpg.org/index.php?id=1209037015> — станом на 24 квітня 2008 року). Однак до ухвалення цієї Концепції справа так і не дійшла.

висловлювалася з приводу катування: "Пытка не нарушает ли справедливости, и приводит ли она к концу намереваемому законами? ... Чего ради какое право может кому дать власть налагать наказание на гражданина в то время, когда еще сомнительно, прав ли он или виноват. Не очень трудно заключениями дойти к сему сорассуждению: преступление или есть известное или нет; ежели оно известно, то не должно преступника наказывать инако, как положенным в законе наказанием; если преступление неизвестно, так не должно мучить обвиняемого, по той причине, что не надлежит невинного мучить, и что по законам тот не виновен, чье преступление не доказано. ... При пытке чувствование боли может возрасти до такой степени, что совсем овладев всею душою, не оставит ей больше никакой свободы производит какое-либо ей приличное действие, кроме как в тоже самое мгновение ока предпринять самый кратчайший путь, коим бы от той боли избавиться. Тогда и невинный может закричать, что он виноват, лишь бы только мучить его перестали. И то же средство, употребленное для различения невинных от виноватых, истребит всю между ними разность; и судьям будет также неизвестно, виноватого ли они имеют пред собою или невинного ... Посему пытка есть надежное средство осудить невинного, имеющего слабое сложение, и оправдать беззаконного, на силу и крепость свою уповающего"¹.

А ось як писав у XVIII столітті про катування видатний італійський мислитель, публіцист, правознавець і громадський діяч Чезаре Беккарія Бонесано: "Ніхто не може бути названий злочинцем до винесення вироку суду. Суспільство також не може позбавити його захисту доти, доки не прийняте рішення про те, що він порушив умови, котрі йому цей захист гарантував. Таким чином, яке інше право, окрім права сили, наділяє суддю владою карати громадянина до того, як встановлено факт його винності чи невинуватості? Не є новою і наступна дилема: доведено злочин чи ні. Якщо доведено, то він підлягає покаранню винятково відповідно до закону, і катування є зайвим, бо визнання обвинуваченого уже не вимагається. У випадку,

¹ Наказ Екатерины II Комиссии о составлении проекта нового Уложения. 1767 // http://historydoc.edu.ru/catalog.asp?ob_no=12793

коли немає вагомого переконання у тому, що злочин вчинено, не можна піддавати катуванню невинуватого, бо згідно із законом такою є людина, злочини якої не доведені. Окрім того, було б порушенням усіх норм вимагати від людини, щоб вона була одночасно і обвинувачем самій собі, і обвинувачуваним, щоб істина добувалася за допомогою фізичного болю, неначе вона міститься у м'язах і жилах нещасного. Такий підхід є надійним засобом виправдати фізично міцних зловмисників і засудити слабких, невинуватих. Такими є фатальні наслідки цього так званого критерію істини, достойного канібалів, який навіть римляни, які були самі варварами у багатьох відношеннях, застосовували лише до рабів, жертв"¹.

Наведені думки, висловлені у далекому XVIII столітті, дають привід сучасним застосовникам норм кримінально-процесуального права замислитися над ефективністю і допустимістю катувань. Особливо з огляду на те, що 43% опитаних працівників міліції причину існування проблеми катувань і жорстокого поводження вбачають у тому, що вони змушені "вбивати" силоміць визнання вини через існування системи показників і звітності. Остання перебуває на третьому місці серед причин протиправних дій працівників міліції².

4. Обвинувальний ухил у діяльності суду. Як відзначалось на засіданні Пленуму Верховного Суду СРСР у грудні 1986 року, однією з основних причин, що призводять до беззаконня, є "... обвинувальний ухил, коли судді виходять з презумпції винності підсудного", та "... сліпа, беззастережна довіра попередньому слідству"; також підкреслювалось, що "... обвинувальний ухил укоренився тому, що суд протягом багатьох років йшов у одній зв'язці зі слідством та обвинуваченням"³.

Не змінилася ситуація на краще і через двадцять п'ять років. За даними судової статистики, у 2010 році кількість окремих ухвал, постановлених судами за фактами порушення законності при провадженні дізнання чи досудового слідства, залишилася

¹ Беккариа Ч. О преступлениях и наказаниях. — 5-е изд., заново испр. и увелич. — М.: Стелс БИМПЛ, 1995. — С. 121 // http://krotov.info/lib_sec/02_b/bek/karia.html

² Моніторинг незаконного насильства в органах внутрішніх справ України. — Харків: Права людини, 2009. — С. 137.

³ Див.: Халдеев Л. С. Судья в уголовном процессе. — М.: Юрайт, 2000. — С. 116—117.

на рівні 2009 року і становить майже 2 тис., їх питома вага становить 39,1% (у 2009 році — 40,8%) від кількості справ, що були направлені на додаткове розслідування¹.

Подібна реакція суду у зв'язку із рішенням про направлення кримінальних справ на додаткове розслідування свідчить про те, що судді, окрім того, що замість постановлення виправдальних вироків направляють справу стороні обвинувачення для доопрацювання², ще й своїми ухвалами ставлять питання про "відповідне" реагування прокурора і осіб, які здійснюють відомчий контроль, щодо нерадивих слідчих, які не назбирали достатньо даних для того, щоб можна було постановити обвинувальний вирок.

Зрозуміло, що таке право суду передбачене у законі. Але у аспекті реалізації у кримінальному судочинстві принципу змагальності (рівності сторін) логічно було б очікувати на адекватну реакцію судів також щодо недоопрацювання адвокатів із захисту ними обвинувачених. А отже, і винесення судами за кожним обвинувальним вирокком окремої ухвали щодо адвокатів на адресу адвокатських об'єднань чи кваліфікаційно-дисциплінарних комісій адвокатури. Ясно, що це виглядає повним абсурдом. Але реагування судів щодо органів слідства і прокуратури чомусь не сприймається як абсурд.

5. Кримінальне судочинство в Україні за чинним КПК — технологія із вироблення засуджених. Ця технологія обслуговує каральну концепцію діяльності держави у сфері протидії злочинності. У той час як у Європі і США держава і її органи у цій сфері сповідують відновну концепцію.

У проекті КПК зроблена спроба побудувати вітчизняний кримінальний процес на основі саме відновної концепції з урахуванням багатого досвіду діяльності ЄСПЛ. Позитив у діяльності із підготовки проекту КПК на нинішньому етапі полягає у тому, що процес його опрацювання рухається вперед. Із цього випливає висновок, що у керівництва держави є воля до виконання зобов'язань України перед Радою Європи.

¹ Аналіз стану здійснення судочинства судами загальної юрисдикції в 2010 р. (за даними судової статистики) // <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/4034B350D7EB0B50C22578AF00236E6D?OpenDocument&CollapseView&RestrictToCategory=4034B350D7EB0B50C22578AF00236E6D&Count=500&>

² Як тут не згадати "класика": "Те, що Ви до цього часу не у в'язниці, — не Ваша заслуга, а наше недоопрацювання".

Є сподівання, що у разі ухвалення аналізованого проекту виправдані судом особи перестануть бути небезпечними для органів, які здійснюють досудове провадження.

2.2. Реформування законодавства у частині регламентації заходів кримінально-процесуального примусу

Одним із найбільш важливих питань у теорії і практиці кримінально-процесуальної діяльності є застосування заходів примусу. За великим рахунком за тим, як у оновленому кримінально-процесуальному законодавстві будуть врегульовані підстави і порядок застосування заходів примусу, можна судити про ступінь свободи у державі та дотримання у ній прав людини, передбачених ЄКПЛ.

У кримінальному процесі, як відомо, існує можливість застосовувати примусові заходи, у тому числі й пов'язані із законним застосуванням насильства, якої не існує у інших процесуальних галузях права.

Розглянути усі питання, що стосуються застосування примусу і його реформування у новому КПК, у межах однієї монографії, а тим паче, одного підрозділу є невиконуваним завданням. Тому хочу зосередитися лише на тих із них, що були предметом обговорення у робочій групі на "підвищених тонах", а також на тих, регламентація яких у чинному законодавстві суперечить ЄКПЛ.

1. Затримання і взяття під варту.

Стаття 29 Конституції України, якою врегульовано право громадян України на свободу і особисту недоторканність, в основному відтворює положення ст. 5 ЄКПЛ за деякими винятками¹. Однак окремі норми зазначених статей суперечать одна одній, а тому потребують аналізу. Зупинюся на таких питаннях.

¹ Про співвідношення права на свободу і особисту недоторканність в рішеннях ЄСПЛ і в національному законодавстві див.: Романов Р. Право на свободу і особисту недоторканність в рішеннях Європейського суду з прав людини та в законодавстві України / Проти катувань. Європейські механізми запобігання катуванням та жорстокому поводженню. — Харків: Фолио, 2005. — С. 60—70.

А) Чи повинні бути переконливі докази винності особи у вчиненні злочину для прийняття рішення про її затримання чи арешт? У п. 3 Рішення у справі "Феррарі-Браво проти Італії" від 14 березня 1984 року Єврокомісія наголосила на тому, що питання про те, що арешт або тримання під вартою до суду є виправданими тільки тоді, коли доведено факт вчинення та характер інкримінованих правопорушень, ставити не можна, оскільки це є завданням попереднього розслідування, сприяти якому має й тримання під вартою¹.

Пунктом 55 Рішення ЄСПЛ у справі "Мюррей проти Сполученого Королівства" від 28 жовтня 1994 року передбачено, що метою допитів під час тримання під вартою відповідно до п. "с" ч. 1 ст. 5 [ЄКПЛ] є сприяння кримінальному розслідуванню шляхом підтвердження чи розвіювання конкретної підозри, яка послужила причиною арешту. Тому факти, які є причиною виникнення підозри не повинні бути такими самими переконливими, як ті, що є необхідними для обґрунтування обвинувального вироку чи й просто висунення обвинувачення, черга якого надходить на наступній стадії процесу кримінального розслідування².

У Рішенні ЄСПЛ "Фокс, Кемпбел і Гартлі проти Сполученого королівства" від 30 серпня 1990 року (п. 32) вказано: "... наявність "обґрунтованої підозри" передбачає наявність фактів або інформації, які могли б переконати об'єктивного спостерігача³ в тому, що відповідна особа могла таки вчинити злочин, однак

¹ Рішення у справі "Феррарі-Браво проти Італії" від 14 березня 1984 року / У кн.: Макбрайд Д. Європейська конвенція з прав людини та кримінальний процес. — К.: К.І.С., 2010. — С. 55. Про прецедентну практику ЄСПЛ щодо забезпечення права на свободу та особисту недоторканність див. у: Пошва Б.М. Право на свободу та особисту недоторканність: прецедентна практика Європейського суду з прав людини і питання вдосконалення кримінального судочинства в Україні // Вісник Верховного Суду України. — 2011. — № 3. — С. 20—34.

² Рішення ЄСПЛ у справі "Мюррей проти Сполученого Королівства" від 28 жовтня 1994 року / У кн.: Макбрайд Д. Європейська конвенція з прав людини та кримінальний процес. — К.: К.І.С., 2010. — С. 55.

³ Вітчизняні законодавство, практика і теорія кримінального процесу не у захваті від використання у рішеннях ЄСПЛ таких "нечітких" термінів як, приміром, "об'єктивний спостерігач". У національному законодавстві України вимога щодо об'єктивності ("неупередженості", "незалежності") стосується посадовців, які здійснюють кримінальне судочинство. У наведеному Рішенні ЄСПЛ йдеться про будь-яку особу ("спостерігача"), яка має стосунок до конкретної кримінальної справи.

те, що можна вважати "обґрунтованим", залежить від усіх обставин..."¹.

Зазначені вище рішення потрібно було б врахувати під час формулювання відповідних положень щодо підстав обрання запобіжних заходів, що й було зроблено у проекті КПК, підготовленому робочою групою Нацкомісії². У ч. 3 ст. 163 цього проекту було зазначено: "Слідчий суддя, суд зобов'язаний відмовити у застосуванні до підозрюваного, обвинувачуваного запобіжного заходу, якщо державний обвинувач не доведе наявності *розумної підозри*³ у вчиненні кримінального правопорушення".

Робоча група з питань реформування кримінального судочинства кардинально змінила підходи як до оцінювання доказів (виключила положення проекту про стандарти переконання), так і до доведеності вини особи на етапі обрання запобіжного заходу, у тому числі і затримання. У п. 1 ч. 1 ст. 175 проекту вже зазначено, що під час вирішення питання про обрання запобіжного заходу слідчий суддя, суд на підставі наданих сторонами матеріалів зобов'язаний оцінити в сукупності всі обставини, у тому числі *вагомість наявних доказів* про вчинення підозрюваним, обвинуваченим кримінального правопорушення.

Подібне формулювання, на мою думку, орієнтуватиме слідчих, прокурорів і суддів на отримання саме *вагомих* доказів винності особи. А оскільки у проекті правової норми йдеться про *докази* вчинення кримінального правопорушення, то це треба розуміти як отримання компетентними особами не одного вагомому доказу, а їхньої сукупності. Таким чином, регламентація підстав обрання запобіжних заходів у проекті практично нічим не відрізняється від регламентації підстав притягнення особи до кримінальної відповідальності за чинним КПК.

¹ Рішення ЄСПЛ у справі "Фокс, Кемпбел і Гартлі проти Сполученого королівства" від 30 серпня 1990 року / У кн.: Макбрайд Д. Європейська конвенція з прав людини та кримінальний процес. — К.: К.І.С., 2010. — С. 56.

² Проект Кримінального процесуального кодексу, підготовлений робочою групою Національної комісії зі зміцнення демократії та утвердження верховенства права (Ухв. на 16 пленарному засіданні Комісії — м. Київ, 10 грудня 2008 р.) // http://www.ukradv.org/up/docs/kpk_final.html

³ Розумна підозра означає добросовісне припущення про вчинення особою певного діяння, яке ґрунтується на відомостях, які можна перевірити у судовому розгляді і які спонукали б неупереджену та розважливу людину вдатися до практичних дій для з'ясування того, чи є така підозра обґрунтованою (ч. 4 ст. 87 "Свобода оцінки доказів і стандарти переконання" проекту Нацкомісії).

"Розумна підозра" як стандарт переконаності під час вирішення питання про обрання запобіжного заходу якнайкраще відображає стан доведеності вини особи на цьому етапі провадження. Якщо навіть аналізована норма проекту буде прийнята у такій редакції, то рано чи пізно питання про стандарт "розумна підозра" постане перед практиками, а потім і перед законодавцем. Бо не можна вимагати від слідчих, прокурорів, суддів встановлення вагомих доказів винності особи на етапі обрання запобіжних заходів. Врешті-решт, запобіжні заходи обирають не за вчинення злочину (цей факт можна встановлювати і пізніше), а за неналежну поведінку особи, що заважає провадженню у кримінальній справі¹.

Б) Протягом якого часу з моменту фактичного затримання особа має постати перед суддею? У демократичних державах процедура "habeas corpus act" ("приведи такого-то до судді") є одним із найстаріших правових інститутів. У США майже двісті сорок років тому ця норма у Конституції була віднесена до числа таких, котрі не можна змінити або скасувати за жодних обставин. Суть її полягає у тому, що затримана особа має бути відразу доставлена до судді, щоб мати змогу заявити свої претензії і заперечення, а також скарги на поведінку працівників правоохоронних органів під час затримання.

ЄСПЛ у п. 65 Рішення у справі "Канджов проти Болгарії" від 6 листопада 2004 року вказав на таке: "Пунктом 3 ст. 5 ЄКПЛ передбачено, що затримана особа негайно постала перед суддею з тим, щоб дістати можливість виявити будь-які ознаки жорстокого поводження, а також звести до мінімуму будь-яке необґрунтоване втручання в особисту свободу. Хоча негайність належить оцінювати в кожній конкретній справі з урахуванням її особливостей ..., суворе часове обмеження, що його встановлює ця вимога пункту 3 ст. 5, не дає змоги тлумачити його надто гнучко, бо інакше процесуальні гарантії були б серйозно послаблені на шкоду особі і виникла б небезпека ослаблення самої суті того права, яке це положення захищає ..."².

¹ На етапі обрання запобіжного заходу вимога щодо вагомості переконання має стосуватися наявності ризиків того, що особа своєю поведінкою буде заважати провадженню у справі (п. 2 ч. 1 ст. 176 проекту КПК 2009 року).

² Рішення ЄСПЛ у справі "Канджов проти Болгарії" від 6 листопада 2004 року / У кн.: Макбрайд Д. Європейська конвенція з прав людини та кримінальний процес. — К.: К.І.С., 2010. — С. 76. Як зазначено у Рішенні ЄСПЛ у справі

Проектом КПК від Нацкомісії (станом на грудень 2008 року) передбачалося (ст. 174), що клопотання про застосування або зміну запобіжного заходу розглядається слідчим суддею, судом невідкладно, але не пізніше двадцяти чотирьох годин з моменту фактичного затримання підозрюваного, обвинувачуваного за відсутності ухвали суду про дозвіл на затримання. Статтею 194 проекту встановлювалося, що строк затримання особи без ухвали суду не може перевищувати двадцяти чотирьох годин з моменту затримання. Робоча група, яка доопрацьовувала проект протягом 2010—2011 років, не погодилася із такою регламентацією строків і встановила, що строк затримання особи без ухвали слідчого судді, суду не може перевищувати сімдесяти двох годин з моменту затримання (ч. 1 ст. 209), а доставлена до суду для розгляду клопотання про обрання запобіжного заходу вона має бути протягом шістдесяти годин з моменту затримання (п. 2 ч. 2 ст. 209)¹.

У першому випадку (проект 2008 року) строк затримання і строк розгляду клопотання про обрання запобіжного заходу співпадав і становив двадцять чотири години. Саме у такий строк "вимірювалася" негайність доставлення затриманої особи до суду. У другому випадку (проект 2011 року) негайність визначена у шістдесят годин. Робоча група "залишила" суду дванадцять годин із сімдесяти двох для вирішення питання про обрання затриманому запобіжного заходу.

У принципі проект КПК 2011 року не суперечить ч. 3 ст. 29 Конституції в частині регламентації загального строку затримання за підозрою у вчиненні злочину. Однак, як уявляється, проект 2009 року більше наблизився до вимог ЄКПЛ і рішень

"Броуган і інші проти Сполученого Королівства" від 29 листопада 1988 року, межі гнучкості в тлумаченні й застосуванні поняття "негайність" є дуже невідірваними. Навіть строк у чотири дні і шість годин, проведені у поліційному ув'язненні, виходить за рамки суворих обмежень стосовно часу, що його дозволяє п. 1 ч. 3 ст. 5. Надання конкретним особливостям цієї справи значення, що виправдовує такий тривалий строк тримання під вартою без перепровадження до судді, було б неприйнятно широким тлумаченням чіткого значення слова "promptly" (негайно), яке треба розуміти однозначно (див.: Рішення ЄСПЛ у справі "Броуган і інші проти Сполученого Королівства" від 29 листопада 1988 року / У кн.: Макбрайд Д. Європейська конвенція з прав людини та кримінальний процес. — К.: К.І.С., 2010. — С. 73).

¹ Обидві версії проекту КПК, на щастя, не сприйняли положення КПК 1960 року про можливість продовження строку затримання до десяти діб, а за клопотанням підозрюваного — до п'ятнадцяти діб.

ЄСПЛ щодо негайності доставляння затриманої особи до суду. Строк затримання і доставлення особи до суду у двадцять чотири години теж не суперечить Конституції України, бо жодним чином не погіршує становище затриманих. За умови запровадження у вітчизняний кримінальний процес такого учасника, як слідчий суддя, який цілодобово буде виконувати функцію судового контролю за законністю обмеження конституційних прав громадян, строк у двадцять чотири години є цілком прийнятним як для посадових осіб державних органів, які ведуть процес, так і для (і це є особливо важливим) громадян, яких затримують.

В) Мета затримання. Частина 3 ст. 29 Конституції України визначає мету тримання особи під вартою як тимчасового запобіжного заходу (затримання) як необхідність запобігти злочинів чи його припинити. Проект 2008 року передбачав, що уповноважена посадова особа має право без ухвали суду затримати особу, яку вона застала під час вчинення кримінального правопорушення або при замаху на його вчинення (ч. 1 ст. 191), а також безпосередньо після вчинення правопорушення, якщо очевидець, в тому числі потерпілий, або сукупність очевидних ознак на тілі, одязі чи місці події вказують на те, що саме ця особа шойно вчинила кримінальне правопорушення (ч. 2 ст. 191). Подібну регламентацію застосовано і у проекті КПК 2011 року (ст. 206).

Чи можна вважати, що у проектах КПК відтворена мета затримання так, як вона сформульована у ст. 29 Конституції України? Формулювання у проектах "під час вчинення" і "при замаху на вчинення" беззаперечно можна вважати таким, що узгоджується із конституційним положенням про необхідність запобігти злочинів чи його припинити. А от "безпосередньо після вчинення", на перший погляд, викликає заперечення. Злочин, мовляв, уже вчинено і необхідності його припиняти, а тим паче запобігати йому уже немає.

Уявляється, що затримання безпосередньо після вчинення злочину має право на існування у новому КПК.

Бо, по-перше, моменти "вчинення" і "безпосередньо після вчинення" у реальній ситуації затримання важко розрізнити.

По-друге, мета затримання безпосередньо після вчинення злочину є дуже близькою до мети затримання на місці вчинення злочину. Легше затримати особу відразу після того, як вона вчинила злочин, ніж потім витратити сили і засоби на її розшук.

А те, що Конституція України не регламентує можливість затримати особу безпосередньо після вчинення злочину, є прогалиною у конституційному регулюванні, котра має бути заповнена.

Г) Чи має бути обов'язковою умовою затримання передбачення за вчинення злочину покарання у вигляді позбавлення волі? У проекті КПК 2008 року не регламентувалося затримання особи, якщо за злочин, у зв'язку із яким провадиться затримання, передбачене покарання у вигляді позбавлення волі. У ст. 206 проекту 2011 року продублювали умову затримання, що міститься у ст. 106 чинного КПК, про покарання у вигляді позбавлення волі. Це є недоцільним із таких міркувань.

У чинному КПК затримання розуміється як поміщення особи до ізолятору тимчасового тримання. Після того як затриманого доставляють до правоохоронного органу, у посадових осіб, які здійснили фактичне затримання, або у посадових осіб, які будуть приймати рішення про поміщення особи до ізолятору, є час на те, щоб визначитися нехай і з первинною кваліфікацією злочину і ознайомитися із санкцією відповідної статті кримінального закону. За проектами КПК (ст. 192 проекту 2008 року і ст. 207 проекту 2011 року) особа є затриманою з моменту, коли вона силою або через підкорення наказу змушена залишатися поряд із уповноваженою службовою особою чи в приміщенні, визначеному уповноваженою службовою особою. За такого розуміння поняття затримання втрачається сенс регламентації розглядуваної умови. Бо кожного разу працівникові міліції, коли він вирішить вимагати від громадянина залишатися поряд із собою у зв'язку із підозрою у вчиненні правопорушення, доведеться перед тим дати правильну кваліфікацію цього правопорушення, визначити, яка санкція за нього передбачена, і лише після цього оголосити громадянину свою вимогу. У "польових" ("бойових") ситуаціях виконати це практично неможливо.

З іншого боку, якщо залишити таку регламентацію умови затримання, кожного разу працівники міліції будуть перебувати під страхом кримінальної відповідальності за незаконне затримання, а саме — неврахування умови про покарання у вигляді позбавлення волі. А це може призвести до відмови посадової особи затримувати громадянина за вчинення злочину, а отже, — до зниження ефективності боротьби зі злочинністю.

Д) Строки тримання особи під вартою і підстави їх продовження. Передбачений чинним законодавством (ст. 156 КПК) граничний строк тримання під вартою (вісімнадцять місяців, а в окремих випадках, пов'язаних із ознайомленням із матеріалами закінченого досудового слідства, і більше) для особи, яка згідно з презумпцією невинуватості є невинуватою, є не виправдано тривалим. Тому робоча група Нацкомісії вирішила, що строк дії ухвали суду про тримання під вартою або продовження строку тримання під вартою не може перевищувати *шістдесятитри днів* (ч. 2 ст. 179 проекту 2008 року), а сукупний строк тримання під вартою підозрюваного, обвинувачуваного під час досудового провадження не повинен перевищувати *дев'яти місяців* (ч. 2 ст. 179 проекту 2008 року).

Тобто граничний строк тримання особи під вартою на досудовому провадженні було знижено вдвічі. Робоча група з питань реформування кримінального судочинства не погодилася із такою регламентацією строків і встановила, що сукупний строк тримання під вартою підозрюваного, обвинуваченого під час досудового розслідування не повинен перевищувати *шестимісяців* — у кримінальному провадженні щодо злочинів невеликої або середньої тяжкості; *дванадцяти місяців* — у кримінальному провадженні щодо тяжких або особливо тяжких злочинів.

Доводити обґрунтованість і доцільність дев'ятимісячного чи дванадцятимісячного строку немає потреби. В інших державах, приміром у ФРН, взагалі не встановлені строки тримання особи під вартою під час досудового провадження. Але у будь-якому разі, оскільки йдеться про одне із основних благ людини — свободу, продовження строку тримання під вартою має бути належним чином обґрунтоване.

ЄСПЛ неодноразово стверджував про те, що кожного разу, коли прокурор звертається із клопотанням до суду про продовження строку тримання особи під вартою, він повинен обґрунтувати, що підстави, які були враховані під час обрання цього запобіжного заходу, повинні бути підтверджені доказами, або мають бути наведені докази того, що з'явилися нові підстави для тримання особи під вартою.

Як приклад можна навести висновки ЄСПЛ, викладені ним у Рішенні "Александр Макаров проти Росії" від 12 березня 2009 року. ЄСПЛ відзначив (п. 125), що у своєму рішенні від 5 лютого 2007 року Советський районний суд, вперше поси-

лаючись на інформацію, надану Томським обласним управлінням ФСБ, дійшов висновку, що заявник планує переховуватися від правосуддя, наполягаючи, щоб його родичі продали якесь майно та придбали валюту... Усі подальші постанови про залишення під вартою, що їх виносили судові органи, великою мірою ґрунтувалися на можливості заявника переховуватися від правосуддя, з врахуванням інформації, наданої ФСБ.

Національні органи влади були зобов'язані проаналізувати особисті обставини заявника (Макарова — Л.Л.) докладніше та навести на користь його тримання під вартою конкретні підстави, підкріплені встановленими в судовому засіданні доказами (п. 127)¹.

ЄСПЛ у своїх рішеннях також відзначав, що посилання на тяжкість злочину не може бути єдиною підставою для продовження строків тримання під вартою. Так, у Рішенні "Мамедова проти Росії" від 1 червня 2006 року зазначено (п. 74), що перевіряючи законність і обґрунтованість продовження тримання заявниці під вартою, і районний, і обласний суди незмінно посилалися на тяжкість обвинувачень як на головний чинник при оцінці ймовірності того, що заявниця переховуватиметься від правосуддя, перешкоджатиме ходові розслідування або вчинятиме нові злочини. Однак Суд неодноразово відзначав, що хоча суворість покарання є визначальним елементом при оцінці ризику переховування від правосуддя чи вчинення нових злочинів, потребу подальшого позбавлення когось волі не можна оцінювати з винятково абстрактного погляду, беручи до уваги тільки тяжкість злочину. Продовження строку тримання під вартою також не можна застосовувати як передбачення вироку у формі позбавлення волі. ... Це особливо важливо в таких справах, як ця, в якій правова кваліфікація фактів, а отже, й покарання, що загрожувало заявниці, давалася обвинуваченням без судового дослідження питання про те, чи підкріплюють зібрані докази обґрунтовану підозру в тому, що заявниця вчинила інкримінований злочин ...².

¹ Рішення ЄСПЛ у справі "Александр Макаров проти Росії" від 12 березня 2009 року / У кн.: Макбрайд Д. Європейська конвенція з прав людини та кримінальний процес. — К.: К.І.С., 2010. — С. 94, 95.

² Рішення ЄСПЛ у справі "Мамедова проти Росії" від 1 червня 2006 року / У кн.: Макбрайд Д. Європейська конвенція з прав людини та кримінальний процес. — К.: К.І.С., 2010. — С. 89.

Під час підготовки проекту 2008 року членами робочої групи висловлювалися пропозиції встановити періодичність (приблизно, один раз на місяць), з якою слідчий суддя мав би перевіряти чи не відпали підстави тримання особи під вартою. Тобто робити це автоматично, не очікуючи доти, доки прокурор внесе подання (клопотання) про продовження строку тримання під вартою. Однак ця пропозиція не знайшла підтримки більшості робочої групи. Робочою групою з питань реформування кримінального судочинства ця пропозиція не розглядалася¹.

2. Чи має у новому КПК бути встановлена нижня межа розміру застави? За чинним КПК застава віднесена до числа запобіжних заходів. Це положення є традиційним для навчальних посібників і підручників, за якими навчаються майбутні слідчі, прокурори і судді. Однак, за великим рахунком, застава запобіжним заходом не є. Однією із основних ознак запобіжного заходу є його примусовість. А хіба можна примусити підозрюваного чи обвинуваченого вносити певну суму грошей чи інших коштів на депозит правоохоронного органу чи суду у випадку, коли у нього немає такої суми? Особливо за таких умов, коли законодавець встановлює нижню межу розміру застави залежно від різновиду злочину, інкримінованого особі.

Виходячи із цих міркувань, робоча група Нацкомісії встановила декілька різновидів грошових гарантій, серед яких і застава грошей та майна, виконання інших зобов'язань обвинуваченого: 1) особиста грошова гарантія у визначеному слідчим суддею, судом розмірі без застави майна та внесення грошей у депозит; 2) грошова гарантія у визначеному слідчим суддею розмірі не менш ніж від двох осіб без застави майна та внесення грошей у депозит; 3) грошова гарантія у визначеному розмірі, забезпечена заставою майна підозрюваного, обвинувачуваного чи іншої особи або внесенням у депозит грошей чи цінних паперів (пункти 3—5 ч. 5 ст. 176 проекту 2008 року). При цьому розмір

застави визначається слідчим суддею із урахуванням майнового стану особи.

Робоча група з питань реформування кримінального судочинства, на жаль, відійшла від цього положення і пішла традиційним шляхом, визнавши заставу запобіжним заходом і встановивши мінімальний та максимальний розміри застави, залежно від інкримінованого злочину (ч. 5 ст. 179 проекту 2011 року). Мінімальний ("початковий") же розмір застави становить десять мінімальних заробітних плат.

Мінімальна зарплата в Україні з 1 грудня 2011 року становить 1004 гривні (ст. 22 Закону України від 23 грудня 2010 року "Про Державний бюджет України на 2011 рік"¹). Чи багато громадян в Україні зможуть у разі притягнення їх до кримінальної відповідальності за вчинення злочину, за який передбачено покарання у вигляді позбавлення волі на строк не більше трьох років, внести заставу у розмірі 10 040 гривень? Так, це мінімальний розмір! А максимум складає аж 20 080 гривень.

Встановлювати нижню межу застави не можна². Розмір застави повинен залежати від конкретних обставин. Тяжкість злочину не може обумовлювати розмір застави. Запобіжний захід, у тому числі й застава, як уже зазначалося, обирається до особи не за вчинення злочину — за це їй буде призначене покарання, а за неналежну поведінку під час провадження. Встановлюючи нижню межу застави, ми позбавляємо багатьох людей можливості бути на свободі під час провадження, тобто тоді, коли їхня вина у вчиненні злочину ще не доведена. Це особливо гостро буде відчуватися у нашій державі, де багато людей не живуть, а виживають. Розмір застави незалежно від того, який злочин було вчинено, повинен визначати суддя залежно від майнового стану обвинуваченого і характеру його поведінки під час провадження.

¹ Проблеми дотримання прав особи під час затримання і відповідності у цій частині національного (українського) кримінально-процесуального законодавства ст. 5 ЄКПЛ піддані ґрунтовному аналізу у статті Я.П. Зейкана (див.: Зейкан Я.П. Права особи і проблеми, що виникають при її затриманні // Вісник Верховного Суду України. — 2005. — № 9. — С. 35—40).

¹ Закон України від 23 грудня 2010 року "Про Державний бюджет України на 2011 рік" // Відомості Верховної Ради України. — 2011. — № 7. — Ст. 52.

² КПК РФ не визначає нижньої межі застави. Згідно із ч. 1 ст. 106 КПК РФ розмір застави визначається органом або особою, яка обрала цей запобіжний захід, з урахуванням характеру вчиненого злочину, даних про особу підозрюваного, обвинуваченого і майнового становища заставодавця.

2.3. Реформування кримінально-процесуального законодавства в частині регламентації доказів і доказування

2.3.1. Загальні положення

Діяльність із доказування у кримінальному процесі є дуже складною пізнавально-правовою категорією. Про докази і доказування в Україні написано багато теоретичних робіт і навчальних посібників. Однак усі вони, за незначними винятками, про які йдеться далі, ґрунтуються на методології марксистсько-ленінського діалектичного матеріалізму і часто полягають у змаганні їхніх авторів дати краші, ніж дані попередниками, визначення поняття доказів, доказування, структури доказування, істини, співвідношення доказів і матеріалів ОРД. Протягом багатьох десятиліть у теорії кримінального процесу у сфері доказування дискусії зводилися, як правило, до термінологічних спорів щодо поняття "фактичні дані"¹.

Особливого прориву за останні п'ятдесят років у вітчизняній теорії у сфері доказування не відбулося². Не буду наводити дані про дискусії у науковій літературі з питань доказування. Хто ними цікавиться, той знає основні позиції.

Як і в інших частинах цієї монографії, зупинюся лише на дискусійних питаннях, що виникали під час роботи над проектом КПК.

1. *Щодо законодавчого (легального) визначення поняття "докази" та їхніх джерел.* Процесуалісти протягом тривалого

¹ В.П. Гмирко у особистій бесіді з приводу визначення поняття "фактичні дані" зауважив, що складається таке враження, що якщо із КПК вилучити це словосполучення, процесуалісти, які досліджують питання доказів і доказування, залишаться без роботи.

Спори також стосувалися співвідношення понять "фактичні дані" з поняттями "відомості", "факти", "дані", "інформація" тощо. Про дискусію з цього питання у сучасній процесуальній літературі див. у роботі відомого вченого у теорії кримінального права: Андрушко П.П. Щодо поняття "допустимість доказів" у кримінальному судочинстві // Вісник прокуратури. — 2011. — № 7. — С. 61—80.

² Виняток становлять роботи В.П. Гмирка (див.: Гмирко В.П. Доказування в кримінальному процесі: діяльнісна парадигма. Теоретичний аналіз. Проблематизація. СМД-репрезентація: монографія. — Дніпропетровськ: Академія митної служби України, 2010. — 314 с.), до якої я буду часто звертатися у цьому підрозділі, а також В.Т. Нора і М.В. Багрія (див.: Нор В.Т., Багрій М.В. Використання непрямих доказів у кримінальному судочинстві України: монографія. — Тернопіль: Пол-Інвест, 2011. — 206 с.).

часу, особливо у радянський час і в часи незалежної України, шукають той "процесуальний доказовий камінь", на якому можна було б побудувати вітчизняне доказове право. Таким "камнем", на думку багатьох учених, має стати універсальне визначення поняття доказу, яке обов'язково повинно бути врегульоване у кримінально-процесуальному законодавстві. Але як філософам не вдалося віднайти "філософський камінь", так і процесуалісти до цього часу не знайшли свого "камня". І причина того ймовірно одна й та ж: їх просто немає.

Вивчивши зарубіжний досвід регулювання питань доказування у кримінально-процесуальному законодавстві, робоча група Нацкомісії не вважала за потрібне у проекті КПК давати визначення поняття доказів. Але у міру підключення до роботи над проектом вітчизняних учених — представників традиційних поглядів на докази та доказування — у остаточному варіанті проекту КПК, підготовленому для подання Президенту України у березні 2009 року, з'явилася відповідна норма-дефініція (ч. 1 ст. 77). Я виступав категорично проти цього і пропонував "увести" до проекту ще й дефінітивну норму, у якій би надавалося визначення поняття істини. А чому б і ні? Оскільки вже робоча група наважилася одним реченням надати визначення поняття доказів, то б чому не "замахнутися" на визначення поняття "істина"? У такий спосіб у новому КПК можна було б "вирішити" тисячолітній філософський спір про те, що є істиною.

Тепер щодо необхідності регламентації у кримінально-процесуальному законодавстві джерел доказів. Для суду, створеного на підставі закону у правовій демократичній державі, якою є (принаймні за Конституцією України) Україна, не існує доказів, що мають наперед встановлену силу. Так само для суду у законі не потрібно встановлювати перелік джерел, із яких вони можуть бути отримані. Збереження у новому процесуальному законодавстві джерел, у яких "містяться" докази, є продовженням законодавчо існуючого анахронізму, породженому формальною теорією доказів. Від останньої вітчизняний кримінальний процес відійшов ще у 1864 році з прийняттям Статуту кримінального судочинства. Але у радянський час ця теорія була реанімована. У чинному КПК вона відображена у ч. 2 ст. 65. Як правильно відзначив Б.Г. Розовський, у праві, що вважається цивілізованим, немає положень, якими встановлюється цінність кожного

доказу. Але "ослині вуха" інквізиції стирчать у тих нормах КПК, що зберігають запозичений (з невеликими варіаціями) із середньовіччя і епохи ренесансу принцип фіксування недоторканного переліку джерел доказів, тобто їхніх матеріальних носіїв¹.

Джерела доказів (ч. 2 ст. 65 КПК) мають бути отримані у належному, тобто у такому, що передбачений законом, порядку. Тільки тоді отримані дані можуть бути визнані доказами. Але усі способи отримання даних, які є належними до кримінальної справи, тобто можуть встановлювати або, навпаки, "затемнювати" певні обставини, встановити у законі неможливо. Чи повинна знижуватися доказова сила даних, отриманих у спосіб, який (можливо, поки що) не передбачений законом?

Б.Г. Розовський цілком справедливо відзначає, що доказову силу інформації (данім) надає не буква закону, а її зміст². На підставі цього учений робить висновок про те, що *перспективним є не періодичне вимушене розширення у законі переліку джерел доказів, а скасування самого принципу його фіксування*. Доказом можуть бути будь-які фактичні дані, способи отримання яких є безкінечними³.

Хотів би доповнити цей, безумовно, правильний, прагматичний висновок відомого ученого. Способів отримання даних, що можуть прояснити суть кримінальної справи, дійсно є дуже багато. Обмеження встановлені лише для способів, що явно суперечать закону.

Згідно з ч. 3 ст. 62 Конституції України обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом. Питання лише у тому, хто із суб'єктів кримінального процесу може кваліфікувати доказ як незаконний.

ЄСПЛ у своїх рішеннях неодноразово зазначав, що допустимість доказів є прерогативою національного права і, за загальним правилом, саме національні суди повноважні оцінювати надані їм докази (п. 34 Рішення у справі "Тейксейра де Кастро проти Португалії" від 9 червня 1998 року⁴, п. 54 рішення у справі

"Шабельник проти України" від 19 лютого 2009 року¹), а порядок збирання доказів, передбачений національним правом, має відповідати основним правам, визнаним ЄКПЛ, а саме: на свободу, особисту недоторканність, на повагу до приватного і сімейного життя, таємницю кореспонденції, на недоторканність житла (ст.ст. 5, 8 ЄКПЛ) тощо. Отже, лише суд повинен давати оцінку тим чи іншим даним, наданим судом сторонами обвинувачення і захисту.

Конституційний Суд України у своєму Рішенні від 21 жовтня 2011 року² також вказав на те, що суб'єктом оцінки доказів на предмет їхньої законності (допустимості) має бути суд (абз. 2 п. 3.2). Однак ст. 65 КПК надає і органу дізнання, слідчому та прокурору повноваження щодо визначення, чи є ті чи інші дані доказами. Виходить, що ці учасники процесу мають право не включати до процесуального обігу дані, які, на їхню думку, одержані незаконним шляхом. А як же сторона захисту? Чому у нашому кримінальному процесі одна сторона (обвинувачення) має право оцінювати дані і кваліфікувати їх як докази, а інша сторона (захист) не має такого права?

Цікавим у згаданому Рішенні Конституційного Суду України є також формулювання п. 3.4, де зазначено, що при оцінюванні на предмет допустимості як доказів у кримінальній справі фактичних даних, що містять інформацію про вчинення злочину чи підготовку до нього та подані в порядку, передбаченому ч. 2 ст. 66 КПК, необхідно враховувати *ініціативний* або *ситуативний (випадковий)* характер дій фізичних або юридичних осіб, їх мету та цілеспрямованість при фіксуванні зазначених даних.

За суттю поділу у Рішенні характеру дій фізичних і юридичних осіб при фіксуванні даних на ініціативний і ситуативний можна зрозуміти, що ініціативний характер дій свідчить про незаконність одержання даних, а ситуативний — ні. Але виникає запитання: ініціативний характер — це як? Приміром, жінка

¹ Розовський Б.Г. Ненаучные заметки о некоторых научных проблемах уголовного процесса: эссе. — Луганск: РИО ЛАВД, 2004. — С. 152.

² Там само. — С. 165.

³ Там само. — С. 166.

⁴ Рішення ЄСПЛ у справі "Тейксейра де Кастро проти Португалії" від 9 червня 1998 року // http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO1246.html

¹ Рішення ЄСПЛ у справі "Шабельник проти України" від 19 лютого 2009 року // http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO5697.html

² Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Служби безпеки України щодо офіційного тлумачення положення частини третьої статті 62 Конституції України. Справа № 1-31/2011 20 жовтня 2011 року № 12-рп/2011 // <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v012p710-11>

Це Рішення є знаковим, бо воно є першим в Україні, де розглянуті питання доказування у кримінальних справах.

побачила, що декілька чоловіків б'ють одного. Побігла додому і з вікна власної квартири за власною ініціативою "цілеспрямовано" з метою зафіксувати факт злочину зняла бійку на відео. Потім дізналася, що побитий помер і що порушено кримінальну справу про вбивство. Надала у порядку ст. 66 КПК запис слідчому.

Або інший приклад. Викладач сказав студенту про те, що він не складе іспит, якщо не дасть хабара. Іспит має відбутися через п'ять хвилин. Студент зафіксував факт передавання хабара на відеокамеру мобільного телефону, тобто виявив ініціативу.

Згідно з розглядуваним Рішенням Конституційного Суду України дані з відеозапису не можуть бути визнані доказами, бо спосіб їх здобуття мав цілеспрямований, ініціативний характер. Але ж і в тому, і у іншому випадку громадяни, застосовуючи технічні засоби — відеокамери, лише "допомагали" своїм очам і мозку зберегти у пам'яті подію злочину. Хіба погано для держави, функцією якої є боротьба зі злочинністю, отримати від очевидця більш вагомий і тому більш переконливий докази вини особи?

Уявимо собі ще одну ситуацію. На банк вчинено розбійний напад із застосуванням вогнепальної зброї. У приміщенні банку встановлені камери спостереження, що зафіксували лише силуети нападників. А одному із клієнтів банку вдалося "ініціативно" зафіксувати на камеру власного мобільного телефону обличчя одного із нападників. Якщо "сліпо" (формально) виконувати згадане Рішення Конституційного Суду України, то запис клієнта доказом визнавати не можна. Та й запис камер спостереження теж є ініціативним, бо керівництво банку встановило їх саме для запису того, що відбувається у приміщенні банку. Яким же чином розкрити злочин? Якщо, по суті, слідчим і оперативникам заборонено переглядати записи, бо вони здійснені у незаконний спосіб. Чи не абсурд це?

Б.Г. Розовський запитує: "Що надає інформації доказової сили — буква закону чи зміст?". І відповідає: "... напишіть у КПК, що північне сяйво чи метеоритний дощ є доказами причетності до вбивства людини, яку знайшли через місяць або рік на місці події, — доказової сили такій інформації не дасться"¹.

¹ Розовский Б.Г. Процессуальный статус ОРД в уголовном судопроизводстве: монография. — Луганск: РИО ЛИВД, 2000. — С. 165.

І як би ми не намагалися через закон чи через рішення Конституційного Суду України встановлювати формальні і "непорушні" вимоги до одержання даних, ми не забезпечимо через нормативні вимоги їхньої доказової значущості. У різних ситуаціях дотримання однієї й тієї самої формальної вимоги може мати різні правові наслідки. Зміст останніх повністю залежить від того, чи покладе суд в основу вироку здобуті дані, звичайно, попередньо перевіривши, чи здобуті вони законним шляхом.

Встановлювати вимоги до даних, які одержують фізичні особи (громадяни) не у зв'язку із провадженням у кримінальній справі, взагалі є зайвим. Бо ніхто ще не скасував правила, згідно з яким громадяни "можуть вчиняти усе, що не заборонено законом". "Заганяти" дії громадян у процесуальну форму безглуздо. Вони не повинні вивчати і знати протягом усього життя підстави і порядок одержання доказів у кримінальних справах. Оцінити ситуацію на відповідність своїх дій вимогам закону іноді важко працівникам органів слідства і прокуратури. Встановлення процесуальної форми одержання доказів громадянами призведе до того, що порушення правил у зв'язку із незнанням завжди може стати підставою для невизнання даних доказами.

Процесуальна форма одержання даних не завжди є гарантією достовірності і доказової сили отримуваних даних навіть тоді, коли дані збирає уповноважена на те особа. Що вже говорити про громадян?

Вважаю, що єдиним суб'єктом, правомочним кваліфікувати ті чи інші дані як докази, має бути суд. Тому до судового розгляду повинні допускатися усі зібрані дані. Тут варто взяти до уваги досвід визначення допустимості доказів у кримінальному судочинстві США. Допустимими у судочинстві цієї держави є усі докази, що є належними до справи. Виконання встановлених процедурних правил їхнього збирання і забезпечення при цьому законності є, попри свою важливість, лише вторинною умовою допустимості. Таким чином, належність займає домінуюче місце щодо допустимості. Допустимість доказів у кримінальному процесі США оцінюється професійним суддею (головуючим) з точки зору дотримання формальних правил збирання доказів¹.

¹ Щербаков С.В. Американское уголовное доказательственное право: англо-русский словарь-справочник. — М.: Юрлитинформ, 2009. — С. 6.

2. Чи має у новому КПК міститися вимога щодо встановлення істини у кожній кримінальній справі? У чинному КПК термін "істина" у різноманітних відмінках зустрічається вісім разів. Але чи можемо ми гарантувати, що пізнавальний результат провадження у кримінальній справі був би одним і тим же, якби провадження у ній здійснювали різні посадовці? Навряд чи. Бо тоді вийде, що у одній справі може бути дві і більше істин. Чи можемо ми вважати істиною той результат пізнання, що відображений у вироку суду, якщо він отриманий шляхом голосування суддів у нарадчій кімнаті?

На нинішньому етапі розвитку процесуальної науки очевидним є той факт, що ставити органам розслідування, прокуророві і суду вимогу щодо встановлення істини у кожній кримінальній справі не можна, бо як правильно пише В.В. Нікітаєв, слідчий має, з одного боку, ряд "типових проєктів" ("складів злочину", а з іншого — конкретний матеріал з не зовсім відомими властивостями, з якого він повинен, додержуючись вимог процесуальної форми, побудувати конкретну, індивідуальну "споруду" або "машину". А якщо не кожен проєкт реалізується на всякому матеріалі, то кінцевий результат є підпорядкованим інженерним цілям (а не цінностям науки) прикладного дослідження, завданням якого є не знаходження наукової (загальної) чи "об'єктивної істини", а можливість реалізації проєкту¹.

Для прокурора це означає потенційну можливість подати обвинувачення до суду на підставі даних, зібраних під час досудового провадження, і розраховувати на обвинувальний вирок. Для сторони захисту "інженерною метою" реалізації свого проєкту буде подання до суду таких даних, на підставі яких вона розраховує на зняття судом обвинувачення з підсудного або у разі визнання його винним — на призначення міні-

¹ Див.: Нікітаєв В.В. Проблемные ситуации уголовного процесса и юридическое мышление / Состязательное правосудие: Труды научно-практических лабораторий / Под ред. С.А. Пашина, Л.М. Карнозовой. — Вып. 1. — М.: Международ. центр содействия правовой реформе, 1996. — С. 299 (цит. за: Гмирко В.П. Доказування в кримінальному процесі: діяльнісна парадигма. Теоретичний аналіз. Проблематизація. СМД-репрезентація: монографія. — Дніпропетровськ: Академія митної служби України, 2010. — С. 20).

мального покарання. Суд же має на меті отримання від сторін таких даних, на підставі яких він "збудує споруду", що має назву "справедливість"¹.

Єдине, так би мовити, істинне, що пов'язує сторони обвинувачення та захисту і суд, — це істинний спосіб їхньої діяльності. Останній буде таким лише тоді, коли учасники провадження у кримінальній справі, здобуваючи відповідні дані, діють справедливо і на підставі не лише принципу законності, а й принципу верховенства права.

О.Б. Мізуліна з цього приводу зазначає, що постановка питання про існування кримінально-процесуальної істини є неправомірною не лише тому, що не містить у собі відповіді, але й тому, що взагалі не може бути віднесена до числа кримінально-процесуальних парадигм. У тій сфері, що іменується кримінальним процесом, можна і потрібно говорити про істинність способу здійснення кримінально-процесуальної діяльності, а не її результату. У цьому сенсі кримінально-процесуальний закон має бути орієнтованим не на кінцевий результат кримінально-процесуальної діяльності (або не тільки і не стільки на нього), а на спосіб її практичного здійснення слідчим (суддею), який сам по собі забезпечує організацію їхнього мислення за певним принципом (презумпції невинуватості)².

У проєктах КПК, аналізованих у цій монографії, вимоги щодо встановлення істини не містяться. Хоча не можна виключати, що вона з'явиться у законопроєкті під час проходження

¹ Справедливість, зокрема, полягає насамперед у правильному вирішенні питання про винність особи. М.Й. Коржанський писав: "Якщо не брати до уваги нереальне завдання пошуку та встановлення об'єктивної істини, то тоді стає зрозумілим, що головним завданням кримінального судочинства є встановлення винності чи невинуватості особи, притягнутої до кримінальної відповідальності. Все інше — другорядне" (Див.: Коржанський М.Й. Презумпція невинуватості і презумпція вини. — К.: Атіка, 2004. — С. 71).

² Мізуліна Е. Уголовный процесс: концепция самоограничения государства. — Тарту: Тартуский ун-т, 1991. — С. 48; Мізуліна Е.Б. О технологической теории уголовного процесса / Уроки реформы уголовного правосудия в России (по материалам работы Межведомственной рабочей группы по мониторингу УПК РФ и в связи с пятилетием со дня его принятия и введения в действие): Сборник статей и материалов / Под ред. Е.Б. Мизулиной, В.Н. Плигина; научн. ред. Е.Б. Мизулина. — М.: Юристъ, 2006. — С. 83.

його у Верховній Раді України. Дуже вже "красивою" і ефектною виглядає ця вимога у КПК¹.

3. *Співвідношення даних, зібраних під час досудового провадження, і даних, отриманих у суді.* За чинним КПК, по суті, немає жодної різниці між даними, зібраними під час досудового розслідування, і даними, встановленими у судовому засіданні.

Згідно з ч. 1 ст. 65 КПК доказами є дані, отримані як слідчим, так і судом. Переважно завдання суду полягає у тому, щоб перевірити "докази", зібрані слідчим², на предмет їхньої допустимості, належності і достатності. Перед судом не стоїть завдання формувати у суді доказову базу "з нуля". Ясно, що суд має брати до уваги результати пізнавальної діяльності, здійсненої у стадії досудового розслідування. Інакше її не треба було б здійснювати. Однак вважати доказами дані, зібрані слідчим під керівництвом прокурора, доказами не можна. Бо це призводить до зловживань при отриманні зізнань осіб у вчиненні злочину.

Особисте зізнання у вчиненні злочину залишається для вітчизняної правової системи "царицею доказів". Діяльність органів кримінального переслідування у переважній більшості випадків спрямовується на отримання таких свідчень від підозрюваних, обвинувачуваних осіб. Це здійснюється попри існування конституційної норми про те, що особа не несе відповідальності за відмову давати показання або пояснення щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів (ч. 1 ст. 63 Конституції України). А у КПК також проголошується відповідне право

осіб не свідчити проти самих себе. Нерідкими є випадки застосування психологічного тиску на осіб з метою отримання від них показань.

До такої поведінки слідчих провокують недосконалі правила доказування. Письмова явка з повинною і протокол допиту з підписом особи почасти стають найважливішим джерелом доказів і свідченням винності особи у вчиненні злочину. Десятки заперечень і повідомлень сторони захисту про застосування обману, залякування чи незаконного примусу, здійснені протягом подальших розслідування і судового розгляду справ, не спростовують доказову силу письмових протоколів і документів.

Тому поширеними стають випадки, коли осіб під різними приводами запрошують до приміщення підрозділів розслідування, де з психологічним чи фізичним тиском отримується письмова явка з повинною.

У кримінальному процесі, здійснюваному за чинним КПК, слідчий повинен встановити правду (істину). Для того, щоб він не помилився, передбачено прокурорський нагляд за законністю у його діяч. "Правду", отриману слідчим, "приймає" прокурор і доносить її "до відомо" суду. Не вдалося прокуророві переконати суд у винності обвинуваченого — мінус у роботі слідчого. Про "правду" чи "істину" обвинуваченого слідчий, прокурор і судді згадують лише іноді — тоді, наприклад, коли він заявляє клопотання про провадження слідчих дій.

З метою "урівняти" сторону обвинувачення і обвинуваченого у частині формування сукупності доказів у кримінальній справі законодавець сформулював право обвинуваченого подавати докази (ч. 2 ст. 43 КПК). Але таку поступку стороні захисту не можна розцінювати як досить серйозну. Бо обвинувачений не продукує докази. Доказами є лише ті фактичні дані, що отримані із належних джерел, перелік яких надано у ч. 2 ст. 65 КПК. У сенсі цієї норми обвинувачений у аспекті реалізації права на подання доказів має лише право давати показання. А чи будуть кваліфіковані дані, повідомлені ним, як докази чи ні — вирішувати слідчому і прокуророві. Така сама доля очікує й на інші відомості та документи, які обвинувачений може надати у розпорядження слідчого. Через це роль сторони захисту у кримінальному судочинстві є незначною.

¹ Про аргументи "за" істину див.: Шибіко В.П. "Мала реформа" судового розгляду: рух від істини до змагальності: Матеріали наук.-практ. конф. "Судова реформа в Україні: проблеми і перспективи" (18–19 квітня 2002 року, м. Харків). — К.—Харків: Юрінком Інтер, 2002. — С. 100–104; Нор В.Т. Істина у кримінальному судочинстві: ідея, догма права, реалізація // Часопис Національного ун-ту "Острозька академія". Серія "Право". — 2010. — № 2: http://www.nbu.gov.ua/e-journals/Choasp/2010_2/10nvt DPR.pdf

² Чинний КПК надає можливість перевірки "доказів", зібраних слідчим, і самому слідчому. Наприклад, шляхом провадження очної ставки. Причому усунення суперечностей по суті немає жодного значення, бо у суді суперечності, що стали підставою до провадження очної ставки, все одно будуть предметом дослідження. Попередження свідків і потерпілих перед початком очної ставки про кримінальну відповідальність за давання завідомо неправдивих показань, як показує практика, не сприяє усуненню суперечностей, що стали підставою до провадження очної ставки. Свідок чи потерпілий, який, наприклад, вирішив змінити показання і сказати у суді правду, може бути притягнутий до кримінальної відповідальності, хоча останні його показання і будуть правдивими.

Як справедливо зауважує В.П. Гмирко, не можна серйозно сприймати зафіксовану в ч. 2 ст. 66 КПК процесуальну фікцію, яка декларує, що "докази можуть бути подані підозрюваним, обвинуваченим, його захисником ...", коли, з одного боку, критичний аналіз чітко фіксує очевидну засобову диспропорцію доказових "озброєнь" сторін: quod jovi, non licet bovi, а з іншого — навіть реалізація тих найскромніших можливостей сторони захисту залежить від ласки процесуального Юпітера, тобто сторони обвинувачення або суду¹.

М.І. Сірий цілком правильно зауважує, що кримінально-процесуальна доктрина радянського зразку, яка, на жаль, і досі домінує у кримінальному процесі України, категорично стверджувала, що не існує злочину, який не можна розкрити, і не існує істини у кримінальному судочинстві, якої не можна досягти. А для реалізації цієї ідеї всі органи кримінальної юстиції, в тому числі суд і адвокат-захисник, зобов'язувались "в єдиному строю", допомагаючи один одному, відшукувати істину у кожній кримінальній справі. В результаті були сформульовані і закріплені правила про те, що: 1) суд є таким самим "борцем" зі злочинністю, як і органи розслідування та обвинувачення, тобто як міліція, Служба безпеки, прокуратура; 2) суд в кожній справі неодмінно зобов'язаний відшукати об'єктивну істину, якщо при розгляді справи з'ясовується, що істини ще немає, суд зобов'язаний повернути справу органам слідства на додаткове розслідування; 3) слідчі і прокурори зобов'язувались проводити розслідування повно, всебічно і об'єктивно, відшукуючи як ті докази, що звинувачують особу, так і ті докази, що її виправдовують, підтверджують її невинуватість, тобто зобов'язувались одночасно і переслідувати, і захищати особу, тим самим виконувати абсолютно протилежні функції; 4) якщо за радянською доктриною слідчий і прокурор обов'язково розслідують кожну справу об'єктивно, мають знаходити всі докази "за" і "проти" обвинувачення, то що залишається адвокату-захиснику? Його функція — виконувати роль другорядного допоміжного персоналу в справі.

¹ Гмирко В.П. Доказування в кримінальному процесі: діяльнісна парадигма. Теоретичний аналіз. Проблематизація. СМД-репрезентація: монографія. — Дніпропетровськ: Академія митної служби України, 2010. — С. 222.

Ці правила тривалий час спотворювали і досі значною мірою спотворюють процедуру розслідування і розгляду кримінальних справ та викривляють організаційні основи побудови правоохоронних та судових органів. Обумовлені принципом об'єктивної істини, ці правила продукують "обвинувальний ухил", посягають на неупередженість та незалежність суду, сприяють тяганині, формалізму, заважають захисту прав обвинуваченого, потерпілого, інших учасників процесу¹.

Досліджуючи у історичному аспекті питання доказування у вітчизняному кримінальному процесі, В.П. Гмирко робить висновок про те, що феномен "скутості одним ланцюгом" був остаточно оформлений у ст. 65 КПК УРСР 1960 року, де доказами оголошувалися "всякі фактичні дані" незалежно від місця процесуального виготовлення, адже вони є "фактичними даними", а їхніми виробниками — "бригада" ментально солідарних "органу" дізнання, слідчого й суду².

Перед робочою групою Національної комісії стояло завдання реформувати кримінально-процесуальне законодавство таким чином, щоб розірвати "ланцюг", яким у доказуванні сковані органи кримінального переслідування і суд, і визначити останній суб'єктом продукування доказів.

Якщо під час досудового розслідування не вирішується питання про винність обвинуваченого, то який сенс вважати дані, зібрані у цій частині процесу, доказами? Як на мене, радянський законодавець "скував у один ланцюг" органи дізнання, слідства, прокуратури і суду лише для того, аби долю кримінальної справи і людей, яких у них притягали як обвинувачених, вирішував не суд, а органи, які здійснюють кримінальне переслідування. У такий спосіб суд був загнаний у рамки прийняття "правильного" для "органів" рішення. І з цих

¹ Сірий М.І. Деякі основні проблеми нинішньої правоохоронної системи України та напрямків її реформування // http://www.niss.gov.ua/content/articles/files/ref_pravosud-0c984.pdf

² Гмирко В.П. Доказування в кримінальному процесі: діяльнісна парадигма. Теоретичний аналіз. Проблематизація. СМД-репрезентація: монографія. — Дніпропетровськ: Академія митної служби України, 2010. — С. 35.

"Ланцюг" був настільки щільним і цупким, що навіть у навчальній літературі використовували термін "судово-слідчі органи" (див.: Безлепкин Б.Т. Возмещение вреда, причиненного гражданину судебными органами: учеб. пособие. — М.: Изд-во Акад. МВД СССР, 1979. — 204 с.).

рамок він не може вирватися дотепер, попри сучасні декларації, у тому числі, й конституційні, про незалежність суду і суддів.

У кримінальному процесі процес доказування із осягнення одного й того самого предмету здійснюється двічі у різних формах, бо цього вимагав і досі вимагає закон. Це є зайвою, надлишковою діяльністю.

Практика, попри вимоги закону, йде шляхом спрощення процесу доказування за рахунок визнання судом доказами даних, зібраних у досудовому провадженні. Для підтвердження цього висновку достатньо порівняти тексти обвинувальних висновків і обвинувальних вироків. Вони за рідкими винятками текстуально повністю збігаються.

Подібна процесуальна економія не є виправданою. Бо у досудовому провадженні процедура отримання даних не є демократичною. Недарма цю частину процесу називають інквізиційною. Попри це, основний, найбільший обсяг діяльності із доказування здійснюється не у суді, як це прийнято у демократичних, правових державах, а у органах досудового розслідування, тобто у органах кримінального переслідування.

Український кримінальний процес "поставлений з ніг на голову". Доказами є фактичні дані, здобуті під час досудового провадження, тобто у тій частині процесу, де змагальність діє у вузьких межах, а повноваження правоохоронних органів є доволі сильними¹. Якщо міліціонер підкине вам наркотики чи зброю, а потім у протоколі напише, що він у вас це вилучив, перспектива отримати виправдувальний вирок зводиться практично до нуля. Бо у цьому протоколі містяться докази!

А оскільки це так, то стає цілком зрозумілою поведінка прокурора і судді під час судового засідання у першій інстанції. Ці учасники процесу ведуть себе досить пасивно. Прокурор — тому, що він уже свою роботу виконав, тобто передав до суду "докази", зібрані слідчим. А суддя — тому, що у кримінальній справі уже є докази. Прокурор і суддя чекають — не дочекаються, коли вже судові засідання закінчаться, оскільки, на

¹ У цьому контексті варто навести позицію одного із експертів РЄ С. Трекслея, який, коментуючи ст. 20 проекту КПК РФ 1999 року, зазначив: "Встановлення фактів не належить до завдань дізнавача" (Експертная оценка проекта Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации. — М., 1999. — С. 11).

їхнє переконання, у справі й так усе ясно із даних (доказів!) досудового слідства.

До речі, і катування здійснюється з якою метою? "Вибити" не просто показання, а "докази". Позбавлення фактичних даних, зібраних під час досудового розслідування, "статусу" доказів могло хоча б не усунути, але зменшити кількість катувань. Саме цим шляхом пішла робоча група Нацкомісії.

Про такі наміри у серпні 2010 року заявляв і заступник голови Адміністрації президента — керівник Головного управління з питань судової реформи і судоустрою України Андрій Портнов: "Відповідно до нової кримінально-процесуальної ідеології пояснення особи можуть бути дані тільки в суді. Все інше, що отримано поза судовим засіданням, взагалі не має братися до уваги. Це автоматично виключить тортури"¹.

Однак робоча група з питань реформування кримінального судочинства (2010—2011 роки роботи над проектом КПК), на жаль, відійшла від цього концептуального положення і сформулювала його так, як воно існує у чинному КПК. Аргументом стало те, що органи слідства і прокурор у разі закриття кримінальної справи під час досудового провадження оперуватимуть не доказами, а "якимись там" фактичними даними.

Згідно з останньою редакцією проекту КПК фактичні дані будуть формально використовуватися як докази, бо так записано у законі. Але фактично ці дані ("докази") будуть отримуватися не в тих умовах, у яких вони повинні отримуватися згідно із європейськими стандартами і здоровим глуздом.

На жаль, суду пропонується і надалі замість вівтаря, де має відбуватися формування доказів, залишатися передбанником, в якому здійснюється штампування поліційних доказів².

4. Право захисника здійснювати "паралельне розслідування" з метою збирання доказів³. Другим дискусійним питанням щодо захисника, яке найчастіше звучало під час засідань робочої групи

¹ Реформа кримінального судочинства унеможливить тортури в міліції, заявляє Портнов // <http://www.newsru.ua/ukraine/21aug2010/notorture.html> (час публікації: 21 серпня 2010 року, 08:01).

² Див.: Делла Марра Т. Уголовный процесс Италии: реформа и контрреформа // Гос-во и право. — 1994. — № 1. — С. 130.

³ Розглядати у монографії права усі права захисника немає потреби, бо він користується процесуальними правами обвинуваченого, захист якого він здійснює (ч. 1 ст. 44 проекту КПК Нацкомісії; ч. 1 ст. 50 проекту КПК 2011 року).

та презентації проекту КПК на різноманітних зібраннях, є питання щодо надання захиснику права на провадження так званого "паралельного розслідування".

Цей різновид "розслідування" викликає спротив певної і, слід зазначити, доволі значної частини наукової юридичної громадськості і практиків. Несприйняття науковцями і практиками "паралельного розслідування" захисника напевно пов'язане із тим, що у свідомості багатьох із них при вживанні цього терміна виникають асоціації із досудовим розслідуванням, здійснюваним посадовцями державних органів із правом останніх застосовувати запобіжні заходи та інші заходи процесуального примусу.

При цьому, як правило, забувають про те, що захисник за чинним КПК вже здійснює "паралельне розслідування".

Так, згідно з п. 13 ч. 2 ст. 48 КПК захисник має право збирати відомості про факти, що можуть використовуватися як докази в справі, в тому числі запитувати і одержувати документи чи їх копії від громадян та юридичних осіб, знайомитися на підприємствах, в установах, організаціях, об'єднаннях громадян з необхідними документами, крім тих, таємниця яких охороняється законом, одержувати письмові висновки фахівців з питань, що вимагають спеціальних знань, опитувати громадян. За всіма європейськими мірками це є не що інше як право захисника здійснювати "паралельне розслідування". Просто у державах континентальної і у державах англо-саксонської систем права змістовне наповнення цього терміна є різним.

КПК містить численні правила про можливість сторони захисту подавати докази у кримінальній справі. Це розглядається як елемент рівності і змагальності сторін (ч. 3 ст. 16-1 КПК). Але механізм реалізації цих положень засвідчує, що вони мають виключно декларативний характер. Саме докази дозволяють встановити наявність або відсутності суспільно небезпечного діяння, винність особи, яка вчинила це діяння, та інші обставини, що мають значення для справи. Але вони формуються органом дізнання, слідчим і судом. Внаслідок діяльності сторони захисту у кримінальному процесі докази не створюються. Адже джерелами доказів виступають показання осіб, речові докази та інші фактичні дані, отримані слідчими під час слідчих дій. Захисник же вправі лише збирати відомості про факти, що можуть використовуватись як докази в справі.

Таким чином, сторона захисту змушена реалізувати свої процесуальні повноваження із доказування шляхом заявлення клопотань до органу дізнання, слідчого, прокурора (сторони обвинувачення) чи суду. Цим створюється фактична нерівність сторін в процесі¹, оскільки сторона обвинувачення може визнавати або не визнавати доказами у справі фактичні дані, отримані стороною захисту (ст. 67 КПК). Остання має право подавати ті самі відомості під час судового розгляду, але реалізація цього права уже не матиме того ефекту, що міг би бути досягнутий під час досудового розслідування².

Пункт 4 ч. 2 ст. 48 КПК України надає право захисникові бути присутнім на допитах підозрюваного, обвинуваченого та під час інших слідчих дій, виконуваних з їх участю або за їх клопотанням чи клопотанням самого захисника, а при виконанні інших слідчих дій — з дозволу дізнавача, слідчого. У той же час закон не передбачає права захисника ставити запитання учасникам слідчих дій. Отже, роль захисника (адвоката) під час допитів зведена до простого "тримання обвинуваченого за руку".

Подібне правове регулювання, на мою думку, виходить із побоювання того, що адвокат може перешкодити встановленню істини (ч. 3 ст. 61 КПК). Однак призначенням захисника є надання особі допомоги саме у даванні показань.

¹ О.М. Костенко, зазначаючи, що в сучасних умовах розвитку правосуддя ця проблема не може бути вирішена шляхом надання захиснику прав на провадження досудового розслідування, пропонує інший спосіб. На його думку, цей спосіб полягає у тому, щоб захиснику надати права, які зробили б неможливим свавілля з боку цих органів досудового розслідування (див.: Костенко О. Як захиститися від української Феміди // <http://www2.pravda.com.ua/ru/news/2007/1/3/52242.htm>).

² Не кращою виглядає ситуація і у суді. Законом передбачено, що судді, розглядаючи кримінальні справи, встановлюють істину, оцінюють докази обвинувачення і захисту, визнають при постановленні вироку особу винною або виправдовують її. У Посланні до Верховної Ради України в 2006 році Президент України висловив сумнів з цього приводу: "Сумніви щодо доведеності вини обвинуваченого часто тлумачаться суддями не на користь обвинуваченого" (Послання Президента України до Верховної Ради України. Доповідь "Про внутрішнє і зовнішнє становище України у 2005 році" // <http://zakon.nau.ua/doc/?uid=1082.6990.0> (станом на 09.02.2006).

Суть цієї проблеми полягає у тому, що українські суди, оцінюючи докази, не "часто", як каже Президент, а завжди віддають перевагу доказам сторони обвинувачення (див.: Лемак В. Наслідки нерозпочатої реформи. Український суд: від Мукачєвого до Донецька // "Дзеркало тижня". Влада. Право. — 2007. — № 6 (635). — 17—23 лютого: <http://www.vru.gov.ua/index.php?u, prsu,17022007a>).

Доволі спірним питанням, що обговорювалося під час роботи над проектом КПК Нацкомісії, було надання захисникові права призначати альтернативну експертизу. Запровадження цього положення у проект викликало шквал критики, що звучала на різноманітних заходах з його обговорення. Остання зводилася до того, що предмет, який стане об'єктом експертного дослідження, може бути знищений повністю або частково під час експертизи, що призначена першою. Тоді інша сторона уже не матиме змоги призначити експертизу. Окрім того, як визначити, яка із сторін — обвинувачення чи захист — повинні мати "право першої експертизи"?

Цей спір знятий практикою ЄСПЛ. "Європейський суд встановив, що за певних обставин принцип "рівності сил" не створює позитивного обов'язку для держав з надання обвинуваченим можливості до провадження судових слухань у їхніх справах здійснити власні експертизи (нарівні з обвинуваченням) тих предметів або інших матеріалів, які можуть бути використані як докази проти них. Однак такий обов'язок ґрунтується на презумпції того, що факти справи передбачають фізично можливим провадження паралельних експертиз одних і тих же предметів і що результати будь-яких досліджень, здійснених обвинуваченим, можуть мати вагу щодо відповідних питань у справі. Наприклад, фізично неможливо надати обвинуваченому можливість провести його власні експертизи слідів крові на крихітному шматочку матерії, яка швидше за все буде знищена після першої ж експертизи. Але тією мірою, якою такі паралельні експертизи можуть провадитися, має місце зобов'язання із забезпечення їх провадження. Якщо це неможливо, тоді обвинуваченням вживаються заходи, щоб експерти з боку обвинуваченого змогли ефективно прослідкувати за провадженням досліджень, здійснюваних експертами з боку обвинувачення, і висловити свої думки щодо здійснених досліджень"¹.

Набір прав захисника щодо його пізнавальної діяльності, що містився у проекті КПК Нацкомісії, як на мене, був би

¹ Лукайдес Л. Справедливое судебное разбирательство (комментарий к п. 1 ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод) // Российская юстиция. — 2004. — С. 18.

цілком достатнім для захисту обвинуваченого. Такий висновок я роблю тому, що цим проектом не передбачалося отримання доказів на досудовому провадженні ні слідчим з прокурором, ні захисником. Тому кожна сторона могла виявити усі свої здібності, подаючи на паритетних засадах у судовому засіданні дані, зібрані до суду¹.

5. *Стандарти доказування: чи є сенс запроваджувати їх у вітчизняне кримінально-процесуальне законодавство?* Супротивники ідеї стандартів доказування (доведення) стоять на позиції: жило українське судочинство без таких стандартів і ще довго житиме. Однак у цій сфері не усе так просто, як видається.

За даними В.П. Гмирка, вперше в офіційних текстах пострадянського кримінального процесу тема стандартів доведеності прозвучала у вересні 1994 року у ст. 150 "Стандарти доведеності" проекту КПК РФ (Загальна частина) від Державно-правового управління Президента РФ².

У ч. 1 цієї статті зазначалося, що під час провадження у кримінальній справі обставини, необхідні для видання рішень на відповідному етапі кримінального судочинства, мають бути доказані: поза сумнівом; з визначеним законом ступенем вірогідності; перевагою доказів на користь однієї зі сторін.

У ч. 2 розглядуваної норми йшлося про те, що обставина вважається доказаною поза сумнівом, якщо, добре подумавши, правильність її встановлення не може спричинити розумні сумніви щодо достатності наявної для її встановлення сукупності доказів³.

В.П. Гмирко, вивчивши публікації, у яких обговорювалася проблема запровадження у російській кримінальній процес стандартів доведеності, дійшов висновку, що російська проце-

¹ Слід зазначити, що правило, згідно з яким "кожна сторона кримінального провадження має право надати суду висновок експерта, який ґрунтується на його наукових, технічних або інших спеціальних знаннях" (ч. 2 ст. 96 проекту КПК 2009 року), на щастя залишилося незмінним у проекті КПК 2011 року (ч. 2 ст. 100).

² Гмирко В.П. Доказування в кримінальному процесі: діяльнісна парадигма. Теоретичний аналіз. Проблематизація. СМД-репрезентація: монографія. — Дніпропетровськ: Академія митної служби України, 2010. — С. 225.

³ Див.: Уголовно-процесуальный кодекс Российской Федерации. Общая Часть // Проект // Рос. юстиция. — 1994. — № 9. — С. 73.

суалістика сприйняла це повчати якшо, так би мовити, не з багнетами навпереваги, то, принаймні, досить стримано ...¹.

Не сприйняли схвально положення щодо стандартів доведеності і депутати Державної Думи РФ. У схваленому ними КПК немає норм, якими б регулювалися стандарти доведеності (переконання).

Подібний шляхом наразі йде і Україна.

Робочою групою Нацкомісії у проекті КПК було сформульовано декілька норм, у яких мова йшла про стандарти переконання під час прийняття тих чи інших процесуальних рішень.

Так, у ч. 3 ст. 87 проекту КПК було зазначено, що "прийняття рішення судом у випадках, передбачених цим Кодексом, повинно ґрунтуватися на таких стандартах переконання: 1) розумної підозри; 2) переконання за більшою вірогідністю; 3) вагомого переконання; 4) переконання поза розумним сумнівом".

У наступних частинах цієї статті були надані визнання поняття кожного із стандартів.

Розумна підозра — добросовісне припущення про вчинення особою певного діяння, яке ґрунтується на відомостях, які можна перевірити у судовому розгляді і які спонукали б неупереджену та розважливу людину вдатися до практичних дій для з'ясування того, чи є така підозра обґрунтованою (ч. 4 ст. 87 проекту Нацкомісії).

Переконання за більшою вірогідністю означає переконання, яке впливає із неупередженого та добросовісного розгляду всіх наданих сторонами відомостей, визнаних доказами, і свідчить, що висновок про існування або відсутність тієї обставини чи сукупності обставин, які доводить сторона, є більш вірогідним, ніж протилежний висновок (ч. 5 тієї самої статті).

Вагоме переконання означає, що неупереджений та добросовісний розгляд всіх наданих сторонами відомостей, визнаних доказами, свідчить про таку вірогідність стверджуваної обставини, яка є вищою, ніж переконання за більшою вірогідністю, але може бути недостатньою для переконання поза розумним сумнівом (ч. 6 тієї самої статті).

¹ Гмирко В.П. Доказування в кримінальному процесі: діяльнісна парадигма. Теоретичний аналіз. Проблематизація. СМД-репрезентація: монографія. — Дніпропетровськ: Академія митної служби України, 2010. — С. 226.

Переконання поза розумним сумнівом є таким, що виключає будь-який розумний сумнів у достовірності тих обставин, які доводить сторона. Розумним є сумнів, який ґрунтується на певних обставинах та здоровому глузді, впливає зі справедливого та зваженого розгляду усіх належних та допустимих відомостей, визнаних доказами, або з відсутності таких відомостей і є таким, який змусив би особу втриматися від прийняття рішення у питаннях, що мають для неї найбільш важливе значення (ч. 7 тієї самої статті).

"Розмитість" зазначених стандартів не є підставою для твердження про відсутність їхньої доцільності. Приміром, для того, щоб розпочати провадження у кримінальній справі, не треба, щоб переконання відповідало стандарту "переконання поза розумним сумнівом". Для цього достатньо розумної підозри, що злочин було вчинено. Запровадження зазначених стандартів зняло б питання відповідальності слідчих за порушення кримінальної справи у разі її подальшого закриття.

Зафіксована у проекті КПК спільна думка членів робочої групи Нацкомісії щодо стандартів переконання знайшла серед практиків і науковців як підтримку, так і несприйняття.

На думку М.В. Оніщука, до основних положень проекту КПК Нацкомісії треба віднести формування оновленого доказового права. Складовими цього надзвичайно важливого інституту стануть, зокрема, встановлення критеріїв, необхідних для прийняття рішень різного правового характеру (про застосування запобіжного заходу, про визнання винним обвинувачення тощо)¹.

В.М. Іщенко у 2008 році, розмірковуючи над проблемою формування стандартів кримінально-процесуального доказування як засобу підвищення ефективності провадження у кримінальній справі, сформулював такі наукові позиції:

1) Поняття "стандарт доказування" використовується в англійському та американському кримінальному процесі, як правило, для оцінки сукупності доказів і формування підсумкового знання, відповідно до якого суддя постановляє рішення у справі.

¹ Див.: Онішук М. Новий Кримінально-процесуальний кодекс суттєво посилить захист прав людини та підвищить ефективність розслідування злочинів // Право України. — 2009 — № 2. — С. 27.

2) В українському кримінальному процесі категорія "стандарт доказування" має визначати відповідну модель кримінально-процесуального доказування, а не бути тільки критерієм оцінки доказів, як це прийнято в країнах "common law"; у такому сенсі він буде збігатися з поняттям "кримінально-процесуальна форма".

3) Категорія "стандарт доказування" дозволить розглядати мету та завдання кримінально-процесуального доказування, принципи кримінального процесу, права й обов'язки учасників доказування у сфері доказування як взаємозалежні елементи, що визначають суть і зміст конкретної моделі кримінального процесу чи процесуальної форми провадження з розслідування та розгляду певної класифікаційної групи злочинів.

4) Опрацьовуючи нове та вдосконалюючи чинне кримінально-процесуальне законодавство для встановлення адекватності цілей, форм і методів доказування тим вимогам, що можуть забезпечити ефективне здійснення розслідування кримінальної справи та її вирішення по суті, доцільно створити, використовуючи категорію "стандарт доказування", теоретичні моделі доказування з подальшим їхнім запровадженням у законодавство¹.

Але не усі так схвально ставляться до запровадження у вітчизняне законодавство стандартів переконання.

Ю.М. Грошевий вважає, що проект КПК містить низку принципово нових оціночних понять, офіційне тлумачення яких також дається за допомогою оціночних понять, що суттєво ускладнює їхню практичну реалізацію; тлумачення та практична реалізація нових оціночних понять, запропонованих, зокрема, ст. 87 проекту, аналогів яких не існувало у законодавстві, буде ускладнено наявністю різних підходів до їхнього розуміння правозастосувачами та іншими особами, які залучаються до орбіти кримінального судочинства². Дозволю собі не погодитися з такою думкою. "Різні підходи до розуміння суті

стандартів" можуть бути виключені або суттєво згладжені відповідними роз'ясненнями Верховного Суду України.

М.А. Погорецький з посиланням на результати аналізу практики застосування норм чинного КПК зазначив, що такі оціночні поняття, зокрема як "переконання за більшою вірогідністю", "вагомі переконання", "переконання поза розумним сумнівом", які в світовій практиці правових держав адресуються лише правозастосувачам з високою правосвідомістю та високою правовою культурою, не можуть бути використані у вітчизняному кримінальному процесі; з огляду на високий рівень корупованості правоохоронної системи вони мають бути докладно регламентовані процесуальним законом¹. Тут хотів би зазначити, що нові закони завжди пишуть для правозастосувачів з високою правосвідомістю. Згоден, що це не завжди так. Але до числа правозастосувачів в Україні можуть потрапити і взагалі неграмотні особи.

Очікувати доки одні правозастосовувачі досягнуть високого рівня правосвідомості, другі — стануть грамотними, треті — перестануть бути корумпованими і через це не готувати і не ухвалювати нових прогресивних законів, є хибним шляхом. На мою думку, під час підготовки проектів законодавчих актів слід виходити із презумпції, згідно з якою усі, кому вони адресовані, мають високий рівень правосвідомості, є грамотними і не корумпованими. Не закони треба писати погані "під поганих людей", а підбирати під хороші закони хороших людей.

Я згоден із тим, що чим більше стандартів доведеності, тим важче у них розібратися і з'ясувати їхню суть з метою правильного використання у слідчій і судовій практиці. Таких стандартів дійсно не може бути багато. Але градація переконання судді із трьох — чотирьох стандартів при ухваленні ним рішень не є надмірною.

Робочою групою з питань реформування кримінального судочинства норми щодо стандартів доведеності (переконання) із проекту КПК виключені. Тому, найвірогідніше, право-

¹ Див.: Іщенко В.М. Проблеми формування стандартів кримінально-процесуального доказування як засобу підвищення ефективності провадження у кримінальній справі / Правові засади підвищення ефективності боротьби зі злочинністю в Україні: Матеріали наук. конф., 15 травня 2008 року. — Харків: Право, 2008. — С. 137—139.

² Див.: Грошевий Ю.М. Проблеми реформування кримінального судочинства // Право України. — 2009. — № 2. — С. 7—8.

¹ Див.: Погорецький М. Новий КПК України: політичні, теоретичні та юридичні питання // Право України. — 2009. — № 2. — С. 33.

застосовникам доведеться і надалі діяти у межах одного стандарту — "є переконання або його немає". Перспектива запровадження більш гнучкої градації переконання суддів під час прийняття ними різноманітних рішень у новому КПК є невеликою. Але рано чи пізно до цього питання доведеться повертатися.

б. *"Таємні" (негласні, спеціальні) слідчі дії: потреба існування у КПК і співвідношення з оперативно-розшуковими діями.* "Негласні" слідчі дії є дієвим інструментом у боротьбі з корупцією та організованою злочинністю і були рекомендовані рядом міжнародних організацій, включаючи Раду Європи та ГРЕКО (Рекомендація 10 (2005) Комітету міністрів держав-членів щодо "спеціальних слідчих дій"; Оціночний звіт ГРЕКО щодо України, березень 2007)¹.

Однак проти запровадження "таємних" слідчих дій до проекту КПК Нацкомісії "широким фронтом" виступили представники теорії ОРД. У їхніх виступах часто звучали звинувачення на адресу робочої групи Нацкомісії у посяганні на ОРД, звуження сфери її застосування.

Питання щодо "таємних" слідчих дій і їхнього співвідношення з ОРД є наскільки об'ємним, що йому може бути присвячена окрема монографія². Тут лише зазначу, що у проекті КПК Нацкомісії жодного посягання на ОРД немає.

Робоча група, яка його готувала, виходила із того, що будь-яка юридична діяльність державних органів, функціональним завданням яких є боротьба зі злочинністю (органів кримінального переслідування) не повинна "ховатися" за інструкціями із грифом "цілком таємно", коли йдеться про ознаки конкретного злочину³. З часу виявлення цих ознак діяльність має бути

процесуальною, тобто здійснюватися на підставі КПК¹. Така регламентація покликана краще гарантувати права осіб, щодо яких здійснюються "таємні"² юридичні дії, ніж це можливо згідно із секретними нормативно-правовими актами, доступ до яких мають не усі працівники органів внутрішніх справ.

Законодавча регламентація ОРД є об'єктивною необхідністю у створюваному механізмі побудови правової держави, свідченням безумовної відмови від тіньового, нелегального процесу розслідування злочинів, а частіше за все — розправи над інакомислячими, що десятиліттями існували у колишньому СРСР. Абсурдність заперечення процесуального статусу ОРД є очевидною, бо в іншому разі втрачається один із базових принципів правової держави³.

Законодавче врегулювання ОРД у перші роки незалежності країни мало позитивне значення для демократизації правоохоронних органів. Але ця діяльність органів влади стала однією з найголовніших небезпек для дотримання прав людини внаслідок нерозвинутості реального і дієвого судового контролю, відсутності чіткої законодавчої і практичної прив'язки до цілей кримінального судочинства та, як наслідок, можливості виправдання обмежень прав осіб посиленням на інтереси безпеки суспільства і держави.

¹ ОРД вирішує три самостійні завдання: 1) попередження і розкриття злочинів, встановлення і викриття осіб, винних у їх вчиненні, що здійснюється у межах кримінального судочинства; 2) збирання інформації для перевірки осіб у зв'язку з допуском їх до державної, військової і службової таємниці; 3) отримання розвідувальної інформації в інтересах безпеки суспільства і держави, не пов'язаної з попередженням і розкриттям злочинів (див.: Дидоренко Э.А., Кириченко С.А., Розовский Б.Г. Процессуальный статус ОРД в уголовном судопроизводстве: монография. — Луганск: РИО ЛИВД, 2000. — С. 9, 11). ОРД як різновид юридичної діяльності має залишитися для вирішення лише першого завдання.

Про процесуальний статус ОРД у кримінальному процесі див. також: Ефремов А.М. Процессуальный статус оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве // Оперативник (сшыик). — 2004. — № 1. — С. 9—13; Процессуальная регламентация оперативно-розыскной деятельности потребуе завершения: наукова доповідь / Авт. кол.: Дідоренко Е.О., Кириченко С.О., Розовський Б.Г. — Луганськ: РВВ ЛАВС, 2002. — 32 с.

² Таємними ці дії є лише для тих осіб, щодо яких вони здійснюються.

³ Див.: Дидоренко Э.А., Кириченко С.А., Розовский Б.Г. Процессуальный статус ОРД в уголовном судопроизводстве: монография. — Луганск: РИО ЛИВД, 2000. — С. 10.

¹ Шпилевий М.В. Новый проект Кримінально-процесуального кодексу України від 14 жовтня 2009 року // <http://www.kmv.gov.ua/divinfo.asp?Id=214947>

² Про співвідношення ОРД і кримінального процесу за чинним законодавством див. фундаментальну роботу М.А. Погорецького: Погорецький М.А. Функціональне призначення оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі: монографія. — Харків: Арсіс, ЛТД, 2007. — 576 с.

³ До прийняття у 1992 році Закону України "Про оперативно-розшукову діяльність" ОРД здійснювалася винятково на підставі таких інструкцій. Зазначений Закон нарешті вивів із тіні секретну діяльність органів кримінального переслідування. Наразі настав час "опроцесуалізувати" її.

Недостатньо врегульована оперативно-розшукова процедура є ще однією законодавчою "шпаринкою", за допомогою якої влада може отримувати докази винності осіб у вчиненні злочинів без додержання вимог "офіційного" кримінального процесу.

Як наслідок, ЄСПЛ констатовано низку серйозних проблем із можливістю захисту прав громадян у разі, якщо провадяться оперативно-розшукові заходи¹.

Показовою у цьому сенсі є справа "Волоха проти України" 2006 року². ЄСПЛ встановлено, що втручання органів, які здійснюють ОРД, у права людини не може розглядатися як таке, що було здійснене "згідно із законом", оскільки "законодавство

¹ У Пропозиціях щодо реформування судової системи і кримінального процесу у Республіці Казахстан, підготовлених Центром дослідження правової політики за підтримки Центру Організації з безпеки і співробітництва в Європі (ОБСЄ) у Астані, зазначено: "Диференціація діяльності із отримання інформації, необхідної для розкриття і розслідування злочинів, на оперативно-розшукову і кримінально-процесуальну, у дійсності є пережитком минулого, коли формальні процедури були описані у законодавстві, а інші — більш секретні і менш моральні — регулювалися відомчими наказами. На хвилі настроїв періоду перебудови у окремих пострадянських державах були ухвалені закони про ОРД, які поверхово і не завжди зрозуміло для громадянина легалізували цю діяльність, але, по суті, є лише ширмою, за якою криється механізм, здатний грубо і необгрунтовано втручатися у приватне життя громадян.

Тому пропонуємо уточнити у Кримінально-процесуальному кодексі весь список дій, необхідних правоохоронним органам для розслідування злочинів, і чітко врегулювати загальний порядок їх провадження, що гарантує неухильне дотримання прав людини, незастосування цих дій без достатніх на те підстав, а також поновлення прав громадян, порушених у результаті невинного і незаконного застосування цих заходів. Цілком можливо назвати усі ці засоби і способи доказування одним терміном "слідчі дії", під якими розуміти як гласні, так і негласні способи отримання інформації" (Предложения по реформированию судебной системы и уголовного процесса в республике Казахстан (аналитический документ подготовлен Центром исследования правовой политики при поддержке Центра Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (ОБСЕ) в Астане. Автор — Д. Канафин, к.ю.н., доцент (Центр исследования правовой политики. Июнь 2009 года) // <http://www.zakon.kz/155426-predlozhenija-po-reformirovaniju.html> (станом на 03.01.2010). Положення про таємні слідчі дії містяться і у КПК Республіки Вірменія (див.: Гамбарян А.С. Реформа досудебної стадії уголовного процесса в Республике Армения // Материали міжнародної научної конференції, посвященної 160-лїтній годовщині со дня рождения проф. И.Я. Фойницкого "Стратегии уголовного судопроизводства". 11—12 октября 2007 г. (Санкт-Петербург) // <http://www.uaj.net/modules.php?name=Pages&go=page&pid=303>

Про відповідність ОРД стандартам прав людини див.: Яворський В. Відповідність оперативно-розшукової діяльності стандартам прав людини // <http://khrpg.org.ua/index.php?id=1240849036>

² Рішення ЄСПЛ у справі "Волоха проти України" від 2 листопада 2006 року // <http://ukraine.uapravo.net/data2008/base32/ukr32239.htm>

України не визначає з достатньою чїткістю межї та умови здійснення органами влади своїх дискреційних повноважень у сферї, про яку йдеться, та не передбачає достатніх гарантїй захисту від свавїлля при застосуванні таких заходів спостереження" (п. 54).

Крім того, на думку ЄСПЛ, українське національне законодавство "не забезпечує особу, щодо якої вживаються заходи спостереження, належними гарантїями захисту, оскільки законодавство не передбачає обов'язку повідомляти особу про заходи спостереження, які було застосовано щодо неї. Навїть якщо особи, щодо яких вживаються такі заходи, дізнаються про втручання у їхнє право на таємницю кореспонденції, як це відбулось у цїй справї, право оскаржити законність такого рішення, гарантоване національним законодавством, на практицї виявилось обмеженим, оскільки існує лише один реальний механїзм, який передбачається Законом України "Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянїновї незаконними діями органів дізнання, досудового слїдства, прокуратури і суду" (п. 59).

Регламентация у КПК порядку провадження "таємних" слїдчих дій і оскарження їх провадження утворить "офіційний", відкритий механїзм оскарження законності відповідних рішень.

Надання повноважень слїдчому із провадження негласних слїдчих дій у окремих представників депутатського корпусу викликає побоювання щодо порушення прав учасників кримінального провадження, що обумовлює заклики до розмежування слїдчих і розшукових дій². У зв'язку із цим хочу звернути увагу на одну цікаву деталь. Противники зазначених

¹ Згідно з ч. 2 ст. 2 цього Закону право на відшкодування шкоди, завданої зазначеними у ст. 1 Закону оперативно-розшуковими заходами до порушення кримінальної справи, виникає у двох випадках: 1) встановлення в обвинувальному вирокі суду чи іншому рішенні суду (крім ухвали чи постанови суду про повернення справи на додаткове розслідування чи новий судовий розгляд) факту незаконного проведення оперативно-розшукових заходів; 2) за умови, що протягом шести місяців після проведення таких заходів не було прийнято рішення про порушення за результатами цих заходів кримінальної справи або таке рішення було скасовано. Отже, у випадках, коли кримінальну справу не порушували, особа, щодо якої здійснювали оперативно-розшукові заходи, не має права на відшкодування шкоди, завданої цими заходами.

² Див.: Кївалов С. Проект КПК України: проблеми та перспективи прийняття // Вісник прокуратури. — 2011. — № 6. — С. 9.

дій, до числа яких належить і С.В. Ківалов — голова Комітету Верховної Ради України з питань правосуддя, — чомусь вважають, що коли таємні слідчі дії будуть здійснюватися на підставі КПК, то можуть бути порушення прав громадян. А от якщо ці самі за змістом дії здійснюватимуть — як зараз — за відомчим наказом з грифом "цілком таємно", то порушення прав громадян, очевидно, будуть зведені нанівець.

Запровадження до КПК "таємних" слідчих дій здатне зняти питання щодо необхідності легалізації даних, здобутих під час ОРД. Не потрібно буде визнавати ці дані доказами під час досудового провадження, бо у цій частині процесу, як зазначалося вище, доказів не повинно бути.

Зрозуміло, що практичним працівникам і теоретикам ОРД можливо і не хочеться змін. Протягом десятиліть усе (методи діяльності, її показники тощо) увійшло у звичне річище. Але якщо більшість науковців і практиків визнають потребу реформи доказового права, то її треба робити. Радує той факт, що робоча група з питань реформування кримінального судочинства погодилася на запровадження до КПК "таємних" слідчих дій.

На завершення цього підрозділу зазначу, що можна було б і далі аналізувати проблеми доказів і доказування у дореформеному і реформованому кримінально-процесуальному законодавстві, але фундаментальна монографія В.П. Гмирка¹ позбавляє необхідності це робити.

2.3.2. Щодо необхідності регламентації у новому кримінально-процесуальному законодавстві правової експертизи

Актуальність розгляду такого питання у межах цієї монографії обумовлюється тим, що учені-процесуалісти усе частіше пропонують правову експертизу у кримінальних справах як засіб доказування. Наразі у практиці діяльності органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду такий вид експертизи не застосовується.

Однак у теорії кримінального процесу про нього говорять і пропонують закріпити у чинному законодавстві. Якщо раніше

¹ Гмирко В.П. Доказування в кримінальному процесі: діяльнісна парадигма. Теоретичний аналіз. Проблематизація. СМД-репрезентація: монографія. — Дніпропетровськ: Академія митної служби України, 2010. — 314 с.

про можливість призначення правової експертизи у кримінальних справах вели мову на рівні наукових статей¹, то останніми роками це питання досліджується на рівні дисертацій².

Проблема призначення правової експертизи знаходиться у площині компетентності посадових осіб, які здійснюють кримінальне судочинство. Поняття компетентності є доволі широким. Воно охоплює сукупність знань посадової особи у багатьох сферах. У структурі компетентності виділяють чотири аспекти: 1) гносеологічний (характеризує суб'єкта з погляду засвоєння знань); 2) нормативний (характеризує те, що вправі, зобов'язаний знати, робити компетентний суб'єкт); 3) функціональний (визначає діяльну сторону суб'єкта, його здатність діяти на основі придбаних, наявних у нього знань, умінь, навичок); 4) особистісний (дістає вияв в усвідомленні фахівцем своєї якісної визначеності, у оцінці своїх професійних здібностей з погляду пропонуваного до цієї спеціальності вимог)³.

Здавалося б, що повне володіння посадовцем органу дізнання, досудового слідства, прокуратури чи суддею усіма зазначеними аспектами компетентності мало б зняти у теорії і практиці кримінального процесу питання щодо призначення правової експертизи.

Однак неналежний рівень кваліфікації значної частини суддівського корпусу утворює підґрунтя для дискусій щодо необхідності призначення такої експертизи. У Концепції вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів зазначено, що

¹ Див.: Грошевий Ю. Проблеми удосконалення законодавства, що регулює кримінально-процесуальну діяльність // Вісник Академії правових наук України. — 2003. — № 2—3. — С. 697; Гаухман Л. Нужна ли правовая экспертиза по уголовным делам // Законность. — 2000. — № 4. — С. 24; Громов Н., Смородинова А., Соловьев В. Заключение эксперта: от мнения правоведа до вывода медика // Российская юстиция. — 1998. — № 8. — С. 29; Селіванов А.О. Проблеми запровадження в судовому процесі правової експертизи як умови досягнення об'єктивного і обґрунтованого судового рішення / Теорія та практика судової експертизи і криміналістики. — Вип. 2. — Харків: Право, 2002. — С. 168, 170; Яни П. "Правовая" експертиза в уголовном деле // Законность. — 2001. — № 9. — С. 21—24.

² Див.: Легких К.В. Загально-наукові та процесуальні питання проведення судової правової експертизи в судочинстві України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К.: Акад. адвокатури України, 2009. — 20 с.

³ Зеленецький В.С. Компетентность специалиста (о теоретической компетентности практиков и практической компетентности теоретиков) // Весы Фемиды. — 2000. — № 4. — С. 48—49.

на посаду судді не завжди призначаються особи, які мають достатній освітній рівень та високі професійні якості. Не створено належної системи підготовки та перепідготовки суддів¹. Якщо низький рівень кваліфікації констатовано щодо суддів, то цілком ймовірно, що компетентність дізнавачів, слідчих та прокурорів є не вищою. Можливо саме тому 45% опитаних суддів, прокурорів та слідчих підтримують пропозиції щодо призначення та проведення судової правової експертизи у кримінальних справах².

Ю.М. Грошевий зазначає, що "правова експертиза" становить собою доктринальне тлумачення тих чи інших норм права, окремих правових інститутів, тобто є одним з видів правових знань, на основі яких підлягають оцінці фактичні обставини кримінальної справи. Під правовою експертизою розуміють різні за своїм характером висновки спеціалістів у галузі права. По-перше, правовою експертизою називають звернення слідчих та суддів до спеціалістів-науковців у галузі кримінального та кримінально-процесуального права у складних випадках кваліфікації діяння. Результатом таких досліджень є висновок вчених у конкретній справі. По-друге, нею називають звернення з метою правильної кваліфікації діяння до спеціалістів у галузі цивільного, податкового та фінансового права за роз'ясненнями. По-третє, до подібного роду експертиз належать випадки, коли перед експертом ставляться питання про відповідність діянь осіб, які притягуються до кримінальної відповідальності, правилам, закріпленим у нормах права³.

Постановлення питання щодо можливості і необхідності призначення правової експертизи у кримінальних справах, а тим більше обговорення його в теорії викликає подив з декількох причин.

¹ Концепція вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів, схвалена Указом Президента України від 10 травня 2006 року № 361/2006 // Офіційний вісник України. — 2006. — № 19. — Ст. 1376.

² Див.: Легких К.В. Загально-наукові та процесуальні питання проведення судової правової експертизи в судочинстві України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К.: Акад. адвокатури України, 2009. — С. 3.

³ Грошевий Ю. Проблеми удосконалення законодавства, що регулює кримінально-процесуальну діяльність // Вісник Академії правових наук України. — 2003. — № 2—3. — С. 697—698.

По-перше, особа, яка призначається на посаду дізнавача, слідчого, прокурора, судді, презюмується такою, що повною мірою володіє знаннями в галузі права. Звичайно, меж для удосконалення знань, отриманих у вищому навчальному закладі, не існує. Велике значення має і досвід роботи на відповідній посаді. Але ці питання виправляються ще до призначення на посаду шляхом виконання вимог щодо стажування, складання кваліфікаційного іспиту, наявності певного стажу роботи тощо.

По-друге, особа, на яку не покладене виконання публічних функцій (правоохоронної та правосуддя), не може допускатися до вирішення питань, пов'язаних з кримінальною відповідальністю. Звернення до експерта, викладене у постанові чи ухвалі про призначення експертизи, є способом вирішення тих питань у кримінальній справі, що не охоплюються ні компетентністю слідчого чи суду, ні їхньою компетенцією. Вирішувати питання, що входять до кримінально-процесуальної компетенції, слід без звернення до інших, хоча і компетентних (в значенні "обізнаних") у галузі права осіб. Ю.М. Грошевий робить правильний висновок про те, що в основі прийняття рішення у справі повинні лежати власні знання суду, який приймає це рішення. Бо в іншому разі необхідно було б визнати, що оцінку тих чи інших фактичних даних в їх правовому значенні проводить не слідчий, прокурор, суддя, а спеціаліст у галузі права¹.

По-третє, перекладання вирішення правових питань на осіб, які не наділені правом здійснювати діяльність з порушення, розслідування і розгляду кримінальних справ, нівелює поняття не тільки компетентності, а й кримінально-процесуальної компетенції.

Підґрунтям наукової дискусії з розглядуваного питання стало нечітке формулювання законодавцем підстави до призначення експертизи: "Експертиза призначається у випадках, коли для вирішення певних питань при провадженні в справі потрібні наукові, технічні або *інші* (вид. Л.Л.) спеціальні знання" (ч. 1 ст. 75 КПК). Регламентация підстав до провадження процесуальних дій і прийняття процесуальних рішень із використанням слова "інші" завжди призводить до

¹ Грошевий Ю. Проблеми удосконалення законодавства, що регулює кримінально-процесуальну діяльність // Вісник Академії правових наук України. — 2003. — № 2—3. — С. 697—698.

необхідності поширеного (по суті необмеженого) тлумачення його змісту і обсягу. На підставі цього окремі учені роблять висновок про те, що аксіома, відповідно до якої є недопустимим, щоб експертам доручалося вирішувати питання права (*jura novit curia* — судді знають право), є необґрунтованою. А вітчизняне законодавство не вказує на те, що правові знання не можуть бути спеціальними, і не встановлює заборони їх використання з метою розв'язання питань, що мають значення для справи¹. Щоб уникати подібних непорозумінь у законі необхідно застосовувати механізми обмеження обсягу понять. У розглядуваному випадку доцільно було б ч. 1 ст. 75 КПК в кінці доповнити словами: "за винятком правових".

Швидкоплинність змін у законодавстві у різних сферах життя суспільства, яке реформується, обумовлює необхідність постійного поновлення посадовими особами органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду своїх знань, необхідних для вирішення завдань кримінального процесу у межах реалізації своєї компетенції. Знань, отриманих під час підготовки особи у вищому навчальному закладі, якими б добрими чи відмінними вони не були на час випуску фахівця, об'єктивно не може вистачити на увесь час трудової діяльності дізнавача, слідчого, прокурора чи судді.

Одним із способів, і до того ж основним, підвищення рівня компетентності посадових осіб державних органів, уповноважених на здійснення кримінально-процесуальної діяльності, є їхня перепідготовка і підвищення кваліфікації².

Іншим способом підвищення рівня обізнаності (компетентності) в галузі здійснення кримінально-процесуальної діяльності є спеціалізація посадових осіб органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду. Спеціалізація безпосередньо стосується такого структурного елементу кримінально-процесуальної компетенції, як предмет відання. У широкому розумінні це поняття може бути застосоване щодо розмежу-

вання компетенції між органами дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду. Кожний із цих органів "спеціалізується" на певному виді діяльності (розслідування, нагляд за законністю, правосуддя). У вузькому розумінні, коли говорять про спеціалізацію, мають на увазі розмежування кримінально-процесуальної компетенції між посадовими особами одного державного органу. Такий підхід дозволяє посадовим особам зосередитись на провадженні справ про окремі (як правило, складні для провадження) категорії злочинів.

У основу спеціалізації дізнавачів, слідчих, суддів покладаються характеристики: 1) злочинів ("господарські", проти життя та здоров'я особи, проти власності, проти громадської безпеки, проти безпеки руху та експлуатації транспорту тощо); 2) осіб, які їх вчинили (найчастіше ними є неповнолітні).

Н.В. Сібільова правильно зазначає, що "вимога спеціалізації дуже щільно пов'язана з вимогою розгляду справи компетентним судом. Компетентний суд — це не тільки суд, уповноважений здійснити правосуддя у повному обсязі з винесенням рішення за суттю, а й суд, у професійності якого впевнена особа, яка до нього звертається"¹.

Кримінально-процесуальна компетенція і компетентність співвідносяться між собою через категорії кількості і якості. Компетенція характеризується, в основному, через поняття обсягу і меж, а компетентність, як правило, — через якісний рівень знань. Необізнана особа (без відповідної кваліфікації, некомпетентна) не може бути призначена на посаду дізнавача, слідчого, прокурора чи судді. Якщо навіть призначення відбувається, то вона не зможе самостійно повною мірою реалізувати покладені на неї повноваження². Тому навіть особи, які

¹ Сібільова Н.В. Становлення і функціонування судової системи України (історичний аспект) / Методологічні проблеми правової науки: Матеріали міжнародної наукової конференції. — Харків, 13—14 грудня 2002 року / Упорядники: Панов М.І., Грошевий Ю.М. — Харків: Право, 2003. — С. 356—358.

² Практика показує, що призначені на посаду слідчі протягом двох років потребують порад більш кваліфікованих фахівців. Так, за даними М.А. Погорецького, "84% опитуваних слідчих прокуратури, МВС та СБУ зі стажем роботи до двох років вказали, що більшість процесуальних рішень вони не можуть самостійно приймати, а вважають за необхідне звертатися за допомогою та порадами до начальника слідчого відділу і прокурора" (Погорецький М.А. Кримінально-процесуальні правовідносини: структура і система: монографія. — Харків: Арсіс, 2002. — С. 55).

¹ Легких К.В. Загально-наукові та процесуальні питання проведення судової правової експертизи в судочинстві України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К.: Акад. адвокатури України, 2009. — С. 8.

² Див. про це: Кузьмін С., Владимиров В. Переподготовка прокурорско-следственных работников // Законность. — 1995. — № 11. — С. 25—32; Рохлин В., Ищенко Е., Чичаев В. Совершенствовать переподготовку следственных кадров // Соц. законность. — 1988. — № 9. — С. 59—61.

мають вищу юридичну освіту¹, при призначенні на певні посади, пов'язані із здійсненням кримінально-процесуальної діяльності, зобов'язані пройти стажування або певний час пропрацювати в галузі права (суддя місцевого суду — не менш як три роки, суддя апеляційного суду — п'ять років, в тому числі не менш як три роки на посаді судді, суддя Верховного Суду України — не менш як десять років, у тому числі не менш як п'ять років на посаді судді) і скласти кваліфікаційний іспит.

Такі вимоги щодо кандидатів на посади суддів впливають із положень міжнародних правових документів. У п. 10 Основних принципів незалежності судових органів, схвалених резолюціями 40/32 та 40/146 Генеральної Асамблеї ООН від 29 листопада та 13 грудня 1985 року, зазначено, що особи, відібрані для судових посад, окрім високих моральних якостей і здібностей, повинні мати також *відповідну кваліфікацію в галузі права* (вид. Л.Л.)².

Вимога щодо наявності в осіб, які здійснюють судове переслідування, відповідної освіти і підготовки міститься також в

¹ Вимога про наявність вищої юридичної освіти ставиться при призначенні на посади прокурорів та слідчих прокуратури (ч. 1 ст. 46 Закону України від 5 листопада 1991 року "Про прокуратуру") і суддів (ч. 3 ст. 127 Конституції України, ч. 1 ст. 64 Закону України від 7 липня 2010 року "Про судоустрій і статус суддів").

Щодо слідчих органів внутрішніх справ така вимога ставиться на рівні відомчого нормативно-правового акту — п. 4.1 Положення про органи досудового слідства в системі Міністерства внутрішніх справ України, затв. наказом МВС України від 20 лютого 2006 року № 160. Однак це положення на практиці виконується не повною мірою: так, кількість слідчих органів внутрішніх справ, які мають вищу юридичну освіту, станом на 1 січня 2005 року становить 96,1% (9755 осіб), із них освітньо-кваліфікаційних рівнів "магістр" і "спеціаліст" — 83,9% (8521 особа), "бакалавр" і "молодший спеціаліст" — 12,2% (1234 осіб) (лист Головного слідчого управління від 25 квітня 2005 року № 13/7-3776).

У органах дізнання, враховуючи специфіку їхньої основної діяльності, іноді висувається вимога про наявність або юридичної освіти, або освіти в тій чи іншій галузі діяльності. Так, згідно з п. 2.4 Положення про органи дізнання в системі МНС України, затв. наказом МНС України від 27 квітня 2004 року № 187, "у місцевих органах державного пожежного нагляду як органах дізнання повноваження щодо проведення попередніх перевірок заяв, повідомлень та іншої інформації про пожежі та здійснення дізнання у справах про пожежі і порушення протипожежних правил покладаються на одного з державних інспекторів цього органу за наявності в нього відповідного освітньо-кваліфікаційного рівня не нижче ніж "спеціаліст" за напрямом "пожежна безпека" або "правознавство".

² Основні принципи незалежності судових органів, схвалені резолюціями 40/32 та 40/146 Генеральної Асамблеї ООН від 29 листопада та 13 грудня 1985 року / Права людини і професійні стандарти для юристів в документах міжнародних організацій. — К., 1996.

п. 2 Керівних принципів, що стосуються ролі осіб, які здійснюють судове переслідування¹.

У деяких державах з метою стимулювання посадових осіб органів, що ведуть кримінальний процес, до постійного підвищення рівня своєї професійної підготовки вводиться ліцензування заняття прокурорсько-слідчою діяльністю, як видом юридичної практики (США). У подальшому, якщо такий працівник не пройде перепідготовку, він може бути позбавлений права займатися професійною діяльністю. В.В. Сухонос, ознайомившись з досвідом підвищення кваліфікації прокурорських кадрів в США, дійшов висновку, що запровадження ліцензування в Україні буде спонукати прокурорські кадри дбати про постійне підвищення кваліфікації².

Отже, компетентність посадових осіб органів дізнання, слідчих, прокурорів і суддів має дозволяти їм самостійно вирішувати усі правові питання, що виникають під час провадження у кримінальних справах. Саме тому Верховний Суд України ще у 1997 році вказав судам на неприпустимість "порушення перед експертом правових питань, вирішення яких віднесено законом до компетенції суду" (п. 2 постанови Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 1997 року № 8 "Про судову експертизу в кримінальних і цивільних справах")³.

У теорії кримінального процесу досліджується явище (правова експертиза), якого у природі не існує. Тому про наукові дослідження правової експертизи у кримінальних справах можна вести мову як про "правову (процесуальну) футурологію".

Доцільність запровадження у кримінальний процес судової правової експертизи викликає великі сумніви. Останні породжуються наступними обставинами.

¹ Руководящие принципы, касающиеся роли лиц, осуществляющих судебное преследование. Приняты восьмым Конгрессом Организации Объединенных Наций по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями, Гавана, Куба, 27 августа — 7 сентября 1990 года / Права человека: Сб. международных договоров. — Том I. Универсальные договоры. Организация Объединенных Наций. — Нью-Йорк и Женева, 1994.

² Сухонос В.В. Організаційно-правові проблеми кадрового забезпечення органів прокуратури: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.10. — Харків: Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого, 1999. — С. 13.

³ Постанова Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 1997 року № 8 "Про судову експертизу в кримінальних і цивільних справах" / Постанови Пленуму Верховного Суду України у кримінальних справах (1973—2004). Офіційне видання / За заг. ред. В.Т. Маляренка. — К., 2004.

1. Предметом доказування під час провадження у кримінальних справах є факти, що стосуються події злочину і винності особи (ст. 64 КПК України). "Підведення" встановлених фактів під відповідні статті кримінального чи процесуального закону є і має бути завданням посадових осіб органів, які здійснюють судочинство. Останні як раз і утворені для того, щоб застосувати закон, тому вони мають бути достатньо компетентними у правових питаннях.

Судова експертиза становить собою засіб перевірки існуючих та отримання нових доказів. К.В. Легких щодо висновку судової правової експертизи пише, що цей висновок "як окремих вид доказів має ті особливості, що експерт повідомляє особі, яка призначила експертизу, *фактичні дані, встановлені ним особисто під час проведення дослідження* (вид. Л.Л.)... Крім висновку експерта, жодне з передбачених законом джерел доказів не містить у собі як складовий елемент *судження про факти* (вид. Л.Л.". Про встановлення яких фактів може йти мова, якщо предметом правової експертизи є лише використання правових знань? Оцінити фактичні правовідносини на предмет їхньої відповідності нормам кримінального чи кримінально-процесуального права експерт може. Але оцінювати докази повинні суд, прокурор, слідчий і особа, яка провадить дізнання. Причому робити вони це мають за своїм внутрішнім переконанням (ч. 1 ст. 67 КПК).

Окрім того, жодні докази для суду, прокурора, слідчого і особи, яка провадить дізнання, не мають наперед встановленої сили (ч. 2 ст. 67 КПК). Тому висновок судової правової експертизи підлягає оцінюванню особою, яка веде процес. Суддя оцінює докази і їхню правову характеристику, що їх дають під час судового розгляду прокурор і адвокат-захисник. Правова оцінка доказів, викладена перед судом юристами, які діють в умовах принципу змагальності, в змозі забезпечити справедливе вирішення справи без звернення до інших юристів. До того ж, цінність висновку правової експертизи нівелюється оцінкою його суддею (слідчим), який може і не погодитися з ним.

Не останнє місце займає і питання відповідальності експерта-правознавця за дачу завідомо неправдивого висновку. Притягнення цього експерта до кримінальної відповідальності стає можливим у кожному разі непогодження слідчого (прокурора чи судді) з висновком правової експертизи.

2. Презумпція знання законів посадовими особами органів дізнання, слідчими, прокурорами і суддями¹ є неспростовною. Якщо ніхто не може уникнути відповідальності через незнання закону ("незнання закону не звільняє від відповідальності" — презумпція знання закону), то недоречним було б запровадження презумпції незнання закону слідчим, прокурором та суддею².

Винятком, коли питання щодо права могли б бути поставлені на вирішення експерта, це — тлумачення іноземного законодавства, у якому слідчий чи суддя не є фахівцем, та законодавства, що було чинним раніше.

Окрім того, до числа правових знань належить також знання щодо існування чи не існування певних нормативно-правових актів, рішень Пленуму Верховного Суду України з питань застосування кримінального та кримінально-процесуального законодавства тощо. Постановлення перед експертом-правознавцем подібних питань виглядає абсурдним.

3. У разі впровадження у кримінальний процес України судової правової експертизи виникне питання: "Хто може бути визнаний експертом?". Наприклад, чи може слідчий доручити провадження правової експертизи судді чи прокуророві, суддя, прокурор — адвокату, а слідчий — начальнику слідчого відділу, де він працює? Ці питання виникають у зв'язку з тим, що прибічники існування правової експертизи у кримінальних справах стверджують, що спеціальними знаннями є знання і навички, одержані в результаті не лише фахової освіти, а й практичної діяльності³.

¹ Така презумпція не стосується непрофесійних суддів (народних засідателів і присяжних), бо вони завжди беруть участь у судовому розгляді справи разом із суддею-професіоналом. Хоча обізнаність непрофесійних суддів у питаннях, що є предметом судового засідання, могла б відігравати позитивну роль. У цьому плані позитивним може бути досвід Німеччини, в якій для вирішення окремих категорій справ як непрофесійні судді (шефени) можуть залучатися фахівці у відповідній сфері. Наприклад, шефени у справах про проступки неповнолітніх відбираються з осіб, які мають значний досвід у роботі з молоддю. Див.: Хайде В. Система правосуддя Федеративної Республіки Германия. — Германский фонд международного правового сотрудничества. — Бонн, 1995. — С. 60, 62, 66 (цит. за: Куйбіда Р.О. Реформування правосуддя в Україні: стан і перспективи: монографія. — К.: Атіка, 2004. — С. 191).

² Случевский В.К. Учебник русского уголовного процесса. — Часть II: Судопроизводство / Под ред. В.А. Томсинова. — М.: Зерцало, 2008. — С. 122.

³ Легких К.В. Загально-наукові та процесуальні питання проведення судової правової експертизи в судочинстві України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К.: Акад. адвокатури України, 2009. — С. 7.

4. Експерт може бути залучений до провадження слідчих дій як спеціаліст. Згідно із ч. 2 ст. 128-1 КПК спеціаліст зобов'язаний з'явитися на виклик; брати участь у проведенні слідчої дії, використовуючи свої спеціальні знання і навички для сприяння слідчому у виявленні, закріпленні та вилученні доказів; звертати увагу слідчого на обставини, пов'язані з виявленням та закріпленням доказів; давати пояснення з приводу спеціальних питань, які виникають при проведенні слідчої дії. У зв'язку з цим виникає запитання: "Чим буде займатися слідчий під час слідчої дії?". Хіба що вноситиме до протоколу те, що йому диктуватиме спеціаліст-правознавець, яким найвірогідніше буде учений-процесуаліст або суддя. У такому разі слідчому було б краще, щоб як спеціаліст у слідчій дії брав участь професор чи суддя Верховного Суду України. А ще краще, якщо вони разом сприяли б йому у виявленні, закріпленні та вилученні доказів.

5. Невизначеним у роботах, де обстоюється позиція призначення правової експертизи, є також питання співвідношення тлумачення правових питань експертом-правознавцем і Пленумом Верховного Суду України. Очевидно, що пріоритет матимуть постанови Пленуму Верховного Суду. Сенсу у провадженні правової експертизи у такому разі взагалі немає.

Частина 1 ст. 75 КПК визначає, що експертиза призначається у випадках, коли знання потрібні для вирішення певних питань при провадженні у справі. Але ж, зважаючи на низький професійний рівень суддів, прокурорів і слідчих, потреба у застосуванні спеціальних правових знань зможе виникати доволі часто. Якщо у кожній кримінальній справі особі, яка здійснює у ній провадження, можна звернутися до експерта-правознавця, втрачає сенс підготовка фахівців-правознавців для роботи на посадах в органах дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду!

На підставі викладеного можна зробити наступні висновки: 1) питання призначення судової правової експертизи у кримінальних справах стосуються поняття "компетентність посадових осіб, які здійснюють провадження у цих справах"; 2) зважаючи на заборону постановлення перед експертами питань права, про наукові дослідження правової експертизи у кримінальних справах можна вести мову як про "правову (процесуальну) футурологію"; 3) під час правової експертизи не здобуваються нові фактичні

дані (докази), що не дає підстав для віднесення дослідження і тлумачення питань права до судової експертизи; 4) винятком, коли питання щодо права могли б бути поставлені на вирішення експерта, це — тлумачення іноземного законодавства, у якому слідчий чи суддя не є фахівцем, та законодавства, що було чинним раніше; 5) ч. 1 ст. 75 КПК після слів "інші спеціальні знання" доцільно доповнити словами: "за винятком правових"; 6) у новому КПК немає необхідності регламентувати підстави і порядок провадження правової експертизи.

2.4. Реформування кримінально-процесуального законодавства в частині регламентації статусу учасників провадження

2.4.1. Реформування законодавства в частині регламентації процесуального статусу потерпілого

1. Набуття особою процесуального статусу¹ потерпілого. Чинним КПК (ст. 49) передбачено, що особа може набути процесуального статусу потерпілого лише у тому разі, коли їй злочином завдано певні різновиди шкоди, і тільки за постановою органу дізнання, слідчого, прокурора чи суду. Для того, щоб скласти постанову про визнання потерпілим, треба довести, що злочин мав місце і що саме ним особі завдано шкоди.

Менталітет дізнавачів, слідчих, прокурорів і суддів десятиліттями формувався у такому руслі: кожне рішення має бути істинним; не повинно бути здогадних рішень.

Так, заступник прокурора Харківської області, кандидат юридичних наук Є. Шевченко і прокурор відділу нагляду за додержанням і застосуванням законів на транспорті при провадженні ОРД, дізнання та досудового слідства прокуратури Харківської області В. Соколкін пишуть, що при перевірці заяви або повідомлення про злочин, що є головним завданням дослідного процесу, інформація стосовно постраждалого не може бути повною, оскільки немає відомостей про остаточний розмір

¹ Процесуальний статус суб'єктів кримінально-процесуальної діяльності наразі є основним напрямом наукових досліджень у галузі кримінального процесу (Див.: Тацій В.Я. Правова наука в Україні: стан та перспективи розвитку // Вісник Академії правових наук України. — 2003. — № 2 (33) — № 3 (34). — С. 21).

заподіяної особі матеріальної шкоди, про ступінь тяжкості нанесених їй тілесних ушкоджень, тобто рішення про визнання особи постраждалою буде мати згоданий (приблизний) характер¹. Подібна позиція провокує поставити її авторам таке запитання: "А постанова про порушення кримінальної справи багато додає ясності щодо остаточного розміру шкоди, заподіяної особі, та щодо інших питань?"

Прагнення до встановлення істини щодо питань матеріального права на ранніх стадіях провадження у кримінальній справі є не виправданим і навіть шкідливим для реалізації прав громадян, які розраховують на отримання статусу потерпілого².

"Згоданих вироків" дійсно не має бути, а от рішення про визнання особи потерпілою на підставі заяви про заподіяння їй шкоди має бути таким. Інакше їй буде важко, а то й зовсім неможливо підтвердити свою заяву про вчинення злочину. Вірніше, формального (письмового) рішення про надання особі статусу потерпілого взагалі не повинно бути³.

Рішення з процесуальних питань у кримінальній справі можуть прийматися в умовах невизначеності. Особливо це стосується тих рішень, що спрямовані на надання особі передбачених законом прав для обстоювання власних інтересів і відновлення прав, порушених злочинцем.

Щодо особи, яка стверджує, що їй злочинцем заподіяно шкоду, має діяти *презумпція заподіяння шкоди* (так само як щодо обвинуваченого — *презумпція незаподіяння ним шкоди соціальним благам*, за що передбачена кримінальна відповідальність, тобто *презумпція невинуватості*). Інакше треба буде взагалі відмови-

тися від таких суб'єктів кримінального процесу, які захищають власні інтереси. Бо остаточна (і майже безпомилкова) констатація їхнього статусу як потерпілих, підсудних, цивільних позивачів тощо може відбутися лише у тому рішенні суду, де констатовано факт вчинення злочину і визначено усі його обставини, тобто у обвинувальному вирокі суду.

А якщо вирок буде виправдувальним? Якщо вважати правильним визнання потерпілими лише тих осіб, яким злочинцем завдано шкоду, то тоді вийде, що у разі постановлення виправдувального вироку особа взагалі не мала права бути потерпілим у справі. Абсурдний висновок, але він має право на існування. Це зайвий раз підтверджує каральну спрямованість вітчизняного кримінального процесу, орієнтацію його лише на обвинувальні вирокі.

Необхідність встановлення істини має бути вимогою для вирішення кримінально-правових питань у справі. Для забезпечення нормального ходу встановлення обставин злочину на досудових і судових стадіях до постановлення остаточного рішення підхід до визначення підстав визнання особи певним учасником процесу має бути іншим.

Саме тому визначення і надання процесуального статусу особи законодавець "переніс" на ранні (досудові) стадії¹. Тобто фактично слідчий чи прокурор, визнаючи певну особу потерпілою, стверджують: "Злочин був, злочинцем завдано шкоду цій особі, отже, вона є потерпілим"². Саме так має бути, якщо виходити із пріоритету прав людей і їхніх можливостей впливати на хід процесу заради реалізації цих прав.

Розуміючи, що можливість реалізації потерпілим своїх прав у світлі останніх вимог щодо прав людини повинна бути надана йому якомога раніше, тобто відразу після встановлення факту заподіяння того чи іншого виду шкоди, Пленум Верховного Суду України, рекомендував судам "реагувати на факти необгрунтованого зволікання з визнанням особи потерпілим (за очевидності заподіяння злочинцем шкоди), допущені органами

¹ Шевченко Є., Соколкін В. Проблемні питання захисту прав постраждалих від злочину на стадії порушення кримінальної справи // Вісник Національної академії прокуратури України. — 2009. — № 1. — С. 111.

² Достатньо пригадати, скільки знущань довелося пережити матері журналіста Георгія Гонгадзе, коли слідчі Генеральної прокуратури України відмовляли їй у наданні статусу потерпілої через ймовірність того, що "таращанське тіло" належить її синові, становила лише (!) 99,6%. 10 січня 2001 року Генпрокурор зачитав у парламенті результати генетичної експертизи про те, що ймовірність належності тіла Г. Гонгадзе становить 99,6%.

³ Тут доцільно зазначити, що ще в Київській Русі в часи, коли судочинство здійснювалося на підставі "Руської Правди" (Пространна редакція), статус потерпілого надавався автоматично після вчинення злочину (лише в деяких випадках потрібні були свідчення послухів чи видоків) (Див.: Гошовський М.І., Кучинська О.П. Потерпілий у кримінальному процесі України. — К.: Юрінком Інтер, 1998. — С. 10).

¹ У судових стадіях особам теж надається статус, але все одне це робиться до прийняття остаточного рішення у кримінальній справі, тобто до вирішення основного (матеріально-правового) питання.

² Це твердження є презумпцією. Остання може бути спростована виправдувальним вирокі суду, де буде констатовано, що події чи складу злочину не було.

дизнання чи досудового слідства, окремими ухвалами чи постановами (п. 5 постанови Пленуму Верховного Суду України від 2 липня 2004 року № 13 "Про практику застосування судами законодавства, яким передбачені права потерпілих від злочинів"¹).

Про яку реалізацію прав людини можна говорити, коли їй завдається шкода, порушується кримінальна справа, а потерпілим вона не визнається? Як приклад можна навести ситуацію з проблемністю визнання потерпілими осіб, яким внаслідок дорожньо-транспортної пригоди спричинено легкі тілесні ушкодження, а іншим особам — середньої тяжкості і тяжкі. Слідчі, керуючись формальним правилом, закріпленим у ст. 49 КПК, не визнають потерпілими осіб, яким заподіяні легкі тілесні ушкодження, бо, мовляв, їм же шкода заподіяна не злочином².

Тобто подія злочину одна, постраждалих декілька і їм заподіяні тілесні ушкодження різної тяжкості. Але статус потерпілих надають не всім особам, які зазнали шкоди. А якщо потім виявиться, що особі завдано не легкі тілесні, а середньої тяжкості тілесні ушкодження? У такому разі особа до моменту констатації слідчим факту спричинення їй тілесних ушкоджень (середньої тяжкості) не могла реалізовувати свої права. Отже, те, що відбувалося до констатації цього факту, є несправедливим, бо особа, яка фактично є потерпілою, не визнавалася такою.

Отже, реформуючи кримінально-процесуальне законодавство у частині визнання особи потерпілою, треба виходити із того,

¹ Постанова Пленуму Верховного Суду України від 2 липня 2004 року № 13 "Про практику застосування судами законодавства, яким передбачені права потерпілих від злочинів" // Вісник Верховного Суду України. — 2004. — № 8.

Згідно з даними В.А. Булатова, отриманими ним у результаті анкетування практичних працівників, постраждали від злочинів особи визнавалися потерпілими під час першого допиту у 30% випадків, після встановлення особи, яка підлягає притягненню як обвинувачений (її затримання і допиту) — у 28%, після пред'явлення обвинувачення в кінцевому варіанті (перед закінченням розслідування) — у 42% (Див.: Булатов В.А. Обеспечение следователем прав, законных интересов и безопасности потерпевших и свидетелей: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. — Волгоград, 1999. — С. 12 (Цит. за: Чекулаев Д.П. Потерпевший: доступ к правосудию и компенсация причиненного ущерба. — М.: Юрлитинформ, 2006. — С. 35).

² Стаття 286 КК України передбачає кримінальну відповідальність за порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту особою, яка керує транспортним засобом, що спричинило потерпілому лише середньої тяжкості (ч. 1) або тяжке (ч. 2) тілесне ушкодження.

що є матеріальний і процесуальний аспект визнання потерпілим у кримінальній справі. Переважне, а точніше — вирішальне значення має процесуальний аспект, тобто переконання особи, що їй злочином завдано шкоди, або переконливі підстави вважати, що такої шкоди їй було завдано.

У зв'язку з цим можна констатувати, що назріла потреба у такому врегулюванні процесуального статусу потерпілого у вітчизняному кримінальному процесі, коли особа, якій злочином завдано той чи інший або декілька видів шкоди, мала б право активно впливати на хід кримінального процесу, а також оскаржувати рішення, дії і бездіяльність державних органів і їх службових осіб від самого початку процесуальної діяльності, тобто з моменту прийняття заяви.

На підставі саме таких міркувань у проекті КПК Нацкомісії було зазначено, що права і обов'язки потерпілого виникають в особи з моменту подання заяви про вчинення щодо неї кримінального правопорушення або іншого діяння, передбаченого законом України про кримінальну відповідальність (ч. 2 ст. 52)¹.

Така регламентація залишилася і у проекті КПК 2011 року (ч. 2 ст. 59). Але, очевидно побоюючись, що у разі відкриття провадження у кримінальній справі до неї почнеться паломництво осіб, які захочуть бути потерпілими, не маючи при цьому жодного відношення до справи, секретаріат робочої групи з питань реформування кримінального судочинства встановив: "Якщо заява, повідомлення про злочин або заява про залучення до провадження як потерпілого подана особою, якій не завдана шкода, зазначена у частині першій цієї статті, слідчий або прокурор виносить мотивовану постанову про відмову у визнанні потерпілим, яка може бути оскаржена слідчому судді" (ч. 5 ст. 59 проекту 2011 року).

Таким чином, у проекті КПК збережено чинний дозвільний порядок вступу потерпілого у кримінальну справу. Слідчий чи прокурор повинні будуть розглянути заяву особи про завдання їй злочином шкоди і прийняти формалізоване у постанові рішення про "дарування" статусу потерпілого або відмову у цьому.

¹ Усі норми, які стосуються процесуального статусу потерпілого, у проекті КПК Нацкомісії випала честь виписувати авторів цієї монографії.

2. Чи потрібно залучати потерпілого до участі у кримінальній справі, якщо він цього не бажає? Перед робочою групою Нацкомісії стояло питання про те, чи потрібно надалі зберігати у кримінально-процесуальному законі обов'язок посадових осіб, які здійснюють кримінальне провадження, надати особі статус потерпілого і обов'язок останнього бути у такому статусі протягом всього часу провадження у кримінальній справі. Під час вирішення цього питання на перших етапах роботи над нормами (2006 рік) члени робочої групи Нацкомісії виходили із наступного.

Науковою спільнотою¹ і Президентом України² визнана необхідність більш широкого застосування у кримінальному процесі принципу диспозитивності.

Диспозитивність передбачає можливість однієї сторони (потерпілого) відмовитися від претензій до іншої сторони (обвинуваченого), що, до речі, на практиці відбувається доволі часто. Відмова потерпілого від участі у справах приватного обвинувачення за чинним кримінально-процесуальним законодавством тягне закриття кримінальної справи, бо рух і вирішення останньої повністю залежить від волевиявлення потерпілого. У справах публічного обвинувачення кримінальну справу "рухає" принцип публічності процесу, тобто потреба боротьби із конкретним злочином у загальносуспільних інтересах. Тому відмова потерпілого від претензій до обвинуваченого, а отже, і від участі у провадженні не має для руху справи вирішального значення, бо формування, формулювання, порушення і підтримання державного обвинувачення покладається на компетентний державний орган — прокуратуру.

Визнання пріоритетності прав людини і громадянина над правами держави повинно сприяти досягненню такого становища, коли людину, яка має інтерес, але не бажає його

¹ Необхідність проведення таких досліджень визначена у п. 31.2 Рекомендацій міжнародної наукової конференції "Методологічні проблеми правової науки", яка відбулася 13—14 грудня 2002 року в м. Харкові на базі Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого.

² Концепція реформування кримінальної юстиції України, затв. Указом Президента України від 8 квітня 2008 року № 311/2008 "Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 15 лютого 2008 року "Про хід реформування системи кримінальної юстиції та правоохоронних органів" // Офіційний вісник Президента України. — 2008. — № 12. — Ст. 486.

реалізувати, держава не тягнучиме на аркані до "щастя"¹. Це повною мірою стосується особи, яка зазнала шкоди внаслідок злочину. Вирішення питання про участь у кримінальній справі має залежати від волевиявлення цієї особи від моменту з'явлення підстав для визнання її потерпілим до завершення провадження у справі².

Єдиним проблемним питанням тут є виникнення під час провадження у кримінальній справі ситуацій, коли обвинувачення ґрунтується головним чином на показаннях потерпілого. У цих ситуаціях прокурор буде позбавлений можливості порушити державне обвинувачення і підтримувати його у суді. Мова йде про залежність реалізації чи нереалізації загальносуспільних інтересів від волі одного із членів суспільства, який постраждав від злочину, тобто про конфлікт загальносуспільних (державних) і приватних інтересів.

Враховуючи конституційне положення про те, що людина є найвищою цінністю в державі (ст. 3 Конституції України), конфлікт інтересів в наведеній ситуації має бути вирішений на користь потерпілого. Особа, якій злочином завдано шкоди і яка не бажає мати статус потерпілого, може допомогти суспільству у залагодженні конфлікту, породженого злочином, шляхом залучення її до участі у кримінальній справі як свідка.

3. Чи можна вважати членів певної спільноти потерпілими, якщо шкоду злочином завдано одному із них? Американські кримінологи вважають, що суспільство завжди є жертвою злочину (наприклад, воно зазнає прямої шкоди в разі державної зради, крадіжок або псування державного майна тощо, або побічної шкоди — на утримання адміністративних органів), а

¹ Шишкін В. Диспозитивність — принцип судочинства // Право України. — 1999. — № 6. — С. 13. У радянській правовій доктрині панувала думка про те, що визнання потерпілим має здійснюватися незалежно від волі особи, якій злочином завдано шкоду (див., напр.: Кокорев Л.Д. Потерпевший от преступления. — Воронеж: Изд-во Воронеж. ун-та, 1964. — С. 14).

² За кримінально-процесуальним законом Молдови для визнання особи, якій злочином завдано шкоду, потрібна згода цієї особи (ч. 1 ст. 59 КПК Молдови). Практика досудового слідства в Україні у цій частині є неоднозначною. За даними анкетування, здійсненого Л.І. Шаповаловою, 51% слідчих визнають особу потерпілою навіть якщо вона цього не бажає і висловлює небажання виступити в цій ролі у своїй заяві, а 43% опитаних в цьому випадку не визнавали осіб потерпілими (див.: Шаповалова Л.І. Потерпілий в досудовому провадженні. — Донецьк: ДІВС, 2003. — С. 52).

конкретна соціальна група через її расову належність, релігійні переконання — в окремих випадках¹. Для кримінології подібне розуміння жертви злочину є прийнятним. У кримінальному процесі — ні.

Очевидним є те, що визнання всіх членів суспільства потерпілим у кожній кримінальній справі є абсурдним. Суспільство дійсно потерпає від злочинності і в цьому плані його можна в цілому або в якійсь окремій частині вважати жертвою злочину (потерпілим). Але про це можна вести мову лише в кримінологічному аспекті, пов'язаному із розумінням потерпілих (жертв злочинів) як елемента певної структури, що характеризує злочинність як соціальне явище в цілому, зв'язаного з іншими її структурними елементами — злочинами і злочинцями².

Визнання потерпілими всіх членів суспільства чи його частини робило б провадження у кримінальній справі неможливим. Тому у проекті КПК з'явилася така новація: "Потерпілим не може бути особа, якій моральна шкода завдана як представнику юридичної особи чи певної частини суспільства" (ч. 4 ст. 52 проекту Нацкомісії; ч. 4 ст. 59 проекту 2011 року). Ця новація має право на існування у реформованому кримінально-процесуальному законодавстві. Її відсутність надає право усім, хто морально постраждав від злочину, претендувати на отримання статусу потерпілого. Формально кожний член суспільства зазнає певної моральної шкоди від вчинення злочину, бо злочин — це діяння, що є *суспільно* небезпечним. Тому у КПК мають бути встановлені певні обмеження³.

4. *Обмеження кількості потерпілих у одній кримінальній справі.* Одночасна участь у кримінальній справі сотень і тисяч потерпілих⁴ іноді робить неможливим провадження досудового розслідування і судового розгляду. Неявка з поважних причин

¹ Див.: Гошовський М.І., Кучинська О.П. Потерпілий у кримінальному процесі України. — К.: Юрінком Інтер, 1998. — С. 21.

² Див.: Франк Л.В. Потерпевшие от преступления и проблемы советской виктимологии: автореф. дис. ... доктора юрид. наук. — М., 1978. — С. 6.

³ Аналогічне регулювання є у КПК Латвії, де встановлена пряма заборона на визнання потерпілим особи, якій моральна шкода спричинена як представнику певної групи або частини суспільства (ч. 2 ст. 95).

⁴ Наприклад, у кримінальній справі щодо "Еліта-Центр" та їм подібних.

навіть одного із потерпілих може стати підставою до відкладення судового засідання.

У разі виникнення таких ситуацій в літературі пропонують передбачити в законі можливість участі потерпілих у справі шляхом представлення їхніх інтересів одним або декількома представниками. У тому числі представника одного або декількох потерпілих може бути призначено судом з власної ініціативи або за клопотанням однієї із сторін¹.

Питання про такого роду представництво обговорювалося у робочій групі Нацкомісії. Я був прибічником обмеження кількості потерпілих у кримінальній справі у тому разі, коли б вона була настільки великою, що заважала виконанню вимоги щодо швидкості правосуддя.

Аргументи противників такої позиції зводилися до того, що подібна регламентація суттєво обмежить права осіб, постраждалих від злочину. Вважаю, що жодної загрози правам постраждалих не існує.

По-перше, останні "делегуватимуть" до кримінального процесу найбільш активних і компетентних осіб, яких і будуть визнавати потерпілими.

По-друге, суттєво буде прискорено провадження, а тому постраждалим не доведеться довго очікувати на остаточне рішення, а отже, і на відновлення прав, порушених злочинцем.

По-третє, "висунення кандидатів у потерпілі" відбуватиметься за взаємною домовленістю між жертвами злочину.

По-четверте, особи, офіційно визнані потерпілими, будуть посередниками між органами, які ведуть процес, і особами, не

¹ Чекулаев Д.П. Потерпевший: доступ к правосудию и компенсация причиненного ущерба. — М.: Юрлитинформ, 2006. — С. 95. За даними автора, саме так вирішується питання участі великої кількості потерпілих в кримінальному судочинстві в деяких закордонних країнах, наприклад Чеській Республіці. Так, згідно з абз. 2 параграфа 43 КПК Чеської Республіки якщо кількість потерпілих є надзвичайно великою, і реалізація їхніх прав кожним окремо загрожує, що кримінальне переслідування буде подовжене, голова сенату, а в підготовчому провадженні за пропозицією державного прокурора — суддя вправі винести рішення про надання прав потерпілих в кримінальному судочинстві спільному представнику, якого вони оберуть. Якщо кількість обраних представників буде більшою, ніж шість, а потерпілі не зможуть між собою домовитися про вибраного представника, то представника обирає суд з урахуванням інтересів потерпілих.

визнаними потерпілими, а тому слідчому, прокуророві і суду не доведеться виготовляти тисячі копій процесуальних документів, що підлягають направленню (врученню) потерпілим, і направляти (вручати) їх, що займало б дуже багато часу.

По-п'яте, кримінальних справ, у яких загальна кількість "потенційних потерпілих" становить тисячі осіб, лише одиниці.

І, нарешті, по-шосте, мова йде про принципову можливість обмеження кількості потерпілих, а не про обов'язок слідчого, прокурора чи суду це зробити.

Таким чином, обмеження кількості осіб, які можуть бути потерпілими у кримінальній справі, не лише не впливатиме негативно на поновлення їхніх прав, порушених злочином, а навпаки — сприятиме швидкому і повному їх поновленню.

Вважаю, що під час доопрацювання проекту КПК 2011 року після висновків щодо нього експертів Венеціанської комісії, а також під час проходження законопроекту у Верховній Раді України до розглядуваного тут питання доцільно повернутися.

5. Потерпілими мають бути близькі родичі лише тієї особи, яка померла внаслідок злочину, чи й з інших причин? У чинному кримінально-процесуальному законодавстві не вирішене питання про можливість визнання потерпілими близьких родичів особи, яка померла не у зв'язку із вчиненням щодо неї злочину, а з інших причин після вчинення злочину. Через це родичі померлого, маючи інтерес у вирішенні кримінальної справи, залишаються поза кримінальним процесом. Найбільше, на що можуть розраховувати родичі в цій ситуації, так це на давання показань як свідки.

У зв'язку з викладеним вже давно назріла необхідність позитивного вирішення у законодавстві питання про можливість визнання у зазначеній ситуації близьких родичів померлого потерпілими за аналогією з тими ситуаціями, коли їм надається такий статус після смерті потерпілого внаслідок злочину. На жаль, робочі групи з підготовки проекту КПК не вважали за потрібне це зробити.

6. Про рівність прав потерпілого і обвинуваченого. Під час обговорень норм, якими визначається процесуальний статус потерпілого, на засіданнях робочої групи Нацкомісії, а також на презентаціях проекту КПК у аудиторіях з різноманітним складом учасників (народні депутати, прокурори та інші правоохоронці, адвокати, представники правозахисних організацій,

викладачі юридичних вищих навчальних закладів) неодноразово виникали дискусії щодо урівнювання прав потерпілого і обвинуваченого.

На наукових конференціях, семінарах часто доводиться чути, а у наукових статтях та монографіях — читати про те, що потерпілому не вистачає прав для реалізації власних інтересів під час провадження у кримінальній справі і що їх треба підсилювати. Причому у тому контексті, що у нього набагато менше прав, ніж у обвинуваченого. Тоді я ставлю доповідачам запитання: "Які у обвинуваченого є права, яких немає у потерпілого, у аспекті забезпечення змагальності? Яких прав не вистачає потерпілому для реалізації власних інтересів у справі?". Реакція доповідачів є різною. Одні відповідають, що це ж, мовляв, загальновідомо, що потерпілий обмежений у правах порівняно із обвинуваченим, тобто це — аксіома, а її доводити не треба. Другі (таких за останні п'ять років було двоє) називають лише одне право, яке є у обвинуваченого і немає у потерпілого, — право на безкоштовну правову допомогу.

У юридичній літературі зустрічаються і більш кардинальні, а за важливістю — концептуальні підходи до визначення системи прав потерпілого. Останньою за часом публікація, де викладено, по суті позицію прибічників розширення ролі і прав потерпілого у кримінальному судочинстві, є наукова стаття професора кафедри правосуддя юридичного факультету Харківського національного університету імені В.Н. Каразіна В.П. Півненка¹.

Положення, викладені професором В.П. Півненком, зводяться до такого: а) центральною фігурою судочинства має стати потерпілий; б) творці законопроекту позбавляють жертву злочину права на заявлення позову у кримінальній справі; в) усі сумніви мають тлумачитися на користь потерпілого; г) особа має набувати статусу потерпілого з моменту порушення криміналь-

¹ Півненко В. Проект нового Кримінально-процесуального кодексу України: невдачі і прорахунки // Вісник прокуратури. — 2010. — № 11. — С. 34—40. У статті "нищівній" критиці піддано підготовлений робочою групою Нацкомісії проект КПК взагалі, але лівова частка критики присвячена якраз "обмеженню" цим проектом прав потерпілого. З моїми відповідями на усі зауваження професора В.П. Півненка, викладені ним у зазначеній статті, можна ознайомитися у публікації: Лобойко Л.М. Про "ворогів" українського кримінального процесу // Вісник прокуратури. — 2011. — № 3. — С. 82—88.

ної справи; г) обвинувачений — це законовідступник, злочинець¹. Послідовно у стислому вигляді розгляну зазначені положення.

А) У кримінальному процесі неможливо визначити головного (центрального) учасника кримінального процесу, бо іноді навіть без одного свідка досягнути цілей кримінального судочинства у конкретній кримінальній справі не можна. До того ж, потерпілий може бути не у всіх кримінальних справах. Якщо шкоду заподіяно державі, то тоді головного чи центрального учасника процесу взагалі немає. Правда, у проекті КПК із реєстраційним номером 1233² встановлено, що потерпілим у справі може визнаватися держава в особі її представника (п. 3 ч. 1 ст. 55). Але із впевненістю можна сказати, що така норма не має права на існування і навряд чи вона буде ухвалена у такому вигляді. Держава не може бути потерпілим у кримінальній справі, бо тоді вийде, що держава як потерпілий розшукує, засуджує і карає свого кривдника, тобто розправляється із ним. Це є нонсенсом у сучасній процесуальній теорії і практиці правового регулювання.

Б) "Творці проекту" позбавили не потерпілого права заявляти цивільний позов, а слідчого, прокурора і суд обов'язку скласти зайвий документ — постанову про визнання потерпілого цивільним позивачем. Користі від цієї постанови немає жодної, а складання її займає певний час. Такий підхід сприяє зменшенню формалізації у кримінальному процесі без позбавлення потерпілого прав, пов'язаних із заявленням і розглядом цивільного позову. Окрім того, забезпечується процесуальна економія.

Право на відшкодування шкоди потерпілому за рахунок обвинуваченого (засудженого) передбачено п. 12 ч. 1 ст. 53, а порядок її відшкодування — главою 9 проекту КПК Нацкомісії. Тому твердження автора аналізованої статті щодо позбавлення потерпілого права на відшкодування шкоди є помилковим.

¹ Півненко В. Проект нового Кримінально-процесуального кодексу України: невдачі і прорахунки // Вісник прокуратури. — 2010. — № 11. — С. 36—37.

² Проект Кримінально-процесуального кодексу України, внесений на розгляд Верховної Ради України народними депутатами В.Р. Мойсиком, І.В. Вернидубовим, С.В. Ківаловим, Ю.А. Кармазіним (реєстраційний № 1233 від 13 грудня 2007 року) // http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=31115

В) Автор статті пропонує принципу презумпції невинуватості обвинуваченого протиставити дихотомічну противагу — новий принцип правоти і пріоритетності прав потерпілого. Згідно із цим принципом поведінка жертви злочину до, під час і після вчинення суспільно небезпечного діяння *офіційно* (як це? — Л.Л.) і обов'язково буде вважатися правомірною (законною), а усі сумніви будуть тлумачитися на користь потерпілого. Цей принцип пропонується закріпити у Конституції України і у КПК.

Чесно кажучи, важко уявити собі, як *будь-яка* поведінка жертви злочину до, під час і після вчинення злочину *завжди* (!) є правомірною. А якщо поведінка потерпілого — заінтересованого учасника процесу — буде спрямована на фальсифікацію обвинувальних доказів заради засудження невинуватого і забезпечення відшкодування йому шкоди, завданої злочином? Така поведінка потерпілого теж буде вважатися законною? А якщо під час посягання потерпілий значно перевищив межі необхідної оборони — він не буде нести кримінальну відповідальність? І таких "якщо" багато. Тобто вважати поведінку правомірною можна, а от чи буде вона такою насправді?

Тепер щодо сумнівів на користь потерпілого. На рівні Конституції України закріплено презумпцію невинуватості обвинуваченого, згідно з якою усі сумніви тлумачаться на користь саме цього учасника кримінального процесу. Коли у процесі з'являться два учасника, які одну й ту саму обставину будуть тлумачити на свою користь, то чия позиція — потерпілого чи обвинуваченого — для суду буде визначальною при ухваленні ним рішення? Та й суд не в змозі буде "розірватися" навпіл, тлумачачи одну й ту саму обставину на користь двох осіб, які виконують у процесі різні функції. Висновок — у кримінальному процесі не може бути двох "конкуруючих" презумпцій.

Г) У аналізованій статті її автором пропонується особі, якій злочином завдано шкоду, надавати статус потерпілого з моменту порушення кримінальної справи. Але річ у тому, що кримінальна справа згідно із проектом КПК Нацкомісії не порушується, а процесуальна діяльність розпочинається у автодинамічному порядку відразу після прийняття заяви про злочин. Якщо заявник і жертва злочину є однією особою, то остання, не очікуючи порушення кримінальної справи та постанови про визнання себе потерпілою, набуває прав потерпілого автома-

тично (ч. 2 ст. 52 проекту КПК), про що йшлося вище у цьому підрозділі. Думаю, що такий порядок набуття статусу потерпілого є кращим за пропонування В.П. Півненком.

Г) Без наведення будь-яких "процесуальних" причин автор статті особу, яка ймовірно вчинила злочин (підозрюваного, обвинуваченого, підсудного), називає не інакше як злочинцем або правопідступником. А оскільки це так, то, на його (В.П. Півненка) думку, права потерпілого слід розширювати за рахунок обмеження прав обвинуваченого. Цікаво було б знати, якби (не дай Боже, звичайно) шановному професорові правоохоронці підкинули наркотики чи зброю і порушили у зв'язку із цим кримінальну справу, чи називав би він себе злочинцем до ухвалення вироку судом. Ймовірно, він би сподівався, що суд постановить виправдувальний вирок.

У іншій своїй роботі В.П. Півненко без усякого аналізу положень проекту КПК Нацкомісії і чинного КПК заявляє про те, що "творці законопроекту не змінюють, а навіть значно погіршують процесуальне становище потерпілого. А цього не можна допускати"¹.

Про обсяг прав потерпілого зазначено вище. Тут же хотів би зазначити лише те, що зарубіжні експерти, навпаки, робили зауваження, що потерпілому проектом КПК Нацкомісії надається дуже багато прав, і що він, маючи значні можливості впливати на хід процесу, може навіть заважати слідчому і прокуророві здійснювати кримінальне переслідування. Радник посла США з правових питань Девід Льюїс під час обговорення цієї частини проекту КПК зауважив, що потерпілий із такими широкими правами, які надає йому проект КПК у кримінальному процесі, де діє принцип офіційності (публічності) нагадує ситуацію, коли досвідчений водій (прокурор) керує автомобілем (процесом), а його дружина (потерпілий), котра перебуває на задньому сидінні, увесь час намагається повернути кермо всупереч бажанню водія то вліво, то вправо.

¹ Півненко В.П. Проект нового Кримінально-процесуального кодексу України: прорахунки і недосконалості / Матеріали міжнар. наук.-практ. конф. "Становлення, функціонування та розвиток правових систем сучасності: проблеми науки і практики", присвяченої 145-й річниці створення Одеського нац. ун-ту ім. І.І. Мечникова (м. Одеса, 23 квітня 2010 року). — С. 360.

Американський професор Д. Флетчер у контексті співвідношення приватних і суспільних інтересів у кримінальному процесі зауважив, що небезпека зосередження уваги винятково на правах жертви є серйозною тому, що слугує задоволенню жертви, а покарання скорочується до понять відплати та компенсації, тоді як воно в кінцевому рахунку повинно мати публічний характер і не бути лише питанням приватного обвинувачення. Покарання накладається іменем народу або держави за діяння, які загрожують добробуту усього суспільства"¹.

У своїх тезах В.П. Півненко пише про "презумпцію правості потерпілого"². Про яку "правість" йде мова? Про те, що треба вважати правильним усе, про що потерпілий розповів слідчому? Тоді це питання переходить у площину оцінки доказів. І виходить, що, надавши таке право потерпілому, ми повернемося до "формальної" оцінки доказів. А це крок у XVIII століття. Та і як можна сліпо довіряти усьому, що сказав потерпілий? Він же є заінтересованим учасником процесу. Достатньо згадати відомий фільм "Іван Васильович змінює професію", де потерпілий Шпак утричі збільшував кількість викрадених у нього речей.

Можливо, дискусії із професором В.П. Півненком приділено і забагато уваги, але викладені ним критичні зауваження щодо статусу потерпілого є типовими у сфері дискусій щодо статусу цього учасника процесу.

Про розширення прав потерпілого пише і Ю.М. Мірошніченко, який пропонує доповнити кримінально-процесуальний закон "положеннями, що забезпечать участь потерпілого в судовому розгляді подань слідчого про обрання запобіжного заходу, продовження строків тримання під вартою, направлення обвинуваченого на стаціонарну експертизу, а також надати йому право оскарження постанов суду про відмову у взятті під варту, відмову у продовженні строку тримання під вартою, відмову у проведенні обшуку та виїмки, задоволення подання слідчого про направлення обвинуваченого на стаціонарну експертизу"³.

¹ Флетчер Дж., Наумов А.В. Основные концепции современного уголовного права. — М.: Юристъ, 1998. — С. 123..

² Півненко В.П. Проект нового Кримінально-процесуального кодексу України: невдачі і прорахунки // Вісник прокуратури. — 2010. — № 11. — С. 362.

³ Мірошніченко Ю.М. Посилення процесуального статусу потерпілого як перспективний напрям удосконалення кримінального судочинства // Вісник Верховного Суду України. — 2011. — № 3. — С. 46.

Якщо піти далі, то можна було б запропонувати надати потерпілому право бути присутнім під час складання слідчим обвинувального висновку і затвердження цього висновку прокурором, а також вносити свої зауваження до зазначеного процесуального документу; давати слідчому і прокуророві обов'язкові до виконання вказівки про провадження слідчих дій і прийняття процесуальних рішень тощо. Наступним кроком "посилення процесуального статусу потерпілого" могло б стати повне заміщення прокурора потерпілим (у тих справах, де є такий учасник процесу). Звичайно це є перебільшення. Мають бути якісь межі у розширенні прав потерпілого з урахуванням того, що інтереси суспільства, у тому числі й потерпілого, у кримінальному процесі представляє прокурор.

Мова про розширення прав потерпілого якщо і має йти, то лише у напрямі надання йому додаткових прав щодо участі у доказуванні, у тому числі і факту завдання йому шкоди злочином та розміру цієї шкоди, розміру заявленого цивільного позову. Тобто тих прав, які сприятимуть відновленню прав потерпілого, порушених злочином.

2.4.2. Реформування законодавства в частині регламентації процесуального статусу обвинуваченого, підозрюваного¹ і захисника

1. Щодо терміна "обвинувачений". Радянський період формування і застосування кримінально-процесуального законодавства

¹ Спільний розгляд питання щодо набуття особою процесуального статусу обвинуваченого і підозрюваного обумовлений тією обставиною, що права і обов'язки підозрюваного і обвинуваченого є однаковими за змістом. Позначення однієї й тієї самої особи різними термінами не впливає на її "процесуальну долю". Саме тому у різних державах така особа проходить у своєму "становленні" не лише різноманітні етапи, а й назви. Наприклад, у ФРН лише під час досудового провадження у КПК використовують три різні за змістом терміни: запідозрений, підозрюваний, обвинувачений.

С.І. Пономаренко, С.А. Колосович з цього приводу пишуть про те, що звертає на себе увагу тенденція сучасного законодавця на усунення фактичних відмінностей між статусами обвинуваченого й підозрюваного. З одного боку, ця обставина створює проблему подвійності статусів, що не дозволяє пояснити дійсну необхідність існування тієї самої особи під час досудового розслідування спочатку в ролі підозрюваного, а потім — обвинуваченого. При цьому й той, і інший мають однакові можливості протистояти як обвинуваченню, так і підозрі, які, по суті, є суміжними формами кримінального переслідування (див.: Колосович С.А., Пономаренко С.И. Некоторые проблемы реализации принципа состязательности в досудебном производстве / Проблемы состязательного правосудия: сборник науч. тр. / Под ред. В.Л. Будникова; редкол.: В.Л. Будников (отв. ред.) и др. — Волгоград: Изд-во ВолГУ, 2005. — С. 57—58).

та теоретичного обслуговування цих процесів породив у свідомості не лише населення, яке не має стосунку до юриспруденції, а й у юристів ставлення до обвинуваченого як до злочинця попри декларації про презумпцію невинуватості.

Так, наприклад, відомий російський учений-процесуаліст В.Т. Томін зазначає, що історично так склалося, що розвиток кримінального судочинства йде у бік лібералізації. Значна увага приділяється таким учасникам кримінального судочинства, як підозрюваний і обвинувачений, та застосовуваним до них заходам процесуального примусу. Як приклад він наводить положення Зводу принципів захисту усіх осіб, підданих затриманню або ув'язненню у будь-якій формі¹, принцип перший якого проголошує: "Усі особи, піддані затриманню або ув'язненню у будь-якій формі, мають право на гуманне ставлення і повагу до гідності, що є притаманною людській особистості"².

Учений вважає, що усі ідеї (всього цей документ нараховує тридцять дев'ять принципів) повинні бути поширені не лише на захист прав обвинуваченого і підозрюваного (осіб, які у переважній кількості випадків проваджені у кримінальних справах *спричинили зло* (вид. Л.Л.) іншим особам). Послідовна реалізація цієї ідеї повинна призвести (та тільки поки що не призводить) до повної симетричності прав потерпілого і обвинуваченого³.

Наберусь сміливості заперечити ученому, якого я глибоко поважаю, зауваживши, що: 1) обвинувачений — це ще не той, хто *спричинив зло* іншим особам, бо діє презумпція невинуватості; 2) повної симетричності прав потерпілого і обвинуваченого немає і бути не може бути, як мінімум, з двох причин.

По-перше, така симетричність означала б вирівнювання статусів цих учасників.

¹ Свод принципів защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме — Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН от 9 декабря 1988 г. / Правовое регулирование деятельности органов внутренних дел: сб. нормат. прав. актов: в 3 т. / Отв. ред. В.А. Васильев; сост. Москалькова Т.Н., Черников В.В. — Т. 1. — 2-е изд., доп. и перераб. — М.: БЕТА-Фрейм, 2003. — С. 446.

² Томин В.Т. Уголовный процесс: актуальные проблемы теории и практики. — М.: Издательство Юрайт, 2009. — С. 200. (цит. за: Стратонов В.М. Криміналістична теорія пізнавальної діяльності: монографія. — Херсон: Видавництво Херсонського державного університету, 2009. — С. 170).

³ Томин В.Т. Вказ. праця.

По-друге, урівноваження статусів обвинуваченого (на стороні якого можуть виступати захисники) і потерпілого у кримінальному процесі здійснюється за рахунок участі прокурора — офіційного представника публічних інтересів, до системи яких, безумовно, входять і законні інтереси потерпілого.

Український учений Ю.М. Черноус прямо називає особу, яка лише притягується до кримінальної відповідальності, злочинцем: "Вся процедура кримінального судочинства — це конкуренція прав та інтересів потерпілих і *злочинців* (вид. Л.Л.), інтересів людини і суспільства: будь-яке положення процедури розслідування, будь-який захід, що здійснюється в процесі кримінального судочинства, або захищає інтереси потерпілого і через це обмежує права притягнутого до відповідальності, або забезпечує захист (збільшує його міру) прав винного і, відповідно, зменшує міру захисту прав і інтересів потерпілого від злочину, інтересів суспільства"¹.

Ця позиція викликає подив. Звідки під час досудового розслідування можуть бути "злочинці"? Чому "міра захисту" прав обвинуваченого зменшує "міру захисту" прав потерпілого?

У теорії кримінального процесу традиційно склалося, що права потерпілого протиставляють правам обвинуваченого. Певною мірою це так. Але основне протистояння (змагальність) відбувається не між обвинуваченим і потерпілим, а між обвинуваченим і захисником, з одного боку, і прокурором — з іншого. Через це не можна подавати сукупності прав обвинуваченого і потерпілого як сполучені ємності.

Сам термін "обвинувачений", який застосовано у чинному КПК, має ознаку завершеності діяльності з обвинувачення. Тому академік Національної академії правових наук О.М. Костенко — член робочої групи Нацкомісії — запропонував позначити особу, яка притягується до кримінальної відповідальності, терміном "обвинувачуваний". Таке найменування підкреслювало б, що правоохоронні органи лише здійснюють діяльність із обвинувачення особи, а не "вже" звинуватили її.

¹ Черноус Ю.М. Реалізація принципу змагальності на досудовому слідстві: кримінально-процесуальний та криміналістичний аспекти // Наук. вісник Дніпропетровського держ. ун-ту внутр. справ. — 2009. — № 2. — С. 232.

Ця пропозиція була реалізована у ст. 40 проекту КПК Нацкомісії. Однак робоча група з питань реформування кримінального судочинства не сприйняла цього терміна і повернулася до "звичного", тобто того, що існує у чинному КПК (ст. 45 проекту КПК 2011 року).

2. *Момент набуття особою процесуального статусу обвинуваченого (підозрюваного)*. Цей момент має вкрай важливе значення для забезпечення можливості реалізації обвинуваченим своїх законних інтересів, серед яких особливе місце займає інтерес не бути притягнутим до кримінальної відповідальності або бути притягнутим до відповідальності, але за статтею з менш суворою санкцією чи з урахуванням пом'якшувальних обставин тощо.

Вчасність оголошення особі того, що її обвинувачують (підозрюють) у вчиненні певного злочину має для неї безперебільшене вирішальне значення. Європейський стандарт вирішення цього питання полягає у тому, що особа повинна набувати прав обвинуваченого не за рішенням слідчого чи прокурора, формалізованим у постанові, а автоматично у разі здійснення щодо неї дій, якими вона викривається у вчиненні злочину.

Приміром, у КПК Франції відсутній такий процесуальний документ, як постанова про притягнення як обвинуваченого. "Обвинувачений" з'являється з моменту першої явки особи до слідчого судді (ст. 801). Також не існує такого процесуального документу, на відміну від України та Росії, як обвинувальний висновок. Замість нього складається постанова про притягнення до суду. Законодавець Франції використовує термін *особа, притягнена до розгляду*, замість терміна *обвинувачений*, доки вину особи не буде доведено. Крім того, спочатку здійснюється допит обвинуваченого як "асистованого свідка", а потім пред'являється обвинувачення¹.

¹ Кримінально-процесуальний кодекс Франції // www.ICPO.AT.TUT.BY/crimergru.html

У німецькому кримінальному процесі, як зауважив на одному із засідань робочої групи Нацкомісії професор Шрьодер (експерт Венеціанської комісії за проектом КПК, що розглядався у 2003 році Верховною Радою України), підозрюваним (обвинуваченим) особа стає з моменту першої бесіди із поліцейським, якщо із наявних у останнього даних є відомості про ймовірну причетність особи до вчинення злочину.

Поняття "притягнення як обвинуваченого" тісно пов'язане із поняттям "кримінальна відповідальність". Власну позицію щодо співвідношення цих понять сформулював Конституційний Суд України. У своєму Рішенні від 27 жовтня 1999 року № 9-рп/99 у справі за конституційним поданням Міністерства внутрішніх справ України щодо офіційного тлумачення положень частини третьої статті 80 Конституції України (справа про депутатську недоторканність) Конституційний Суд України зазначив, що кримінальна відповідальність передбачає офіційну оцінку відповідними державними органами поведінки особи як злочинної. Підставою кримінальної відповідальності є наявність у діяннях особи складу злочину, передбаченого кримінальним законом. Це форма реалізації державою правоохоронних норм, яка в кінцевому підсумку, як правило, полягає в застосуванні до особи, що вчинила злочин, конкретних кримінально-правових заходів примусового характеру через обвинувальний вирок суду (абз. 3 п. 2)¹.

У цьому самому Рішенні Конституційний Суд України дійшов висновку про те, що притягнення до кримінальної відповідальності як стадія кримінального переслідування починається з моменту винесення слідчим постанови про притягнення особи як обвинуваченого і пред'явлення їй обвинувачення (абз. 4 п. 3). На підтвердження висновку про те, що у зміст терміна "притягнення до кримінальної відповідальності" вкладається факт пред'явлення особі обвинувачення, Конституційний Суд України наводить існування передбаченої ст. 174 КК кримінальної відповідальності особи, яка провадить дізнання, слідчого або прокурора за притягнення завідомо невинуватого до кримінальної відповідальності з корисливих мотивів чи іншої особистої заінтересованості.

Поняття "обвинувачення" як його тлумачать учені і практики в Україні, наразі не відповідає розумінню його ЄСПЛ.

У справі "*Еклє проти Федеративної Республіки Німеччини*" (1982 рік) ЄСПЛ постановив, що кримінальне обвинувачення

може бути визначено як "офіційне повідомлення особи компетентним органом про те, що вона *підозрюється* (вид. Л.Л.) у вчиненні кримінального злочину".

У справі "*Фоті та інші проти Іспанії*" (1982 рік) ЄСПЛ розширив це поняття, включивши до нього "інші заходи, що припускають таку підозру і які також можуть серйозно вплинути на положення підозрюваного". Європейська комісія і ЄСПЛ вважають, що "серйозно вплинути на становище підозрюваного" можуть такі дії, як видача ордеру на арешт, обшук житла, особистий обшук. З іншого боку, вони вважають, що такий критерій відсутній у разі порушення поліцейського розслідування, допиту свідків, інших дій, котрі не здійснюють безпосереднього впливу на заінтересовану особу¹.

Оскільки Україна ратифікувала ЄКПЛ, судова практика в Україні має йти шляхом, визначеним рішеннями ЄСПЛ, котрі, як відомо, для українських судів є джерелами кримінально-процесуального права. А це означає, що початком притягнення до кримінальної відповідальності слід вважати не лише прийняття рішення про притягнення особи як обвинуваченого, а й інші моменти, пов'язані із застосуванням органами кримінального переслідування заходів, що припускають підозру і які також можуть серйозно вплинути на положення підозрюваного.

Окрім зазначених у наведених рішеннях ЄСПЛ видачі ордеру на арешт (за українським законодавством — постанови судді про взяття під варту), обшуку житла, особистого обшуку, такими заходами за чинним вітчизняним законодавством слід вважати також порушення кримінальної справи, запобіжне обмеження (ст. 98-1 КПК); обрання щодо особи будь-якого запобіжного заходу, у тому числі й тимчасового — затримання (а не лише арешту). Усі перераховані заходи тією чи іншою мірою "справляють безпосередній вплив на заінтересовану особу". Саме тому, наприклад, законодавець передбачив право *заінтересованої особи* оскаржити постанову про порушення кримінальної справи (ст. 98-2 КПК) навіть у тому разі, коли справу порушено за фактом вчинення злочину, але із поста-

¹ Рішення Конституційного Суду України від 27 жовтня 1999 року № 9-рп/99 у справі за конституційним поданням Міністерства внутрішніх справ України щодо офіційного тлумачення положень частини третьої статті 80 Конституції України (справа про депутатську недоторканність) // Офіційний вісник України. — 1999. — № 44. — С. 71.

¹ Гомиен Д. Комментарий к "Европейской конвенции о защите прав человека". — Страсбург: Совет Европы, Служба публикаций и документации, 1995. — С. 32—33.

нови про порушення справи вбачається, що зміст цієї постанови припускає підозру щодо певної особи.

Суттєвий крок у напрямі наближення до європейського стандарту надання особі статусу обвинуваченого і захисту його прав зроблено в Україні з прийняттям Закону України "Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України щодо права свідка на захисника та іншу правову допомогу"¹. Цим Законом ст. 48 і ст. 167 КПК доповнено правилом, згідно з яким захисник, запрошений свідком, має право надавати в присутності слідчого консультації свідку, якщо фактичні обставини у справі можуть бути використані для кримінального переслідування особисто самого свідка або членів його сім'ї чи близьких родичів.

Члени робочої групи Нацкомісії, у тому числі і я, не змогли відійти від традиційного для вітчизняного кримінального процесу положення, згідно з яким для того, щоб особа набула статусу підозрюваного чи обвинуваченого, треба скласти процесуальний документ. У ч. 1 ст. 40 проекту Нацкомісії зазначено, що підозрюваним є особа, якій державним обвинувачем (за проектом КПК 2011 року — прокурором) повідомлено про підозру.

Виписуючи це положення, ми пишалися тим, що нарешті позбавимо український кримінальний процес невизначеності статусу особи, щодо якої немає підстав для затримання чи обрання запобіжного заходу до пред'явлення обвинувачення, але є дані про її причетність до вчинення злочину. Однак з боку європейських експертів прозвучала критика зайвої формалізації набуття особою статусу підозрюваного і залежності вирішення цього питання від волі державного обвинувача (прокурора), лише після вручення яким відповідного повідомлення особа отримувала б права підозрюваного. Але ця критика не переконала членів робочої групи і регламентація формалізованого набуття особою статусу підозрюваного залишилася.

Під час доопрацювання проекту КПК робочою групою з питань реформування кримінального судочинства до підстав

набуття особою статусу підозрюваного було додано затримання за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення (п. 2 ч. 1 ст. 45). Отже, у проекті КПК 2011 року підстави "отримання" прав підозрюваного сформульовані у спосіб "або (вручили повідомлення про підозру) — або (затримали)". Вважаю, що це регулювання є надмірним, а тому — непотрібним. Якщо вже йти шляхом визнання особи підозрюваним через вручення процесуального документа, то він має бути один — повідомлення про підозру. Визнання вручення протоколу затримання за підозрою у вчиненні злочину окремою, самостійною підставою набуття прав підозрюваним, неодмінно потягне у майбутньому запровадження й інших підстав, що будуть пов'язані із обранням інших (окрім затримання) запобіжних заходів.

Обрання запобіжних заходів, у тому числі й затримання, має на меті попередити у майбутньому негативну поведінку підозрюваного. Вони можуть бути обрані і після вручення повідомлення про підозру. Останнє покликане відігравати у кримінальному процесі роль дзвоника для підозрюваного, що сповіщає його про можливість розпочинати діяльність із свого захисту, бо у повідомленні констатується факт, що щодо певної особи з'явилися дані про її причетність до злочину, а також роль пострілу стартового пістолету у змаганні двох сторін.

Водночас слід зазначити, що підозра і обвинувачення як процесуальні категорії можуть існувати і існують на практиці у кримінальних справах, де не встановлено усіх обставин злочину і тому не дано кримінально-правову кваліфікацію дій особи. Таким чином, мова йде про захист обвинуваченого (підозрюваного) від наявних у слідчого фактів, а не від конкретних статей кримінального закону.

Дуже важливо, щоб відповідні права надавалися особі вчасно. Слідчі наразі зацікавлені у відтягуванні моменту притягнення особи як обвинуваченого — надання статусу обвинуваченого. До надання у 2010 році свідкові права на захист взагалі існувала ситуація, коли слідчий мав право пред'явити обвинувачення особі в останній день досудового розслідування безпосередньо перед виконанням вимог ст. 218 КПК щодо ознайомлення із матеріалами кримінальної справи, не очікуючи жодного законного спротиву своїй діяльності зі збирання обвинувальних доказів.

¹ Закон України "Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України щодо права свідка на захисника та іншу правову допомогу" // Відомості Верховної Ради України. — 2010. — № 38. — Ст. 506.

Внесення змін до КПК у 2010 році, про які йшлося вище, виправило цю негативну ситуацію. Таким чином, правове регулювання моменту набуття особою статусу підозрюваного у чинному КПК є більш наближеним до європейських стандартів, ніж у проектах КПК Нацкомісії і робочої групи з питань реформування кримінального судочинства (2011 року).

3. *Хто може бути захисником обвинуваченого (підозрюваного)?* У питаннях регламентації участі у кримінальній справі захисників обвинувачених і потерпілих серед членів робочої групи відбулася гостра дискусія з приводу визначення переліку осіб, які потрібно надати право виконувати функцію захисника.

Питання щодо допуску до участі у кримінальних справах близьких родичів як захисників було вирішене безболісно. Відомо, що близькі родичі по суті перетворили камери, у яких утримуються заарештовані, на кімнати для побачень. Цей аргумент на користь відмови від близьких родичів як захисників у новому КПК переважив аргумент, зміст якого полягає у "підвищеній" (порівняно із адвокатом) мотивації діяльності близького родича як захисника.

Непростим для вирішення робочої групи Нацкомісії стало питання про допуск до участі у кримінальній справі інших фахівців у галузі права, які за законом мають право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи.

Конституційний Суд України у своєму Рішенні від 16 листопада 2000 року № 13-рп/2000 у справі за конституційним зверненням громадянина Солдатова Геннадія Івановича щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України, статті 44 Кримінально-процесуального кодексу України, статей 268, 271 Кодексу України про адміністративні правопорушення (справа про право вільного вибору захисника) визначив, що підозрюваний і обвинувачений мають право вибирати захисником своїх прав серед інших (адвокатів і близьких родичів) і цю особу¹. Слідча і судова практика після цього

¹ Рішення Конституційного Суду України від 16 листопада 2000 року № 13-рп/2000 у справі за конституційним зверненням громадянина Солдатова Геннадія Івановича щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України, статті 44 Кримінально-процесуального кодексу України, статей 268, 271 Кодексу України про адміністративні правопорушення (справа про право вільного вибору захисника) // Офіційний вісник України. — 2000. — № 47. — Ст. 2045.

Рішення пішла шляхом допуску як захисників практично усіх, хто мав диплом про вищу юридичну освіту.

Не заперечуючи висновку, сформульованого Конституційним Судом України, Верховний Суд України через три роки у своїй постанові Пленуму від 24 жовтня 2003 року № 8 зазначив, що суди мають допускати до участі у кримінальній справі як захисників лише тих фахівців у галузі права, яким право надавати правову допомогу встановлене *спеціальним* (вид. Л.Л.) законом (п. 5)¹. Слідча і судова практика зреагували на цю постанову заборорою допуску до участі у справі як захисника іншого фахівця у галузі права, якщо він не надасть документів, визначених спеціальним законом. Який саме закон має бути спеціальним для того чи іншого фахівця у галузі права ні Конституційний Суд України, ні Верховний Суд України, на жаль, не вказали.

Для того, щоб зняти це питання і визначити законом (КПК), хто саме є тими фахівцями, яким дозволено надавати правову допомогу, тобто "підвести" моделі статей КПК під Рішення Конституційного Суду України у справі Солдатова, мною було запропоновано визначити у проекті КПК інших фахівців у галузі права як викладачів кримінального та кримінально-процесуального права. У найпершому варіанті, поданому мною на розсуд робочої групи, відповідна норма мала такий вигляд: "Як захисники допускаються ... викладачі кримінального та кримінально-процесуального права у вищих навчальних закладах третього і четвертого рівнів акредитації, які мають науковий ступінь кандидата або доктора юридичних наук і не менше, ніж трирічний стаж роботи на посадах в органах досудового провадження, прокуратури, суді, пов'язаних із здійсненням кримінального провадження".

У серпні 2007 року цю норму виключили взагалі, зазначивши, що захисником може бути лише адвокат (ст. 35 проекту КПК Нацкомісії станом на 2 серпня 2007 року). Але у кінцевому варіанті проекту, який планувалося подати Президенту України

¹ Постанова Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2003 року № 8 "Про застосування законодавства, яке забезпечує право на захист у кримінальному судочинстві" / Постанови Пленуму Верховного Суду України у кримінальних справах (1973—2004). Офіційне видання / За заг. ред. В.Т. Малярка. — К., 2004.

у березні 2009 року робоча група Нацкомісії повернулася до інших фахівців у галузі права, зазначивши у ст. 42 проекту, що захисником може бути інший фахівець у галузі права, який має науковий ступінь кандидата або доктора юридичних наук. У 2011 році робоча група з питань реформування кримінального судочинства виключила цю норму із проекту.

Вважаю, що викладачам права, які мають наукові ступені, треба надати право бути захисниками у кримінальних справах з таких міркувань. По-перше, для них пріоритетом будуть не гроші (гонорар), а підтримання престижу професії викладача; а, по-друге, викладачі набуватимуть практичного досвіду, який може бути використаний для підвищення рівня викладання відповідних навчальних дисциплін, а отже, і рівня практичної підготовки як майбутніх правоохоронців та суддів, так і адвокатів¹.

4. Чи слід обмежувати кількість захисників, які одночасно можуть захищати одного обвинуваченого (підозрюваного)? Чинний КПК не знає таких обмежень. Це питання, наскільки мені відомо, не було предметом гострих дискусій серед науковців. Попри це робоча група Нацкомісії вирішила обмежити кількість захисників трьома. Робоча група з питань реформування кримінального судочинства збільшила цю кількість до п'яти.

Навіщо потрібні такі обмеження? Значна, нічим необмежена кількість захисників у одного обвинуваченого здатна сприяти затягуванню часу провадження. Причому тривалість провадження у цьому випадку розумною не буде. Законодавець повинен сприяти тому, щоб у КПК було якнайменше законних механізмів затягування часу для прийняття остаточного рішення у кримінальній справі.

2.4.3. Реформування законодавства в частині регламентації процесуального статусу слідчого

1. Співвідношення статусу слідчого і працівника оперативного підрозділу. Питання врегулювання процесуального статусу

¹ У інших державах (ФРН, Польща) існує практика надання викладачам права можливості здійснювати захист у кримінальних справах. Додаткові аргументи на користь цієї позиції див. у: Попелюшко В.О. Кого треба допускати до здійснення захисту у кримінальному процесі // <http://naub.org.ua/?p=302> (15 квітня 2009 року).

слідчого було одним із найбільш дискусійних під час підготовки проекту КПК робочою групою Нацкомісії. Особливо з огляду на те, що слідчий в Україні має цілу низку повноважень, які в країнах з усталеною демократією може мати тільки суд. На етапі досудового слідства повноваження слідчого щодо постраждалих, підозрюваних, обвинувачених осіб та інших суб'єктів процесу наближається до повноважень судді під час судового слідства¹.

Оскільки проектом КПК Нацкомісії не передбачалося поділу органів розслідування на органи досудового слідства і дізнання, то процесуальний статус планувалося надавати будь-якому офіцеру правоохоронного органу, який має право застосовувати норми кримінально-процесуального права.

За задумом членів робочої групи, поділ досудового розслідування на досудове слідство і дізнання не повинен був мати вплив на визначення процесуального статусу посадової особи, яка здійснює досудове провадження. Вона мала б статус слідчого незалежно від форми провадження. На мою думку і думку більшості членів робочої групи, у КПК має бути один термін — "слідчий", тобто та посадова особа, яка безпосередньо здійснює досудове розслідування. Питання про те, хто насправді виконуватиме функцію розслідування, має визначатися шляхом надання компетентними органами, ученими тлумачення цього терміна або врегулювання у так званих статутних законах та відомчих нормативно-правових актах.

Користь від такого врегулювання статусу особи у КПК була очевидною — відразу після отримання первинної інформації про злочин повноважний правоохоронець (за КПК — слідчий) розпочинав би кримінально-процесуальну діяльність. Робити це йому було б легко, бо порушення кримінальної справи не передбачалося.

Але після обговорення проекту КПК у 2008 році у м. Харкові на базі Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого позиція змінилася на 180 градусів. Було вирішено, що слідчий — це усе ж таки особа, яка перебуває на посаді у органі слідства.

¹ Іжак О. Системне реформування правоохоронних органів як базова складова забезпечення верховенства права // http://www.db.niss.gov.ua/monitor/comments.php?show_news=335&catid=10

Робоча група з питань реформування кримінального судочинства під час доопрацювання в 2010—2011 роках проекту КПК від Нацкомісії, сприйнявши положення про те, що слідчий — це не процесуальна роль правоохоронця, а його посада у органі досудового розслідування, запровадила по суті сучасний варіант співвідношення статусу слідчого і співробітника оперативного підрозділу (за чинним КПК — особи, яка провадить дізнання).

У ст. 44 проекту КПК 2011 року зазначено, що оперативні підрозділи Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України, органу, що здійснює контроль за додержанням податкового законодавства, Державної пенітенціарної служби України здійснюють слідчі (розшукові) дії та негласні слідчі (розшукові) дії в кримінальному провадженні *за письмовим дорученням слідчого*, прокурора (ч. 1); співробітники оперативних підрозділів не мають права здійснювати процесуальні дії у кримінальному провадженні за власною ініціативою (ч. 2); доручення слідчого, прокурора щодо проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій є обов'язковими для виконання оперативним підрозділом (ч. 3).

У зв'язку із таким варіантом врегулювання повноважень слідчого і співробітника оперативного підрозділу виникає декілька запитань.

1) Чи кримінальний процес на його досудовій стадії позбавиться формалізму у вигляді "паперового спілкування" слідчих і оперативників під час виконання доручень про провадження слідчих дій? Очевидно, що ні. У такий спосіб регулювання існуючий стан речей (дванадцять етапів виконання оперативним підрозділом доручення слідчого — див. підрозділ 1.2) буде законсервованій у новому КПК.

2) Хто буде виконувати слідчі дії, у тому числі і негласні, у період часу від моменту прийняття і реєстрації заяви у черговій частині до моменту, коли справа потрапить до слідчого? Ніхто. Бо слідчий є "кабінетним працівником". А оперативний співробітник, до якого на вулиці громадяни звернуться із заявою про злочин, не зможе нічого зробити для фіксації слідів злочину і затримання особи, яка його вчинила, без письмового доручення слідчого чи прокурора, тобто за власною ініціативою.

3) Кому саме слідчі будуть давати доручення на провадження слідчих дій, наприклад, у Державній митній службі України чи в

органах державного пожежного нагляду, де оперативних підрозділів не існує і в перспективі, принаймні найближчій, не існуватиме? Окрім того, незрозуміло, яким чином будуть розпочинатися кримінальні провадження у цих відомствах, бо у них не буде не лише оперативних, а й слідчих підрозділів.

2. *Процесуальна функція слідчого.* В.Р. Мойсик, виклавши у своїй статті повноваження прокурора так, як вони регламентовані у проекті КПК за реєстраційним номером 3456-1, запитував: "Якщо функції кримінального переслідування повною мірою передаються прокурору, то якою тоді є роль слідчого в кримінальному судочинстві?". І далі сам же відповів: "Відповідь проста — функції слідчого повинні бути схожими на функції судді, тобто слідчий має бути неупередженим, безстороннім дослідником обставин кримінальної справи, виконуючи відповідні процесуальні дії або самостійно, або за згодою прокурора"¹.

В.Т. Малярєнко поділяє думку про те, що слідчий при проведенні досудового слідства не повинен бути ні обвинувачем, ні захисником, а має бути дослідником, об'єктивним, неупередженим "суддею" на досудових стадіях кримінального процесу.

Що стосується прокурора, то він повинен бути справжнім "процесуальним господарем" на досудовому провадженні кожної кримінальної справи. Він повинен мати повноваження на активне керівництво досудовим розслідуванням².

У зв'язку із викладеною позицією авторитетних науковців виникають запитання: якщо слідчий є "суддею", то яке право має прокурор — кримінальний переслідувач — ним керувати, давати обов'язкові до виконання вказівки про провадження слідчих та інших процесуальних дій? Хіба повинен суддя запитувати згоду у прокурора на провадження процесуальних дій і прийняття процесуальних рішень і бути під наглядом прокурора, починаючи від прийняття заяви про злочин і до затвердження обвинувального висновку?

Слідчий же за такої умови буде виконавцем волі прокурора, який, як зазначає В.Т. Малярєнко, готуватиме державне обвинувачення для підтримання його у суді³. Навіщо обманювати

¹ Мойсик В. Україна матиме прокуратуру європейського типу! // Голос України. — 2005. — № 109 (3609). — 15 червня. — С. 12.

² Малярєнко В.Т. Щодо ролі прокуратури // Голос України. — 2010. — № 235 (4985). — 11 грудня.

³ Там само.

себе, називаючи слідчого "суддею", якщо його процесуальною функцією є не вирішення кримінальної справи, а підготовка під керівництвом прокурора (державного обвинувача) державного обвинувачення (кримінальної справи) до розгляду у суді? Переслідувач (прокурор) має керувати лише переслідувачем (слідчим), а не суддею.

Слідчий у кримінальному процесі не може виконувати іншої процесуальної функції (саме функції — як основного напрямку його діяльності¹), ніж кримінальне переслідування. За чинним кримінально-процесуальним законодавством слідчий виконує саме таку функцію. Прямо про це в законі не говориться. Аналіз же окремих положень КПК свідчить саме про кримінальне переслідування, як про основний напрям діяльності слідчого: слідчий доказує подію злочину та винність у ньому обвинуваченого — пункти 1 і 2 ст. 64 КПК; притягує осіб до кримінальної відповідальності, пред'являючи

¹ Слідчий здійснює діяльність і в інших напрямках: пізнавальному, виховному, профілактичному тощо, але жоден із них не є основним, тобто функцією. Функція досудового розслідування є функцією слідчого. Але це є функція державного органу, тобто та функція, для реалізації якої створюється конкретний орган держави — у цьому разі правоохоронна. Перебуваючи у структурі органів виконавчої влади, слідчий не може виконувати процесуальну функцію розслідування злочинів. Ця функція передбачає неупередженість у діяльності слідчого, якої важко досягти, коли основним показником ефективності слідчої діяльності є кількість кримінальних справ, направлених до суду з обвинувальним висновком. А відомства, в яких працюють слідчі, є суб'єктами, що ведуть боротьбу зі злочинністю.

М.С. Строгович ще в 1957 році вірно писав: "Попереднє слідство — це функція юстиції, а не міліції, і вона не може бути зосереджена в органі, який провадить оперативно-розшукову діяльність" (Строгович М.С. О дознании, предварительном следствии и о Едином следственном аппарате // Соц. законность. — 1957. — № 5. — С. 23).

Такі самі позиції виловлюються і в сучасній літературі (Див., напр.: Янович Ю.П. Організаційно-правові проблеми забезпечення ефективного захисту від обвинувачення у кримінальному процесі України / Право обвинуваченого на кваліфікований захист та його забезпечення: Матеріали міжнар. наук.-практ. семінару, 1–2 грудня 2005 року; м. Харків / Редкол.: В.В. Сташис (голов. ред.) та ін. — К. — Харків: ЦНТ "Гопак", 2006. — С. 79).

Про реформування досудового розслідування і функції слідчого див. також: Коляда П. Здійснення функції розслідування слідчими підрозділами органів внутрішніх справ України та шляхи їх реформування // Юридична Україна. — 2003. — № 3. — С. 5; Сірий М.І. Реформування правоохоронних органів в Європі й Україні // Вісник Верховного Суду України. — 2006. — № 8; Кожевников Г.К. Реформування кримінально-процесуального законодавства як елемент підвищення ефективності діяльності слідчого апарату // Наук. вісник Дніпропетровськ. юрид. ін.-ту МВС України. — 2001. — № 1. — С. 226–232.

їм обвинувачення (ст. 131 КПК); складає обвинувальний висновок — ст. 223 КПК¹.

Слід відзначити, що і у теорії кримінального процесу з'явилися роботи, у яких кримінальне переслідування досліджується як кримінально-процесуальна функція слідчого².

Автори одного із вітчизняних навчальних посібників, критикуючи автора цієї монографії у зв'язку із запропонованою класифікацією учасників за функціями³, зазначають, що вони у своїх попередніх роботах уже довели, що слідчий виконує не лише функцію кримінального переслідування, але й функцію захисту та, частково, вирішення справи (у разі її закриття)⁴. У цьому самому посібнику на с. 21, розкриваючи зміст функції захисту⁵, вони зазначають такі положення, що становлять її зміст: заперечення по суті підозри та обвинувачення; заперечення кваліфікації злочину, наполягання на недостатності доказів тощо⁶. Цікаво було б знати, як може слідчий, висуваючи щодо конкретної особи підозру чи обвинувачення, сам же це і заперечувати. Чи заперечувати кваліфікацію злочину, яку він сам же і виклав та обґрунтував у постанові про притягнення як обвинуваченого. Чи наполягати (перед ким?!), під час досудового слідства на недостатності доказів, зібраних ним же. До речі серед суб'єктів, які виконують функцію захисту, автори згаданого посібника слідчого не зазначають⁷.

¹ До такого самого висновку приводять і результати аналізу положень відомчих нормативно-правових актів, що стосуються діяльності органів досудового слідства. Так, п. 1.2 Положення про основи організації розкриття органами внутрішніх справ України злочинів загальнокримінальної спрямованості, затв. наказом МВС України від 30 квітня 2004 року № 458, органи досудового слідства МВС України зобов'язані розкривати злочини, тобто збирати докази вини особи, яка вчинила злочин, з метою притягнення її до кримінальної відповідальності та відшкодування збитків, завданих злочинною діяльністю.

² Див.: Лоскутов Т.О. Кримінальне переслідування, здійснюване слідчим: монографія. — Дніпропетровськ, Ліра ЛТД, 2011. — 164 с.

³ Йдеться про мій курс лекцій: Лобойко Л.М. Кримінально-процесуальне право: курс лекцій. — К.: Істина, 2005.

⁴ Див.: Литвинчук О.І., Гришин Ю.О., Іваницький С.О. Кримінальний процес України. Загальна частина: навч. посібник. — Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2010. — С. 120.

⁵ Див.: Литвинчук О.І. Процесуальні функції слідчого в умовах реформування кримінально-процесуального законодавства // Досудове розслідування: актуальні проблеми та шляхи їх вирішення: Матеріали постійно діючого науково-практичного семінару, 28 жовтня 2011 року, м. Харків. — Вип. № 3: у 2-х частинах. — Ч. 1. — Харків: ТОВ "Оберіг", 2011. — С. 151.

⁶ Див.: Литвинчук О.І., Гришин Ю.О., Іваницький С.О. Вказ. праця. — С. 21.

⁷ Див.: Литвинчук О.І., Гришин Ю.О., Іваницький С.О. Вказ. праця. — С. 21.

У виданій пізніше роботі один із авторів зазначеного посібника (О.І. Литвинчук) пішов ще далі. Він пропонує і прокурора виключити із учасників сторони обвинувачення, бо, мовляв, слідчий, перебуваючи під його впливом, не зможе бути об'єктивним дослідником обставин справи¹. Виходить, що для того, аби позбавитися обвинувального ухилу, потрібно повернутися до радянської доктрини про "об'єктивних" слідчих, прокурорів, суддів і адвокатів, які усі шукають істину, тобто працюють у єдино правильному напрямі. У такому "ідеальному" кримінальному процесі можливі ситуації, коли слідчий заперечує обвинувачення; захисник, навпаки, шукає докази обвинувачення; суд обвинувачує і виправдовує (частіше, чомусь, обвинувачує), а не розсуджує сторони. На жаль, догми радянських часів виявились живучішими, ніж того можна було очікувати, починаючи процес реформування кримінального судочинства².

Слід зауважити, що забирати у слідчого обов'язок повно і всебічно досліджувати обставини справи не можна. Він повинен працювати у всіх напрямках і "глибоко" вивчати справу. Але ці напрями не можна вважати процесуальними функціями. Процесуальна функція слідчого одна — кримінальне переслідування, бо перед ним ставиться завдання швидко і повно розкрити злочин (ст. 2 КПК), а також встановити винність обвинуваченого (п. 2 ст. 64 КПК). Ця функція є об'єктивно притаманною для органів досудового слідства взагалі і окремого слідчого зокрема.

3. *Щодо врегулювання правового статусу слідчого на рівні окремого закону.* На розгляд Верховної Ради України неодноразово вносилися законопроекти, спрямовані на удосконалення

правого статусу слідчих та створення належних процесуальних гарантій їх діяльності (№ 7440 від 26 червня 2001 року, № 1230 від 17 червня 2002 року, № 4125 від 8 вересня 2003 року, № 2716 від 11 грудня 2006 року), на які Головне науково-експертне управління давало висновки. За результатами розгляду законопроект № 7440 не був прийнятий Верховною Радою України, а законопроекти № 1230 та № 2716 були відкликані суб'єктом права законодавчої ініціативи.

У висновку від 15 липня 2008 року до законопроекту № 1437 "Про статус слідчих" (автор — народний депутат України Г.Г. Москаль) Головним науково-експертним управлінням Верховної Ради України зазначено, що цей законопроект майже повністю відтворює положення проекту № 4125. Цей законопроект неодноразово приймався Верховною Радою України як закон, однак Президент України кожного разу застосовував до нього право вето (яке так і не було подолано). Він аргументував свою позицію тим, що більшість положень Закону, який надійшов на підпис, є відтворенням норм Кримінально-процесуального та Кримінального кодексів України, законів України "Про прокуратуру", "Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей", "Про пенсійне забезпечення військовослужбовців, осіб начальницького і рядового складу органів внутрішніх справ та деяких інших осіб", "Про міліцію", "Про державну податкову службу в Україні", "Про Службу безпеки України" та інших актів законодавства щодо статусу слідчого, його прав та обов'язків, гарантій процесуальної діяльності, умов матеріального забезпечення та соціальних гарантій, а тому відсутні достатні правові підстави для прийняття окремого закону про статус слідчих¹.

У зв'язку з таким висновком законопроект від 3 лютого 2009 року навіть не було включено до порядку денного.

У зазначеному висновку висловлювалася і принципова неприйнятність будь-якого законопроекту, яким би визначався статус слідчого як посадової особи. На думку авторів висновку, існуюча предметна побудова законодавства України враховує

¹ Див.: Литвинчук О.І., Гришин Ю.О., Іваницький С.О. Кримінальний процес України. Загальна частина: навч. посібник. — Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2010. — С. 21.

² Розглянута позиція щодо функції слідчого є притаманною для робіт багатьох українських авторів. І хоч вона вкрита пилом багатьох радянських десятиліть, учені намагаються одягнути на неї сучасне вбрання у вигляді назв, сформульованих у дусі часу з використанням модних нині слів на кшталт "Процесуальні (а) функції (я) слідчого в умовах реформування кримінально-процесуального законодавства". Ознайомившись не з одним десятком статей із розглядуваної тематики, можу констатувати, що нічого нового у науковому аспекті у них немає. Якби не були *умови реформування*, все одно функція розслідування для слідчого залишається непорушною, а слідчий — ні від кого незалежним, об'єктивним дослідником, що за значущістю дорівнює судді. Виникає тільки запитання: "Навіщо у кримінальному процесі два судді?"

¹ Висновок Головного науково-експертного управління Верховної Ради України на проект Закону України "Про статус слідчих" (реєстраційний номер 1437 від 25 січня 2008 року) // http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?pf3511=31516

вимоги конституційних приписів (ст. 19) щодо визначення законом повноважень органів державної влади та їх посадових осіб, а також способу реалізації цих повноважень шляхом прийняття законів з питань діяльності окремих органів державної влади, а не їх окремих посадових осіб. Винятки, з огляду на особливий правовий статус в системі організації влади, становлять Президент України, народні депутати України, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини та судді (ст.ст. 92, 101, 102, 141). З урахуванням вимог Конституції України щодо визначення законом засад судочинства (ст.ст. 92, 129) прийнято ряд процесуальних кодексів, якими регулюється організація досудового та судового слідства, статус учасників процесу.

У разі прийняття окремого закону про статус слідчих такий концептуальний підхід призведе до зміни структурної побудови законодавства України з важко прогнозованими негативними наслідками. У будь-якому випадку виникне необхідність кардинальної зміни законодавчих актів, що охоплюють питання організації і діяльності відповідних органів державної влади, їх посадових осіб, процесуальні повноваження та питання соціального захисту і пенсійного забезпечення тощо з прийняттям натомість законів, що самостійно визначатимуть статус окремих посадових осіб органів державної влади та статус учасників процесу¹.

Через один місяць і дванадцять днів з дня підготовки аналізованого вище висновку Головного науково-експертного управління Верховної Ради України — 27 серпня 2008 року — Кабінет Міністрів України своїм розпорядженням затверджує план заходів щодо реалізації Концепції реформування кримінальної юстиції України², у підпункті 4 п. 2 якого передбачає розробити та подати в установленому порядку проект Закону України "Про систему органів досудового розслідування і статус слідчих".

¹ Висновок Головного науково-експертного управління Верховної Ради України на проект Закону України "Про статус слідчих" (реєстраційний номер 1437 від 25 січня 2008 року) // http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?pf3511=31516

² Розпорядження Кабінету Міністрів України від 27 серпня 2008 року № 1153-р "Про затвердження плану заходів щодо реалізації Концепції реформування кримінальної юстиції України" // <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=1153-2008-%F0>

5 березня 2009 року Міністр юстиції України видав наказ № 202/7 "Про утворення міжвідомчої робочої групи з підготовки проектів законів України "Про систему органів досудового розслідування і статусу слідчих" та "Про прокуратуру" (нова редакція)¹.

За дорученням керівника робочої групи — Міністра юстиції України М.В. Оніщука — автор цієї монографії підготував проект Концепції Закону України "Про органи досудового розслідування і статус слідчих" та проект Закону України "Про органи досудового розслідування і статус слідчих"². Ці документи ґрунтувалися на положеннях Концепції реформування кримінальної юстиції України 2008 року.

Протягом 2009—2010 років ці документи на "круглих" столах були презентовані науковцям, практикам — представникам державних органів, у структурі яких функціонують слідчі підрозділи. За підтримки американської асоціації юристів "Ініціатива з верховенства права" (ABA/ROLI — Україна) було проведено зустріч з неурядовими організаціями, які підтримали ідеї, реалізовані у проектах Концепції і Закону України. Висловлені зауваження було враховано.

Основними новаціями проекту Закону України "Про органи досудового розслідування і статус слідчих" була система органів розслідування, до якої входили: 1) національна поліція; 2) фінансова поліція; 3) військова поліція; 4) слідчий підрозділ Служби безпеки України; 5) спеціально утворений орган досудового розслідування корупційних правопорушень (антикорупційний орган), а також керівники дипломатичних представництв та консульських установ; капітани морських суден, що перебувають у далекому плаванні; командири кораблів; керівник Української антарктичної експедиції на станції "Академік Вернадський".

Передбачалося встановити положення, згідно з яким до слідчого повинен застосовуватися Закон України "Про державну службу" у частині проходження ним служби в органах досудового розслідування, службової кар'єри, припинення служби, матеріального та соціально-побутового забезпечення. Це поло-

¹ Наказ Міністра юстиції України від 5 березня 2009 року № 202/7 "Про утворення міжвідомчої робочої групи" // <http://www.minjust.gov.ua/0/news/19216>

² Під час роботи над проектами Концепції і Закону було прийняте рішення виключити слово "система" із їхньої назви.

ження було покликане ліквідувати службу ("військову") підпорядкованість слідчих начальникам міліції шляхом зняття погонів у слідчих, яка часто застосовується на практиці для залучення слідчих до виконання функцій, не пов'язаних із розслідуванням злочинів.

Статтею 21 проекту Закону України встановлювалося, що притягнути слідчого до кримінальної відповідальності має право прокурор області та прирівняні до нього прокурори і лише у межах визначеної законом компетенції.

Цей Закон повинен був зайняти проміжне місце між КПК (процедурні питання) і відомчими інструкціями (організація діяльності), які іноді дублюються у КПК.

Він був потрібен для затвердження одноманітності у правовому статусі слідчих. Наприклад, протягом певного часу (2009—2010 роки) у системі МВС існувало дві вертикалі органів досудового слідства: 1) загальна (звичайна); 2) у системі Головного управління боротьби з організованою злочинністю — ГУБОЗу. Статус слідчих у них був різним: перші підкорялися Головному слідчому управлінню, а другі — керівникові ГУБОЗу; у перших вислуга років зараховувалася рік за рік, а у других — рік за півтора.

Прийняття такого Закону певною мірою сприяло б стабільності правового статусу слідчих. Він покликаний був "зібрати під одним дахом" усі органи слідства і слідчих.

Проект Закону був позбавлений недоліків, на які свого часу (15 липня 2008 року) вказувало Головне науково-експертне управління Верховної Ради України.

Однак після виборів Президента України 2010 року робота над зазначеними документами була згорнута.

4. Місце і роль слідчих в системі реформованого кримінального судочинства. У принципі питання щодо місця і ролі слідчих у системі судочинства не є суто процесуальним. Але воно значною мірою впливає на процесуальні питання провадження у кримінальних справах, що і змушує хоча б стисло розглянути його у цій монографії.

Дискусія з цього питання триває протягом багатьох років. Наводити варіанти вирішення питання, які були запропоновані всіма учасниками дискусії, немає жодної потреби. Всі, хто цікавиться проблемами кримінального процесу, напевно, знайомі з відповідними публікаціями.

Тут же достатньо зазначити, що всі точки зору зводяться до чотирьох різних положень: 1) слідчі органи мають бути залишені в тих відомствах, в яких вони знаходяться на сьогодні (це положення обстоюється керівниками відповідних відомств); 2) слідчі органи необхідно вивести із підпорядкування окремих міністерств і утворити єдиний слідчий апарат; 3) слідчі органи повинні знаходитись у структурі судів, де треба ввести посади слідчих суддів чи судових слідчих; 4) підпорядкувати слідчий апарат у процесуальному плані прокуророві, позбавивши слідчого повноважень щодо пред'явлення обвинувачення, обрання запобіжного заходу та складання обвинувального висновку¹. Подібна підпорядкованість слідчого апарату дістала назву "прокурорське дізнання". Яскравим представником такої моделі підпорядкованості слідчого апарату є ФРН².

Стисло розглянемо кожну із зазначених позицій.

1) Жоден із державних органів, в структурі яких є слідчі підрозділи (органи внутрішніх справ, прокуратура, Служба безпеки України і податкова міліція), не збирається відмовлятися від них і передавати до суду чи "під дах" єдиного у державі слідчого апарату. Навряд чи відмовляться керівники цих відомств від наділених такими владними повноваженнями (порушувати кримінальні справи, притягати осіб як обвинувачених, ставити питання про арешт) і підпорядкованих їм організаційно підрозділів, тобто до запровадження в Україні "прокурорського дізнання".

31 січня 2003 року мені довелося брати участь у проведенні круглого столу "Місце і роль досудового слідства в системі кримінального судочинства України та шляхи їх реформування", в роботі якого взяли участь представники всіх правоохоронних органів, в яких існують слідчі підрозділи, працівники інших

¹ Я навмисно не зачіпаю питання про створення в Україні Національного бюро розслідувань чи іншого органу слідства, покликаного боротися із корупційними злочинами у вищих ешелонах влади, бо є противником цього. Цілком поділяю погляд на цю проблему В.Р. Мойсика (див.: Мойсик В.Р. Необхідність створення в Україні Національного бюро розслідувань: критичний погляд // Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика). — 2005. — № 12: http://mndc.naiu.kiev.ua/Gurnal/12text/g12_02.htm).

² Про наукову дискусію з цього питання див.: Погорецький М.А. Кримінально-процесуальні правовідносини: структура і система: монографія. — Харків: Арсіс, 2002. — С. 47—56.

заінтересованих установ і організацій, народні депутати та провідні вчені України. Жоден із представників відомств, де функціонують слідчі апарати, не висловився за передачу їх в інше відомство чи ліквідацію. Навпаки, у виступах звучала необхідність їх збереження і передавання до підслідності нових складів злочинів¹.

Наведу позицію тодішніх керівників слідчого апарату двох відомств — МВС України (П.В. Коляда) і СБУ (А.С. Головін), презентовану ними під час цього круглого столу. Обидва керівники висловилися категорично проти виведення слідчих підрозділів із підпорядкування відповідно МВС і СБУ і створення єдиного слідчого апарату (комітету). А чинний тоді Міністр внутрішніх справ Ю.О. Смірнов зазначив, що "виведення слідчих апаратів зі складу відомств — це політика, амбіції і до того ж суспільство не готове реалізувати ідеї зі створення єдиного слідчого апарату, а розосередження слідчих в різних відомствах узгоджується із традиціями"².

За збереження органів слідства у структурі прокуратури висловився О.М. Бандурка, аргументувавши свою позицію тим, що тільки слідчі прокуратури можуть розслідувати кримінальні справи про злочини, вчинені правоохоронцями і державними службовцями 1—2 рангів³. На жаль, О.М. Бандурка не пояснив, хто має розслідувати злочини, вчинені працівниками прокуратури. За його логікою, для таких випадків слід утворити якийсь новий незалежний орган слідства. Та й як можна стверджувати про необхідність існування слідства у прокуратурі, коли Конституцією України це заборонено. Такі позиції "задовольняють ... нездорові відомчі інтереси (вид. Л.Л.) та істотно суперечать загальнолюдським цінностям судочинства, котрі гарантують непорушність прав людини та її свобод,

¹ Із загальною інформацією про роботу цього круглого столу можна ознайомитися у публікації О. Романова (див.: Романов О. Система органів досудового слідства // <http://www.ucipr.kiev.ua/modules.php?op=modload&name=News&file=article&sid=3863>).

² Цікаві пропозиції з приводу визначення державних органів, що повинні здійснювати розслідування, див. у: Михайленко А.Р. Еще раз о том, какой орган должен проводить предварительное расследование / Актуальные проблемы уголовного процесса и криминалистики на современном этапе: Межвуз. сб. науч. трудов. — Одесса, 1993. — С. 36—42.

³ Матеріали круглого столу не були опубліковані, тому висловлювання його учасників наводяться за особистими записами автора.

зокрема рівності учасників процесу, змагальності, права на захист"¹.

Більш того, інші державні органи також не проти утворити в своїй структурі слідчі підрозділи. З кінця 90-х років минулого століття питання про це ставиться Державною митною службою України. Митні органи є органами дізнання у кримінальних справах про контрабанду, а розслідування контрабанди належить до предмету відання (підслідності) слідчих органів безпеки. Аргументація прихильників запровадження посад слідчих в митних органах зводиться до того, що юристи, яких готує Академія митної служби України, мають змістовний і освітньо-кваліфікаційний рівень не нижчий, ніж випускники Національної академії Служби безпеки. У цьому, можливо, вони і мають рацію. Але чи буде корисним перебирання кримінально-процесуальної компетенції слідчого із судовими повноваженнями, про що йшлося вище, органами, наділеними компетенцією щодо здійснення дізнання?

2) Утворення окремого, єдиного у державі слідчого органу саме по собі не забезпечить очікуваного результату, тобто підвищення ефективності боротьби зі злочинністю. Натомість може виникнути ситуація "узурпації слідчої влади" у державі. Утворення єдиного слідчого апарату не позбавить правоохоронні органи необхідності здійснювати слідство у період часу, що передує передаванню кримінальної справи до слідчого.

Відірваність слідчого апарату від інших правоохоронних органів створить додаткові проблеми, пов'язані із передаванням

¹ Гончаренко В. Деякі зауваження у зв'язку з прийняттям нового Кримінально-процесуального кодексу України // Вісник Академії правових наук України. — 2003. — № 2—3. — С. 699.

Задоволення відомчих інтересів стоїть на заваді позбавлення Служби безпеки України правоохоронної функції, якою є досудове розслідування. Проведення останнього цією Службою суперечить пропозиціям ПАРЄ щодо роздільного правового статусу спецслужб, що виконують завдання із забезпечення державної безпеки, і правоохоронних органів. Зокрема, ПАРЄ пропонує, щоб внутрішні служби безпеки не мали права провадити кримінальні розслідування, арешти та затримання, а також брати участь у боротьбі з організованою злочинністю, за винятком випадків, коли організована злочинність явно загрожує порядку у демократичному суспільстві (п. 6 Рекомендації № 1402 (1999)). Однак у проектах КПК рекомендації ПАРЄ ігноруються і на СБУ покладається функція провадження досудового слідства у кримінальних справах про економічні та інші злочини (див. ч. 4 ст. 199 проекту КПК від Нацкомісії; ч. 2 ст. 214 проекту КПК 2011 року).

матеріалів розслідування від правоохоронного органу до слідчого комітету. Ще більше будуть формалізовані процедури виконання доручень оперативними підрозділами¹.

Ідея створення єдиного слідчого органу є привабливою лише на перший погляд. Можна зрозуміти її прибічників: хочеться вивести слідчі підрозділи із підпорядкування начальника органу дізнання². Так, питання незалежності слідчих від цих начальників буде вирішене. Але слідчі потраплять під залежність від інших начальників у своєму ж відомстві.

Чомусь так вважається, що слідчий завжди є ідеалом у роботі, а начальник є не порядним, таким, що заважає слідчому нормально виконувати свої функціональні обов'язки.

Повна незалежність посадовця, який виконує державні функції, є неможливою. Її не уникнути навіть якщо слідчих призначатиме на посаду сам Президент України³. Та й призначення Президентом України не забезпечить учасників процесу від порушень закону слідчим. Треба нарешті зрозуміти одну просту річ, що навіть за існуючої ієрархії у відносинах слідчого із начальником слідчого відділу та начальником районного від-

¹ Голова робочої групи з підготовки проекту КПК РФ, який був ухвалений парламентом РФ і діє наразі, О.Б. Мизуліна, свого часу зазначала, що її робочій групі поєднати слідство, зробити його достатньо організаційно однорідним не вдалося, і Федеральну Службу Розслідувань (єдиний в організаційному плані орган слідства у РФ) довелося із КПК прибрати (Мизуліна Е.Б. Чиновник может жить припеваючи без УПК // <http://old.polit.ru/documents/423940.html> (станом на 13.06.2009).

Хоча О.Б. Мизуліна і жалкує за цим. Вона сподівалася, що "через якийсь час, коли почне діяти новий КПК, усі переконаються, що немає сенсу так розділяти слідство. ... самостійне слідство стане реальністю" (Мизуліна Е.Б. Чиновник может жить припеваючи без УПК // <http://old.polit.ru/documents/423940.html> (станом на 13.06.2009). Однак дев'ять років дії КПК, як виявилось, є недостатнім часом, щоб "усі" усвідомили, що не можна розділяти слідчі підрозділи. Наразі досудове слідство в РФ здійснюють органи слідства у чотирьох відомствах (ст. 151 "Підслідність" КПК РФ).

² Наразі в МВС України провадиться експеримент із виведення слідчих підрозділів із підпорядкування начальників органів дізнання. Наказом від 15 червня 2011 року № 336 "Про проведення експерименту щодо апробації вертикальної системи підпорядкування слідчих підрозділів органів внутрішніх справ України" передбачено, що з 1 липня 2011 року до 30 червня 2012 року слідчі підрозділи будуть підпорядковані по вертикалі Головному слідчому управлінню.

³ Така пропозиція висловлювалася в юридичній літературі (див.: Тертишник В.М. Кримінально-процесуальне право України: підручник. — 4-е вид. доп. і переробл. — К.: А.С.К., 2003. — С. 130). Хоча незалежність, встановлена у правових нормах, усе-таки певною мірою зменшує загрозу впливів на слідчого. Водночас не можна покладатися лише на добре виписані норми про незалежність слідчого.

ділу внутрішніх справ начальник не повинен давати слідчому протизаконні вказівки. Надання таких вказівок, врешті-решт, суперечить Конституції України та чинному законодавству.

У державі, де панують корупційні відносини, як повна залежність, так і повна незалежність може обернутися на шкоду людям.

Приміром, у Конституції України та її законах питання незалежності судів і суддів регламентовані дуже якісно. Але хто може поручитися, що українські суди є незалежними, а ті, що дійсно є такими, не є корумпованими і вирішують кримінальні справи на підставі принципу верховенства права, тобто справедливо, незалежно від того хто і як "поколядував" у їхньому службовому кабінеті?

Голова Ради Федерації Федеральних зборів РФ С. Миронов говорить про те, що судова влада в Росії сьогодні нікому не підкоряється, вони (представники судів) контролюють самі себе, оберігають честь насамперед власного мундиру, не виносять сміття насамперед із власної або наданої іншою гілкою влади хати¹.

Незалежність органів і посадових осіб, які здійснюють кримінальне провадження, дійсно має бути. Але це повинна бути незалежність від стороннього впливу. Це означає, що слідчий, прокурор і суддя мають бути захищені від незаконного впливу суб'єктів, які не виконують кримінально-процесуальних функцій у конкретній кримінальній справі, тобто тих, що знаходяться поза процесом (поза середовищем функціонування кримінального судочинства). Залежність (законний вплив) же слідчого від прокурора, а також їх обох від суду є бажаною, щоб процес не перетворився на суцільне свавілля ні від кого незалежного слідчого чи прокурора або судді.

Окрім того, незалежність є бажаною і корисною тоді, коли результат діяльності є важливим для того, хто її здійснює. Слідчий же здійснює процесуальну діяльність для прокурора, тобто готує для нього обвинувачення. І бути незалежним від прокурора слідчий просто не може бути².

¹ Сидібе П. К обороне готов. Сергей Миронов призвал быть готовым к защите России // Российская газета. — 2007. — 25 июля. — С. 3.

² За винятком хіба що ситуацій, коли в законі буде регламентовано, що слідчий сам формує обвинувачення під час досудового провадження і потім підтримує його у суді.

3) Передавання функції досудового розслідування до суду шляхом утворення там посади слідчого судді (судового слідчого)¹, який би не тільки контролював обмеження слідчими і прокурорами конституційних прав учасників процесу, а й особисто здійснював досудове провадження від початку до кінця, є неприйнятним з тих позицій, що слідчий суддя буде "відірваним" від правоохоронного органу. Спілкування його з органом правоохорони знову ж таки матиме заформалізований характер.

У Європі наразі не залишилося держав, у правових системах яких би зберігалася посада слідчого судді.

У 2007 році Ніколя Саркозі побудував свою передвиборчу програму на ідеї скасування посади слідчого судді. Після перемоги на виборах у 2009 році він таки домігся її скасування. Більш того, він пишається своєю перемогою над слідчими суддями².

Німеччина ще у 1975 році скасувала посаду слідчого судді на користь одноосібної відповідальності прокуратури і їй на сьогодні — як і в багатьох інших правових системах — відомий тільки так званий слідчий суддя у питаннях щодо надання дозволу або прийняття рішення стосовно втручання у сферу свобод підозрюваного/обвинуваченого та інших осіб на досудовій стадії.

У Швейцарії після десятирічної підготовки восени 2010 — року набуває чинності (на заміну старих до цього часу діючих 29 окремих КПК різних кантонів та самої Федерації) новий єдиний для всієї Федерації Кримінальний процесуальний кодекс. Цей новий Кодекс переходить від моделей із слідчим суддею, які до цього часу переважали в згаданих вище численних КПК, до моделі прокуратури³.

¹ Такі пропозиції висловлювалися у сучасній юридичній літературі (див.: Шахун В.І. Реформа органів кримінальної юстиції. Стратегія і тактика // Дзеркало тижня. — 2005. — № 32 (560). — 8—14 жовтня.

² Gilles Sainati. L'indépendance de la justice n'est plus un dogme // Le Monde diplomatique. — 2009. Зреферувала Іванка Піняк: Незалежність правосуддя перестала бути догмою // <http://www.zgroup.com.ua/article.php?articleid=2857>. Див. про це також: У Франції готують нову версію судової системи // <http://www.pravodom.com/trudove/74/1179>

³ Штанге А. Статус осіб, які здійснюють кримінально-правові розслідування в Німеччині (на замовлення Німецького Фонду міжнародного правового співробітництва). — 2009. — С. 2. Текст цього аналізу не публікувався, а був у 2009 році наданий членам міжвідомчої робочої групи з підготовки проектів законів України "Про систему органів досудового розслідування і статусу слідчих" та "Про прокуратуру" (нова редакція) у перекладі українською мовою.

4) Новітня тенденція у великій частині Європи спрямовується у бік зменшення ролі слідчого судді та схиляється до передачі саме прокуратурі значної частини відповідальності як за відкриття, так і за здійснення провадження з розслідування відповідно до принципу офіційності¹.

Покладати в Україні на прокуратуру обов'язок здійснювати усі розслідування не можна з двох причин.

По-перше, прокуратура не має таких ресурсів (людських і матеріальних), як міліція та інші правоохоронні органи, а тому вона просто "не потягне" таке навантаження.

По-друге, і це є основною перешкодою, Конституція України забороняє прокуратурі здійснювати слідство.

Тому функцію розслідування доречно залишити за тими правоохоронними органами, які її здійснюють наразі, позбавивши їх водночас суддівських повноважень. Тобто перейти на систему "прокурорського дізнання", що і намагалася зробити робоча група Нацкомісії. Головною проблемою при цьому було "узгодження" повноважень прокурора і начальника слідчого підрозділу щодо керівництва досудовим розслідуванням. На мою думку, ця проблема успішно вирішена у проекті КПК Нацкомісії і залишилася незмінною у проекті 2011 року.

2.4.4. Реформування законодавства в частині регламентації процесуального статусу державного обвинувача (прокурора)

1. Загальні зауваження. Прокуратура перебуває у стані перманентного реформування. Затягування процесу реформування органів прокуратури пов'язане в першу чергу із принциповою невизначеністю її місця в системі органів державної влади. Невизначеність місця прокуратури в системі влади тягне невизначеність її функцій як державного органу взагалі і кримінально-процесуальних функцій зокрема.

Згідно із ст. 121 Конституції України на прокуратуру покладаються наступні функції: 1) підтримання державного обвинувачення в суді; 2) представництво інтересів громадянина або держави в суді у випадках, визначених законом; 3) нагляд за

¹ Штанге А. Статус осіб, які здійснюють кримінально-правові розслідування в Німеччині (на замовлення Німецького Фонду міжнародного правового співробітництва). — 2009. — С. 2.

додержанням законів органами, які проводять ОРД, дізнання, досудове слідство; 4) нагляд за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах, а також при застосуванні інших заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян.

Окрім того, Законом України від 12 липня 2001 року "Про внесення змін до Закону України "Про прокуратуру" закріплено положення, згідно з яким прокуратура продовжує виконувати, відповідно до чинних законів функцію нагляду за додержанням і застосуванням законів та функцію досудового слідства — до введення в дію законів, що регулюють діяльність державних органів з контролю за додержанням законів, та до формування системи досудового слідства і введення в дію законів, що регулюють їх функціонування (ч. 2 розділу 2). Наявність у прокуратури таких функцій не дає підстав для віднесення її до жодної із гілок державної влади¹.

Але прокуратура наділена суттєвими владними повноваженнями. В літературі частіше говорять про органи прокуратури як про владу: прокурорсько-обвинувальну²; прокурорську³, а не

¹ Автори курсу лекцій "Прокурорський нагляд в Україні" стверджують, що "якщо колись прокуратура України буде позбавлена функцій загального нагляду, а також функції досудового слідства, тоді безсумнівно вона буде забезпечувально-судовим органом, тобто репрезентуватиме судову владу" (Прокурорський нагляд в Україні: курс лекцій для студентів юридичних вищих навчальних закладів / Нор В.Т., Береський Я.О., Когутич І.І., Котик З.Д., Гузела М.В. та ін.; за ред. В.Т. Нора. — Львів: Тріада плюс, 2002. — С. 11).

Ю.П. Янович пише: "На сьогоднішній день можна констатувати, що прокуратура України фактично є органом виконавчої влади, що, безперечно, суперечить уявленню про її дійсне призначення в державі. Якщо зважати на тенденції до європейської інтеграції, які панують у суспільстві, то слід зазначити, що в організаційному і правовому аспекті прокуратура повинна стати складовою судової гілки влади, а основною її функцією має бути висунення обвинувачення щодо особи та його підтримання у суді" (Янович Ю.П. Організаційно-правові проблеми забезпечення ефективного захисту від обвинувачення у кримінальному процесі України / Право обвинуваченого на кваліфікований захист та його забезпечення: Матеріали міжнар. наук.-практ. семінару, 1—2 грудня 2005 року; м. Харків / Ред. кол.: В.В. Сташис (голов. ред.) та ін. — К. — Харків: ЦНТ "Гопак", 2006. — С. 78).

² Прокурорський нагляд в Україні: курс лекцій для студентів юридичних вищих навчальних закладів / Нор В.Т., Береський Я.О., Когутич І.І., Котик З.Д., Гузела М.В. та ін.; за ред. В.Т. Нора. — Львів: Тріада плюс, 2002. — С. 13.

³ Грицаєнко Л. Роль та місце прокурорської влади у системі державних органів // Прокуратура. Людина. Держава. — 2005. — № 5. — С. 43—46; Давиденко Л. Прокурорська влада // Прокуратура. Людина. Держава. — 2004. — № 7. — С. 35—41.

наглядову. Найменування влади прокуратури за назвою однієї із здійснюваних нею функцій (будь-то обвинувачення, нагляд чи представництво) є неправильним, бо воно не може охопити увесь функціональний спектр діяльності прокуратури. Тому влада, здійснювана прокуратурою як державним органом, має називатися *прокурорською владою*¹.

2. *Прокурор — обвинувач (переслідувач) чи наглядач за законністю?* Відомо, що у кримінальному процесі прокурор формально є одночасно і обвинувачем, і наглядачем за дотриманням законів². Ці положення визначають загальні підстави участі прокурора у кримінальному процесі. Останні були сформульовані М.В. Муравйовим ще в 1892 році, але не втратили свого значення і в наш час. Положення про ці підстави він назвав "принциповим вченням про головні підстави всієї прокурорської діяльності у кримінальних справах". Це вчення "може бути резюмоване наступними положеннями: будучи обвинувачем, прокурор як урядовий орган зобов'язаний переслідувати злочини в суспільних інтересах; але будучи водночас охоронцем закону, він здійснює це переслідування в ім'я закону, виключно для досягнення істини і до того ж так, що до суду на нього покладається неупереджена участь у попередньому дослідженні, а на суді, де прокурор вже діє як справжній обвинувач, права його урівноважуються правами підсудного, хоча й тут прокуророві забороняється будь-яка однобічність і будь-яке захоплення на користь обвинувачення. Додаючи до цього загального висновку наукові або теоретичні поняття кримі-

¹ Про роль прокуратури у кримінальному судочинстві інших держав див.: Мичко М.І. Прокуратура та інші органи обвинувачення в країнах світу: навч. посібник. — Донецьк: ТОВ "Цифрова типографія", 2010. — 417 с.

² Л.М. Давиденко з 1988 по 1998 роки проводив опитування прокурорів у Харківському інституті підвищення кваліфікації прокурорських кадрів на предмет того, ким вони себе почувають: охоронцями закону чи обвинувачами. Одержані в результаті опитування дані підтверджують висновок про функціональну роздвоєність діяльності прокурора на досудовому провадженні. До 1991 року більше половини опитаних прокурорів вважали себе охоронцями законності, а після 1991 року більше половини — обвинувачами (Див.: Давиденко Л.М. Прокурор на попередньому слідстві: охоронець закону чи обвинувач? // *Весы Фемиды*. — 2000. — № 3. — С. 22). Автор правильно вважає, що лише зміщення акцентів в діяльності прокуратури в бік обвинувальної функції дозволить вийти з правової колізії, що склалась на слідстві. Окрім того, це, на його думку, надасть слідству змагальний характер, що забезпечить більш надійний захист прав його учасників (Див.: Давиденко Л.М. Вказ. праця. — С. 24).

нального процесу, ми віднайдемо, що кримінальна діяльність прокурорського нагляду заснована: а) на поєднанні завдань *обвинувального із законоохоронним*; б) на обов'язку *неупередженості*; в) на превалюванні начала *слідчого* із багатьма, втім, виявами змагального начала; г) на пануванні *суспільного або публічного начала* в певному співвідношенні з приватними елементами процесу, і нарешті д) на застосуванні начала *законності*, пом'якшеному його *доцільністю*. Всі ці основні принципи при їх здійсненні в законі і на практиці перебувають між собою в тісному зв'язку і постійній взаємодії. Вияв їх можна прослідкувати у всіх приписах закону про права і обов'язки прокурорського нагляду: це фундаментальні устої, на які спирається або навколо яких здійснюється вся його судово-кримінальна робота"¹.

В.В. Кулаков, досліджуючи суть прокурорського нагляду за додержанням законів при проведенні дізнання та досудового слідства, цілком слушно зазначив, що "покладені на прокуратуру завдання поділяються на дві групи. Одна з них покликана сприяти розкриттю злочинів, виконанню вимог закону про невідворотність відповідальності за вчинений злочин, а друга — охороні прав і законних інтересів громадян, які знаходяться під слідством, а також інших юридичних та фізичних осіб, які втягнуті у кримінальний процес. Названі завдання перебувають у відносинах конкуренції, тому що виконання на практиці перших завдань не сприяє та навіть в окремих випадках перешкоджає виконанню інших". У зв'язку з цим автор пропонує "визначити на законодавчому рівні пріоритети завдань прокурора в цій сфері, поставивши на перше місце ті з них, що пов'язані з правоохоронною діяльністю прокуратури"².

Висловлена пропозиція завідомо не може бути втілена в законодавство, бо закон не знає понять "перше місце", "друге місце" чи якое інше місце, які б відображали пріоритетність

¹ Муравьев Н.В. Общие основания прокурорской деятельности по уголовным делам / Дореволюционные юристы о прокуратуре: сборник статей / Науч. ред., сост. С.М. Казанцев. — СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. — С. 107.

² Кулаков В.В. Проблемы организации работы аппарата областной прокуратуры по нагляду за додержанням законів органами, що здійснюють оперативнорозшукову діяльність, дізнання та досудове слідство: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.10. — Харків: Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого, 1999. — С. 6.

значущості тих чи інших положень. Всі положення закону мають однакове за силою значення. Тому сформулювати пріоритети завдань прокурорського нагляду (ранжирувати їх) на законодавчому рівні навряд чи вдасться.

Прокурор у кримінальному процесі є представником обвинувальної влади. Головною його функцією є підтримання державного обвинувачення в суді¹. Нагляд прокурора за законністю в діяльності слідчого здійснюється для того, щоб слідчий, не порушуючи закону, викрив обвинуваченого у вчиненні злочину. Бо порушення слідчим законів під час формування системи доказів обвинувачення матиме наслідком неможливість для прокурора підтримувати обвинувачення в суді².

Саме у зв'язку із зазначеною обставиною прокурор змушений наглядати за законністю в діяльності органів дізнання і досудового слідства. Метою такого нагляду є попередження порушень закону цими органами і вжиття до них відповідних заходів реагування. Ця мета кардинально відрізняється від

¹ З 2001 року суд законом виведений із кола суб'єктів кримінального переслідування. Він лише вирішує справу. Обов'язок повного, всебічного і об'єктивного дослідження доказів у суді покладений лише на прокурора. Саме тому наказ Генерального прокурора України від 19 вересня 2005 року № 5гн з питань підтримання державного обвинувачення завданням прокурора в суді називає реалізацію цих повноважень. Усупереч цьому кожний проект Закону України "Про прокуратуру" (їх було декілька, в останньому — ст. 34) продовжує стверджувати положення радянських часів, що завданням прокурора є сприяння суду у всебічному, повному і об'єктивному розгляді справи, чим, вважаю, ставить процес з "ніг на голову" (див.: Функція кримінального переслідування прокуратури та напрями оптимізації прокурорської діяльності у її виконанні // <http://udik.com.ua/books/book-1541/chapter-55425/>).

² У окремих випадках прокурор навіть може "не помітити" певних порушень закону з боку органів дізнання і досудового слідства. Так, "на жаль, від прокурора не варто очікувати проведення розслідування за скаргами на жорстоке поведіння, коли його причиною було прагнення домогтися від особи зізнання. Оскільки зізнання, ймовірно, становитиме центральну опору прокурорського обвинувачення, від прокурора марно очікувати прагнення поставити під сумнів правдивість зізнання через перевірку того, чи не здобули його під примусом. Декілька представників адвокатури назвали це "конфліктом інтересів". ... Цей "конфлікт інтересів (точніше — конфлікт функцій) більшість визнала як ключову проблему для прокурорів" (див.: Мардох Д. Боротьба з жорстоким поведінням і безкарністю та ефективне розслідування жорстокого поведіння. Доповідь по Україні. — К.: К.І.С., 2010. — С. 101). Мова тут йде про конфлікт функцій нагляду за законністю і кримінального переслідування. Як бачимо із доповіді консультанта спільної програми ЄС та РЄ "Боротьба з жорстоким поведінням і безкарністю" професора Д. Мардоха, у зазначеному конфлікті функцій (інтересів) перевага прокурором віддається усе-таки кримінальному переслідуванню.

мети загального нагляду прокурора. Останній здійснюється ним за всіма суб'єктами права з метою виявлення і усунення порушень закону. Прокурор не спирається на результати діяльності цих суб'єктів у своїй подальшій діяльності. У кримінальному процесі нагляд за законністю в досудових стадіях забезпечує прокуророві фундамент для його діяльності у суді.

Викладене свідчить про те, що прокурорський нагляд у кримінальному процесі підпорядковується основному напряму його кримінально-процесуальної діяльності, яким є кримінальне переслідування. Отже, нагляд є основним напрямом діяльності (функцією) прокуратури як державного органу. У кримінальному процесі нагляд хоча і поширюється (формально) на всю діяльність органів дізнання і досудового слідства, але претендувати на роль функції не може.

Прокурор, наглядаючи за законністю в досудових стадіях процесу, може впливати на провадження у справі, але він може впливати й на інші сфери діяльності із застосування законів. Однак навряд чи можна говорити про те, що прокурорський нагляд є, приміром, функцією виконання судових рішень у кримінальних справах чи функцією застосування інших заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян, або функцією пожежного нагляду чи митного контролю тощо. Нагляд прокурора за додержанням законів у зазначених сферах діяльності державних органів не дає підстав для висновку про те, що прокурор є безпосереднім їх учасником. То чому тоді прокурорський нагляд є функцією — основним напрямом кримінально-процесуальної діяльності?

Прокурор, здійснюючи нагляд, знаходиться поза кримінальним процесом. У цьому разі він виконує функцію органу, яким є прокуратура. Ця функція має організаційно-управлінський характер. Вона не вписується в розподіл функцій (кримінальне переслідування, захист, правосуддя), обумовлених необхідністю реалізації принципу змагальності кримінального процесу. Прокурор включається у процес тільки тоді, коли безпосередньо провадить процесуальні дії, приймає процесуальні рішення. Але на час провадження у справі певних дій і рішень прокурор користується повноваженнями слідчого, тобто виконує кримінально-процесуальну функцію кримінального переслідування.

Імпонує позиція В.Т. Маляренка, який вважає, що прокуратура — це передусім орган кримінального переслідування.

Саме так називається прокуратура в документах Організації Об'єднаних Націй¹.

До здійснення обвинувальної діяльності у кримінальному процесі прокурора спонукає покладена на вітчизняну прокуратуру функція боротьби зі злочинністю². Причому прокуратура відіграє роль координатора всіх державних органів, зобов'язаних боротися зі злочинністю. Згідно зі ст. 10 Закону України "Про прокуратуру" та наказами Генерального прокурора України від 28 жовтня 2002 року № 1/1 "Про координацію діяльності правоохоронних органів по боротьбі зі злочинністю" і від 19 січня 2004 року № 1 "Про організацію роботи та контроль виконання в органах прокуратури України" координація діяльності правоохоронних органів у боротьбі зі злочинністю визначена як важливий пріоритетний напрям роботи прокуратури³. У рамках цього напряму (функції) від органів прокуратури вимагається для участі в нарадах практикувати запрошення голів судів і постанови координаційних нарад надсилати їм до відома⁴. Коментарі, як кажуть, зайві. Виникає тільки

¹ Маляренко В.Т. Щодо ролі прокуратури // Голос України. — 2010. — № 235 (4985). — 11 грудня. Керівник робочої групи з підготовки проекту КПК РФ О. Мизуліна, характеризуючи цей проект, зазначала, що протягом кримінального процесу в цілому прокурор займається кримінальним переслідуванням, тобто прокурор стає стороною обвинувачення у процесі, а не фігурою, яка панує над усіма (Мизуліна Е.Б. Чиновник может жить припеваючи без УПК // <http://old.polit.ru/documents/423940.html> (станом на 13.06.2009).

² Остання в кримінальному процесі трансформується у функцію кримінального переслідування, що поширюється на всі стадії процесу, а не тільки на судові його стадії, де прокурор підтримує державне обвинувачення. У зв'язку з цим логічно видається пропозиція щодо потреби викладення ст. 121 Конституції України "у новій редакції із зазначенням в ній, що основною функцією прокуратури є кримінальне переслідування осіб, які вчинили злочини, що здійснюється у формах, визначених Законом України "Про прокуратуру", та у суворій відповідності з вимогами кримінально-процесуального закону" (див.: Ільковець Л. Проблеми реформування досудового слідства. Пошук можливих шляхів вирішення // Прокуратура. Людина. Держава. — 2004. — № 1. — С. 59).

³ Більш докладно про це див.: Каркач П.М., Синчук В.Л. Координаційна функція прокуратури України. — Харків: Право, 2005. — 96 с.

Окрім координації правоохоронних органів у боротьбі зі злочинністю, прокурор виконує функцію запобігання злочинності (див.: Давыденко Л.М., Кравчук В.В., Пивненко В.П., Шость Н.В. Работа районной, городской прокуратуры по предупреждению преступлений. — Харьков: Ин-т повышения квалификации районных и городских прокуроров, 1991. — 67 с.

⁴ Такий підхід поділяють і авторитетні вітчизняні вчені (Див.: Михайленко О. Координація діяльності у боротьбі зі злочинністю // Прокуратура. Людина. Держава. — 2004. — № 7. — С. 22—28).

одне (риторичне) запитання: "Яке відношення до боротьби зі злочинністю має суд?".

Здійснюючи на досудовому провадженні (від прийняття і реєстрації заяв і повідомлень про злочини до затвердження обвинувального висновку) нагляд за законністю і кримінальне переслідування, прокурор немовби "розривається навпіл". Але "розрив" йде не по прямій лінії (50% на 50%), а "по діагоналі" — від 0% до 100%. Якщо в момент прийняття первинного джерела про злочин кримінальне переслідування становить близько 0%, а нагляд за законністю — 100%, то в момент затвердження обвинувального висновку (порушення державного обвинувачення) — навпаки.

Над викладеними вище питаннями розмірковували і члени робочої групи Нацкомісії. Визначаючи і намагаючись сформулювати окремі елементи процесуального статусу прокурора, група зобов'язана була діяти у межах положень Концепції реформування кримінальної юстиції¹. У цьому програмному документі по-новому сформульовані напрями діяльності прокурора у кримінальному процесі. Нові підходи до змісту і напрямів діяльності прокурора, як зазначено у Концепції, мають ґрунтуватися на досягненнях і традиціях національного законодавства, європейських цінностях щодо захисту прав та основоположних свобод людини і громадянина, положеннях міжнародних договорів (Вступ до Концепції).

3. Щодо використання у КПК терміна "державний обвинувач". До кримінально-процесуального законодавства передбачалося запровадити такого учасника процесу, як державний обвинувач, яким мала стати посадова особа органів прокуратури, яка здійснює функцію кримінального переслідування під час досудового розслідування та підтримує державне обвинувачення у кримінальному судочинстві (Вступ до Концепції).

Робоча група Нацкомісії запровадила у проект КПК поняття "державний обвинувач". Розробники проекту виходили з того, що принцип змагальності, а отже, і розподіл кримінально-

¹ Концепція реформування кримінальної юстиції України, затв. Указом Президента України від 15 лютого 2008 року № 311/2008 "Про рішення Ради національної безпеки і оборони України "Про хід реформування системи кримінальної юстиції та правоохоронних органів" // Офіційний вісник Президента України. — 2008. — № 12. — Ст. 486.

процесуальних функцій (обвинувачення, захисту і правосуддя) повинен діяти від самого початку досудового розслідування. У зв'язку з цим прокурор уже в досудовому провадженні повинен мати процесуальний статус державного обвинувача.

Однак керівництво Генеральної прокуратури України, зокрема заступник Генерального прокурора України, член робочої групи з питань реформування кримінального судочинства Р.Р. Кузьмін, висловився проти запровадження такого терміна. Навесні 2011 року на одному із ефірів телевізійної програми "Свобода" Савіка Шустера Р.Р. Кузьмін піддав критиці проект КПК Нацкомісії, зазначивши, що робоча група взагалі забула про такого учасника кримінального процесу, як прокурор. Це виглядає особливо дивно з огляду на те, що визначення поняття "державний обвинувач" надане у вступі до Концепції реформування кримінальної юстиції України.

Позиція Генеральної прокуратури України відображена в доопрацьованому проекті КПК (2011 року), де замість "державного обвинувача" з'явився "милий оку" прокурорів "прокурор".

Я не прихильник ведення тривалих і запеклих дискусій щодо термінології. Особливо у тих випадках, коли це не має особливого значення¹. Для забезпечення прав обвинуваченого і потерпілого та інших учасників кримінального процесу також не має значення — буде брати участь у їхній справі прокурор чи державний обвинувач, особливо з огляду на те, що це є одна особа. Врешті-решт прокурор (за посадою) брав участь у вітчизняному кримінальному процесі саме як прокурор (за процесуальною роллю) не один десяток років.

¹ Наприклад, можна дуже довго сперечатися, який термін — "потерпілий" чи "постраждалий" (у теорії кримінального процесу є монографії, у яких лівова частка тексту присвячена саме цій "процесуальній проблемі") — доцільно вживати для позначення особи, якій злочином завдано певну шкоду. Від дискусій науковців самій особі під час провадження у кримінальній справі особливої користі не буде. Головне — які у неї будуть права для досягнення своєї мети у провадженні у справі.

Дуже правильну характеристику таким спорам у теорії кримінального процесу дали автори однієї з монографій: "... принциповий недолік стану теорії кримінального процесу — переважання схоластичних спорів навколо букви закону на шкоду активному пошуку шляхів удосконалення кримінального судочинства в умовах кардинальної соціально-економічної перебудови суспільства" (див.: Дидоренко Э.А., Кириченко С.А., Розовский Б.Г. Процессуальный статус ОРД в уголовном судопроизводстве: монография. — Луганск: РИО ЛИВД, 2000. — С. 14).

Однак, на думку членів робочої групи Нацкомісії, у тому числі і мою, у кримінальному процесі найкраще відображав би функцію, виконувану прокурором як державним службовцем, термін "державний обвинувач". Бо є посада у структурі державного органу — прокурор, а є його роль (функція) у кримінальному процесі. Вітчизняне законодавство знає такі "трансформації" посад у процесуальні ролі. Так, приміром, п. 6 ст. 32 КПК встановлено, що прокурором є не лише, власне, прокурор, а й його заступник та помічник. У органах внутрішніх справ є багато посад (оперуповноважені кримінального розшуку, оперуповноважені УБОЗ, дільничні інспектори міліції тощо), котрі у разі застосування ними кримінально-процесуального закону набувають процесуального статусу "особи, яка провадить дізнання". Адвокат у кримінальному процесі може набувати статусу захисника обвинуваченого і представника потерпілого.

Як на мене, то у *процесуальному* законі має бути відображена процесуальна роль учасника. Прокурор від того, що його у процесі називатимуть державним обвинувачем, нічого не втрачає. Кримінально-процесуальним законом він буде наділений повноваженнями щодо виконання не лише функції обвинувачення (кримінального переслідування), а й процесуального керівництва та нагляду за законністю у діяльності органів дізнання та досудового слідства. Не посада і не термін, яким позначають учасника, визначає його повноваження, а процесуальний закон.

Окрім того, термін "державний обвинувач" підкреслював би спрямованість діяльності прокурора на підготовку кримінальної справи до суду, де прокурор якраз і виконуватиме функцію кримінального переслідування у формі державного обвинувачення. Слідчий же за такої умови був би виконавцем волі прокурора, який, як зазначає В.Т. Маляренко, готує державне обвинувачення для підтримання його у суді¹.

¹ Див.: Маляренко В.Т. Щодо ролі прокуратури // *Голос України*. — 2010. — № 235 (4985). — 11 грудня.

В.Т. Маляренко абсолютно правильно вказує на те, що "державне обвинувачення виникає не в суді. Воно формується і формується в стадії досудових проваджень. І якщо не прокурор, то хто тоді його має формувати, доводити і підтримувати під час досудових проваджень? ... на прокуратуру України має бути покладена функція державного обвинувачення не лише в суді, а й протягом всього кримінального процесу". (Маляренко В.Т. Щодо ролі прокуратури // *Голос України*. — 2010. — № 235 (4985). — 11 грудня).

4. *Процесуальне керівництво як напрям діяльності прокурора у досудовому провадженні*. Уперше Указом Президента України від 8 квітня 2008 року № 311/2008¹ визначено новий для вітчизняного кримінального процесу напрям діяльності прокурора, який буде стосуватися у першу чергу районного прокурора, — *процесуальне керівництво*, під яким у Концепції 2008 року розуміється організація процесу досудового розслідування, визначення напрямів розслідування, координація процесуальних дій, сприяння створенню умов для нормального функціонування слідчих, забезпечення дотримання у процесі розслідування вимог законів України².

Дослівне тлумачення положень Концепції 2008 року дає підстави для висновку про те, що процесуальне керівництво прокурора досудовим розслідуванням не співпадає у часі із кримінальним переслідуванням, здійснюваним прокурором у досудовому провадженні. Останнє за Концепцією починається у момент висунення прокурором обвинувачення, а розслідування починається раніше — у момент отримання уповноваженими законом органами інформації про злочин. Відповідні службові особи повинні розпочинати досудове розслідування невідкладно після отримання такої інформації, про що повідомляти прокуророві (розділ 2 Концепції).

Дуже важливо знати, хто у досудовому провадженні повинен відповідати за його результати. Наразі за результати досудового провадження повну відповідальність несе слідчий. І це зрозуміло. Він має багато суддівських повноважень. Для тієї концепції досудового провадження, що закладалася робочою групою Нацкомісії у проект КПК, повноваження судді для слідчого не були характерними. Уся відповідальність за досудове провадження покладалась на прокурора (державного обвинувача). Таке регулювання узгоджується із тенденціями, що панують наразі у Європі, про які йшлося вище.

¹ Указ Президента України від 8 квітня 2008 року № 311/2008 "Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 15 лютого 2008 року "Про хід реформування системи кримінальної юстиції та правоохоронних органів" // *Офіційний вісник Президента України*. — 2008. — № 12. — Ст. 486.

² М.Є. Шумило правильно зазначає, що прокурор у кримінальному процесі має бути не начальником, а фігурою, яка працює (див.: Проект КПК не готовий (інтерв'ю С. Івашенко з М. Шумилом) // <http://helsinki.org.ua/index.php?id=1114606551>

Однак серед українських учених ідея процесуального керівництва прокурором досудовим слідством, як правило, викликає різко негативну реакцію. Наприклад, В.В. Король, критикуючи проект КПК Нацкомісії, пише, що об'єднання зусиль слідства та прокуратури в обвинувальному напрямі — це "монстр" кримінальної репресії. Йому не зможе протистояти жоден захист.

Наслідком цього, на думку автора, є "непоодинокі випадки нехтування найважливішими конституційними правами" та "незаконного притягнення до кримінальної відповідальності за сфабрикованими доказами", а також "утворення у суспільстві прошарку так званих "недоторканих", які вважають себе недосяжними для закону за наявності відповідного "підходу" до посадових осіб, відповідальних за досудове розслідування справи"¹.

З цього приводу хочу зазначити таке.

По-перше, немає норм права, яких би не можна було порушити. І причини цього полягають не лише у підпорядкованості слідчого прокуророві. За великим рахунком така підпорядкованість існує і за чинним КПК.

По-друге, слідство із підпорядкуванням його прокуророві існує у багатьох європейських розвинених державах (наприклад, у Німеччині, Великобританії, Італії). Невже там суспільство вважає, що громадяни піддаються інквізиційному "дослідженню" в рамках досудового слідства? Якщо так, то чому у цих державах не спостерігається протестів громадськості?

По-третє, інквізиційність слідства, яка існувала у радянський час розвитку кримінально-процесуального законодавства і практики його застосування, сьогодні не існує і існувати не може. У суспільстві, де державні органи перебувають під контролем громадськості, засобів масової інформації, де на повну потужність, на підставі принципу верховенства права діє судова

¹ Король В.В. Реалізація змагальності та розподіл процесуальних функцій на досудовому розслідуванні за проектом КПК України / Верховенство права у правозастосовній діяльності: Матеріали Регіональної наук.-практ. конф., присвяченої 15-й річниці Юрид. ін-ту (м. Івано-Франківськ, 12-13 жовтня 2007 року. Юрид. ін.-т Прикарпатського нац. ун-ту імені Василя Стефаника). — С. 340.

А.В. Андрушко вважає, що підпорядкованість слідчих прокуророві вказує на інквізиційний характер досудового слідства (див.: Андрушко А.В. Какому быть досудебному расследованию в Украине? / Эволюция уголовного судопроизводства на постсоветском пространстве: Материалы междунар. науч.-практ. конф. — Книга III. — К.: Ун-т экономики и права "КРОК", 2006. — С. 233.

система, інквізиційність слідства не може негативно позначатися на його якості. Інквізиційність слідства уже не та, що була у Радянському Союзі у 30—50-ті роки минулого століття. Сучасні українські слідчий і прокурор практично позбавлені можливості фабрикації кримінальних справ, бо уже на етапі порушення справи заінтересовані особи мають право на оскарження цього рішення. Звернення до суду зі скаргами на усі дії, бездіяльність і рішення посадовців, які здійснюють досудове провадження, гарантоване ст. 55 Конституції України.

По-четверте, слідчий не може бути цілком підпорядкованим прокуророві лише у тому разі, коли він буде представником суду, тобто слідчим суддею чи судовим слідчим, який від початку до кінця здійснює розслідування кримінальної справи. І це мабуть один із найкращих варіантів розподілу функцій у змагальному досудовому провадженні, якби не одне "але". Здійснення розслідування судовим слідчим навряд чи може забезпечити оперативність, тобто швидкість встановлення обставин справи.

Зовсім усунути прокурора від участі у формуванні і формулюванні обвинувачення під час досудового провадження ще ніколи і нікому не удавалося. Згідно зі Статутом кримінального судочинства 1864 року вказівки прокурора щодо початку кримінального провадження були обов'язковими навіть для судового слідчого.

Не може прокурор підтримувати у суді обвинувачення, яке сформульоване і підтвержене доказами, але без його участі. У такому разі доведеться взагалі відмовитися від прокурора як державного обвинувача¹.

Прибічникам пасивної ролі прокурора, відділення його від слідства варто хоча б один раз побувати на судовому засіданні у судах першої інстанції в Україні і у одній із європейських

¹ Під час провадження занять у системі підвищення кваліфікації слідчих авторів цього дослідження довелося почути "неймовірні" речі. Один із слухачів під час дискусії щодо ролі прокурора у кримінальному процесі запропонував взагалі відмовитися від інституту прокурора, бо його роль під час досудового провадження, як правило, зводиться лише до затвердження обвинувального висновку. У такому разі, як зазначив слухач, краще уже слідчому звертатися безпосередньо до суду із обвинувальним висновком і підтримувати там обвинувачення, оскільки слідчий набагато краще за прокурора знає усі обставини кримінальної справи.

держав чи США, щоб побачити різницю у активності українського і "їхнього, інквізиційного" прокурора, який не відділений від слідства, а активно ним керує. Думаю, що погляди кардинально б змінилися.

Не може прокурор під час досудового провадження, де для нього готується державне обвинувачення, бути стороннім чи, як модно говорити, безстороннім наглядцем за законністю. Це є алогічним. За чинним КПК у разі направлення судом кримінальної справи для провадження додаткового слідства уся відповідальність за "неякісне" розслідування справи покладається на слідчого. І це при тому, що саме прокурор наглядав за законністю і, головне, мав право давати слідчому вказівки про хід слідства, що є обов'язковими для виконання.

Робоча група Нацкомісії намагалася покінчити із таким "царським" становищем прокурора і змусити його не лише наглядати, а й працювати у кожній кримінальній справі з метою її більш якісної підготовки до суду. Робоча група з питань реформування кримінального судочинства не заперечувала проти такого врегулювання і у ст. 38 проекту 2011 року вказала на те, що прокурор здійснює нагляд за законністю у формі керівництва досудовим розслідуванням.

5. Чи має право прокурор самостійно здійснювати окремі процесуальні (слідчі) дії? Під час обговорення цього питання у робочій групі Нацкомісії було вирішено заборонити прокуророві провадити процесуальні дії у кримінальній справі. Така заборона обумовлена позбавленням Конституцією України прокуратури функції досудового слідства.

Б. Свиридов пише: "Наріжним каменем формування законодавчої політики має стати принцип відповідності нормативних актів Основному Закону. Однак, вивчаючи змістовність згаданих концепцій, програм та підготовлених на їх основі законопроектів щодо реформування досудового слідства та визначення контролюючої ролі прокуратури, поряд із перевагами доводиться спостерігати цілу низку проблемних питань, які не відповідають ні конституційним стандартам, ні потребам життя. Як не прикро, але здається, що у нас є намагання здійснити зміни в кримінальній юстиції заради самих змін.

Як відомо, група країн Ради Європи рекомендувала нашій державі реформувати органи прокуратури, щоб привести роль, функції та повноваження цього органу у відповідність із євро-

пейськими стандартами. Такої позиції дотримується і Президент у своєму Указі від 20 січня 2006 року № 39/2006 "Про план заходів із виконання обов'язків та зобов'язань України, що випливають з її членства в Раді Європи". Однак творці концепції "Про хід реформування системи кримінальної юстиції та правоохоронних органів" навіть не намагалися зважити на цю обставину, надавши прокурору, крім виконання у кримінальному провадженні нагляду, ще й повноваження провадити досудове слідство. І це при тому, що згідно з ст. 121 Конституції функцію попереднього слідства прокуратура виконувати не повинна. Орган, який здійснює нагляд за слідством, не може бути об'єктивним і неупередженим, до того ж, якщо він особисто здійснює слідчі дії, а потім ще й підтримує державне обвинувачення в суді у цій самій справі. Із самої суті запропонованих рекомендацій стосовно запровадження всебічного прокурорського контролю стає очевидним, що практичне їх застосування може призвести до звуження нагляду за додержанням законів органами дізнання та досудового слідства, що серйозно ускладнить боротьбу зі злочинністю.

Отже, за логікою прокуратура, вивільнившись від цих надзвичайно складних функцій, могла б більш предметно здійснювати нагляд за додержанням законів при розслідуванні кожної кримінальної справи та при виконанні судових рішень¹.

Б. Свиридов, розмірковуючи про безсторонність нагляду прокурора за досудовим розслідуванням, як і багато його прибічників, які виступають проти надання прокуророві повноважень щодо провадження окремих слідчих дій, не враховує однієї дуже простої речі. Прокурор і слідчий під час досудового провадження виконують однакові завдання, суть яких становить необхідність з'ясування питання про те, чи була подія злочину і якщо була, то встановити її обставини, а також зібрати дані про цю подію і особу, яка ймовірно вчинила злочин. Зібрані дані, якщо їх, на думку прокурора (а не слідчого), достатньо для висунення (порушення) державного обвинувачення, підлягають наданню на розсуд суду.

Отже, розподіл процесуальної діяльності між слідчим і прокурором має об'єктивний характер в силу того, що вони

¹ Свиридов Б. Реформаторські концепції в правозахисній сфері // <http://www.legalweekly.com.ua/article/?uid=464>

перебувають у різних відомствах. Але для суду не має особливого значення, хто із цих учасників кримінального процесу збирає докази, а хто наглядає за досудовою діяльністю. Перед судом як державний обвинувач постає одна особа — прокурор, який і презентує результати чи спільної зі слідчим діяльності, чи власні.

Для суду також не має значення, хто (прокурор чи слідчий) і в яких пропорціях збирав докази. Зібрані прокурором чи слідчим відомості все одно підлягають дослідженню у судовому засіданні.

Не останню роль у позбавленні прокурора у новому КПК права провадити процесуальні дії зіграв аргумент, згідно з яким прокурор є заінтересованим у тому, щоб здійснювати кримінальне переслідування. А тому він, мовляв, буде не об'єктивним і збиратиме лише обвинувальні докази. Причому цей аргумент наводили ті самі члени робочої групи, які стверджували, що прокурор тільки тим і займається у досудовому провадженні, що наглядає за законністю, і що інших функцій у нього не існує.

Якщо на прокурора законом буде покладено обов'язок зі збирання не лише обвинувальних, а й виправдувальних доказів, то у нього як у наглядача за законністю не буде іншого інтересу, як інтерес виконання вимог закону. Та й чи логічним виглядає те, що прокурора, який згідно з Конституцією України виконує функцію нагляду за додержанням законів, ми будемо підозрювати у необ'єктивності у збиранні доказів? Виходить, що коли він наглядає за іншими органами і посадовцями, дає їм вказівки щодо провадження процесуальних дій і прийняття процесуальних рішень, то він є об'єктивним, а коли сам провадить окремі процесуальні дії, то об'єктивність зникає.

Потерпілий також є представником сторони обвинувачення. Він, скоріш за все, є більш заінтересованим у покаранні обвинуваченого і відшкодуванні шкоди, завданої злочинцем, але це не є перешкодою для слухання у суді за скаргою потерпілого кримінальної справи приватного обвинувачення.

Стосовно конституційної заборони існування у прокуратурі функції досудового слідства хотів би зазначити, що ця заборона стосується прокуратури у цілому як державного органу. Мова йде про те, що у структурі прокуратури не можна створювати слідчі підрозділи, визначати злочини, що їм підслідні, тощо. Якщо прокурор як представник сторони обвинувачення здій-

снить самостійно або разом із слідчим якусь дію, то хіба це буде суперечити Конституції України чи здоровому глузду?

6. Чи повинен прокурор приймати рішення про початок провадження у кримінальній справі? Про початок провадження і реформування стадії порушення кримінальної справи мова піде у підрозділі 3.2. Тут же стисло зупинюсь на питаннях участі прокурора на початку досудового провадження. Те, що він повинен брати участь на цьому етапі, є обґрунтованим, бо інакше прокурор не зможе повноцінно здійснювати процесуальне керівництво.

За чинним КПК прокурор дізнається про кримінальну справу, порушену слідчим чи органом дізнання, у якій йому належить здійснювати нагляд за законністю, із копії постанови про порушення справи. Остання має бути направлена прокуророві протягом доби з часу її винесення.

У Російській Федерації новим КПК (діє з 1 липня 2002 року) прокуророві було надане повноваження щодо погодження постанов про порушення кримінальної справи. Надання прокуророві таких повноважень позитивно оцінювалося керівництвом Генеральної прокуратури РФ, але до набрання ним чинності. Виступаючи на розширеній колегії Генеральної прокуратури РФ 11 лютого 2002 року, генеральний прокурор РФ В.В. Устінов зазначив: "Згоду прокурора на порушення кримінальної справи слід розглядати не лише як колосальну довіру законодавця, але головним чином, — як відповідальність за те, щоб жодна справа не була порушена без законних до того приводів та підстав. Це зараз ми ще можемо говорити, що податкова поліція чи органи внутрішніх справ спрацювали погано. Порушили "замовні" справи, втрутилися у господарський спір тощо. Після 1 липня прокурори сповна будуть відповідати за законність початкового етапу кримінального переслідування. Уважніше відслідковувати процеси, вчасно помічати і виправляти помилки є завданням підрозділів Генеральної прокуратури, наукових і навчальних інститутів. Зміна умов кримінального судочинства диктує необхідність змін у традиційних підходах до організації роботи з боротьби зі злочинністю"¹.

¹ Прокуратуры, к которой все привыкли, уже не будет. Выступление на расширенной коллегии Генпрокуратуры РФ 11 февраля 2002 года В.В. Устинова — Генерального прокурора РФ // Право и безопасность. — 2002. — № 1: http://dpr.ru/pravo_about.htm

Положення щодо погодження прокурором постанови про порушення кримінальної справи не пройшло випробування часом і у 2008 році було скасоване. За нині чинною редакцією ч. 4 ст. 146 КПК РФ керівник слідчого органу, слідчий, дізнавач зобов'язані невідкладно направити прокуророві копію постанови про порушення кримінальної справи. Прокурор не повинен погоджувати цю постанову. Лише у разі, коли прокурор визнає постанову про порушення кримінальної справи незаконною або необґрунтованою, він вправі у строк не пізніше двадцяти чотирьох годин з моменту одержання матеріалів, що стали підставою до порушення кримінальної справи, скасувати постанову про порушення справи, про що скласти мотивовану постанову, копію якої невідкладно направити посадовій особі, яка порушила кримінальну справу¹. Таким чином, російський законодавець зберіг по суті радянський варіант участі прокурора на початку провадження (у порушенні кримінальної справи), що полягає лише у нагляді за законністю винесення постанов про порушення справи і про відмову у цьому.

У проекті КПК-3456-1² (п. 10 ст. 32) в травні 2003 року також містилося положення про те, що прокурор повинен давати згоду слідчому і органу дізнання на порушення кримінальної справи і пред'явлення обвинувачення³. Але пізніше (в червні 2005 року) це положення було виключене. А у проекті КПК-3456-д⁴ право порушувати кримінальне провадження у справах публічного обвинувачення надане лише прокуророві (ч. 1 ст. 208).

За проектом КПК Нацкомісії (ч. 3 ст. 197) слідчий зобов'язувався невідкладно повідомити у письмовій формі державного

обвинувача про початок розслідування¹. Нагадаю, що формалізованого рішення про відкриття (початок) провадження не вимагалось, і розслідування мало починатися відразу після надходження первинної інформації про кримінальне правопорушення.

Робоча група з питань реформування кримінального судочинства дещо змінила порядок дій слідчого і прокурора на початку провадження. За проектом КПК 2011 року слідчий може розпочати провадження лише після внесення відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань і тільки потім невідкладно у письмовій формі повідомити прокурора про початок розслідування, підставу початку розслідування та інші відомості (ч. 6 ст. 212).

Якщо відомості про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань внесені прокурором, він зобов'язаний невідкладно, але не пізніше наступного дня, з дотриманням правил підслідності передати наявні у нього матеріали до органу досудового розслідування та доручити проведення досудового розслідування (ч. 7 ст. 212 проекту КПК 2011 року). Оскільки прокурор не має права здійснювати процесуальні дії, то реально провадження у кримінальній справі може розпочатися лише через певний проміжок часу, що може негативно позначитися на результатах провадження.

7. Хто має бути суб'єктом складання обвинувального висновку (висновку державного обвинувачення)²?

Дискусія навколо цього питання точиться в літературі протягом тривалого часу. Одні вважають, що його повинен складати слідчий, бо цього вимагає закон. Інші доводять, що складання обвинувального висновку (висновку державного обвинувачення) є прерогативою прокурора³, бо саме він буде обстоювати положення висновку в суді, підтримуючи державне

¹ Див.: Федеральный закон от 2 декабря 2008 года № 226-ФЗ "О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации" // Собрание законодательства Российской Федерации. — 2008. — № 49. — Ст. 5724.

² Проект Кримінально-процесуального кодексу України (реєстраційний № 3456-1) // http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=15041

³ Справедливу критику цього положення проекту КПК див. у: Горбачов В.П. Питання порушення кримінальної справи у проектах нового Кримінально-процесуального кодексу // Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності. — 2004. — № 1. — С. 129—145; Горбачов В.П. Питання прокурорського нагляду на досудових стадіях кримінального судочинства // Наук. вісник Юрид. акад. М-ва внутр. справ. — 2004. — Спецвипуск № 1. — С. 66—67.

⁴ Проект Кримінально-процесуального кодексу України (реєстраційний № 3456-1) // http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=26190

¹ На початку роботи над проектом розглядався варіант негайного інформування в усній формі прокурора про надходження заяви і початку провадження за нею. Після чого слідчому протягом доби треба було надати заяву і матеріали перевірки прокуророві, який мав вирішити, продовжувати провадження далі чи припинити його. У такий спосіб на прокурора повністю покладалася відповідальність за початок досудового провадження. Він не тільки б наглядав за законністю, а й здійснював б керівництво провадженням від самого його початку.

² Назва цього процесуального документу не має принципового значення.

³ Мальяренко В.Т., Вернидубов І.В. Прокурор у кримінальному судочинстві: Деякі проблеми і шляхи їх вирішення. — К.: Юрінком Інтер, 2001. — С. 9—10.

обвинувачення. Дискутувати з цього приводу можна скільки завгодно, але якого-небудь важливого у практичному відношенні результату навряд чи можна досягти. І ось чому.

Компетенція органів слідства і прокурора, які виконують функцію кримінального переслідування, може розподілятися між ними. Головне, щоб слідчий не "перебирав на себе" функції прокурора. Прокурор же, як відомо, має право "перебирати на себе" компетенцію слідчого. У випадку з обвинувальним висновком слідчий діє в межах своєї (обвинувальної) функції, а тому, складаючи обвинувальний висновок, не "посягає" на повноваження прокурора. Що стосується майбутньої обвинувальної діяльності прокурора в суді на підставі обвинувального висновку, то складений слідчим висновок він може й не затвердити або скласти власний висновок.

Спори щодо змісту обвинувального висновку (акту) між представниками однієї сторони виглядають дещо безглуздо. До спорів щодо суб'єкта складання можна долучити ще й потерпілого, бо він теж традиційно вважається представником сторони обвинувачення. Якщо йти далі, то можна запровадити ще й судове оскарження слідчим (потерпілим) рішення прокурора про непогодження з обвинувальним висновком. Відповідальним за результати досудового провадження є прокурор. Він же несе повною мірою відповідальність за зміст кінцевого рішення, згідно з яким справа направляється до суду.

За чинним КПК відповідальність за обвинувальний висновок розподіляється між слідчим і прокурором, бо вони обоє його підписують: слідчий після складання, прокурор — у разі затвердження.

Робоча група Нацкомісії вирішила, що обвинувальний акт має підписувати одна посадова особа. У ч. 2 ст. 261 проекту було зазначено, що обвинувальний акт *підписується* державним обвинувачем із зазначенням дати та місця його складання. Питання про те, хто повинен складати обвинувальний висновок, не має процесуального значення. Це може бути слідчий або інша особа (не обов'язково посадова), яка виконає технічну роботу із набирання тексту обвинувального акту.

Однак робоча група з питань реформування кримінального судочинства вирішила залишити регламентацію цього питання такою, яка є у чинному КПК (ст. 287 проекту КПК 2011 року). Це свідчить про одне: підпис слідчого потрібен для перекла-

дання на нього відповідальності у разі постановлення судом виправдувального вироку. Прокуратура не хоче брати на себе відповідальність за зміст обвинувального акту. Прокурорським працівникам, причетним до підготовки проекту КПК, видається, що прокурорам доведеться складати обвинувальний акт самостійно, на що будуть потрібні людські і часові ресурси.

Так, Б. Свиридов зазначає, що вивчення питання щодо передачі повноважень прокурору зі складання процесуальних документів, зокрема обвинувального висновку, дозволяє говорити про те, що через величезний обсяг справ та необхідний час для їх вивчення це спричинить ущемлення не тільки процесуальних, а й конституційних прав і свобод, особливо тих, хто перебуває під вартою¹.

Цікава позиція. Цікавим також є те, що мені неодноразово доводилося її чути від представників прокуратури під час обговорень проекту КПК. А хіба може бути інакше? Хіба прокуророві не треба вивчати кримінальні справи, тобто не треба готуватися до участі у судовому засіданні як державного обвинувача? За чинним КПК може й не треба, бо суддя доробить те, чого не зробив прокурор як обвинувач. За КПК, у якому виписана змагальна процедура, прокурор має бути позбавленим статусу стороннього спостерігача досудового розслідування із "царськими" повноваженнями щодо слідчого і сторони обвинувачення у суді, де суд виступає на його стороні.

Що до того, що прокуророві треба буде напружуватись у кінці провадження, вивчаючи кримінальну справу, то за проектом КПК він буде процесуальним керівником цього провадження і повинен буде "знати справу" з першого дня провадження у ній.

2.4.5. Щодо доцільності запровадження в Україні суду присяжних

Актуальність розгляду цього питання обумовлена двома обставинами.

По-перше, наразі активно ведеться робота над завершенням проекту КПК, один із розділів якого присвячений врегулю-

¹ Свиридов Б. Реформаторські концепції в правозахисній сфері // <http://www.legalweekly.com.ua/article/?uid=464>

ванню порядку діяльності нового для вітчизняного законодавства інституту, яким є суд присяжних. У теоретиків і практиків ставлення до цього інституту є неоднозначним, а отже, питання впровадження суду присяжних в українську правову систему є проблематичним. Однак, оскільки Конституція України передбачає здійснення правосуддя в Україні судом присяжним, то розробники проекту КПК змушені були незалежно від свого ставлення до нього¹ прописати порядок діяльності цього суду.

По-друге, в Україні розпочато роботу із конституційної реформи. Поки вона триватиме, у вчених-процесуалістів є додатковий час і можливість обговорити проблему запровадження суду присяжних аби дати науково обгрунтовані рекомендації комісіям, що працюють над змінами до Конституції України, щодо залишення чи скасування конституційного положення про суд присяжних.

Про суди присяжних написано багато і теоретичних, і публіцистичних робіт. Не вдаючись до детального аналізу опублікованих робіт, що стосуються суду присяжних взагалі і допустимості та можливості його запровадження в Україні, зазначу, що ставлення авторів цих робіт та практичних працівників органів, які здійснюють досудове провадження, та професійних суддів є неоднозначним.

Відразу зазначу, що моє власне ставлення до можливого запровадження суду присяжних в Україні є негативним. Не буду наводити тут аргументи на користь своєї позиції. Аргументів "за" і "проти" судів присяжних за час їхнього існування у різних державах висловлено досить багато. Я є повністю солідарним з тими ученими, що висловлюються проти суду присяжних.

¹ Серед складу робочої групи Нацкомісії не було єдності щодо регламентації у проекті КПК діяльності суду присяжних. Показовим тут є один приклад. На вечірньому засіданні робочої групи один із її членів запально виступав за впровадження в Україні суду присяжних. А вранці він уже був проти суду присяжних. Причиною став перегляд сюжету у новинах, де йшлося про те, що суд присяжних у Російській Федерації, а саме в Чечні, засуджує жінку за вбивство одного російського офіцера (бо вона, на думку суддів, є бандитом), і виправдовує групу російських офіцерів, які провели "зачистку" чеченського села, тобто зрівняли його із землею (бо росіяни — герої, які борються з бандитами). Але оскільки Конституцією України передбачено існування в Україні суду присяжних, то нове кримінально-процесуальне законодавство має розвивати це конституційне положення.

Єдиний аргумент, який тут доцільно навести (про позитив див. далі), так це те, що суд, якщо він прагне бути справедливим і неупередженим, повинен бути позбавлений переважання елементів емоційності над елементами раціональності. Згоден, що професійна "черствість" теж певною мірою заважає реалізації справедливості, обумовлюючи постановлення "формальних" судових рішень. Довести, що для правосуддя є шкідливішим — "емоційність" чи черствість тих, хто його здійснює, — практично неможливо. Але у будь-якому разі "черствість" суддів-професіоналів є менш небезпечною (бо вони перебувають на державній службі), ніж емоційність і непрофесійність суддів від народу (які не мають юридичної освіти і юридичної практики).

Треба зважати й на ту обставину, що присяжні мають досить віддалене уявлення про кримінально-процесуальну форму. Попри це вони вершать правосуддя у справах про особливо тяжкі злочини, за які передбачаються найтяжчі кримінальні покарання. Тому судді-професіоналу доводиться спрямовувати судові засідання у "річище" процесуальної форми, передбаченої законом. Але якщо суддя-професіонал ніколи (принаймні так його виховують у вищому юридичному навчальному закладі, і того самого від нього вимагає закон) не сприйме як докази дані, здобуті із порушенням закону, то присяжний у цьому плані є "менш зобов'язаним" щодо закону.

Судова влада є гілкою державної влади, а тому вона повинна здійснюватися професіоналами. Народ може брати участь лише у формуванні судової гілки влади, але не у здійсненні правосуддя. Представників народу треба залучати до правосуддя, але остаточні судові рішення у справах, особливо у тих, де передбачене покарання у вигляді довічного позбавлення волі, повинні приймати лише професіонали.

До речі, у Російській Федерації ставлення до судів присяжних також є неоднозначним. Відомий російський професор О.Д. Бойков вважає, що інститут присяжних засідателів є вимираючим архаїчним утворенням, від якого поступово відмовляється Захід (там число справ, що розглядаються цим судом, становить лише 3—4%)¹.

¹ Бойков А.Д. Третья власть в России. Очерки о правосудии, законности и судебной реформе 1990—1996 гг. — М.: Юрид. лит., 1997. — С. 66, 80.

Цінність суду присяжних на етапі, коли суд професіоналів ще не можна назвати повністю самостійним, незалежним, полягає у тому, що присяжні як представники народу не пов'язані під час прийняття рішення (вердикту) якимись політичними зобов'язаннями чи адміністративною підпорядкованістю вищестоящим судам. Це дозволяє їм приймати рішення у кримінальних справах, керуючись своєю совістю, уявленнями про справедливість. Мабуть саме тому суди присяжних, які діють у Російській Федерації, набагато частіше, ніж професійні суди виносять виправдувальні вироки.

В.В. Мельник пише: "Суд присяжних, систематично виносячи виправдувальні вироки у неякісно розслідуваних справах, у яких підсудному пред'явлене незаконне й безпідставне обвинувачення, стимулює, створює "добровільно-примусову" мотивацію для підвищення професійної культури слідчих, прокурорів, адвокатів і суддів, підтримки їхньої професійної натренованності на рівні, що забезпечує якісне виконання їхніх професійних обов'язків, у тому числі з забезпечення безпосередньої дії прав і свобод людини й громадянина у кримінальному процесі. Це підтвердили 84,8% опитаних суддів, 87,1% прокурорів і 53,3% слідчих. Опитані прокурори також відзначили, що у справах, розглянутих у суді присяжних, вони більш уважно й відповідально здійснюють прокурорський нагляд за попереднім розслідуванням (67,7%), більш ретельно готуються до змагального процесу у суді присяжних і беруть активну участь у ньому (96,8%)"¹.

Про те, що участь у змагальному процесі у суді присяжних вимагає більше ретельної підготовки й більш високого професіоналізму, говорять і досвідчені адвокати. Так, член виконкому Федерального союзу адвокатів Росії, голова президії Московської обласної колегії адвокатів О.П. Галоганов відзначив, що "успішний захист у суді присяжних вимагає бездоганного знання законодавства, що регламентує це судочинство, і досконального вивчення матеріалів кримінальної справи. В іншому випадку захист приречений на провал"².

¹ Мельник В.В. Значение конституционного права обвиняемого на разбирательство его дела с участием присяжных заседателей // Право и политика. — 2001. — № 6: <http://www.crime.vl.ru/index.php?p=1313&more=1&c=1&tb=1&pb=1>

² Галоганов А.П. Участие адвоката в предварительном слушании / Суд присяжных: Проблемы и практика применения законодательства: Материалы научно-практической конференции. — М., 1996. — С. 7.

За спостереженням суддів участь у змагальному кримінальному процесі у суді присяжних помітно підвищила рівень ораторської майстерності адвокатів і прокурорів. У результаті промови сторін стали більше переконливими з погляду аналізу доказів (так вважають 38% опитаних) і більш яскравими (35% опитаних). Діяльність у суді присяжних сприяє розвитку ораторської майстерності і взагалі професійної культури суддів¹.

Наведені результати анкетування є цінними з огляду на те, що опитані практичні працівники беруть участь у засіданнях суду присяжних з кримінальних справ² і знають, наскільки дисциплінують присяжні прокурорів і слідчих, постановляючи виправдувальні вердикти.

Виникає запитання: чому така сама ситуація із виправдувальними вироками (їхньою кількістю) не є притаманною для кримінальних справ, що їх слухають судді-професіонали?

На поставлене запитання може бути дано дві відповіді: 1) присяжні не знають своєї роботи, бо вони не є професіоналами, і помилково постановляють виправдувальні вироки у справах, які повинні були б закінчитися обвинувальним вироком, у той час як судді-професіонали приймають рішення, що є правильними, обґрунтованими як з позицій права, так і з позицій факту (обвинувальні вироки); 2) судді-професіонали йдуть на поступки перед прокурорами і постановляють обвинувальні вироки у тих справах, де мали б бути виправдувальні вироки, або віднаходять якийсь інший вихід, щоб не постановляти виправдувального вироку.

Навіть не володіючи порівняльною статистикою щодо відсотків виправдувальних вироків судів присяжних і судів професійних, але зважаючи на заяви майже ста відсотків опитаних прокурорів про те, що "у справах, розглянутих у суді присяжних, вони... більш ретельно готуються до змагального процесу у суді присяжних і беруть активну участь у ньому" (див. вище), можна констатувати, що правильною скоріше за все є друга відповідь. Ні для кого не є секретом, що суди, які складаються із професіоналів, доволі часто замість того, аби постановити виправдувальний вирок приймають рішення про направлення

¹ Григорьева Н.В. Напутственное слово председательствующего судьи // Состязательное правосудие. — Вып. 1. — Ч. 1. — М., 1996. — С. 161—162.

² В Україні подібні опитування поки не є реальними із цілком зрозумілих причин.

кримінальної справи для провадження додаткового досудового слідства. Насправді постанови і ухвали про направлення кримінальних справ для провадження додаткового досудового слідства у більшості своїх випадків заміняють виправдувальні вирoki.

Позитив суду присяжних (попри його непрофесійність) полягає у тому, що прокурор не може впливати на прийняття рішення присяжними. Саме тому і намагаються прокурори краще працювати у справах, які будуть направлені до суду присяжних, ніж у тих справах, що спрямовуватимуться до суду професіоналів.

Винесення судом присяжних виправдувального вердикту, який є остаточним і оскарженню не підлягає, позбавляє прокурора можливості виправити допущені під час досудового слідства прогалини і помилки, отримавши справу для додаткового слідства. З огляду лише на одну цю обставину, доцільним було б запровадити суд присяжних в Україні. Він може стати тим судом, що "натренує" українських прокурорів бути активними та ефективними як під час досудового провадження, так і під час судового розгляду кримінальних справ. У подальшому цей позитивний досвід участі прокурорів у суді присяжних може бути успішно перенесений на участь їх у всіх інших кримінальних справах.

Отже, суд присяжних в Україні може відіграти роль "тренувального майданчика" як для прокурорів, так і для адвокатів-захисників у плані набуття ними навичок переконання представників народу у необхідності ухвалення того чи іншого рішення.

Успіх можна підкріпити скасуванням в Україні процесуального архаїзму, винаходу "радянського" кримінального процесу, яким є додаткове розслідування кримінальних справ. Це дозволить спонукати прокурорів до ретельнішого нагляду за дотриманням законів органами дізнання та досудового слідства і до процесуального керівництва досудовим провадженням.

Звичайно, можна розглядати додаткове слідство навіть як гарантію, наприклад, встановлення об'єктивної істини. Але тоді для встановлення ще об'єктивнішої істини можна запровадити розслідування кожної кримінальної справи послідовно або паралельно декількома (наприклад, п'ятьма) органами дізнання і слідчими. Причому задля встановлення істини можна піти й на те, щоб слідчі, які розслідують одну й ту саму справу, працю-

вали у різних органах досудового слідства чи у різних областях України. Або запровадити інститут обов'язкового додаткового розслідування у кожній кримінальній справі, розглянутій судом. Варіантів такого безглузлого забезпечення об'єктивності істини можна вигадати безліч. Але чи узгоджуватимуться вони із загальноприйнятими принципами юридичної діяльності?

Має бути розумна межа у кількості разів встановлення обставин кримінальної справи. Справа повинна бути предметом судового розгляду не безмежну кількість разів, а лише один раз. Згідно з відомим англійським "процесуальним" правилом "у футбол грають один раз". "Перегравати" "процесуальний матч" декілька разів (українське кримінально-процесуальне законодавство не знає обмежень щодо кількості разів повернення кримінальної справи для додаткового слідства) не можна.

Інститут додаткового досудового слідства по суті є порушенням відомого принципу про недопустимість подвійного притягнення до юридичної відповідальності одного виду (у нашому випадку — кримінальної) за одне й те саме діяння.

Окрім того, додаткове розслідування безумовно тягне порушення правила про розумні строки провадження у кримінальних справах, закріпленого у п. 1 ст. 6 ЄКПЛ¹.

На основі дослідження, здійсненого у межах цього підрозділу, можна зробити такі висновки: 1) запровадження суду присяжних в Російській Федерації спонукало прокурорів до підвищення якості і ефективності не лише нагляду за дотримання законів органами дізнання і досудового слідства, а й діяльності із підтримання державного обвинувачення у суді; 2) в українське законодавство може бути впроваджений компромісний варіант регулювання суду присяжних. Врегулювання порядку його діяльності може відбутися як тимчасовий інститут кримінально-процесуального права. Після наукового дослідження усіх аспектів діяльності цього суду в Україні можна буде зробити висновки щодо доцільності чи недоцільності його подальшого існування. Цілком можливо, що під час досліджень теза про недоцільність суду присяжних буде спростована.

Однак важко говорити про доцільність чи недоцільність запровадження суду присяжних в Україні, коли ті, хто виписують

¹ Конвенція по захист прав людини і основоположних свобод // Офіційний вісник України. — 1998. — № 13.

Розділ 3 РЕФОРМУВАННЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА: ДОСУДОВЕ ПРОВАДЖЕННЯ

відповідні норми права для нового КПК, підривають саму суть цього інституту. Робоча група Нацкомісії сприйняла усе те краще у врегулюванні діяльності суду присяжних, що існує в США, Російській Федерації та інших державах. Головне для суду, щоб він мав право називатися судом присяжних, є те, що він повинен складатися із двох колегій: 1) суддів від народу — присяжних, яка у кримінальній справі вирішує питання факту (чи був злочин? чи його вчинив підсудний? чи заслуговує підсудний на полегкість? тощо); 2) суддів-професіоналів, яка на підставі вердикту першої колегії про фактичні обставини справи вирішує питання права (чи підлягає підсудний покаранню? яке саме покарання має бути призначене? та інші). До складу першої колегії, як правило, входять дванадцять присяжних (США, Російська Федерація)¹.

Я змушений писати про ці "ази", бо у варіанті проекту КПК, представленому у 2011 році на експертизу до Венеціанської Комісії, вказано, що суд присяжних складається з однієї колегії, до складу якої входять два професійних судді і три присяжних (ч. 3 ст. 132 проекту 2011 року). При цьому усі питання, пов'язані з судовим розглядом, судді і присяжні вирішують спільно (ч. 3 ст. 377).

Тепер можна говорити, що є "класичний" варіант суду присяжних і суто український. Але назвати його судом присяжних ніяк не можна, бо тоді втрачається сенс створення суду присяжних. Той суд, що запропоновано робочою групою з питань реформування кримінального судочинства, не є судом присяжних. Це є класичний шеффенський суд, який існував протягом тривалого часу в СРСР і незалежній Україні і мав назву "суд з народними засідателями". Мої заперечення і заперечення інших членів робочої групи з цього приводу робочою групою, на жаль, не були сприйняті. Залишається сподіватися, що Венеціанська Комісія зробить суттєві зауваження щодо регламентації у проекті КПК суду присяжних, а робоча група прислухається хоча б до них. Є можливість виправити цю помилку також під час розгляду проекту КПК у Верховній Раді України.

Інакше формально (за назвою) суд присяжних в Україні існуватиме, а реально у кримінальних справах його не буде.

¹ У проекті КПК-1233 їх сім.

На момент ухвалення КПК 1960 року процедури, виконувані у межах дізнання і досудового слідства, були прогресивними, більш демократичними порівняно із сталінськими. Наразі ці процедури безнадійно застаріли і потребують кардинального реформування.

Участь у робочих групах з підготовки проекту КПК від Нацкомісії та міжвідомчій робочій групі з підготовки проектів законів України "Про систему органів досудового розслідування і статусу слідчих" та "Про прокуратуру" (нова редакція)¹ дозволила дійти висновку про те, що інституційні реформи правоохоронних органів не здатні досягти мети без реформування процедур досудового провадження. Нижче наведені міркування з приводу шляхів реформування цієї частини кримінального процесу.

1. Подолання багатостадійності досудового провадження. Вітчизняне досудове провадження, здійснюване на підставі Закону України "Про оперативну-розшукову діяльність" та КПК 1960 року, складається із декількох відносно самостійних процесів:

1) процес ОРД, у межах якого відповідні підрозділи, використовуючи свої права, передбачені ст. 8 Закону України "Про ОРД", здійснюють комплекс пізнавальних заходів, спрямованих в основному на встановлення обставин злочинів. Причому деякі заходи є ідентичними тим, що застосовуються під час вирішення питання про порушення кримінальної справи (опису-

¹ Остання була утворена наказом Міністра юстиції України від 5 березня 2009 року № 202/7 // <http://www.minjust.gov.ua/0/news/19216>

тування осіб — п. 1 ч. 1 ст. 8 Закону України "Про ОРД" і ч. 4 ст. 97 КПК), досудового розслідування (зняття інформації з каналів зв'язку — п. 9 ч. 1 ст. 8 Закону України "Про ОРД" і ст. 187 КПК);

2) процес порушення кримінальної справи (дослідчий кримінальний процес¹);

3) процес дізнання (глава 10 КПК);

4) процес досудового слідства (глави 11—20 КПК);

5) процес порушення державного обвинувачення (глава 21 КПК).

Кожний із зазначених процесів відокремлюється від іншого рішеннями. Останні стають предметом статистичних обліків правоохоронних органів. Тобто виконується дуже значний обсяг діяльності, яка дублюється у різних видах досудових процесів.

Згідно з чинним КПК кожний наступний вид досудового провадження повинен сприймати результати діяльності, здійсненої у попередній частині процесу, як істинні. У чинному законодавстві і у практиці його застосування це не так. Дізнавач, який відібрав пояснення у дослідчому кримінальному процесі, після порушення кримінальної справи провадить допит особи, від якої він же чи його колега відібрав пояснення, з тих же самих обставин. Слідчий після отримання справи від органу дізнання починає передопитувати цю саму особу і знову з тих же самих обставин.

Люди, яких опитують і допитують у цих процесах, не розуміють, чому їм доводиться п'ять, а то й більше разів розповідати про одне й те саме різним посадовим особам одного й того самого правоохоронного органу. І особи, допитані (опитані) п'ять разів під час досудового провадження, дуже дивуються, коли їх викликають до суду і там пропонують розповісти вшосте про те саме.

Такий підхід до регламентації досудового провадження суперечить і принципу стадійності кримінально-процесуальної

діяльності, бо під час досудового провадження без будь-якої потреби повторюються певні частини кримінально-процесуальної діяльності. Якщо повтори слідчих дій слідчим після виконання їх дізнавачем ще якось можна виправдати, то повтори дізнавачем пізнавальних дій після виконаних ним же пізнавальних дій (хоча і у різному процесуальному режимі — без попередження особи про кримінальну відповідальність під час відібрання пояснень і з попередженням про таку відповідальність за давання завідомо неправдивих показань) є не просто неефективними самі по собі. Вони знижують ефективність усієї досудової кримінально-процесуальної діяльності, перетворюючи її на складну, незрозумілу для учасників судочинства процедуру.

Той факт, що особа, даючи пояснення, може їх викласти завідомо, свідомо у неправдивій формі, бо її не попередили про кримінальну відповідальність, не є переконливим. Бо під час протокольного провадження усі матеріали досудового провадження, не забезпечені гарантіями достовірності (без попередження про відповідальність), стають предметом розгляду у суді.

Те, що виконане один раз, не потрібно повторювати знову і знову.

Уся діяльність, здійснювана до суду, має завданням лише одне — встановити обставини вчинення злочину для вирішення питання про те, чи належить спрямовувати справу до суду для вирішення питання про притягнення обвинуваченого до кримінальної відповідальності. Матеріали кримінальної справи включають до свого складу усі документи, у яких зафіксовані результати діяльності у всіх п'яти різновидах досудових процесів (за винятком тих, що зберігаються за правилами секретного діловодства). Пред'являють їх заінтересованим учасникам кримінального процесу для ознайомлення у повному обсязі. Тож чому ця діяльність має поділятися на п'ять (!) процесів, здійснюваних різними органами (посадовими особами), діяльність яких оцінюється за системою "власних" показників?

Треба нарешті подолати положення, коли органи дізнання, досудового слідства і прокурор виконують кожний свої завдання без урахування тієї обставини, що вінцем встановлення обставин злочину є вирок суду чи інше підсумкове для кримінального процесу рішення, ухвалене судом. Діяльність органів, які здійснюють досудове провадження, має бути спрямована на

¹ Зеленецький В.С. Информационные основы следственного уголовного процесса / Проблемы доказательственной деятельности по уголовным делам: Межвуз. сб. научн. трудов. — Красноярск, 1985. — С. 59—60; Зеленецький В.С. Проблемы правовой регламентации следственного уголовного процесса в УПК Украины // Именем Закона. — 1994. — 29 апреля; Лобойко Л.Н. Актуальные проблемы следственного уголовного процесса: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. — Харьков, 1997. — 209 с.

судовий розгляд кримінальної справи. Мова йде про цілісність завдань цих органів, остання обумовлюється необхідністю забезпечення реалізації прав як обвинувачених, так і потерпілих, а також усіх інших учасників процесу.

Наразі основним завданням слідчого є якнайшвидше виставлення статистичної картки форми 4 на розкриття злочину. Отримання справи на додаткове розслідування нічим нікому суттєво не загрожує. Тому й направляють неякісно розслідувані справи до суду у надії, що вона буде розглянута, а прогалини досудового слідства будуть усунуті у перебігу судового слідства.

"Правосуддя повинно бути вільним від будь-яких вказівок"¹, чого не можна сказати про досудове провадження. Здійснення його органами, що належать до виконавчої гілки влади, є передумовою давання вказівок слідчому і особі, яка провадить дізнання, та прокурору. Ці вказівки за суб'єктами, які їх дають, бувають двох видів.

До числа перших належать вказівки, що їх дають вищестоящі посадові особи нижчестоящим. При цьому усі посадові особи наділені повноваженнями щодо здійснення досудового провадження. Підпорядкованість суб'єктів може бути внутрішньовідомчою (начальник слідчого відділу — слідчий; начальник органу дізнання — особа, яка провадить дізнання), і позавідомчою (прокурор — начальник слідчого відділу або слідчий; прокурор — начальник органу дізнання). У останньому випадку йдеться про процесуальну підпорядкованість, бо у адміністративному порядку органи досудового розслідування не є підпорядкованими прокуророві.

Другим видом вказівок є ті, що їх дають суди органам і посадовим особам, які здійснюють досудове провадження.

Ускладнене, а тому тривале досудове провадження ставить під сумнів реалізацію принципу швидкого доступу особи до правосуддя для захисту своїх прав.

Проблема процесуальної економії також відіграє не останню роль у вирішенні питання про спрощення досудового провадження.

¹ Мурадян Э.М. Судебное право. — СПб.: Юридический центр Пресс, 2007. — С. 340.

Таке громіздке досудове провадження могло бути виправдане у часи, коли кримінальний процес будувався на інквізиційних засадах. Останні передбачали отримання в умовах таємності максимальної кількості письмових "доказів" під час досудового провадження для того, щоб на їх підставі суд, не особливо напружуючись, міг постановити обвинувальний вирок. Слід нарешті позбавитися від перекосу кримінального процесу у бік досудового провадження і перенести основний обсяг діяльності із досудових (інквізиційних) стадій до судових (гласних) стадій¹.

Тому під час підготовки проекту нового КПК цілком логічно постало питання про об'єднання зазначених п'яти процесів у один — досудове провадження, що і було реалізовано у проекті КПК від Нацкомісії.

2. *Поширення змагальності на досудове провадження.* Вітчизняна кримінально-процесуальна доктрина базується на тому положенні, що змагальність є притаманною лише для судового розгляду. При цьому, як правило, посилаються на п. 4 ст. 129 Конституції України, де врегульовано змагальність як засаду судочинства, тобто тієї частини кримінального процесу, що здійснюється у судових стадіях.

Коли робоча група Нацкомісії презентувала проект КПК, де усі провадження, у тому числі й досудове, побудовані на засаді змагальності, критики звинуватили групу у відході від національних традицій побудови кримінального процесу за змішаною формою, у бездумному переході на англосаксонську систему кримінального судочинства².

Я відреагував на такі закиди на сторінках провідних вітчизняних юридичних видань³. Аргументи проти таких закидів

¹ Тут хотілося би навести приклад функціонування європейського, а саме — норвезького, правосуддя. Андерс Брейвік, який 22 липня 2011 року вчинив два страшних теракти у Норвегії, що забрали життя 76 чоловік, уже через три дні — 25 липня 2011 року — постав перед судом.

² Стахівський С. Новий Кримінально-процесуальний кодекс України: Хто замовляє музику? // Право України. — 2008. — № 4. — С. 54—57; Півненко В. Проект нового Кримінально-процесуального кодексу України: невдачі і прорахунки // Вісник прокуратури. — 2010. — № 11. — С. 34—40.

³ Лобойко Л.М. Новий Кримінальний процесуальний кодекс України: яку музику виконують його розробники? // Право України. — 2008. — № 12. — С. 92—97; Лобойко Л.М. Про "ворогів" українського кримінального процесу // Вісник прокуратури. — 2011. — № 3. — С. 82—88.

викладені у зазначених публікаціях. Тут хотів би навести лише один, як на мене — найпереконливіший аргумент на користь застосування принципу змагальності не лише у судових, а й у досудових стадіях.

Конституційний Суд України у 2001 році дав визначення поняття кримінального судочинства. У абзаці 4 п. 4.2 Рішення Конституційного Суду України від 23 травня 2001 року № 6-рп/2001 у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень абзаців третього, четвертого, п'ятого статті 248-3 Цивільного процесуального кодексу України та за конституційними зверненнями громадян Будинської Світлани Олександрівни і Ковриги Сергія Володимировича щодо офіційного тлумачення положення абзацу четвертого статті 248-3 Цивільного процесуального кодексу України (справа щодо конституційності статті 248-3 ЦПК України) зазначено таке: "Кримінальне судочинство — це врегульований нормами КПК України порядок діяльності органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду (судді) щодо *порушення, розслідування* (вид. Л.Л.), розгляду і вирішення кримінальних справ, а також діяльність інших учасників кримінального процесу — підозрюваних, обвинувачених, підсудних, потерпілих, цивільних позивачів і відповідачів, їх представників та інших осіб з метою захисту своїх конституційних прав, свобод та законних інтересів".

Отже, досудове провадження є невід'ємною частиною кримінального судочинства. А оскільки це так, то засада змагальності поширюється на нього повною мірою.

3. *Спрощення досудового провадження.* КПК 1960 року передбачає різновид спрощення досудового провадження, яке законодавець назвав протокольною формою досудової підготовки матеріалів (глава 35 КПК). Запровадження цієї "форми" у 1966 році було "віддушиною" у складному заформалізованому радянському кримінальному процесі. Оцінювати його ефективність можна по-різному. Однак при вирішенні питання про запровадження того чи іншого різновиду спрощеного досудового провадження слід враховувати таке.

Спрощення провадження є нічим іншим як одним із різновидів диференціації кримінально-процесуальної форми за певними критеріями. В умовах досудового провадження, коли

наявним є дефіцит знань про кримінально-каране діяння, впровадження особливих процесуальних форм на підставі тяжкості злочину є небажаним. Бо просуваючись вперед за "шкалою" пізнання певних обставин, слідчий може потрапити у ситуацію, коли досудове провадження розпочалося за діянням, за яким спрощення форми є допустимим, а продовжувати або закінчувати його доведеться за ускладненою формою у зв'язку із переходом на більш тяжку кваліфікацію злочину. У такій ситуації завжди очікуваним і логічним буде питання про те, чи законним було провадження за спрощеною формою, якщо виявилось, що насправді було вчинене діяння, за яким вона є недопустимою.

На моє глибоке переконання, спрощення досудового провадження або не має бути взагалі, або воно повинно стосуватися усіх без винятку випадків. Розпізнати на самому початку провадження, яке саме діяння було вчинене, почасти вкрай важко. Тому слідчий повинен залежно від ситуації вирішувати, яким шляхом (складним чи простим) йому треба йти, пізнаючи діяння. Формалізувати питання вибору форми провадження на самому його початку є неправильним.

Робоча група Нацкомісії пішла шляхом спрощення усього досудового провадження у справах про злочини¹. За проектом КПК передбачалося, що слідчому треба буде лише зібрати дані про те, кому відомо про обставини справи, і що саме цим особам відомо. За задумом розробників проекту, це він міг зробити без складання значного за обсягом протоколу допиту, що має місце наразі, а шляхом відібрання від особи пояснення — за її згодою. Передбачалося і отримання показань.

Відмінність пояснень від показань полягала у тому, що свідки, потерпілі, підозрювані, обвинувачені, експерти під час досудового розслідування пояснення даватимуть сторонам, а показання — суду за активної участі сторін. Учасник процесу,

¹ Проектом КПК передбачається такий особливий різновид провадження, як дізнання у кримінальних справах про кримінальні проступки (глава 25 проекту). Спрощення тут полягають у забороні застосування запобіжних заходів у вигляді домашнього арешту і взяття під варту, забороні провадження негласних слідчих та у скорочених строках провадження. Приділяти увагу розгляду їх тут немає потреби, бо наразі питання про систему кримінальних проступків і їхню регламентацію не вирішене навіть у кримінальному законі.

який дає пояснення, не попереджається про кримінальну відповідальність за надання неправдивої інформації, а той, котрий дає показання під час досудового провадження за участі сторін і суду (лише у випадках, коли є підстави сумніватися у його явці до суду), попереджається про таку відповідальність. Дані, надані учасником, попередженим про кримінальну відповідальність, суд під час судового розгляду по суті міг використовувати як докази.

Такий порядок мав покласти край "вибиванню" показань-доказів і писемності провадження як ознаці інквізиційного процесу, коли суддя письмовим показанням надає перевагу у судовому розгляді.

За чинним КПК попередження особи про кримінальну відповідальність за надання завідомо неправдивої інформації під час досудового провадження ставить учасника, який її надає, в умови, коли він у головній стадії кримінального процесу — судовому розгляді — змушений повторювати те, що сказав раніше. Отже, роль суду у дослідженні обставин справи є незначною. Окрім того, якщо свідок, приміром, згадає у суді якісь обставини, про які він не сказав слідчому і які дещо суперечать наданим раніше, то він боїтиметься їх проголосити у суді через те, що це може бути розцінене як завідомо неправдиві показання.

Під час обговорень проекту КПК противники формування доказів під час досудового провадження у судовій процедурі як аргумент проти наводили те, що прокурор формулюватиме обвинувальний акт на підставі даних, не обставлених гарантіями достовірності. Однак у такому разі не враховуються наступні обставини.

По-перше, прокурор і за чинним КПК складає обвинувальний висновок на підставі даних, які надаються учасниками процесу, без попередження їх про кримінальну відповідальність. Мова йде про протокольну форму досудової підготовки матеріалів, які збираються у формі пояснень громадян і витребування необхідних документів, тобто без провадження слідчих дій. Між тим, найсуворіша санкція статей Кримінального кодексу України, за якими можливе здійснення протокольної форми і перелік яких містить ст. 425 КПК, становить аж 5 років позбавлення волі. Та і в інших справах не

завжди можна розраховувати на те, що усі учасники досудового провадження надади достовірні дані.

По-друге, згідно з чинним КПК попереджати про кримінальну відповідальність за давання завідомо неправдивих показань має право лише сторона обвинувачення (орган дізнання, слідчий, прокурор). Захисник же має право відбирати пояснення у кримінальних справах, але він не вправі попереджати особу, яка їх надає, про кримінальну відповідальність. Для змагального кримінального процесу це є ненормальним.

По-третє, якщо дані, які надають учасники процесу під час досудового провадження, не мають для суду жодного значення, то навіщо особу під час розслідування попереджати про кримінальну відповідальність за надання неправдивих показань? Значення для вирішення основного питання кримінальної справи матимуть лише ті дані, які особа повідомить у присутності сторін у суді. Тому передбачалося, що у новому проекті КПК дані, які особа повідомлятиме суду, будуть обставлені додатковими гарантіями достовірності. Окрім попередження про кримінальну відповідальність, допитуваний буде приводитися до присяги. Звичайно, це не стосується обвинувачуваного.

Під час доопрацювання проекту КПК робочою групою з питань реформування кримінального судочинства, на жаль, перемогла та її частина (представники прокуратури), яка виступала за надання даним, зібраним під час досудового провадження, статусу доказів. Основний аргумент — правоохоронні органи повинні закривати кримінальні справи на підставі доказів, а не просто "фактичних даних".

Залишається лише поставити риторичне запитання: "Якщо слідчий має право формувати докази, то чому б йому не надати право постановляти вироки?"

4. Розмежування процесуальних функцій між органами слідства, державного обвинувачення і правосуддя. У досудовому провадженні в Україні відсутнє чітке розмежування повноважень між слідством, прокуратурою і судом, як це має місце у демократичних європейських державах, правова система яких побудована на принципі верховенства права.

Органи досудового слідства поряд зі здійсненням суто поліційних функцій щодо пошуку і виявлення інформації про злочини виконують повноваження, які в демократичних суспіль-

ствах належать до повноважень обвинувачення (прокуратури) та правосуддя.

До повноважень *обвинувачення* (за їх змістом), які виконуються наразі слідчими згідно з КПК, належать прийняття рішень про: 1) порушення кримінальної справи із зазначенням статті кримінального закону (ст. 98 КПК); 2) відмову в порушенні кримінальної справи (ст. 99 КПК); 3) притягнення особи як обвинуваченого, зміна і доповнення обвинувачення (ст.ст. 131—146, 141 КПК); 4) звернення до суду із поданням про взяття особи під варту (ст. 165-2 КПК); 5) обшук в житлі чи іншому володінні особи (ст. 177 КПК); 6) накладення арешту на кореспонденцію і зняття інформації з каналів зв'язку (ст. 187 КПК); 7) огляд житла чи іншого володіння особи (ч. 4 ст. 190 КПК); 8) закриття кримінальної справи (ст. 213 КПК); 9) складання обвинувального висновку (ст. 223 КПК).

Повноваженнями слідчих, які за своєю правовою природою повинні належати до компетенції органів *правосуддя*¹, необхідно визнати: 1) формування доказів у справі (ст.ст. 65—67 КПК); 2) прийняття рішення про привід обвинуваченого (ст. 136 КПК); 3) відсторонення обвинуваченого від посади (ст. 147 КПК); 4) застосування запобіжних заходів (підписка про невиїзд, особиста порука, порука громадської організації або трудового колективу, застава, нагляд командування військової частини) (ст.ст. 149, 151, 152, 154, 154-1, 163, 165 КПК), а також віддання неповнолітнього під нагляд батьків, опікунів, піклувальників або адміністрації дитячої установи (ст. 436 КПК); 5) проведення допиту осіб та очних ставок між допитаними (ст.ст. 166—173 КПК); 6) прийняття рішення про виїмку предметів чи документів (ст. 178 КПК).

Саме таке поєднання у діяльності слідчих функцій обвинувачення і правосуддя та отримувана внаслідок цього майже

¹ О. Їжак з цього приводу цілком справедливо зазначає, що слідчий в Україні має цілу низку повноважень, які в країнах з усталеною демократією може мати тільки суд. На етапі досудового слідства повноваження слідчого стосовно постраждалих, підозрюваних, обвинувачених осіб та інших суб'єктів процесу наближається до повноважень судді під час судового слідства, а статус підслідної особи може наближатись до статусу засудженої (див.: Їжак О. Системне реформування правоохоронних органів як базова складова забезпечення верховенства права // <http://www.db.niss.gov.ua/monitor/comments.php?shownews=335&catid=10>).

безмежна влада у сфері кримінального процесу¹ приводили протягом всього радянського і пострадянського періоду до боротьби між правоохоронними органами за право здійснювати досудове слідство і дізнання. Про це, зокрема, свідчить постійне розширення переліку органів дізнання (ст. 101 КПК) та органів досудового слідства (ст. 102 КПК).

Тенденція до розширення числа органів, повноважних здійснювати досудове провадження, в Україні зберігається. Хоча наразі достеменно невідомо, чи покращить це стан боротьби зі злочинністю. У різних державах є різні системи організації органів досудового слідства (від одного до декількох). Лише кількість органів, які здійснюють досудове провадження, як на мене, не визначає ефективність останнього. Мова йде про інше — з якою метою відбувається розширення органів досудового слідства: покращення стану розслідування і захисту прав громадян чи зміцнення позицій (сили) того чи іншого відомства.

5. *Позбавлення слідчого повноважень щодо усунення захисника від участі у справі.* Згідно з чинним КПК слідчий наділений повноваженням самостійно приймати рішення про усунення від участі у справі захисника, який, зловживаючи своїми правами, перешкоджає встановленню істини у справі, затыгає розслідування справи (ч. 4 ст. 46, ч. 4 ст. 61 КПК).

Іноді слідчі тлумачать це положення закону поширено і усувають від участі у кримінальній справі захисників, які дають законні поради підзахисному щодо лінії своєї поведінки. Так, в Рішенні у справі "Яременко проти України" ЄСПЛ відзначив, що захисник був відсторонений від справи слідчим після того, як порадив своєму клієнту зберігати мовчання і не свідчити проти себе, незважаючи на те, що право на мовчання та привілей проти самовикриття є загально визнаними міжнародними стандартами, які лежать у основі поняття справедливого судового розгляду відповідно до ст. 6 ЄКПЛ.

¹ Після прийняття Конституції України у 1996 році та внесення змін і доповнень до КПК у 2001 році та пізніше можна стверджувати, що межі влади органів дізнання і слідства суттєво зменшені за рахунок розширення повноважень суду, що дозволяє останньому контролювати дотримання конституційних прав громадян під час провадження у кримінальних справах.

У кримінальному процесі, побудованому на засаді змагальності, надання такого повноваження слідчому є нелогічним. Бо, як би там не було, а під час досудового провадження захисник змагається зі слідчим. І якщо захисник лише може заявляти відводи слідчому, то останній має право самостійно усунути захисника від участі у справі. Отже, сторона обвинувачення у цьому разі має величезну перевагу над стороною захисту. Компенсатори у вигляді права обвинуваченого відмовитися від давання показань, можливості запросити іншого захисника тощо не можуть суттєво вплинути на встановлення рівноваги між сторонами.

б. Запровадження до КПК поняття "повідомлення про підозру". Під час досудового провадження за чинним КПК потреба давати кваліфікацію діяння, обставини якого з'ясовуються, може виникати декілька разів. Основними моментами, коли виникає така потреба, є: 1) порушення кримінальної справи (ст. 98 КПК); 2) затримання особи (ст. 106 КПК); 3) пред'явлення обвинувачення (ст. 132 КПК); 4) зміна і доповнення обвинувачення (ст. 141 КПК); 5) складання обвинувального висновку (ст. 223 КПК). Із зазначених п'яти разів три пов'язані із поняттям "обвинувачення".

Розробники проекту КПК від Нацкомісії пішли у цьому аспекті іншим шляхом, акцентуючи увагу на понятті "підозра", що було сприйнято і робочою групою з питань реформування кримінального судочинства. Повідомлення про підозру обов'язково здійснюється у випадках: 1) затримання особи на місці вчинення кримінального правопорушення чи безпосередньо після його вчинення; 2) обрання до особи одного з передбачених цим Кодексом запобіжних заходів; 3) наявності достатніх доказів для підозри особи у вчиненні кримінального правопорушення (ч. 1 ст. 272 проекту КПК — станом на 5 липня 2011 року). Перші два положення дублюють підстави визнання особи підозрюваною за чинним КПК. А от запровадження третьої підстави отримання статусу підозрюваного обумовлене тим, що особа, щодо якої є дані про її причетність до вчинення злочину і немає підстав до затримання і обрання запобіжного заходу, фактично є підозрюваною, а юридично (формально) — ні.

Німецький експерт, професор Шрьодер під час обговорення цього питання на засіданні робочої групи у 2006 році виступав

категорично проти формалізації моменту визнання особи підозрюваною. Бо за європейськими стандартами неважливо, чи є документ, яким підтверджується процесуальний статус особи. Важливо, що особа фактично є підозрюваним. Але, зважаючи на відомий радянський принцип "без бумажки — ты букашка, а с бумажкой — підозрюваний (потерпілий)", робоча група усе-таки пішла шляхом формалізації цього питання шляхом обов'язкового видання процесуального документу — повідомлення про підозру.

Підозра може змінюватися (ст. 275 проекту). Але обвинувальний акт буде складатися наприкінці досудового провадження після того, як сторони відкриють одна одній зібрані ними матеріали.

7. Запровадження до КПК такого учасника досудового провадження, як слідчий суддя.

Як недолік чинного КПК, у висновках експертів на проект, що пізніше був зареєстрований у Верховній Раді України під № 1233, зазначалася відсутність судового контролю за діяльністю слідчих органів та міліції.

Цей недолік чинного КПК було частково виправлено шляхом внесення до нього змін і доповнень під час "малої" судової реформи 2001 року щодо вирішення судом під час досудового розслідування питань, пов'язаних із суттєвим обмеженням конституційних прав громадян (взяття під варту, обшук у житлі та деяких інших).

Розробники проекту КПК від Нацкомісії пішли у цьому аспекті далі. Проектом передбачено такого учасника кримінального процесу, як слідчий суддя. На останнього, окрім вирішення питань про обмеження конституційних прав громадян, покладено також провадження спеціальних судових процедур під час досудового провадження, змістом яких стане отримання і фіксація показань від учасників процесу, які в силу тих чи інших об'єктивних причин (велика ймовірність смерті свідка, його тяжка хвороба чи тривале закордонне від'їздження) будуть позбавлені можливості дати показання під час судового розгляду справи. Така функція слідчого судді узгоджувалася із концепцією, на якій будувалося доказове право у проекті КПК від Нацкомісії: доказами є лише ті фактичні дані, що здобуті у судовій процедурі в присутності двох сторін. Тому й передбачалося, що учасник, який у суді не зможе дати показання, надасть їх

слідчому судді і сторонам у змагальній судовій процедурі у часових межах стадії досудового розслідування. Пізніше у суду будуть усі правові підстави покласти їх в основу свого остаточного рішення у кримінальній справі.

На жаль, ця концепція не була сприйнята робочою групою з питань реформування кримінального судочинства. Група вирішила зберегти у незмінному вигляді поняття доказів, про що йшлося вище, і визначила, що не лише слідчий суддя і суд можуть оперувати даними, здобутими у досудовому провадженні, як доказами, а й слідчий та прокурор (ч. 1 ст. 84, ч. 1 ст. 93 проекту КПК 2011 року).

У той же час "суд може ґрунтувати свої висновки лише на показаннях, які він безпосередньо сприймав під час судового засідання або на отриманих під час спеціальних судових процедур під час досудового розслідування. Суд не вправі обґрунтовувати судові рішення показаннями, наданими слідчому, прокурору, або посилатися на них" (ч. 4 ст. 94 цього самого проекту). На мою думку, суд неможна "заганяти" у такі рамки. Він повинен сам визначати, що є доказом, а що — ні. Уявімо, що людина, яку планували допитати у "спеціальній судовій процедурі" під час досудового розслідування, "не дочекалася" цієї процедури і померла. Хіба суд не вправі використати її показання, надані слідчому особисто? Навіщо тоді слідчий гарантував достовірність її показань, попереджаючи про кримінальну (!) відповідальність за давання завідомо неправдивих показань (ч. 3 ст. 221 проекту)?

Суд повинен не брати до уваги лише ті фактичні дані, що є недопустимими. Усі інші дані повинні "мати право" бути доказами.

Завершуючи розгляд питання, винесеного у заголовок цього підрозділу, зазначу таке. Тільки лівинці не говорять про необхідність змін у досудовому провадженні. У принципі, шляхи реформування досудового провадження усі зацікавлені особи знають. Навряд чи можна винайти щось таке у врегулюванні цієї частини кримінального процесу, що буде тягнути на Нобелівську премію. Просто кожний, хто є причетним до реформування, хоче, щоб саме його варіант був сприйнятий. Тому переконання учасників процесу реформування та осіб, дотичних до цього процесу, як правило, зводяться до війни аргументів на користь власної позиції.

3.2. Реформування стадії порушення кримінальної справи

Під час підготовки проекту КПК Національної комісії зі зміцнення демократії і утвердження верховенства права (Нацкомісії) не було іншого більш дискусійного питання, ніж питання про необхідність подальшого існування стадії та рішення про порушення кримінальної справи. Свого часу (1994—1997 роки) я приділив багато уваги розгляду цього питання у межах дисертаційного дослідження¹, виконаного під керівництвом професора В.С. Зеленецького. Останній висловив і обґрунтував ідею дослідчого кримінального процесу ще у кінці семидесятих років минулого століття². На той час прогресивність цієї ідеї була очевидною. Реалізація її в тих умовах частково, а може і суттєво наблизилася б вітчизняний кримінальний процес до міжнародних стандартів судочинства.

Дослідчий кримінальний процес, на думку В.С. Зеленецького, а пізніше — і на мою, повинен був полягати у збиранні доказів без порушення кримінальної справи, але і без допуску на цьому етапі захисника, у спрощеному порядку — із застосуванням дослідчих пізнавальних дій³. Останні мали відповідати за змістом слідчим діям, а за формою провадження бути максимально спрощеними, що забезпечувало б швидкість встановлення обставин справи⁴. Після збирання органом дізнання доказів у межах дослідчого процесу матеріали мали бути передані слідчому. Останній порушував би кримінальну справу і пред'являв особі обвинувачення. Після цього справа

¹ Лобойко Л.Н. Актуальные проблемы следственного уголовного процесса: дис. ... канд. юрид. наук. — Харьков: Ун-т внутр. дел, 1997. — 209 с.

² В.С. Зеленецький розвиває цю ідею досі (див.: Зеленецький В.С. Дослідче провадження про вчинений злочин: наук.-практ. посібник. — Харків: Право, 2009. — 128 с.; Зеленецький В.С. Следственное производство в уголовном процессе Украины: монография. — Харьков: Кроссруд, 2009. — 172 с.).

³ Ми із В.С. Зеленецьким розробили процесуальну форму кожної цієї дії і сформулювали правила, за якими вони повинні були провадитися. Наші розробки з 1998 року використані у проекті КПК України (наразі — це проект КПК з реєстраційним номером 1233, що перебуває на розгляді у Верховній Раді України з 13 грудня 2007 року, — глава 27).

⁴ Мається на увазі не кримінальна справа, а юридична справа у широкому розумінні.

направлялась б через прокурора до суду. У такий спосіб строк встановлення обставин злочину значно скорочується.

Єдиним вразливим місцем ідеї дослідчого кримінального процесу є те, що усі дослідчі пізнавальні дії провадяться без участі захисника, що порушує право особи на захист і у сучасних правових умовах є неприйнятним для демократичної держави, якою є Україна.

Робота у складі робочої групи Нацкомісії із підготовки проекту КПК і спілкування із європейськими експертами переконало мене у тому, що стадія порушення кримінальної справи у її сучасному вигляді не потрібна. Більш того, вона є шкідливою для системи процесу. Забігаючи наперед, зазначу, що по суті, робоча група Нацкомісії сприйняла ідею В.С. Зеленецького щодо дослідчого кримінального процесу, запровадивши до нього такого учасника як захисник.

Історія розвитку стадії порушення справи взагалі і системи перевірних дій, що становлять основну частину стадії порушення кримінальної справи, зокрема, досить детально розглянута у роботах учених¹. Тому зупинюся лише на найбільш дискусійних питаннях цієї стадії².

1. Чи забезпечує права громадян стадія порушення кримінальної справи? Протягом тривалого часу вважалося та й досі вважається, що функціональним призначенням стадії порушення справи є недопущення порушення прав громадян під час досудового (до 2001 року — попереднього) розслідування. Традиційною є точка зору, згідно з якою гарантійне значення цієї стадії начебто полягає у тому, що лише у її межах є можливим встановлення підстав до початку діяльності у стадії досудового розслідування, обмеження прав у якій може

¹ Найбільш вдало, як на мене, в Україні це зробив І.І. Статіва (див.: Статіва І.І. Початковий етап підготовчого провадження в кримінальному процесі України: дис. ... канд. юрид. наук. — Дніпропетровськ, 2010. — С. 12—37).

² М.І. Костін, досліджуючи питання реформування стадії порушення кримінальної справи у контексті захисту особистих і публічних інтересів, виокремлює такі самі питання, додаючи до них ще третє: стадія порушення справи потрібна для дотримання чітких строків перевірки приводів і підстав до порушення справи та початку відліку процесуальних строків розслідування (див.: Костін М.І. Реформування стадії порушення кримінальної справи в контексті захисту особистих й публічних інтересів у кримінальному судочинстві / Боротьба з організованою злочинністю і корупцією // http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/bozk/18text/g18_23.htm).

бути набагато суттєвішим, ніж це має місце у стадії порушення справи¹.

В.Т. Томін, розглядаючи питання щодо провадження слідчих дій до порушення кримінальної справи з точки зору наукової організації праці, пише: "Пояснюючи заборону на провадження слідчих дій до порушення кримінальної справи, процесуалісти стверджували, що інше вирішення питання призвело б до ущемлення прав громадян, які залучаються до сфери кримінального процесу.

Під впливом потреб практики у 1963 році до ст. 178 КПК РРФСР було внесено зміну, що дозволяло у невідкладних випадках до порушення кримінальної справи провадити огляд місця події. Не зареєстровано, щоб ця законодавча новела ущемила чиїсь законні інтереси. Виникає запитання: "А чиї права ущемить провадження експертизи до порушення кримінальної справи?"². Лишило без відповіді риторичне запитання професора В.Т. Томіна. Тим паче, що не лише провадження експертизи до порушення кримінальної справи, а й провадження інших слідчих дій саме по собі не несе загрози правам громадян. Якщо ці дії виконуються під наглядом прокурора і контролем суду відповідно до закону, то права громадян знаходяться у безпеці. А оскільки це так, то зникає потреба у стадії порушення кримінальної справи. Із надходженням заяви про злочин має розпочинатися розслідування кримінальної справи із застосуванням усіх дозволених до провадження процесуальних дій³. Саме так робиться у всіх європейських державах.

¹ На одній із презентацій проекту КПК Нацкомісії один із її учасників (прибличник існування у новому КПК стадії порушення кримінальної справи), критикуючи ідею відмови від стадії порушення справи, назвав її абсурдною, зазначивши, що порушити кримінальну справу означає закласти фундамент для великої роботи. Мовляв, навіть у лікарні заводять історію хвороби. На що я хотів би відповісти так. У лікарні заводять історію хвороби, але усе, що у ній відображається від самого початку, є підставою для призначення лікування. У процесі лікування, що відображається у історії, не потрібно обов'язково два і більше разів робити одне й те саме.

² Томин В.Т. Избранные труды. — СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. — С. 369. Відповідною нормою (ч. 2 ст. 190) КПК України доповнено дещо пізніше (див.: Указ Президії Верховної Ради Української РСР "Про внесення доповнень і змін до Кримінально-процесуального кодексу Української РСР // Відомості Верховної Ради УРСР. — 1971. — № 36. — Ст. 278). Але випадків порушення у зв'язку із цим прав громадян в Україні теж не зареєстровано.

³ Відомі українські учені підтримують таку позицію (див.: Грошевий Ю., Дідоренко Е., Розовський Б. Кримінально-процесуальні аспекти оперативно-розшукової діяльності // Право України. — 2003. — № 1. — С. 73—78).

Стадія порушення кримінальної справи є породженням радянської системи і зберігається лише у деяких пострадянських державах, у тому числі і в Україні. Суддя із величезним практичним досвідом (голова Верховного Суду України у відставці) і відомий науковець — член-кореспондент Національної академії правових наук В.Т. Маляренко — з цього приводу правильно зазначає: "Стадія порушення кримінальної справи і вінець її — постанова — то є породження радянських уявлень про кримінальний процес, про справедливість і законність. Постсоціалістичні країни поступово відмовляються від цього тоталітарного раритету. Україна цю проблему поки що починає лише обговорювати. Ми підняли добрий десяток монографій та статей стосовно цього. Але майже всі вони написані 20—30 років тому і у всіх співається осанна мудрості радянської влади, яка придумала таку "чудову" стадію кримінального процесу"¹.

Порушення кримінальної справи пов'язано із значною кількістю формальних процедур, виконання яких не забезпечує вчасну реалізацію прав громадянами, залученими у кримінальне судочинство, а навпаки — затягує цей процес. А затягування процесу, як відомо, заважає реалізації прав його заінтересованих учасників.

Наприклад, у порушенні кримінальної справи за фактом наїзду легкового автомобіля на велосипедиста А. відмовлено за такими матеріалами: пояснення водія автомобіля і постраждалого, акт судово-медичного освідування (згідно з ним велосипедисту спричинено середньої тяжкості тілесні ушкодження), довідка спеціаліста-автотехніка. Основним документом, звичайно, була довідка автотехніка, бо саме у ній були зроблені висновки про відсутність факту порушення Правил дорожнього руху. Але довідка складена без вихідних даних, які можна отримати лише під час допитів свідків, відтворення обставин та обстановки події, тобто у результаті слідчих дій. Тому висновки щодо відсутності складу злочину є вкрай сумнівними. Але на підставі цих висновків відмовлено у порушенні справи. Стан здоров'я людини (велосипедиста) з 2000 року до 2009 року увесь час погіршувався і лише у 2009 році він вирішив звернутися до

прокурора із скаргою на постанову про відмову у порушенні справи. Але час втрачено, відновлення прав людини залишилося під сумнівом, а встановити обставини ДТП неможливо за давністю.

У науковій літературі висловлюють пропозиції ще більше заформалізувати процес винесення рішення про порушення кримінальної справи. На думку М.В. Третьякової, у постанові про порушення кримінальної справи слід зазначати не лише день порушення справи, а й годину. Це забезпечить, на думку автора, можливість перевірити законність провадження слідчих дій¹, котрі, як відомо, закон дозволяє провадити лише після порушення кримінальної справи. Згідно з чинним законодавством постанова про прийняття цього рішення дійсно слугує відправним моментом для правомірного провадження слідчих дій. Якщо розвивати пропозицію щодо точної фіксації моменту порушення справи, то тоді доцільно взагалі встановити правило, згідно з яким суб'єкт, котрий приймає це рішення, повинен зазначати час складання постанови з точністю до секунд.

З точки зору "чистоти" законності провадження слідчих дій така пропозиція, можливо, і є привабливою. Але тут треба зважати на декілька аспектів.

По-перше, прокуророві, котрий здійснює нагляд за законністю провадження слідчих дій, практично неможливо встановити з точністю до годин, хвилин, секунд початок слідчої дії, здійсненої у день складання постанови про порушення кримінальної справи.

По-друге, якщо допит свідка відбудеться на десять хвилин раніше складання цієї постанови, то кримінальний процес не рухне, тим паче, що пояснення відбираються практично у такому самому процесуальному порядку як і допит свідка.

По-третє, проконтролювати час винесення постанови практично неможливо. Особа, яка складає постанову про порушення кримінальної справи, може зазначити будь-який вигаданий нею час (звичайно, у межах розумного), який для неї є вигідним.

¹ Маляренко В.Т. Щодо постанови про порушення кримінальної справи // Голос України. — 2008. — № 169 (4419). — 6 вересня. — С. 4.

¹ Третьякова М.В. Складові компоненти забезпечення прав та свобод людини в досудових стадіях кримінального процесу України // Наук. вісник Харківського нац. ун-ту внутр. справ. — 2008. — № 43. — С. 111.

По-четверте, складання постанови і зазначення у ній часу складання не здатне забезпечити громадян від порушення їхніх прав. У свідомості українських правоохоронців та й учених чомусь до цього часу побуває думка про те, що якщо записати щось на папері (у постанові), то це обов'язково буде усіма визнано за правду.

Постанова про порушення кримінальної справи не в змозі уберегти громадянина від незаконного кримінального переслідування. Існування інституту порушення кримінальної справи у 1937—1953 роках минулого століття не забезпечило громадян від незаконних переслідувань.

Порушення кримінальних справ лише у випадках, коли є ознаки злочину, мало б у такому разі стати запорукою того, що жодна із них не буде закрита за реабілітуючими особою підставами і у жодній не буде постановлено виправдувальний вирок. Вимогами щодо законності і обгрунтованості порушення кримінальної справи українська (радянська) доктрина і практика кримінального процесу загнала орган дізнання, слідчого та й прокурора у глухий кут. Прийняття у порушеній ними кримінальній справі рішення про її закриття, а також постановлення виправдувального вироку розцінюється як недолік у роботі, а точніше — робиться висновок про необгрунтованість, а отже, і про незаконність рішення про порушення справи. А робота, здійснена ними, у такому разі вважається "роботою на корзину".

А.П. Бущенко з цього приводу зазначає: "Звертає на себе увагу те невиправдано велике значення, яке надали автори проекту (станом на 2003 рік — Л.Л.) так званій стадії "попередньої перевірки заяви, повідомлення чи іншої інформації про злочин". Такий підхід, очевидно, впливає з переконання, що кожна порушена кримінальна справа має закінчитися обвинувальним вирокком, тому закриття кримінальної справи є недоліком у діяльності правоохоронного органу. Виходячи з такої позиції, автори проекту запроваджують ускладнену процедуру "перевірки", яка, за задумом, повинна виключити можливість порушення справи, що може згодом бути закрита.

Така позиція авторів проекту зайвий раз видає прихильність до інквізиційного порядку кримінального судочинства. У процесі, що будується за обвинувальними (у традиційному розумінні — "змагальними" — Л.Л.) принципами, порушення

кримінальної справи не має великого значення. Порушення кримінальної справи здійснюється за розумної підозри у тому, що було вчинено певний злочин. Але обвинувальний кримінальний процес завжди припускає, що висновки, зроблені на підставі початкової і неповної інформації, можуть виявитися помилковими згодом, коли буде отримана більш повна інформація. Тому порушення кримінальної справи і її закриття є рутинною, звичайною для діяльності у непевних обставинах.

Крім того, припинення кримінального переслідування може статися і через нестачу доказів та погану судову перспективу справи. За обвинувальним порядком кримінального судочинства можливість виправдувального вироку завжди припускається, і тому твереза оцінка обвинуваченням своїх перспектив у суді може призвести до відмови від обвинувачення.

Така увага авторів проекту до акту порушення кримінальної справи зумовлена лише сталою традицією вимірювати ефективність роботи правоохоронних органів кількістю порушених або закритих кримінальних справ"¹.

Наявність у законі вказівки на підставу до порушення кримінальної справи надає посадовим особам державних органів, які вправі здійснювати провадження за заявами і повідомленнями про злочини, "регулювати" кількість порушених кримінальних справ залежно від певних, почасти суб'єктивних, обставин. В.Т. Маляренко правильно зазначає, що норма кримінально-процесуального закону, яка визначає підстави до порушення кримінальної справи як "достатність даних, які вказують на ознаки злочину" (ч. 2 ст. 94 КПК), є абсолютно незрозумілою, туманною, філософською, яка може тлумачитися залежно від обставин як завгодно. За радянської доби, особливо часів політичних репресій, "достатньо" було даних для порушення кримінальної справи щодо кожного. Сьогодні для людей "хлопського звання" майже те саме. Але для людей більш високого статусу скільки б даних не було, їх недостатньо. Користуючись нормою закону про право оскарження постанови про порушення кримінальної справи і невизначеністю

¹ Коментар до проекту Кримінально-процесуального кодексу України, запропонованого до другого читання у Верховній Раді // Інформаційний портал Харківської правозахисної групи // <http://khpg.org.ua/index.php?id=1085736131>

щодо підстав для винесення такої постанови, сьогодні кожна більш-менш розумна, багата або впливова людина намагається загасити полум'я кримінального переслідування тоді, коли воно лише починає тліти, коли ще не зібрано "достатніх даних"¹.

Ю. Грошевий, Е. Дідоренко, Б. Розовський пишуть: "Складлося стійке уявлення, що необґрунтовано порушена кримінальна справа зачіпає конституційні свободи громадян ... Проте порушення справи у співвідношенні з правами й свободами громадян є певною юридичною абстракцією, що не має конкретного змісту. Реальна точка відліку — порушення кримінального переслідування, коли особа в регламентованому процесуальному порядку визнається підозрюваним чи обвинуваченим ..."².

Цікаво, що не маючи у своєму арсеналі такого "надійного елемента" захисту прав громадян, як стадія порушення кримінальної справи і рішення, яким вона завершується, а отже, і інституту його оскарження, кримінально-процесуальні системи демократичних, правових держав Європейського Союзу та інших держав виживають і навіть живуть нормально, злочинців притягають до кримінальної відповідальності, а права учасників кримінального процесу і інших членів суспільства належним чином забезпечують. І ніхто у цих державах не ставить питання про запровадження іноземного (українського) досвіду правового регулювання розгляду заяв про злочини у стадії порушення кримінальної справи як передового.

У зв'язку із цим можна цілком погодитися із начальником Головного слідчого управління МВС України В.І. Фаринником, який зазначає: "Торік (2010 рік — Л.Л.) міліція прийняла 3 млн заяв і повідомлень про злочини. З тієї кількості лише 15% стали матеріалами кримінальних справ, у 75,5% випадків у порушенні таких відмовили, а кожну десятку справ направили за належністю. Тобто у 2,3 млн випадків ми йдемо на конфлікт з громадянином, коли за 10 днів, які дає закон на розгляд звернення, вирішуємо, що це не кримінал, і того не-

¹ Маляренко В.Т. Щодо постанови про порушення кримінальної справи // Голос України. — 2008. — № 169 (4419). — 6 вересня. — С. 4.

² Грошевий Ю., Дідоренко Е., Розовський Б. Кримінально-процесуальні аспекти оперативно-розшукової діяльності // Право України. — 2003. — № 1. — С. 73—78.

гідника, який щось поцупив, розбив, когось побив чи обдурив, ніхто не шукатиме. В новому КПК все просто — такого поняття, як відмовний матеріал, просто не існуватиме"¹. Виходить, що у 75 випадках прийняття заяв і повідомлень про злочини провадження здійснюється так, як це передбачено у проекті КПК, тобто розслідування починається з моменту надходження первинної інформації про злочин. Тільки у проекті КПК передбачається повноцінне розслідування без попереднього вирішення питання про порушення кримінальної справи у сучасному розумінні, а так званий "відмовний матеріал" включає до свого складу документи, у яких відображено провадження процесуальних пізнавальних дій, які не можуть забезпечити досконале вивчення обставин діяння, про які йдеться у заяві.

2. Чи слугує стадія порушення кримінальної справи процесуальній економії? Чомусь вважається, що завдяки стадії порушення кримінальної справи досягається значна процесуальна економія за рахунок того, що доволі значна частина заяв про злочини не містить ознак злочину. Отже, відмова у порушенні кримінальної справи позбавляє органи досудового розслідування зайвої роботи у стадії досудового розслідування та у наступних стадіях.

Однак це далеко не так. В.Т. Маляренко правильно вважає, що кримінальний процес в Україні зарегульований і заформалізований. Суто формальній постанові про порушення кримінальної справи, тобто про початок розслідування, надається особливого значення. Від неї вимагають того, що іноді не можна вимагати всередині слідства².

Необхідність у винесенні постанови про порушення кримінальної справи, оскарження цієї постанови до суду стримують процес розслідування злочинів, ускладнюють його, призводять до збільшення числа злочинців, є підґрунтям до зловживань і корупції, у зв'язку з цим названий інститут потребує серйозної державної оцінки. Є два шляхи. Або подальша деталізація та регламентація процесів, пов'язаних із порушенням криміналь-

¹ Фаринник В. Ми робимо все, щоб люди відчули себе захищеними // Іменем Закону. — 2001. — № 12 (5762). — 24 березня — С. 8—9.

² Маляренко В.Т. Щодо постанови про порушення кримінальної справи // Голос України. — 2008. — № 169 (4419). — 6 вересня. — С. 4.

ної справи. Або перехід до європейської моделі початку розслідування кримінальної справи¹.

На Всеукраїнській науково-практичній конференції "Актуальні проблеми кримінального судочинства", що відбулася 9 жовтня 2009 року у Донецькому юридичному інституті Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка, автору цієї монографії довелося почути доволі цікаві речі. Представник однієї із обласних прокуратур, що наглядає за додержанням законів органами, які здійснюють дізнання, досудове слідство та ОРД, доповів про те, що у багатьох справах про дорожньо-транспортні пригоди перевірити первинну інформацію протягом строків, передбачених ст. 97 КПК (до 10 днів), практично неможливо. Так от, прокуратура області і слідче управління ГУМВС в області дійшли згоди про те, що за тією інформацією, де протягом десяти днів не вдалося установити ознаки злочину, органам внутрішніх справ можна відмовляти у порушенні кримінальної справи. Потім же прокуратура із "розумінням" ставиться до таких ситуацій і скасовує постанови про відмову у порушенні справи, роблячи власні показники "боротьби за законність".

Унікальність, абсурдність і незвичність ситуації полягає у тому, що прокурор, покликаний наглядати за законністю у діяльності державного органу, та працівники цього органу свідомо йдуть в обхід недолугого закону. Які тут ще потрібні аргументи на користь реформування (скасування) стадії порушення кримінальної справи?

Із запровадженням інституту оскарження рішення про порушення кримінальної справи до суду строки провадження за заявами про злочини стали практично необмеженими. Але процесуальна економія передбачає також економію цих строків. Як "приклад" такої економії наведу інформацію про розгляд скарги на постанову про порушення однієї кримінальної справи у одному із судів Донецької області. Скарга надійшла до суду 22 березня 2007 року, і лише 29 березня того самого року її отримав суддя. Станом на 24 квітня 2007 року суддя витребував матеріали справи. 17 травня 2007 року відбувся судовий

¹ Маляренко В.Т. Щодо постанови про порушення кримінальної справи // Голос України. — 2008. — № 169 (4419). — 6 вересня. — С. 5.

розгляд. Перенесено розгляд на 30 травня, потім на 13 червня, на 25 червня, 27 червня 2007 року.

Потім заявлено відвід судді, бо він не дозволив ознайомлюватися із матеріалами дослідчої перевірки (клопотання про це було, а він відмовляв, зазначаючи у відповідній постанові, що особи вимагають ознайомлення з матеріалами кримінальної справи).

10 липня 2007 року розглянуто скаргу. Строк розгляду таких скарг становить 5 днів. Фактично розгляд відбувся через три з половиною місяці.

Статті 236-7 і 236-8 КПК, якими визначено підстави, порядок і строки оскарження постанови про порушення справи до суду, сприяють особам, які зловживають своїм правом на оскарження цієї постанови. Відсутність обмежень щодо кількості оскаржень однієї й тієї самої постанови про порушення справи створює "тепличі" умови для скажників, для зловживання ними своїми правами з метою затягування досудового розслідування. Оскарження таким чином перешкоджає реалізації потерпілими та іншими учасниками досудового розслідування свого права на доступ до правосуддя протягом розумних строків.

Окрім того, можливість оскарження постанови про порушення кримінальної справи — це спосіб реалізації корупційних схем (отримання хабарів за порушення чи відмову у порушенні кримінальної справи).

У окремі думці М. Маркуш до Рішення КСУ від 30 червня 2009 року (щодо оскарження постанови про порушення кримінальної справи) наводить аргументи, що треба таки оскаржувати цю постанову, бо треба забезпечувати змагальність. Маркуш також виступає за існування інституту оскарження постанови, посилаючись на ст. 55 Конституції України щодо можливості оскарження усіх дій і рішень посадових осіб і державних органів¹. Але можна навести і контраргумент. Якщо

¹ Окрема думка судді Конституційного Суду України М.А. Маркуш стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частин сьомої, дев'ятої, пункту 2 частини шістнадцятої статті 236-8 Кримінально-процесуального кодексу України від 30 червня 2009 року № 16-рп/2009 // Вісник Конституційного Суду України. — 2009. — № 5. — С. 6.

право на оскарження є безмежним, то чому воно тоді не поширюється на рішення про відкриття судом загальної юрисдикції провадження за скаргою на постанову про порушення справи (це, звичайно, є абсурдним, але таким же абсурдним, як і право на оскарження постанови про порушення кримінальної справи). Або чому тоді ст. 55 Конституції України не діє щодо рішення Конституційного Суду України про відкриття провадження за конституційним поданням чи скаргою?

Функціональним призначенням постанови про порушення кримінальної справи є відкриття провадження, завданням якого буде з'ясування питання про те, чи мало місце суспільно небезпечне діяння (у випадку із Конституційним Судом України — чи відповідає Конституції України те чи інше положення закону). Сам по собі факт відкриття провадження у кримінальній справі жодним чином не посягає на права будь-кого.

Життя змушує стирати межі між стадіями порушення кримінальної справи та досудового розслідування. З 1 липня 2010 року кримінально-процесуальним законом дозволено запрошувати захисника особою, яка дає пояснення, у стадії порушення справи. Отже, законодавець поступово наближає правове регулювання до розуміння обвинувачення ЄСПЛ, який вважає обвинуваченням не лише притягнення особи як обвинуваченого у сенсі ст. 131 КПК України, а й учинення інших дій, спрямованих на викриття особи у вчиненні злочину. Якщо законодавець визнав, що викриття особи у вчиненні злочину може мати місце вже у стадії порушення кримінальної справи, то чому б йому не об'єднати діяльність із викриття особи у вчиненні злочину (встановлення обставин злочину) у одну стадію — досудового провадження?

На користь об'єднання цих стадій у одну свідчить і той факт, що слідчі у них оперують по суті одними й тими самими даними (відомостями, доказами). За даними здійсненого М.П. Кузнецовим вивчення 257 кримінальних справ істотні розбіжності між поясненнями, отриманими до порушення кримінальної справи, й показаннями тих же осіб у суді були лише в 31 випадку (12,1%), тобто вони досить точно характеризували зміст попереднього слідства¹. Дані тридцятирічної давнини

підтверджуються результатами вивчення кримінальних справ, закінчених розслідуванням в останні роки. Так, у вивчених мною 240 кримінальних справах, закінчених слідчими органів внутрішніх справ Дніпропетровської області у 2009—2011 роках, розбіжності¹ у поясненнях, даних у стадії порушення кримінальної справи і у стадії досудового розслідування, мали місце лише у 14 справах, що становить 5,8%.

Стадія порушення кримінальної справи відчуває брак пізнавальних засобів встановлення обставин діяння, про яке надійшла первинна інформація. У той же час ст. 4 КПК зобов'язує органи дізнання, слідчого і прокурора вжити усіх передбачених законом заходів до встановлення ознак злочину, виявлення винних тощо. Але вжиття заходів, передбачених ст. 97 КПК (відібрання пояснень і витребування необхідних документів), є недостатнім для встановлення події злочину і досягнення інших цілей, встановлених ст. 4 КПК, у якій сформульовано принцип публічності. Виходить, що стадія порушення справи стоїть на заваді реалізації цього принципу.

Більш того, стадія порушення кримінальної справи дозволяє коригувати показники діяльності правоохоронних органів.

Начальник відділу нагляду за додержанням законів при провадженні дослідчих перевірок і дізнання Головного управління Генеральної прокуратури України В. Полях наводить вбивчі цифри, що відображають діяльність правоохоронних органів щодо розгляду і вирішення заяв та повідомлень про злочини. За його даними, у 2008 році "працівниками прокуратури виявлено та поставлено на облік понад 10 тис. злочинів, які з різних причин не було зареєстровано працівниками органів внутрішніх справ. Тобто завдяки належному прокурорському нагляду на облік поставлено кожен сімнадцятий злочин загальнокримінальної спрямованості. За результатами досудового слідства кожна п'ята така справа направлена до суду, а значить, порушені права потерпілих унаслідок злочину реально поновлено"².

¹ Суттєвими ці розбіжності навряд чи можна назвати.

² Полях В. Щодо деяких питань, пов'язаних зі здійсненням прокурорського нагляду за додержанням законів органами внутрішніх справ при провадженні дослідчих перевірок // Вісник прокуратури. — 2008. — № 11. — С. 9—10.

¹ Див.: Кузнецов Н.П. Доказывание в стадии возбуждения уголовного дела. — Дисс. ... канд. юрид. наук. — Воронеж, 1980. — С. 119.

Таке становище, на думку цього практичного працівника прокуратури, зумовлено тим, що співробітники органів внутрішніх справ налаштовані на порушення кримінальних справ за матеріалами, де вже встановлено особу, яка вчинила злочин. За результатами перевірок, у яких особи, причетні до злочину, не встановлені, здебільшого виносяться завідомо незаконні постанови про відмову в порушенні кримінальних справ¹.

Отже, виходить, що працівник прокуратури замість того, аби керувати досудовим розслідуванням у кожній кримінальній справі, що розпочинається за усіма заявами про злочини, змушений значну частину своїх професійних зусиль спрямовувати на виявлення порушень закону з боку піднаглядних органів, фактично боротися не із злочинністю, а з *незаконною діяльністю правоохоронних* органів.

Традиційно вважається, що у стадії порушення кримінальної справи має бути встановлена кваліфікація злочину, про який повідомлено. Про це йдеться у ст. 98 КПК. За чинним кримінально-процесуальним законодавством України констатація факту того, що у діянні є ознаки злочину і його кваліфікація, відбувається два рази: 1) у реєстраційному документі (у момент прийняття і реєстрації заяви про злочин); 2) у постанові про порушення кримінальному справи. Чи є виправданим таке дублювання? Чи суттєво відрізняється кваліфікація злочину у цих двох документах? Ні, можна сказати, що вона практично не відрізняється. Із вивчених нами реєстраційних документів (ЖРЗПЗ) органів внутрішніх справ Дніпропетровської області за 2010 рік (всього — 570 зареєстрованих заяв і повідомлень про злочини) лише у 23 (4%) були розбіжності між кваліфікацією, зазначеною у ЖРЗПЗ, і у постанові про порушення кримінальної справи.

У зв'язку із цим треба зазначити, що під час досудового провадження у першу чергу перевіряється факт злочину. Звичайно, особу, яка веде процес, має цікавити і його кваліфікація. Але остаточна кваліфікація має даватися наприкінці

досудового провадження, а не на його початку¹. Зрозуміло також і те, що кваліфікація має значення для визначення підслідності злочину, у зв'язку із яким здійснюється провадження. Але визначити підслідність можна і в момент надходження заяви про злочин. Констатація кваліфікації злочину ще і в постанові про порушення кримінальної справи є зайвою, надлишковою. До того ж, у рішенні про порушення справи вона здійснюється на підставі матеріалів (даних), достовірність яких нічим не забезпечена. І правоохоронна та судова системи довіряють тому, що зазначено у постанові про порушення кримінальної справи. Де логіка?

Очевидно, що існування стадії порушення кримінальної справи в українському кримінальному процесі сприяє констатації правоохоронними органами (а у справах приватного обвинувачення і судом) у відповідній постанові того, що злочин дійсно мав місце. Це дозволяє "вмикати" юридичну процедуру, потрібну для цього випадку, тобто кримінальний процес. Але і після порушення кримінальної справи може бути встановлено, що діяння, про яке повідомлялося як про кримінально-каране, відсутні ознаки злочину, а є ознаки адміністративного правопорушення чи цивільного делікту. Виходить, що ознаки протиправного діяння, яке не є злочином, встановлені із застосуванням кримінальної процедури.

Тому у російській теорії кримінального процесу висловлена пропозиція, згідно з якою для встановлення характеру і правової природи правопорушення, про яке надійшло повідомлення, у праві необхідно передбачити єдине провадження, завданням якого повинно стати встановлення підстав для порушення переслідування у рамках окремих видів юридичної відповідальності (кримінальної, адміністративної, цивільно-правової тощо).

¹ Б.Г. Розовський правильно зауважує: "... суд, скасовуючи постанову про порушення кримінальної справи, фактично вирішує по суті питання наявності чи відсутності складу злочину і доведеність вини підозрюваного чи обвинуваченого, що, пробачте, ні в які ворота кримінального процесу, як би не намагалися їх розширити, не лізе" (Розовский Б.Г. Ненаучные заметки о некоторых научных проблемах уголовного процесса: эссе. — Луганск: РИО ЛАВД, 2004. — С. 98—99).

¹ Поляк В. Щодо деяких питань, пов'язаних зі здійсненням прокурорського нагляду за додержанням законів органами внутрішніх справ при провадженні дослідчих перевірок // Вісник прокуратури. — 2008. — № 11. — С. 10.

У зв'язку з цим досудове провадження повинно починатися здійснюваним у режимі адміністративного і оперативно-розшукового законодавства (а якщо необхідно, то і в рамках кримінально-процесуального) поліційним дізнанням із перевірки заяв та повідомлень про протиправні дії і встановлення підстав для провадження попереднього розслідування у кримінальній справі, а також із розкриття злочину або передавання справи слідчому для провадження попереднього слідства, або направлення справи до суду після провадження скороченого (прискореного) розслідування, здійснюваного органами дізнання¹.

О.І. Пашинін, реагуючи на зазначену пропозицію, зазначає, що вона не позбавлена логіки і дійсно могла б бути реалізованою як у Росії, так і в Україні (через схожість правових систем наших держав) для встановлення обставин вчинення діяння, необхідних для його правильної юридичної кваліфікації. Це могло б мати місце у випадках, коли із заяви чи повідомлення неясно, до числа яких правопорушень (кримінальних, адміністративних, цивільно-правових, господарсько-правових тощо) належить діяння, про яке повідомлено. Але усталені уявлення про процесуальну форму як таку, що повинна застосовуватися із моменту ініціації юридичного процесу суворо відповідно до виду цього процесу (адміністративний, кримінальний, цивільний, господарський), скоріше за все не дозволять реалізувати їх у законодавстві.

Окрім того, для реалізації цієї пропозиції доведеться суттєво реформувати систему законодавства. Таке реформування по суті не потрібне, бо традиційно визначення процесуальної форми встановлення обставин діяння у першу чергу залежить від позиції ініціатора юридичного процесу. Останній у своїй заяві (повідомленні) викладає прохання щодо притягнення певної чи невизначеної особи до юридичної відповідальності того чи іншого виду (адміністративної, кримінальної, цивільної, господарської), що і визначає форму процесу на перших його етапах. Ініціатор процесу може і помилятися, бо не завжди він є обізнаним у тонкощах юридичної кваліфікації².

¹ Деришев Ю.В. Уголовное досудебное производство: концепция процедурного и функционально-правового построения: автореф. дисс. ... доктора юрид. наук: 12.00.09. — Омск, 2005. — С. 10.

² Пашинін О.І. Актуальні проблеми досудового провадження у кримінальному процесі України: монографія. — Харків: Кроссроуд, 2009. — С. 67.

Тут залишається лише додати, що не виключені помилки і з боку працівників правоохоронних органів і суду, які здійснюють провадження у кримінальних справах. Отже, потрібно змиритися з тим, що встановлення обставин протиправного діяння може відбуватися у межах "не тієї" юридичної процедури. Водночас треба визнати дію загальнопроцесуальної презумпції, суть якої полягає у тому, що юридична процедура, у межах якої відбулося встановлення обставин діяння, що має ознаки протиправності, незалежно від його матеріальної належності (кримінальне право, цивільне право тощо) вважається належною.

Згідно з чинним КПК кримінальна справа може бути порушена як *за фактом* вчинення злочину, так і *щодо особи*, коли таку встановлено уже на момент порушення справи (ст. 98 КПК). За новим КПК, по-перше, потрібно буде скасувати стадію порушення кримінальної справи, а, по-друге, розпочинати провадження лише *за фактом* вчинення діяння, що має ознаки протиправності. Порушення справи щодо особи ставить її у невідгдане становище, бо від самого початку, ще не з'ясувавши, чи є ознаки злочину взагалі, не можна стверджувати, що злочин вчинено конкретною особою. Запровадження такого положення до КПК надасть змогу захистити права людини, захистивши її від необгрунтованого кримінального переслідування з боку правоохоронних органів.

Те, що від стадії порушення кримінальної справи у реформованому кримінально-процесуальному законодавстві слід відмовитися, стає дедалі очевидніше. Однак секретаріат робочої групи з питань реформування кримінального судочинства під час доопрацювання тексту проекту КПК, підготовленого у 2006—2009 роках робочою групою Нацкомісії, постанову про порушення кримінальної справи замінив на інший формалізований акт — запис у Єдиному реєстрі досудових розслідувань.

Згідно із ч. 3 ст. 212 проекту КПК "Початок досудового розслідування" (станом на 5 липня 2011 року) "здійснення досудового розслідування до внесення відомостей до реєстру або без такого внесення не допускається і тягне відповідальність, встановлену законом. Огляд місця події у невідкладних випадках може бути проведений до внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань, яке здійснюється негайно після завершення огляду". Така регламентація початку досудо-

вого розслідування консервує нинішній стан речей у розглядуваній сфері. Знову працівники правоохоронних органів будуть просити почекати підозрюваних на місці вчинення злочину, поки вони не відвідають районний відділ внутрішніх справ для того щоб зробити запис у Єдиному реєстрі досудових розслідувань. Після чого вони повернуться на місце вчинення злочину і, можливо, затримують підозрюваних.

Більш того, якщо за чинним КПК на місці вчинення злочину чи виявлення його слідів можна відібрати пояснення, то за проектом КПК і цього не можна робити, бо такий процесуальний засіб пізнання не передбачений.

У тій же ч. 3 ст. 212 проекту КПК зазначено: "У випадку виявлення ознак кримінального правопорушення на морському чи річковому судні, що перебуває за межами України, досудове розслідування розпочинається негайно; відомості про нього вносяться до Єдиного реєстру досудових розслідувань за першої можливості". Чому не можна такий же порядок дій правоохоронних органів у разі виявлення ознак злочину (виявив ознаки злочину — розпочинай розслідування, а потім внесеш відомості до Єдиного реєстру досудових проваджень) поширити на усі випадки? Існують побоювання, що правоохоронці почнуть застосовувати закон незаконно?

Уявляється, що позбавлення вітчизняного кримінального процесу стадії порушення кримінальної справи (чи так званої "дослідчої перевірки") не лише не завдасть йому шкоди, а навпаки — наблизить наш кримінальний процес до процесуальних систем європейських держав.

Питання про збереження чи ліквідацію стадії порушення справи виникло у всіх пострадянських державах під час підготовки ними нових КПК. На думку російського вченого-процесуаліста Л.В. Головка, основна кримінально-процесуальна дилема, що виникла фактично у всіх пострадянських державах і котра потребує найшвидшого вирішення, зводиться до суперечності двох постулатів, які, на перший погляд (але лише на перший!) виглядають беззаперечними кримінально-процесуальними аксіомами. Але за більш уважного розгляду лише один із цих постулатів виявляється справжньою і універсальною аксіомою, а другий — уявною аксіомою.

З одного боку, прийнято вважати, що повноцінна кримінально-процесуальна діяльність може бути розпочата лише після

прийняття офіційного рішення про порушення кримінальної справи, у якому, окрім іншого, констатується злочинність діяння і дається його попередня (але вкрай важлива для подальшого руху справи) кримінально-правова кваліфікація.

З іншого боку, зрозуміло, що визначення злочинності діяння і тим паче його кримінально-правова кваліфікація вимагають наявності достовірних відомостей про фактичні обставини відповідної події і ролі у ній підозрюваних осіб (якщо такі є). Ці відомості можна з'ясувати виключно із так званого "приводу до порушення кримінальної справи", тобто формального джерела про злочин, не говорячи вже про те, що це джерело і інформація, що в ньому міститься, також необхідно скрупульозно перевіряти.

Зрозуміло, що суперечність, яка існує між двома зазначеними постулатами, є неусувною. Спроби "усунути неусувне" призвели свого часу до появи у радянському кримінальному процесі різного роду "сурогатів" процесуальної діяльності, якими стали "дослідча перевірка" та ОРД.

Вирішення проблеми "дослідчої перевірки" не має суттєвих технічних складностей. Усі складності тут є суто психологічними, бо цілі покоління радянських і пострадянських юристів були виховані на непорушності деяких постулатів, які насправді деформують кримінально-процесуальну систему і яких слід позбавлятися¹.

3.3. Кількісні показники діяльності у досудовому провадженні і їхній вплив на реформування кримінально-процесуального законодавства

Говорячи про підстави реформування кримінального судочинства, я усвідомлюю, що система оцінювання діяльності органів кримінальної юстиції знаходиться "поза межами" кримінального процесу. Але іноді складається враження, що новий КПК готується таким чином, щоб не зламати системи статистичної звітності, що існує у правоохоронних органах і судах.

¹ Головка Л.В. Актуальные направления реформы уголовного судопроизводства в Республике Казахстан // <http://www.zakon.kz/140093-aktualnye-napravleniya-reformy.html>

Взятися за дослідження сучасного стану системи такого оцінювання спонукала та обставина, що кримінально-процесуальна діяльність протягом декількох останніх десятиліть є суттєво залежною від системи оцінки діяльності органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду¹, а не навпаки.

Прикрашування показників роботи зазначених вище органів, розпочавшись у радянські часи з метою "правильного" формування статистичних даних щодо стану злочинності, не може завершитися до цього часу. При цьому така ситуація є характерною не лише для України, а й для інших держав СНД, що несуть на собі тягар радянського минулого.

Професор В.Т. Томін у 1998 році писав про те, що у Росії² спостерігаються спроби прикрасити звітні показники правоохоронних органів, зокрема кримінальну статистику³. Далі

¹ Проблемі визначення критеріїв оцінки правоохоронних органів, у тому числі і кількісних показників їхньої діяльності, присвячені роботи учених з різних галузей знань як радянських часів: Баранов Н.Н., Кондратюк Л.В. Методика оцінки ефективності діяльності следственного аппарата // Вестник ВНИИ МВД СССР. — М., 1977. — С. 44—46; Берекашвили Л.Ш. Понятие эффективности / В кн.: Вопросы оценки эффективности деятельности органов внутренних дел. — М.: Акад. МВД СССР, 1979. — С. 65—67; Берекашвили Л.Ш. Проблемы оценки деятельности органов внутренних дел. — М.: Акад. МВД СССР, 1981. — С. 33—37; Берекашвили Л.Ш. Основы теории и практики научной разработки интегрированной системы оценки эффективности деятельности органов внутренних дел по раскрытию и профилактике преступлений: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. — М.: Акад. МВД СССР, 1981, так і періоду незалежності України: Зеленешкий В.С., Лобойко Л.М. Критерії оцінки ефективності діяльності органів кримінального переслідування в Україні // Вісник Академії правових наук України. — 2009. — № 2. — С. 185—196; Лобойко Л.М. Діяльність правоохоронних органів, які здійснюють кримінальне судочинство: кількісні показники і права людини // Вісник прокуратури. — 2008. — № 9. — С. 90—94; Пасічник В.Л., Бойко І.В. Визначення критеріїв оцінки діяльності слідчих і в цілому підрозділів слідчих за системою вагомих показників // Наук. вісник Нац. акад. внутрішніх справ України. — 1999. — № 2. — С. 185—186; Бойко І.В. Основні критерії оцінки діяльності органів і підрозділів внутрішніх справ України // Правова інформатика. — 2003. — № 1. — С. 9—22; Швець М.Я. До питання вибору показників діяльності органів внутрішніх справ у боротьбі із злочинністю // Правова інформатика. — 2003. — № 1. — С. 48—50; Романюк Б.В. Концептуальні підходи до побудови інформаційної структури системи показників діяльності міліції // Правова інформатика. — 2004. — № 2. — С. 43—45.

² Те, про що далі буде йтися, рівною мірою стосується і України.

³ Томин В.Т. Избранные труды. — СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. — С. 530.

О.Б. Мизуліна з цього приводу зазначає: "Цю саму "боротьбу" (мається на увазі боротьба зі злочинністю — Л.Л.) дуже легко підправити посадкою до

відомий учений пише, що про прикрашування статистики публікацій існує мало. "Не усі теоретики встигли розгледіти відродження цього явища, добре відомого багатьом спеціалістам старшого покоління. Практики це повернення відчули повною мірою. Але більшість із них вважають за краще не висловлюватися публічно, тим паче у друкованій формі.

Хоча у практиків — керівників правоохоронних відомств є ще одна причина не піддавати гласності процесу управління статистикою. Вони стали керівниками уже доволі давно, і якщо попервах могли пояснити поганий стан справ тим, що їм досталася погана спадщина, то тепер прийшла пора звітувати про власну роботу.

І оскільки є можливість "вплинути на цифри у потрібному напрямі", — а така можливість у ситуації, що склалася, є, — важко утриматися від спокуси її використати.

Трішечки почекаємо: про прикрашування статистики скоро заговорять у повний голос..."¹.

На жаль, цього не сталося. Про прикрашування статистики іноді говорять публічно, але не у повний голос, як це прогнозував В.Т. Томін.

Розглядаючи це питання, хочу привернути увагу теоретиків до цієї проблеми і можливо спонукати їх до дискусії і досліджень у сфері оцінювання ефективності діяльності органів, які здійснюють кримінальне судочинство, і, нарешті, заговорити про це "у повний голос", хоча б у теоретичній площині. Цілком можливо це потягне якісь зрушення і у практиці діяльності органів кримінальної юстиції.

в'язниці, порушенням кримінальної справи. Що б не сталося, міліція порушує кримінальну справу, імітуючи боротьбу. Якщо так далі піде, то будуть порушувати кримінальні справи щодо жінок, які не бажають народжувати дітей, щоб покращити демографічні показники" (Романенко Т. Новый УПК: страна попыталась вырваться из объятий 37 года / Обзор выступлений Елены Мизулиной — руководителя проекта мониторинга введения в действие Уголовно-процессуального кодекса РФ, проводимого совместно Администрацией Президента РФ и Комитетом по законодательству Государственной Думы РФ, с 11 по 19 сентября 2003 года — на научно-практических конференциях "Новый УПК России и проблемы правоприменительной практики" во Владивостоке, Хабаровске, Южно-Сахалинске // <http://www.arsvest.ru/archive/issue497/right/view2556.html> (станом на 13.06.2009).

¹ Томин В.Т. Избранные труды. — СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. — С. 531.

Тривале замовчування питання щодо оцінки кримінально-процесуальної діяльності за кількісними показниками обумовлене, окрім інших причин, ще й тим, що воно перебуває на "нейтральній смузі" між кримінальним процесом та управлінням у галузі боротьби зі злочинністю.

Про існування проблеми проголошено на найвищому правоохоронному рівні. У 2003 році С. Піскун (на той час — Генеральний прокурор України) проголосив принцип діяльності прокуратури, котрий він сформулював як "принцип відмови від гонитви за цифровими показниками".

С. Піскун, виступаючи на Колегії Генеральної прокуратури України 18 квітня 2003 року, зазначив: "Не ставлячи під сумнів діяльність та необхідність існування кількісних показників в оцінці слідчої та наглядової роботи, я вкотре наголошую — для нас найголовніше ефективність.

Саме тому ми послідовно запроваджуємо в діяльність прокуратури *принцип відмови від гонитви за цифровими показниками* (вид. Л.Л). Вимагаємо реального поліпшення якості слідчої і наглядової роботи, а не імітації за рахунок штучного нарощування кількості порушених та розслідуваних кримінальних справ.

Це нелегко"¹.

С. Піскун сформулював зазначений принцип як принцип роботи прокуратури під час здійснення нею нагляду за дотриманням законності у діяльності органів дізнання та досудового слідства. Але формулювання принципу і реальне його втілення у практику — безумовно, різні речі. Скільки б ми не говорили про відмову від кількісних показників, а доки немає інших критеріїв оцінки діяльності правоохоронних органів, саме цифри будуть покладатися у основу такої оцінки. Та й сам Генеральний прокурор України не поставив під сумнів "необхідність існування кількісних показників".

Але якщо виходити із того, що правоохоронні органи і суд існують для забезпечення прав громадян, а не кількісних

показників своєї роботи, то критерії оцінки ефективності їхньої діяльності мають бути іншими. Кількісні показники повинні існувати обов'язково, але лише як статистичні, як підґрунтя для планування на різних рівнях правоохоронної системи процесів боротьби зі злочинністю та її попередження¹.

Кількісні показники діяльності органів дізнання і досудового слідства мають право на існування і як засіб оцінки цієї діяльності, але лише як засіб. І не більше. В Україні ці показники перетворилися із засобу оцінки діяльності правоохоронних органів на мету! Остання визначає і планові показники кримінально-процесуальної діяльності.

У своїй щорічній доповіді "Стан дотримання та захисту прав і свобод людини в Україні" Уповноважений Верховної Ради України з прав людини Н. Карпачова зазначила: "Уповноважений змушена констатувати, що, попри неодноразові заяви керівників правоохоронних органів, що "гонки" за відсотками розкриття злочинів у міліції більше немає, планка "обов'язкового розкриття" не тільки збереглася, а й піднялася настільки, що міліціонери, щоб не втратити в зарплаті, фактично змушені інсценувати і фальсифікувати злочини.

До речі, про це Уповноваженому постійно надходить інформація з місць. Ось що, наприклад, повідомив колишній дільничний інспектор УМВС України у Херсонській області О. Мартиненко. За його повідомленням та долученими до нього копіями документів, до всіх міліцейських структур у області доводиться план кількості виявлених різного виду злочинів і осіб, які їх вчинили. Тому на місцях задля розкриття злочинів продовжують катувати людей і притягувати до кримінальної відповідальності непричетних до злочину.

Так, за планом роботи відділення дільничних інспекторів Каховського райвідділу на серпень 2005 року по прізвищах було розписано, хто, чого і скільки повинен виявити. Кожен з дванадцяти дільничних "повинен" був віднайти по два випадки

¹ Права людини — нова філософія кримінального судочинства / Із виступу Генерального прокурора України Святослава Піскуна на Колегії Генеральної прокуратури України 18 квітня 2003 року // Вісник прокуратури. — 2003. — № 5. — С. 3—4.

¹ Суттєвий, але не кардинальний крок зроблено МВС України із виданням наказу від 29 червня 2010 року № 279 "Про затвердження системи оцінки діяльності підрозділів органів внутрішніх справ України на основі нових критеріїв", у якому нарешті передбачається такий критерій оцінки, як вивчення громадської думки (п. 5 Інструкції з оцінки діяльності органів внутрішніх справ на основі нових критеріїв, затвердженої цим наказом).

насильства в сім'ї, сім — зобов'язані знайти по одній особі, яка має зброю, п'ять — по одному зберіганню наркотиків тощо. Таким чином, міліція заздалегідь встановлює кількість "жертв" — наших громадян, що мають виконувати роль статистів, які опинилися "на лаві підсудних"! Як наслідок, усі працівники "замотивовані" планом, а не законом та присягою"¹.

Небезпечність подібного планування полягає у тому, що воно дуже часто призводить до катувань людей, що є порушенням ст. 3 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. "Проте Уповноважений з прав людини не втрачає надії, що Міністерство внутрішніх справ кінець кінцем зробить належні висновки з цього, і відсоток розкриття злочинів явно чи неявно перестане плануватися українською міліцією, чим буде започатковано викорінення тортур і катувань"².

Голова Верховного Суду України у 2001 році опублікував статтю, у якій навів кричущі факти порушення порядку прийняття, реєстрації, обліку та розгляду заяв і повідомлень про злочини. Зокрема, він наводить приклад того, як 17 лютого 1997 року до Олександрійського МВ УМВС звернувся Ч. із заявою про вчинення у нього крадіжки мопеда і велосипеда. На місце події прибула оперативна група працівників міліції, але заява потерпілого зареєстрована не була. Лише в липні 1997 року, коли Ч. сам виявив у інших осіб своє майно й було викрито особу, яка вчинила крадіжку, від потерпілого прийнято заяву та порушено справу³.

В.Т. Маляренко, проаналізувавши окремі ухвали судів, якими вони реагують на виявлені порушення закону, встановив, що

¹ Доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини Н. Карпачової "Стан дотримання та захисту прав і свобод людини в Україні" // http://www.ombudsman.kiev.ua/dopovid%204/Dop4_%20Zmist.htm

Про "планові показники" діяльності правоохоронних органів див. також у: Наявність "планових показників" для слідчих і прокурорів / У кн.: Мардох Д. Боротьба з жорстоким поведінням і безкарністю та ефективне розслідування жорстокого поведіння. Доповідь по Україні. — К.: К.І.С., 2010. — С. 82—85.

² Мардох Д. Вказ. праця. — С. 82—85.

³ Див.: Маляренко В.Т. Найпоширеніші помилки та порушення законів, які допускаються при провадженні дізнання і досудового слідства / Кримінальний процес України: Стан та перспективи розвитку: Навч. посібник для студ. виш. навч. закл.: Вибрані наукові праці. — К.: Концерн "Видавничий дім "Ін Юре", 2004. — С. 152—153.

"наведені явища досить поширені, в багатьох випадках заяви про вчинення злочинів тривалий час не реєструються, а кримінальні справи порушуються лише в разі встановлення особи винного. Причому, як вбачається з відповідей на окремі ухвали, на такі дії йдуть не тільки малодосвідчені працівники. Це свідчить про відсутність будь-якого контролю за діяльністю осіб, в компетенцію яких входить вирішення питання про порушення справ, та намагання працівників органів міліції в такий спосіб *поліпшити показники* (вид. Л.Л.) роботи"¹.

У цілому погоджуючись із висновками В.Т. Маляренка щодо причин nereєстрації чи невчасної реєстрації заяв про злочини, а також порушення кримінальних справ лише після встановлення особи, яка вчинила злочин, хотілось б зазначити таке.

Той факт, що порушення законів у цій частині здійснюють не лише "малодосвідчені працівники", свідчить про те, що, скоріш за все, останні як раз найменше схильні до укриття заяв і злочинів від реєстрації. В університетах внутрішніх справ не вчать, як "правильно" приховати злочин. "Досвіду" у цих питаннях випускники вищих навчальних закладів системи МВС України набувають уже на практиці, переймаючи його у "досвідчених" у цих питаннях працівників. Тобто у тих, хто добре ознайомлений з системою показників, за допомогою яких визначають ефективність роботи органів міліції, а також з тим, як "правильно" треба "формувати" ці показники, тобто підганяти їх під потрібні для звітування цифри. Останні повинні несуттєво відрізнитися від показників діяльності за аналогічні звітні періоди (місяці, квартали, півріччя і роки) і обов'язково мають хоч трішки перевищувати їх. Досягти "ідеальних" (потрібних) показників роботи, у тому числі і у сфері кримінально-процесуальної діяльності, інакше як шляхом їхнього коригування, практично неможливо.

У окремих випадках "показникова" система обліку роботи органів дізнання і досудового слідства сприяє тому, що ці органи на підставі вигаданих ними злочинів порушують кримінальні

¹ Маляренко В.Т. Найпоширеніші помилки та порушення законів, які допускаються при провадженні дізнання і досудового слідства / Кримінальний процес України: Стан та перспективи розвитку: Навч. посібник для студ. виш. навч. закл.: Вибрані наукові праці. — К.: Концерн "Видавничий дім "Ін Юре", 2004. — С. 153.

справи, розслідують їх, доводять до суду і суд приймає за ними рішення! Працівники правоохоронних органів, намагаючись справити позитивне враження на своє керівництво, штучно створюють "позитивні показники" розкриття злочинів. Досить навести один приклад, щоб зрозуміти, наскільки далеко можна зайти у фальсифікації матеріалів провадження за злочинами.

Високопосадовець підрозділу Чернігівської міжрайонної державної податкової інспекції сфабрикував справу про ухилення від сплати податків підприємця, який не лише не помирав, а й не народжувався. Податківець підробив акт про результати перевірки дотримання вимог податкового законодавства суб'єктом підприємницької діяльності — фізичною особою та протокол про обставини вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 212 Кримінального кодексу України (ухилення від сплати податків) щодо цієї особи. Ці "процесуальні документи" він направив до місцевого суду. На суд прийшов "підсудний", який "широ розкався". І вже під час попереднього розгляду справи суд звільнив "винного" від кримінальної відповідальності з огляду на визнання вини та відшкодування збитків у повному обсязі (шістдесят вісім тисяч гривень). Про це відшкодування навіть була надана довідка. Прокурор району вирішив перевірити факт відшкодування податкового боргу на таку суму. З'ясувалося, що гроші не надходили. Так було виявлено факт фальсифікації кримінальної справи¹.

Виникає запитання: чому в українському кримінальному процесі є можливою така відверта фальсифікація провадження? Причин цього можна назвати безліч. Серед них будуть як об'єктивні, так і суб'єктивні.

Але, як видається, найголовнішою із них є те, що сучасна кримінально-процесуальна форма дозволяє це робити. Кримінально-процесуальна форма під час досудової підготовки матеріалів у протокольній формі, про яку йшлося вище, була дотримана. Інакше як же міг прокурор району за матеріалами протокольної форми порушити кримінальну справу, а суд

розглянути її? Однак форма у цьому випадку стала крайнім виявом формалізму, який переріс у злочин. Причиною є бажання у такий спосіб "поліпшити" показники боротьби зі злочинністю.

На підставі цього можна зробити висновок, що формалізм кримінального процесу є формою реалізації службового самозбереження осіб, які відповідають за показники діяльності з боротьби зі злочинністю.

В українському кримінальному процесі утворилася прірва між досудовим і судовим провадженнями. Дещо скоротилася вона у результаті "малої" судової реформи 2001 року. Але не до такого становища, як треба для нормального функціонування *судочинства*. У нас наразі існує "поділ праці" між органами досудового розслідування, прокурорами і судами. Кожний відповідає за власну ділянку роботи і тому повинен забезпечувати хороші формальні показники цієї роботи. Хто нарешті і коли почне дбати про інтереси і права осіб, які залучаються до участі у кримінальних справах як потерпілі, обвинувачені, цивільні позивачі, цивільні відповідачі, тощо?

Оцінювання кримінально-процесуальної діяльності органів дізнання і досудового слідства за кількісними показниками свідчить про те, що правоохоронна система працює сама на себе. Окремим працівникам важливо відзвітувати про "потрібні" для системи показники і таким чином матеріально забезпечити себе, отримавши зарплату. Правоохоронній системі важливо "правильно" відзвітувати перед політиками, які є при владі, і суспільством.

Чи буде від цього легше громадянам, які стали або жертвами злочинів, або підозрюваними і обвинуваченими, але все одно жертвами злочинів, пов'язаних із катуванням, з метою домогтися зізнання у вчиненні "злочину"? Чи може хтось, окрім відповідних ("відповідальних") працівників правоохоронної системи, отримати задоволення від того, що "дільничний виявить два випадки насильства в сім'ї, сім — знайдуть по одній особі, яка має зброю, п'ять — по одному зберіганню наркотиків"?

Хіба на такі показники очікує суспільство від правоохоронної системи? Для кожного громадянина важливим є те, що звернувшись до правоохоронного органу, він повинен отримати належний правовий захист порушених злочином прав. Кожен громадянин повинен почувати себе у безпеці і не боятися того, що на ньому буде зроблений показник "зберігання наркотиків".

¹ Див.: Податківець створив "мертву душу", а суд її судив! (Інтерв'ю з прокурором Чернігівської області А. Василевським) // Голос України. — 2007. — № 1104. — 11 квітня.

Уже ні у кого не викликає заперечень необхідність реформування з метою вдосконалення системи оцінки роботи правоохоронних органів. Процес вдосконалення системи оцінки ефективності роботи такої соціально значущої структури, якою є національна правоохоронна система держави, необхідний не стільки для підтвердження актуальності самого факту її існування, скільки для створення діючого організаційно-економічного механізму її саморозвитку й оперативного визначення потенційної та фактичної значущості тих або інших структурних, кадрових і функціональних реорганізацій, що дотепер безупинно проводяться у цілому або в окремих її органах¹. Саме цим обумовлені неодноразові вимоги Президента України Л.Д. Кучми визначити на міжвідомчому рівні "... нові підходи до критеріїв оцінки за реальним станом правопорядку в конкретному пункті, регіоні, з урахуванням громадської думки"², а також завершити розробку та запровадити "... нові критерії оцінки діяльності правоохоронних органів, які б відображали реальні результати службової діяльності та спиралися на об'єктивні статистичні показники, в основі яких покладено судові рішення..."³.

На удосконалення системи показників діяльності органів кримінальної юстиції звертав увагу і Президент України В.А. Ющенко. У п. 4 розділу 2 Концепції реформування кримінальної юстиції України йдеться про необхідність розробки та запровадження єдиної статистики та науково обґрунтованих критеріїв оцінки результатів роботи органів системи кримінальної юстиції, які мають містити, зокрема, аналіз рівня суспільної довіри до діяльності органів досудового розслідування чи прокурорів⁴.

¹ Беляков К.І. Оцінка правоохоронної діяльності: теорія та практика // Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика). — № 10. — С. 113.

² Указ Президента України від 18 лютого 2002 року № 143/2002 "Про заходи щодо дальшого зміцнення правопорядку, охорони прав і свобод громадян" // Офіційний вісник України. — 2002. — № 8. — Ст. 331.

³ Указ Президента України від 6 лютого 2003 року № 143/2003 "Про невідкладні додаткові заходи щодо посилення боротьби з організованою злочинністю і корупцією" // Урядовий кур'єр. — 2003. — № 25. — 8 лютого.

⁴ Концепція реформування кримінальної юстиції України, затв. Указом Президента України від 8 квітня 2008 року № 311/2008 // Офіційний вісник Президента України. — 2008. — № 12. — Ст. 486.

У зв'язку з цим, безумовно, слід вітати визнання керівництвом МВС України того, що найбільш відчутну шкоду всій системі МВС, насамперед підрозділам, які безпосередньо відповідають за розкриття злочинів, нанесено хибною практикою приховування злочинів від обліку, ухиленням від реєстрації заяв і повідомлень громадян про посягання на їхнє життя, здоров'я і майно.

Однією з основних причин такого стану справ, на думку керівництва МВС України, є те, що сучасна система оцінки діяльності спонукає особовий склад до приховування злочинів від реєстрації, а також до ухилення від активної цілеспрямованої роботи із захисту і поновлення порушених прав і свобод громадян.

Штучне зменшення числа зареєстрованих заяв і повідомлень про злочини у свою чергу створило базу для формування удавано благополучних показників розкриття. Унаслідок цього відсоток розкриття злочинів у багатьох органах внутрішніх справ перетворився на самоціль, для досягнення якої стали застосовуватися будь-які засоби, аж до фальсифікації і службових зловживань¹.

Визнавши існування зазначених проблем і сміливо заявивши про них у наказі, керівництво МВС України запропонувало шлях їхнього вирішення, затвердивши наказом від 29 червня 2010 р. № 279 нову систему оцінки діяльності підрозділів органів внутрішніх справ України на основі нових критеріїв².

¹ Наказ МВС України від 25 травня 2010 року № 197 "Про затвердження системи оцінки діяльності органів внутрішніх справ України на основі нових критеріїв" // <http://umdpl.info/files/docs/1288080099.doc>

Нині випадки "перекручування" реальних статистичних показників роботи ОВС, у тому числі і за рахунок неправильних статистичних даних про роботу слідчих, є непоодинокими. Зокрема, протягом 2010 року працівниками міліції приховано від обліку понад 150 тяжких та особливо тяжких злочинів. Органами прокуратури порушено 54 кримінальні справи щодо працівників органів внутрішніх справ за порушення обліково-реєстраційної дисципліни, серед яких 40 справ за фактами безпідставного винесення постанов про відмову в порушенні кримінальних справ та 14 — за укриття заяв і повідомлень громадян про злочини (див.: Фаринник В., Романюк Б. Чи є майбутнє у Слідчого комітету? Шляхи реформування слідчого апарату органів внутрішніх справ України // Юридичний вісник України // http://www.yuricom.com/ua/analytical_information/?id=8720).

² Фаринник В., Романюк Б. Вказ. праця.

Однак, як видається, очікування тих суб'єктів, які сподівалися на кардинальну зміну системи оцінки діяльності правоохоронних органів, поки що не справдилися.

Згідно із додатком 4 до цього наказу система оцінки діяльності слідчих підрозділів МВС України (як і інших підрозділів МВС) складається із таких елементів: критерії, показники, індикатори, коефіцієнт значення, оцінка росту індикатора. Як би не декларувало керівництво МВС зміну системи оцінки, але факт, що кількісні показники залишаються основним критерієм оцінки діяльності підрозділів досудового слідства. Бо у графі "показники" кожний елемент починається зі слова "кількість", а у графі "індикатори" йдеться про динаміку показників. Отже, система оцінки ефективності знову-таки базується на критерії "більше-менше" ("чорне-біле"). Подібна система залишає поза увагою конкретні обставини справи, не відображає всього спектру різновидів корисної для суспільства кримінально-процесуальної діяльності осіб, які її здійснюють.

Метою діяльності органів досудового слідства і прокурора (обвинувальної влади) стає продукування показників. Але разом із продукуванням показників продукуються і злочинці, які по суті є потерпілими від незаконної діяльності. У нашій державі до цього часу використовується радянський підхід: загальне благо неначе задовольняється, а блага окремої людини? Людина, ознайомившись із "хорошими" (сфальсифікованими) показниками діяльності правоохоронних органів, стає задоволеною їхньою роботою, але до того моменту, доки не звернеться сама із заявою про злочин.

Кому є цікавими цифри та відсотки розкриття злочинів, окрім начальників правоохоронних органів? Яка користь для потерпілого, щодо якого злочин не розкрито, від того, що відсоток розкриття злочинів по області (району, чи по Україні в цілому) є досить великим?

Дивним видається те, що усі, хто є причетним до діяльності правоохоронних органів, учені, котрі займаються дослідженням проблем кримінального судочинства, політики розуміють, що система оцінки діяльності правоохоронних органів, заснована на кількісних показниках, є протиприродною, неправовою, радянською за суттю, але змінити її протягом двадцяти років незалежності так і не вдалося. Зламати систему вкрай важко. Але прагнути цього треба.

Для зламу кількісної системи оцінки діяльності органів досудового розслідування не потрібні додаткові кошти, не треба готувати і приймати додаткові закони чи вносити зміни і доповнення до чинних законів. Для цього потрібна лише політична воля.

Прибічники існування кількісних показників можуть заперечити відмову від них тим, що правоохоронці взагалі перестануть працювати, так вони хоч прагнуть показати свою роботу у кількісному вираженні. Але таке ("показникове") стимулювання діяльності органів дізнання і досудового слідства призводить до кричущих порушень прав людей.

Окрім того, існують інші дієві стимули для ефективного і якісного здійснення кримінально-процесуальної діяльності під час досудового провадження. Це — кримінально-процесуальні гарантії прав учасників кримінального процесу. До них, зокрема, належать кримінально-процесуальна форма (а не формалізм); принципи кримінального процесу (наприклад, принцип публічності); право на оскарження (зокрема, право учасників процесу на оскарження бездіяльності посадових осіб, які ведуть процес); прокурорський нагляд; відомчий контроль тощо. До того ж, існує безліч непроцесуальних гарантій забезпечення ефективної діяльності правоохоронних органів щодо порушення кримінальних справ і розслідування злочинів (прийняття присяги працівниками міліції; дисциплінарні заохочення і стягнення тощо).

Уявляється, що зазначених гарантій достатньо для того, аби стимулювати активну, наступальну діяльність правоохоронних органів щодо порушення і розслідування кримінальних злочинів. Просто треба навчитися правильно застосовувати ці гарантії та вчасно і жорстко реагувати на порушення прав людини.

Питання щодо показників діяльності органів, які здійснюють кримінальне судочинство, у "чистому вигляді" процесуальним не є. Але воно прямо і суттєво впливає на стан забезпечення прав людини, яка залучається до кримінального процесу як заінтересований його учасник. Це дістає вияв, як уже зазначалося, у потенційній можливості застосування катувань або інших форм нелюдського поводження під час провадження у кримінальних справах; порушення кримінальних справ за вигаданими фактами.

Окрім того, поняття "розкриття злочину" як показник діяльності окремого посадовця чи органу досудового розслідування,

прокурора не завжди збігається з поняттям "розкриття злочину" як бажаний, корисний для учасників процесу і всього суспільства результат кримінально-процесуальної діяльності. Приміром, встановлення однієї особи, яка вчинила злочин у складі групи, не спонукає слідчого до встановлення інших осіб, бо статистичні картки, що підтверджують розкриття злочину, вже виставлені. Тому суттєво знижується інтенсивність роботи слідчого і органу дізнання із встановлення всіх учасників групи.

Оцінка роботи правоохоронних органів у сфері кримінального процесу за кількісними показниками нівелює конституційне положення про те, що людина є найвищою соціальною цінністю у державі Україна (ст. 3 Конституції України). Виходить, що показники діяльності державних органів є важливішими за права людини. Такий стан справ для демократичної і правової держави є незадовільним і змушує людину, захищаючи свої права у державних органах, захищатися від них же самих.

Тому правильною є політика, яку наразі провадить Міністерство внутрішніх справ України, щодо відмови від оцінювання роботи його працівників лише за кількісними показниками¹. Залишається лише очікувати, що вона буде впроваджена у життя. Є віра у це, і ґрунтується вона на демонстрації керівництвом МВС України рішучих і ефективних кроків з реформування Міністерства.

¹ Зміст цієї політики МВС України виклав Міністр А.В. Могильов під час виступу на парламентських слуханнях на тему: "Про реформування системи органів Міністерства внутрішніх справ України і впровадження європейських стандартів" (інформацію про слухання див.: <http://mvs.gov.ua/mvs/control/main/uk/publish/article/678357>; http://portal.rada.gov.ua/rada/control/uk/publish/category/news_left?cat_id=46666) та беручи участь у суспільно-політичному ток-шоу "Шустер LIVE" 7 жовтня 2011 року у прямому ефірі Першого національного телеканалу.

За словами Міністра внутрішніх справ А.В. Могильова на колегії МВС України, що відбулася 7 жовтня 2011 року і була присвячена підведенню підсумків роботи відомства за дев'ять місяців 2011 року, необхідно мінімізувати каральний "прес" на суспільство, адже в окремих випадках працівники міліції навіть свідомо йшли на порушення законодавства і фальсифікацію матеріалів для покращення статистичних даних. Такі намагання "поліпшити" показники нерідко закінчувалися порушенням кримінальної справи, так само суворо вони будуть каратися і в подальшому.

Крім того, повинна припинити своє існування так звана "палична" система, що полягала в нарощуванні кількісних показників роботи міліції (див.: У Міністерстві внутрішніх справ України відбулося засідання колегії, присвяченої підведенню підсумків роботи відомства за 9 місяців цього року // <http://mvs.gov.ua/mvs/control/main/uk/publish/article/680810>).

12 січня 2012 року Президент України в порядку законодавчої ініціативи вніс проект нового КПК до Верховної Ради України, де його наступного дня зареєстровано під номером 9700¹.

Щоб зробити висновок щодо відповідності положень проекту КПК європейським стандартам кримінального судочинства достатньо ознайомитися із висновком, підготовленим Директоратом з питань правосуддя та захисту людської гідності Генерального директорату I — Права людини і верховенство права на підставі експертизи, здійсненої Лореною Бахмайер-Вінтер (професор юридичного факультету Університету Комплютенсе, Мадрид, Іспанія), Джеремі МакБрайдом (баристер, Монктон Чемберс, Лондон, Сполучене Королівство, голова наукового комітету Агенції з питань основних прав Європейського Союзу), Еріком Сванідзе (юрист, довготерміновий консультант проекту Ради Європи, колишній член Європейського комітету із запобігання катуванням і нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню чи покаранню (КЗК) від Грузії)².

"VII. Висновок"³

355. Проект Кодексу ясно свідчить про суттєві зусилля, спрямовані на вдосконалення попередніх проектів, коли йдеться і про його організацію та форму вираження думки, і про відповідність європейським стандартам, зокрема ЄКПЛ та практики ЄСПЛ.

356. Утім, не вирішено ще деякі істотні проблеми, розв'язання яких треба перейматися.

¹ Того самого дня у Верховній Раді України зареєстровано альтернативний проект КПК під номером 9700-1 (автор законодавчої ініціативи народний депутат Роман Зварич). Текст цього законопроекту майже повністю відтворює текст проекту КПК, підготовленого робочою групою Нацкомісії (в редакції від 2008 року).

² Нижче наводиться не увесь висновок, а лише його заключна частина (власне висновок — розділ VII загального висновку). Коментарів щодо цього висновку я не маю права робити, бо він був оприлюднений після закінчення роботи над монографією і отримання на неї рецензій.

³ Повний текст висновку міститься за Інтернет-адресою: <http://zib.com.ua/ru/7576-ekspertnoe-zaklyuchenie-soveta-evropi-po-proektu-upk-tekst-n.html>

357. По-перше, в проекті Кодексу є ще чимало положень, формулювання яких треба було б зробити чіткішим, простішим і точнішим.

358. По-друге, багато з деталей, щодо яких у запропонованих далі висновках зроблено певні зауваження, слід розглядати не просто як проблематичні самі по собі, а як свідчення того, що підхід до створення нового проекту Кодексу в цілому не пронизаний вимогами ЄКПЛ, розвиненими в практиці ЄСПЛ. Деякі з зауважених недоліків побільшують інші, проте багато з них так само неодмінно послаблюватимуть ефективність положень, які могли б таки зробити корисний внесок у створення системи кримінального судочинства, яка на практиці буде справедлива, і водночас дозволить звести до мінімуму позбавлення волі.

359. По-третє, у проекті Кодексу не вдалося встановити систему кримінального процесу, повністю побудовану на принципі змагальності. Зокрема, правила збирання доказів і показання експерта, якщо їх розглядати в зв'язку з положенням про надання безоплатної правової допомоги, не гарантують ефективної участі сторони захисту в збиранні доказів. Більш того, той факт, що матеріали і докази, зібрані на досудовій стадії державними слідчими, підлягають розкриттю тільки після завершення досудового розслідування, так само підриває ідею змагальної процедури. Більш того, змагальна модель — хоч які формальні положення передбачено — неможлива без підтримки з боку адвоката, а відсутність передбачення ширших можливостей для надання правової допомоги обвинуваченим, що мають обмежені економічні ресурси або і взагалі жодних, неодмінно призведе до порушення принципу рівності сторін. Очевидно, що в переважній більшості кримінальних справ безоплатна правова допомога надаватися не буде.

360. По-четверте, роль прокурора у кримінальному процесі є дуже помітною — надто на досудовій стадії, але також і там, де сформульовано порядок подання апеляційних, касаційних скарг та інших засобів правового захисту. Прокурор, таким чином, має повний контроль над досудовим розслідуванням — хоча слідчі дії, які обмежують основоположні права тепер, як правило, вимагають попередньої санкції суду, — а також відіграє вирішальну роль в ухваленні будь-яких рішень щодо відмови від обвинувачення або врегулювання справи. Хоча, теоретично,

сильна прокуратура — це непогано, однак це може спричинити існування серйозних ризиків політичного втручання в систему кримінального правосуддя, особливо в країнах з авторитарними традиціями. У своєму сучасному вигляді проект Кодексу не має достатніх стримувань і противаг для забезпечення верховенства права.

361. По-п'яте, хоча роль суду, безсумнівно, посилено шляхом встановлення загальної норми про те, що прийнятними є тільки ті докази, які отримані законним шляхом і надані судові першої інстанції, процесуальних механізмів для застосування правила про виключення доказів недостатньо.

362. І, нарешті, положення проекту Кодексу залишають можливість уникнути режиму, який він встановлює, шляхом застосування адміністративних правопорушень і адміністративного затримання, а також заходів, передбачених такими нормами, як Закон "Про оперативно-розшукову діяльність", Закон "Про Службу безпеки України" і Закон "Про міліцію".

363. Отже, в проекті Кодексу залишаються деякі недоліки, які вимагають подальшого коригування або змін, і їх можна розділити на кілька категорій: ті, які обов'язково треба, ті, які було б слід, і ті, які можна було б внести:

- перша категорія включає в себе недоліки — і рекомендації, — які зазначено в пунктах 29—54, 68—70, 72, 75, 78—83, 87, 97—98, 100, 102, 103, 111, 112, 116, 119, 121, 122, 126—129, 137, 143, 146, 147, 176, 178—180, 182—191, 193, 194, 196—198, 204—207, 220, 221, 223, 241, 245, 255—257, 265, 267, 270, 290, 291, 293 і 320 Висновку;

- друга включає в себе пункти 59—61, 66, 67, 76, 77, 79, 85, 92—95, 104, 106, 107, 108, 118, 120, 123, 124, 130, 133—136, 138, 139, 150, 152—154, 156, 160, 163, 164, 166—175, 177, 181, 195, 199—203, 210, 211—214, 217—219, 224, 227—229, 233—235, 239, 242, 249, 250, 252—254, 258—264, 271—279, 281—289, 292, 304—306, 310, 321—323, 326, 333, 337 і 349 Висновку, а

- третя — пункти 58, 62—64, 71, 73, 84, 86, 88—91, 101, 105, 109, 110, 113—115, 131, 132, 141, 142, 144, 145, 148, 149, 152, 155, 156, 158, 159, 161, 162, 192, 208, 209, 215, 216, 222, 225, 226, 230—232, 238, 240, 243, 244, 246—248, 241, 280, 308, 309, 311—314, 317—319, 325, 330, 331, 335, 342, 343, 345 і 346 Висновку.

364. Слід, однак, мати на увазі й те, що не тільки текст закону має бути сумісний із європейськими стандартами і, зокрема, вимогами ЄКПЛ. Не менш важливим за текст національного законодавства є те, як закон застосовується в повсякденній практиці. Для цього кожному судді в державі, прокуророві і захисникові треба забезпечити змогу повноцінного розуміння змін, які потягне проект Кодексу після його ухвалення. А для цього потрібен відповідний час для навчання та поглиблення обізнаності. Тому-то важливо, щоб у разі, коли йдеться про заходи такого обсягу, на це призначалося набагато більше часу, ніж той, що тепер передбачено. Після того, щоб забезпечити реалізацію положень Кримінально-процесуального кодексу відповідно до його власних вимог і вимог ЄКПЛ, знадобиться безперервна юридична освіта як щодо дії самого кодексу і відповідної національної судової практики, так практики ЄСПЛ, яка розвивається. У Висновку порушено деякі питання, які мають відношення і до цього.

365. Слід подбати також і про інформаційну програму, спрямовану на представників широкої громадськості, щоб вони могли цілком усвідомити природу всіх змін, які відбуватимуться. Без такого усвідомлення навряд чи з'явиться довіра до системи кримінального правосуддя в цілому і легітимність її окремих аспектів буде з більшою вірогідністю ставитися під сумнів".

Автор висловлює подяку усім, хто сприяв виданню частини 1 цієї монографічної роботи. У частині 2 планується висвітлити дискусійні питання, що стосуються судових стадій кримінального провадження та особливих проваджень, зокрема: провадження про злочини неповнолітніх, із застосування примусових заходів медичного характеру, за угодами про визнання вини і про примирення, у формі приватного обвинувачення, щодо окремої категорії осіб, у справах щодо злочинів, вчинених на територіях дипломатичних представництв, консульських установ, суден України та інші, передбачених новим проектом КПК.

У книзі будуть наведені дані про основні етапи роботи над проектом КПК до моменту подання його Президентом України до Верховної Ради України. На момент виходу друком частини 2 монографії прогнозується, що КПК буде остаточно ухвалений. Тому буде надано інформацію щодо проходження нового КПК у профільному комітеті і у сесійній залі Верховної Ради України.

Лобойко Л.М.

Реформування
кримінально-
процесуального
законодавства в Україні
(2006—2011 роки)

Частина 1
Загальні положення
і досудове провадження

Монографія

Редактор — *О.В. Старцев*
Комп'ютерна верстка — *І.А. Томашівська*

Підписано до друку 29.02.2012. Формат 84x108 1/32.
Папір офсетний. Друк офсетний. Обл.-вид. арк. 16,45.

Тираж 500 прим. Зам. №

Віддруковано з оригінал-макета видавництва “Істина”
(свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготівників
і розповсюджувачів видавничої продукції
серія ДК № 521 від 05.07.2001)
у ТОВ “Друкарня “Рута”
32300, Хмельницька обл., м. Кам'янець-Подільський,
вул. Князей Коріатовичей, 11.
(03849) 3-63-54.