

НАЦІОНАЛЬНА АКАДЕМІЯ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ
НАУКОВО-ДОСЛІДНИЙ ІНСТИТУТ ВИВЧЕННЯ ПРОБЛЕМ
ЗЛОЧИННОСТІ імені АКАДЕМІКА В. В. СТАШИСА

Теоретичні основи якості кримінального процесуального законодавства України

**Збірник матеріалів
круглого столу за результатами роботи
фахівців Науково-дослідного інституту
вивчення проблем злочинності
імені академіка В. В. Сташиса
Національної академії правових наук України
за фундаментальною темою у 2019 р.**

(м. Харків, 24 грудня 2019 р.)

УДК 343.13(477):340.134-041.325

Т34

*Рекомендовано до друку та до поширення через мережу Інтернет
вченою радою Науково-дослідного інституту
вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса
Національної академії правових наук України
(постанова №10/2 від 26 грудня 2019 р.)*

Редакційна колегія:

В. С. Батиргарєєва (співголова редколегії),

В. І. Борисов (співголова редколегії),

Д. П. Євтеєва (заступник співголови редколегії),

Н. В. Глинська, О. Г. Шило

Відповідальна за випуск: *А. А. Барабаш*

Відповідальність за достовірність даних несуть автори публікацій.

Точка зору редколегії може не збігатися з позицією авторів

Т34 **Теоретичні** основи якості кримінального процесуального законодавства України : зб. матеріалів круглого столу за результатами роботи фахівців НДІ вивч. проблем злочинності ім. акад. В. В. Сташиса НАПрН України за фундаментал. темою у 2019 р. (м. Харків, 24 груд. 2019 р.) / редкол.: В. С. Батиргарєєва, В. І. Борисов, Д. П. Євтеєва та ін. – Харків : Право, 2019. – 92 с.

ISBN 978-966-937-894-1

До збірника увійшли матеріали круглого столу на тему «Теоретичні основи якості кримінального процесуального законодавства України» співробітників відділу дослідження проблем кримінального процесу та судоустрою Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України.

УДК 343.13(477):340.134-041.325

© Науково-дослідний інститут вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса Національної академії правових наук України, 2019

ISBN 978-966-937-894-1

© Оформлення. Видавництво «Право», 2019

ЗМІСТ

ВСТУПНЕ СЛОВО	6
<i>А. А. Барабаш</i> ДЕФЕКТИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПОВІДОМЛЕННЯ ПРО ПІДОЗРУ	8
<i>Н. В. Глинська</i> ДО ПИТАННЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЗАКОННОСТІ У ПРАВАЗАСТОСОВНІЙ ДІЯЛЬНОСТІ	15
<i>Н. В. Глинська, Т. Є. Дунаєва, Д. І. Клепка, О. І. Марочкін</i> ЩОДО ПРОЕКТІВ ЗАКОНІВ УКРАЇНИ «ПРО ВНЕСЕННЯ ЗМІН ДО ДЕЯКИХ ЗАКОНОДАВЧИХ АКТІВ УКРАЇНИ ЩОДО СИСТЕМ МОНИТОРИНГУ СТАНУ БЕЗПЕКИ»	19
<i>Н. В. Глинська, О. Г. Шило</i> ДОБРОЯКІСНІСТЬ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНУ ЯК ОСНОВА ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЄДНОСТІ ЙОГО ЗАСТОСУВАННЯ	23
<i>Н. В. Глинська, О. Г. Шило</i> ДО ПИТАННЯ ЩОДО ВЛИВУ ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ ПОЛІТИКИ НА ФОРМУВАННЯ КОНЦЕПТУ СУЧАСНОГО КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ	27
<i>М. І. Демура, Д. І. Клепка</i> ДО ПИТАННЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ НЕПОВНОЛІТНІХ ПОТЕРПІЛИХ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ	30
<i>Т. Є. Дунаєва</i> ЩОДО ДОЦІЛЬНОСТІ ПРОФІЛАКТИКИ ПІД ЧАС ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ ЗЛОЧИНІВ В УКРАЇНІ	33
<i>Д. І. Клепка</i> ДО ПИТАННЯ ЄДНОСТІ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ	36
<i>Д. І. Клепка, А. А. Барабаш</i> ДО ПИТАННЯ ПОВНОВАЖЕНЬ СЛІДЧОГО СУДДІ ЗА РЕЗУЛЬТАТАМИ РОЗГЛЯДУ СКАРГИ НА ПОСТАНОВУ ПРО ЗАКРИТТЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ ПІД ЧАС ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ	38

<i>Д. І. Клепка, Н. В. Глинська</i> ДО ПИТАННЯ ОСКАРЖЕННЯ ПОВІДОМЛЕННЯ ПРО ПІДОЗРУ ПІД ЧАС ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ	41
<i>О. Г. Клепка, Д. І. Клепка</i> ПРАВО НА ОСКАРЖЕННЯ РІШЕНЬ, ДІЙ ЧИ БЕЗДІЯЛЬНОСТІ ПІД ЧАС ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ В КОНТЕКСТІ ПРАКТИКИ ЄСПЛ	44
<i>І. О. Крицька, Д. І. Клепка</i> ДО ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ ОРГАНІВ І ТКАНИН ЛЮДИНИ ЯК РЕЧОВОГО ДОКАЗУ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ	47
<i>Л. М. Лобойко, Н. В. Глинська</i> ПИСЬМОВЕ КАСАЦІЙНЕ ПРОВАДЖЕННЯ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ	51
<i>О. І. Марочкін</i> ОСОБЛИВОСТІ МОТИВУВАННЯ КЛОПОТАННЯ СЛІДЧОГО ПРО ПРОВЕДЕННЯ ОБШУКУ	55
<i>О. І. Марочкін</i> ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ЗАСТОСУВАННЯ ОКРЕМИХ ЗАПОБІЖНИХ ЗАХОДІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ.....	59
<i>Л. М. Москвич</i> ЩОДО ВІДПОВІДНОСТІ КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ ПРАКТИКИ ЗАЛУЧЕННЯ ІНОЗЕМНОГО ЕЛЕМЕНТУ У ФОРМУВАННЯ ОРГАНІВ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ	67
<i>І. В. Назаров</i> ОСОБЛИВОСТІ ДИСЦИПЛІНАРНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ АДВОКАТА.....	70
<i>І. В. Назаров</i> ЩОДО РОЗРАХУНКОВОЇ ВЕЛИЧИНИ, ЯКА ПІДЛЯГАЄ ЗАСТОСУВАННЮ ПРИ РОЗРАХУНКУ РОЗМІРУ ПОСАДОВОГО ОКЛАДУ СУДДІ МІСЦЕВОГО СУДУ З 1 СІЧНЯ 2017 РОКУ	73
<i>О. Г. Шило</i> ПІДСТАВИ ЗАСТОСУВАННЯ ЗАПОБІЖНОГО ЗАХОДУ У ВИГЛЯДІ ТРИМАННЯ ПІД ВАРТОЮ ЗА НАЦІОНАЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ І В ПРАКТИЦІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ	76

<i>О. Г. Шило, Н. В. Глинська</i> КРИМІНАЛЬНЕ ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВІДНОВЛЕННЯ ПРАВОПОРЯДКУ НА ТИМЧАСОВО ОКУПОВАНИХ ТЕРИТОРІЯХ УКРАЇНИ	79
<i>О. Г. Шило, Н. В. Глинська</i> ОКРЕМІ АСПЕКТИ ЗДІЙСНЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ КОРУПЦІЙНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ	82
<i>О. Г. Шило, Н. В. Глинська</i> ОКРЕМІ АСПЕКТИ СУДОВОЇ ПРАВОТВОРЧОСТІ	85
<i>О. Г. Шило, Н. В. Глинська</i> ОЦІНКА СУТТЄВОСТІ ПОРУШЕНЬ, ДОПУЩЕНИХ ПРИ УХВАЛЕННІ ПІДСУМКОВОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО РІШЕННЯ	88

ВСТУПНЕ СЛОВО

Демократичні перетворення в Україні, масштабність державно-правових реформ, важливість передбачення нових процесів і тенденцій, які з'являються в політико-правовій сфері держави, висувають нові вимоги, спрямовані на підготовку зважених законодавчих рішень, створення високоєфективної, якісної правової системи, в якій законодавство відповідало б інтересам соціальних інституцій та забезпечувало охорону прав та свобод людини.

Проблема підвищення якості законодавства надзвичайно актуальна для України з огляду на те, що в результаті потужних революційних змін в українському суспільстві виник наполегливий запит та виправдані очікування від законодавчого органу високоякісного, прогресивного та неодмінно правового закону. З урахуванням того, що в царині кримінального провадження допускаються суттєві обмеження прав та свобод людини, якість кримінального процесуального закону має бути настільки високою, щоб вже на законодавчому рівні максимально попередити ризик непропорційного втручання в права та законні інтереси учасників кримінального провадження з боку державних органів.

Потреба комплексного дослідження проблем, шляхів та засобів удосконалення системи вітчизняного кримінального процесуального законодавства та правозастосовної практики обумовлена також потребою забезпечення як його стабільності, так і динамічними змінами в усіх сферах суспільного життя України.

Змістовно-функціональне, структурне, техніко-юридичне та стилістичне удосконалення елементів системи українського кримінального процесуального законодавства, надання йому гуманітарного виміру, тобто приведення його змісту до реальних потреб та інтересів людини, суспільства в цілому й держави у царині протидії злочинності, має забезпечуватися як під час розробки законодавчого акта, так і при внесенні змін та доповнень до чинного законодавства.

Чинний КПК 2012 року, що став підсумком процесу реформування кримінального процесуального законодавства Україні протягом близько 20 років, увібрав в собі низку прогресивних фундаментальних правових положень, за що отримав високу оцінку від міжнародних та окремих вітчизняних експертів. За своєю ідеологічною концепцією цей кодекс цілком відповідає міжнародним стандартам у сфері забезпечення прав людини, що містяться у Конституції України, Загальній декларації прав людини, Конвенції про за-

хист прав людини і основоположних свобод, Міжнародному пакті про громадянські і політичні права та інших міжнародно-правових документах.

Проте вже за сьомірічний термін свого існування КПК зазнав чисельних і доповнень, в тому числі змін і доповнень до вже змінених норм. Звичайно причини та характер таких змін є різними. Втім за будь-яких обставин розробка визначально досконалого законодавства – є основою його стабільності та попереджують його зміну з метою усунення допущених юридико-технічних та змістовних дефектів в майбутньому. Разом із тим, процес підвищення якості та ефективності кримінального процесуального законодавства має здійснюватись на рівні теоретичного осмислення.

Одні із перших теоретичних здобутків приведені у цій роботі, а саме: розроблено теоретичні основи оцінки якості кримінального процесуального законодавства України, зокрема, визначені стандарти та інструментарій оцінки якості кримінального процесуального закону; виявлено низку норм кримінального процесуального законодавства, якість яких не є задовільною з огляду на їх функціональне навантаження, що є перепорою для ефективного врегулювання певних правових відносин у царині кримінального провадження; обґрунтовано доцільність додаткового врегулювання певних сегментів кримінальних процесуальних відносин для забезпечення єдності правозастосовної практики та ін.

Ця наукова праця є результатом діагностики ситуації у сфері забезпечення якості кримінального процесуального законодавства на основі комплексного наукового дослідження протягом 2017–2019 рр., своєрідним підсумком певного етапу дослідження за фундаментальною темою та орієнтиром для подальших наукових розробок.

О. Г. Шило

доктор юридичних наук, професор,

науковий керівник теми,

головний науковий співробітник відділу дослідження проблем кримінального процесу та судустрою Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України

Н. В. Глинська

доктор юридичних наук,

завідувач відділу дослідження проблем кримінального процесу та судустрою Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України

А. А. Барабаш, лаборант відділу дослідження проблем кримінального процесу та судоустрою Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України

ДЕФЕКТИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПОВІДОМЛЕННЯ ПРО ПІДОЗРУ

З моменту набуття чинності до Кримінального процесуального кодексу України 2012 р. (далі – КПК України) було внесено понад 70 змін і доповнень, більшість з яких були спрямовані на забезпечення дотримання прав учасників кримінального провадження та інших осіб під час здійснення досудового розслідування та усунення недоліків виявлених правозастосовниками.

Незважаючи на це останній містить у собі дефекти, до яких, зокрема Лейба О. А. відносить групу системно-структурних дефектів (пов'язаних із нормативним регулюванням) (прогалини, колізії, зайве дублювання, нерациональне розміщення юридичних норм тощо) та групу дефектів логіко-лінгвістичного характеру (дефекти термінології та поняттєво-категоріального апарату; нечіткість мовних конструкцій; невідповідність між мовною конструкцією і змістовним наповненням; надмірна деталізація та конкретизація; технічні помилки тощо)¹.

Наслідком вищевказаних дефектів є варіативне тлумачення норм, які регулюють інститут повідомлення про підозру, що призводить до неоднакового їх розуміння та застосування як сторонами кримінального провадження так і судом. Проблемні питання змісту, порядку здійснення та підстав оскарження повідомлення про підозру у кримінальному провадженні досліджувались багатьма вченими. Найбільш дискусійним серед юридичної спільноти було питання щодо можливості та необхідності оскарження повідомлення про підозру під час досудового розслідування.

Аналізуючи безліч аргументів можна звести їх до таких тез:

– не можливість оскарження повідомлення про підозру є «порушенням права на захист від незаконного переслідування», оскільки з моменту повідомлення починає реалізовуватись функція обвинувачення;

¹ Див.: Лейба О. А. Дефекти кримінального процесуального законодавства та засоби їх подолання: Автореф. дис. на здобуття канд. юрид. наук: 12.00.09. Харків, 2018. С. 10–11.

– повідомлення про підозру є лише «обґрунтованим припущенням слідчого, прокурора», розгляд слідчим суддею скарг щодо змісту повідомлення про підозру є «порушенням презумпції невинуватості».

Законодавець спробував вирішити коло проблемних питань пов'язаних із недотриманням органами кримінального переслідування вимог КПК, які регулюють порядок здійснення та зміст повідомленням про підозру, прийнявши Закон України №2147-VIII від 03.10.2017 р. «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів», яким, зокрема, внесено зміни до ч. 1 ст. 303 КПК, доповнивши її пунктом 10, який закріпив право підозрюваного, його захисника чи законного представника оскаржити повідомлення про підозру під час досудового розслідування. Такі зміни до кримінального процесуального закону дали певний позитивний ефект, оскільки позбавили варіативності тлумачення суддями можливості оскарження, в порядку ч. 1 ст. 303 КПК України, недотримання вимог КПК щодо вручення повідомлення про підозру.

З моменту вступу у дію зазначених змін пройшло майже 2 роки, у зв'язку із чим виникає декілька запитань:

1. *Чи підготовхнули такі зміни слідчого, прокурора до складання більш якісного процесуального документа та дотримуватись вимог щодо порядку його вручення?*

Можемо стверджувати, що так. Проаналізувавши судову практику встановлено, що підставами для скасування повідомлення про підозру ставали: 1) вручення повідомлення про підозру до внесення відомостей про кримінальне правопорушення до ЄРДР; 2) вручення не уповноваженою особою; 3) вручення повідомлення про підозру шляхом надіслання поштою; 4) необґрунтованість підозри (у підозрі не встановлені час та місце вчинення кримінального правопорушення, відсутній чіткий опис обставин фактичних даних кримінального правопорушення та ін. У випадку скасування повідомлення про підозру, КПК не обмежує слідчого, прокурора у здійсненні повторного повідомлення про підозру. Вже склалася практика, коли після скасування підозри слідчий усуває недоліки попереднього повідомлення та вручає його особі.

2. *Чи є ефективними такі зміни для проблем пов'язаних з незаконним переслідуванням?*

Такі зміни, на жаль, не подолали корупційну практику тиску на підприємців за «фактовими справами».

3. *А чи не є показником ефективності таких змін збільшення кількості скарг на повідомлення про підозру?*

Надаючи відповідь на це запитання, зауважимо на декількох моментах: по-перше, судова практика із задоволення скарг на порушення порядку вручення повідомлення про підозру існувала і до вказаних змін; по-друге, втрата статусу підозрюваного надає можливість скасувати запобіжний захід (домашній арешт, тримання під вартою) і заходи забезпечення кримінального провадження (відсторонення від посади, арешт майна). Хоча практика оскарження повідомлення про підозру особою, якій вже обрано запобіжний свідчить про наявність спірної судової позиції: у першому випадку – висновки попередніх судових рішень слідчого судді не мають преюдиціонального значення під час судового розгляду скарги у порядку ч. 1 ст. 303 КПК, а у другому – судді відмовляють у задоволенні скарги, оскільки обґрунтованість підозри була досліджена при вирішенні питання про обрання запобіжного заходу, а і третьому – взагалі відмовляються надавати оцінку обґрунтованості підозри та доказів, оскільки це не входить до предмета судового розгляду на стадії досудового розслідування, а може бути лише предметом безпосереднього розгляду кримінального провадження судом.

Усе вищезазначене ставить перед нами інше запитання: *«А чи потрібен узагалі інститут повідомлення про підозру?»*

Із цього приводу цікаву думку висловив суддя Верховного Суду, і одночасно один із розробників чинного КПК України **Аркадій Бущенко**: «такий документ, як повідомлення про підозру, можна вилучити з кримінального процесу».

Наталія Марчук, суддя Верховного суду, також заявила щодо недоречності існування такого документу, як повідомлення про підозру: «немає значення, чи усно повідомляють особу про підозру, чи письмово, але іде втручання в її життя. Проте автор зауважує, що ми поки не досягли високих стандартів, коли б слідчі за найменшої підозри аргументовано пояснювали особі, чим це викликано, а підозрюваний мав достатньо часу на оскарження».

Також Наталія Марчук зауважує, що сьогодні варто говорити не стільки про внесення змін до законодавства, скільки про належне виконання чинних норм. «На жаль, поширена практика, коли особа отримує повідомлення про підозру на 58-й день слідства. В обід їй оголошують про відкриття матеріалів справи, а ввечері вона вже обвинувачена, бо обвинувальний акт поїхав до суду», – навела приклад суддя. Разом з тим

відповідно до КПК України суд зобов'язаний призначити розгляд справи не пізніше ніж через 10 днів після підготовчого засідання. То ж в обвинувачуваного просто немає часу реалізувати своє право на захист в досудовому порядку¹.

З вищевикладеного можемо констатувати беззаперечним є те, що порушення прав особи може виникати не лише в момент повідомлення про підозру.

Проблемні питання правозастосування цього інституту, перш за все, пов'язані із дефектами законодавства. Відсутність у нормах КПК України чіткого визначення правової природи повідомлення про підозру призводить до варіативного тлумачення відповідних норм як судом, так і сторонами обвинувачення та захисту. Вирішенням законодавчих недоліків на теоретичному рівні займалися такі вчені : Аленін Ю. П., Гончаренко В. Г., Гончаренко С. В., Гловюк І. В., Глинська Н. В., Гринюк В. О., Капліна О. В., Костенко О., Клепка Д. І., Лобойко Л. М., Погорецький М. А., Никоненко М. Я., Фоміна Т. Г., Шило О. Г., Янович Ю. В. та ін. Підтримуємо визначення повідомлення про підозру як документа, яке надає Капліна О. В.: «повідомлення про підозру вважається особливим видом процесуального повідомлення у кримінальному провадженні, тобто як процесуальний документ, який є результатом інтелектуальної діяльності спеціально уповноважених осіб (слідчого, прокурора) з оцінки досудових доказів на предмет їх відповідності та допустимості та може спричинити юридичні наслідки для учасників провадження у разі дотримання вимоги щодо строків, процедури та суб'єктного складу осіб, які здійснюють його вручення»².

Стаття 277 КПК України визначає вимоги до змісту повідомлення про підозру як процесуального документа. Так, повідомлення про підозру, окрім інших відомостей, має містити зміст підозри. У рішеннях Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), зокрема у рішенні у справі «Нечипорук і Йонкало проти України» закріплено поняття «обгрунтована підозра», зміст якої становлять: «факти або інформація, які

¹ Див. Судді Верховного Суду обговорили з експертами проблеми у застосуванні інституту підозри у кримінальному процесі. URL : <https://ecpl.com.ua/publications/suddi-verkhovnoho-sudu-obhovoryly-z-ekspertamy-problemy-u-zastosuvanni-instytutu-pidozry-u-kryminal-nomu-protsesi/>

² Див. : Капліна О. В. Підозра у кримінальному провадженні: поняття, ознаки, сутність / О. В. Капліна // Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. – 2013. – №1. – С. 238-242.

можуть переконати об'єктивного спостерігача в тому, що особа, про яку йдеться, могла вчинити правопорушення, те, що вимога розумної підозри передбачає наявність доказів, які об'єктивно пов'язують підозрюваного з певним злочином. І вони не повинні бути достатніми, щоб забезпечити засудження, але мають бути достатніми, щоб виправдати подальше розслідування або висунення обвинувачення».

У статті 276 КПК України закріплено випадки обов'язкового повідомлення про підозру. Однак основою підозри повинні бути фактичні дані, на підставі яких слідчий, прокурор встановлюють наявність чи відсутність фактичних обставин, що мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню у кримінальному провадженні (ст. 91 КПК України).

Повідомлення про підозру повинно здійснюватись негайно з моменту зібрання достатньої кількості належних та допустимих доказів, які об'єктивно можливо отримати на цій стадії досудового розслідування, та які дають можливість зробити припущення про вчинення певною особою кримінального правопорушення.

Органи кримінального переслідування нерідко зловживають вимогою «об'єктивного оцінювання достатності доказів», унаслідок чого зволікають із здійсненням повідомлення про підозру конкретній особі. Відповідно, не маючи формального статусу підозрюваною особа (свідок) фактично викривається органами кримінального переслідування без можливості реалізації нею свого права на захист, що відображено у рішенні ЄСПЛ у справі «Шабельник проти України» № 16404/03 від 19.02.2009 р.: «невчасне повідомлення про підозру позбавляє громадянина права на захист від первісного кримінального переслідування»¹.

Відповідно до ст. 20 КПК України свідок не відноситься до учасників кримінального провадження, які мають право на захист. Свідок же, як учасник кримінального провадження, згідно вимог статті 66 КПК України не наділений жодними так званими «активними» процесуальними правами. У ст. 87 КПК закладено «запобіжник» проти зловживань з боку органів кримінального переслідування у виді визнання судом недопустимим доказом показання свідка, який надалі буде визнаний підозрюваним чи обвинуваченим у цьому кримінальному провадженні, проте на стадії до-

¹ Див. : Рішення ЄСПЛ у справі «Шабельник проти України» № 16404/03 від 19.02.2009 р. «Шабельник проти України». URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_457

судового розслідування можуть порушуватися права та інтереси осіб, які формально не мають статусу підозрюваного, але щодо них вчиняються певні слідчі дії .

Суддя Верховного Суду Микола Мазур зазначає, що повідомлення про підозру має існувати для того, аби інформувати особу, від чого вона має захищатися. Водночас, незважаючи на презумпцію невинуватості, і правоохоронці, і суспільство в цілому сприймають повідомлення про підозру як таке, що вже підтверджує вчинення особою злочину. То ж особи, щодо яких можуть поводитись якісь дії в рамках досудового розслідування, не дуже то й хочуть закріплення за ними офіційно відповідного статусу, хоча це і звужує їхні можливості захисту¹.

Погоджуємось із вищевказаною тезою про те, що ця проблема існує не лише в законодавчій площині, а й на рівні правозастосування і також пов'язана із встановленим граничним строком здійснення досудового розслідування. Зволікання із врученням повідомленням про підозру є неформальним способом слідчого «продовжити» строк досудового розслідування, не звертаючись до порядку, визначеного у ст. 294 КПК. Цю проблему законодавці намагались вирішити шляхом обмеження строку досудового розслідування у кримінальних провадженнях «без підозрюваного». Так, у згаданому Законі України №2147-VIII від 03.10.2017 р. були внесені зміни до КПК, які у ЗМІ отримали назву «правки Лозового», які між іншим встановили граничний строк здійснення досудового розслідування *з моменту внесення відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань і до дня повідомлення особі про підозру*. Залежно від тяжкості злочину максимальний строк досудового розслідування нині становить від 6 до 18 місяців.

Дійсно необмежений строк досудового розслідування до повідомлення особі про підозру у так званих «фактових справах» створює можливості для зловживань слідчими. У таких провадженнях проводились обшуки, виїмки, допити, накладався арешт на майно, чим грубо порушувалися права й інтереси учасників кримінального провадження (свідків) та третіх осіб, обсяг процесуальних прав для захисту яких суттєво обмежений.

¹ Див. : Судді Верховного Суду обговорили з експертами проблеми у застосуванні інституту підозри у кримінальному процесі. URL : <https://ecpl.com.ua/publications/suddi-verkhovnoho-sudu-obhovoryly-z-ekspertamy-problemy-u-zastosuvanni-institutu-pidozry-u-kryminal-nomu-protsesi/>

Варто зауважити, відповідно до даних Міністерства внутрішніх справ, навантаження на слідчого у великих містах становить понад 300 кримінальних проваджень¹. Зрозуміло, що в умовах перевантаженості правоохоронних органів «штучне пришвидшення» погіршує якість досудового розслідування та виникають реальні ризики закриття кримінальних проваджень з формальних підстав без встановлення всіх обставин вчинення злочину та виконання завдань кримінального провадження.

Аби запобігти цьому чинним КПК України у ч. 1 ст. 294 передбачена можливість неодноразового продовження строків досудового розслідування, у випадку, якщо воно не може бути закінчене у встановлені строки. Основним критерієм продовження строку тут виступає ступінь тяжкості злочину, складність провадження і відсутність підозрюваного.

Разом з тим, у практиці Харківської правозахисної групи існують провадження по одному епізоду з одним обвинуваченим, досудове розслідування в яких тривало більше 6 місяців. Не зважаючи на повну відсутність слідчих дій, строк досудового розслідування неодноразово продовжувався і прокурором, і слідчими суддями.

Для прикладу, практика Європейського суду з прав людини не містить тверджень про конкретні строки досудового розслідування. Європейський суд з прав людини напрацював критерії оцінки та загальноновизнані засади ефективності досудового розслідування. Однією з таких засад є категорія «розумні строки».

Досудове розслідування не може тривати не визначений період часу, оскільки це суперечить завданнями кримінального провадження. Але його тривалість має зумовлюватися та вимірюватися на підставі низки критеріїв, а не на підставі лише одного.

Підсумовуючи викладений матеріал констатуємо про наявність у чинному КПК України дефектів системно-структурного та логіко-лінгвістичного характеру правового регулювання інституту повідомлення про підозру, що призводить до виникнення множинності тлумачення відповідних норм учасниками кримінального провадження, а відтак до неоднозначного правозастосування або до зволікання із здійсненням такого повідомлення.

¹ Див. У мегаполісах один слідчий поліції розслідує 300 кримінальних проваджень. URL : https://mvs.gov.ua/ua/news/20954_U_megapolisah_odin_slidchiy_policii_rozslidu_300_kriminalnih_provdzhen_Maksim_Cuckiridze.htm

Н. В. Глинська, доктор юридичних наук, старший науковий співробітник, завідувач відділом дослідження проблем кримінального процесу та судоустрою Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України

ДО ПИТАННЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЗАКОННОСТІ У ПРАВОЗАСТОСОВНІЙ ДІЯЛЬНОСТІ

Найважливішою умовою високоякісного судочинства є законність усіх процесуальних рішень, що ухвалюються в перебігу кримінального провадження. Традиційно в науці кримінального процесу вимогу законності кримінальних процесуальних рішень (далі – КПР) вчені пов'язують із суворою відповідністю форми і змісту конкретного процесуального акта нормам чинного матеріального і кримінального процесуального законодавства та правильним його застосуванням щодо конкретної ситуації.

У КПК закріплений принцип законності (ст. 9 КПК), проте відсутнє нормативне відзначення загального поняття законності КПР, його тлумачення дається лише стосовно вироку суду як вимоги щодо його ухвалення компетентним судом згідно з нормами матеріального права з дотриманням вимог щодо кримінального провадження, передбачених КПК (ч. 2 ст. 370 КПК).

Важливим для комплексного з'ясування критеріїв стандарту законності є розуміння того, що вимога законності є багатоаспектною, оскільки стосується як форми КПР і взаємопов'язаних з нею умов та строків його ухвалення, так і його змісту, що й дозволяє виділити нам два аспекти законності КПР: *формальний* та *змістовий*, а також розглянути один з них в межах цієї роботи.

З точки зору змісту КПР дотримання вимоги законності обумовлює необхідність правильного застосування норм матеріального та процесуального законодавства. Цей аспект законності КПР тісно взаємопов'язаний із формальним, адже документ як форма вираження суті КПР знаходиться в нерозривному зв'язку з тими правовими та моральними вимогами, яким має відповідати зміст КПР для визнання його законним.

В умовах стрімкого розвитку права необхідною вимогою до ефективного правозастосування у правовій державі є заповнення особою, що приймає рішення (далі – ОІР), прогалин законодавства. З огляду на це застосування правової аналогії (аналогії закону та аналогії права) в сфері кримінального провадження для всіх осіб, що приймають КІР, є не тільки їхнім правом, а й обов'язком, що для слідчого та прокурора встановлюються принципом публічності, а для слідчого судді та суду – вимогою щодо ефективного захисту прав людини.

Відповідно, випадки правомірного застосування у практиці органів досудового розслідування, прокурорів та суддів правової аналогії мають вважатися одними з важливих позитивних показників, що свідчать про істинно правовий та конструктивний характер діяльності правозастосовних органів. Водночас застосування будь-якої аналогії буде позбавлене сенсу без врахування специфіки правових питань, для вирішення яких застосовується аналогічна норма чи загальноправові принципи.

Вимога обґрунтованості у випадках застосування правової аналогії, на наш погляд, вимагає наведення в КІР не тільки посилання на конкретні правові принципи, керуючись якими ОІР дійшла висновку про можливість, зокрема, застосування саме цієї правової норми за аналогією, а й пояснення їх значення щодо конкретного випадку. Останній аспект, на жаль, не завжди відображається у мотивувальних частинах відповідних КІР, в яких застосовується правова аналогія.

Безпосереднє значення для правильного застосування обраної правової норми, є її правильне тлумачення у спосіб, який забезпечує пріоритет прав людини при вирішенні будь-якого правового питання. Тлумачення закону в жодному разі не може спричинити невинуватених обмежень конституційних прав та свобод учасників кримінального процесу. Це прямо впливає з принципу верховенства права та положень ч. 5 ст. 9 КПК, відповідно до якої кримінальне процесуальне законодавство України слід застосовувати з урахуванням практики ЄСПЛ, яка за своєю суттю є еталоном, зразком тлумачення основоположних прав людини та свобод, що мають бути забезпечені в сфері кримінального провадження. У свою чергу визнання людини, її прав та свобод найвищою цінністю вимагає з двох однаково можливих варіантів тлумачення правової норми віддавати перевагу тому, за якого права та свободи людини будуть забезпечені у спосіб, який є найбільш сприятливим для особи. Можна сказати, що справедливість є керівною засадою тлума-

чення правових норм, які містять оціночні поняття, у разі прогальності чи колізійності законодавства.

Певна складність, що виникає через правову невизначеність чи колізійність правового регулювання на етапі обрання належної правової норми при ухваленні конкретного КПП обумовлює той факт, що ОПР в межах наданої їй правової компетенції не тільки має право, а й зобов'язана реалізувати дискреційні повноваження щодо обрання належної правової норми, в тому числі в результаті застосування правової аналогії та її розширювального тлумачення щодо конкретного випадку з урахуванням загальних засад кримінального провадження та практики ЄСПЛ.

Рішення, прийняті за результатом реалізації таких повноважень, належать до групи КПП із *підвищеним рівнем дискреції*. Відповідно, гарантіями правомірності таких рішень буде дотримання ОПР певних меж застосування аналогії та розширювального тлумачення, а також достатня *обґрунтованість* КПП. Вбачається, що обмежувачі застосування аналогії в кримінальному провадженні іманентно впливають із самої суті принципу верховенства права, який виключає можливість допущення будь-яких невинуватених обмежень прав та свобод людини (найвищих цінностей, що визначають зміст і спрямованість діяльності держави), не потребують спеціальної нормативної регламентації, а мають усвідомлюватися в контексті загальної правозахисної ідеології кримінального процесу.

Крім того, технологія такого «атипового» правозастосовного процесу передбачає розширення критеріїв законності КПП (через більшу деталізацію показників змістовної законності) та меж обґрунтування КПП, зокрема наведення у тексті такого КПП вичерпних правових мотивів, що пояснюють правильність правової кваліфікації конкретної ситуації, демонструють розкриття «ситуативного» змісту певної норми та переконують кожного професійного учасника кримінального провадження, хто знайомиться із прийнятим КПП, в тому, що обрана правова норма застосована цілком правомірно. При цьому будь-яке перефразування тексту правової норми слід розцінювати як варіант його правового тлумачення, відповідно саме ці твердження є предметом оцінки в контексті визначення правильності тлумачення норм закону, а отже, обов'язково мають бути текстуально зазначені у сукупності з відповідними правовими мотивами, що наводяться на обґрунтування ухваленого КПП. Водночас роз'яснення правозастосовником закону стосовно конкретної ситуації виключає будь-яке «перекручування» суті нормативних приписів.

При цьому значення обґрунтування КПР, прийнятого під час атипового правозастосування, може й виходити за межі конкретного провадження. Адже належним чином обґрунтовані у КПР випадки застосування правової аналогії чи тлумачення норм з оціночними поняттями стосовно конкретних обставин провадження можуть слугувати певними орієнтирами для вирішення правових питань у схожих правових та фактичних ситуаціях, а отже, мати певне стандартизаційне значення для правозастосовної діяльності в сфері кримінального провадження.

Н. В. Глинська, доктор юридичних наук, старший науковий співробітник, завідувачка відділу дослідження проблем кримінального процесу та судоустрою Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України

Т. Є. Дунаєва, кандидат юридичних наук, науковий співробітник відділу дослідження проблем кримінального процесу та судоустрою Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України

Д. І. Клепка, кандидат юридичних наук, науковий співробітник відділу дослідження проблем кримінального процесу та судоустрою Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України

О. І. Марочкін, кандидат юридичних наук, науковий співробітник відділу дослідження проблем кримінального процесу та судоустрою Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України

ЩОДО ПРОЕКТІВ ЗАКОНІВ УКРАЇНИ «ПРО ВНЕСЕННЯ ЗМІН ДО ДЕЯКИХ ЗАКОНОДАВЧИХ АКТІВ УКРАЇНИ ЩОДО СИСТЕМ МОНІТОРИНГУ СТАНУ БЕЗПЕКИ»

У 2019 році було ініційовано проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо систем моніторингу стану безпеки» № 10120 від 01.03.2019 р., у якому пропонується надання широкому колу суб'єктів (силам безпеки, органам державної влади і місцевого самоврядування) права створювати та використовувати комп-

лексні системи моніторингу стану безпеки, тобто здійснювати зовнішнє спостереження на місцевості і на транспорті за допомогою технічних засобів (див. п. 11 ч. 1 ст. 38 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні», ч. 3 ст. 25 Закону України «Про Національну поліцію», ст. 36 Закону України «Про національну безпеку України» та ін).

Проте здійснення *спостереження* у публічно доступних місцях є надто вразливим з точки зору ступеню втручання в права та свободи людини. З огляду на це реалізація такої діяльності за діючої правовою регламентацією можлива лише у форматі або негласної слідчої (розшукової) дії (ст. 269 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК), або як складова оперативно-розшукової діяльності.

Так, *візуальне спостереження* за особою, річчю або місцем у публічно доступних місцях як негласна слідча (розшукова) дія може бути проведено лише під час досудового розслідування тяжкого або особливо тяжкого злочину; підставою її проведення є рішення слідчого, прокурора, а у випадках здійснення візуального спостереження особи – ухвала слідчого судді, постановленої в порядку, передбаченому статтями 246, 248–250 КПК; належним суб'єктом проведення є слідчий, який здійснює досудове розслідування злочину, або за його дорученням – уповноважені оперативні підрозділи Національної поліції, органів безпеки, Національного антикорупційного бюро України, Державного бюро розслідувань, органів, що здійснюють контроль за додержанням податкового і митного законодавства, органів Державної кримінально-виконавчої служби України, органів Державної прикордонної служби України (див. ч. 5 ст. 246 КПК).

Проводити зовнішнє спостереження як складову оперативно-розшукової діяльності дозволено лише окремим підрозділам правоохоронних і розвідувальних органів, визначених у ст. 5 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність». При цьому проведення оперативно-розшукової діяльності іншими підрозділами зазначених органів, підрозділами інших міністерств, відомств, громадськими, приватними організаціями та особами забороняється (ст. 2 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність»).

З огляду на зазначене вважаємо, що коло суб'єктів, яким має надаватись право створювати та використовувати комплексні системи моніторингу стану безпеки, має бути узгоджено із наведеними вище положеннями КПК, а також законів України «Про оперативно-розшукову діяльність».

Також не можемо погодитись із пропозицією надання спеціальним (уповноваженим) та їх співробітникам права одержувати інформацію шляхом безпосереднього доступу до автоматизованих інформаційних і довідкових систем, реєстрів та баз (банків) даних, власниками (держателями) яких є державні органи або органи місцевого самоврядування (підпункт «г» ч. 2 ст. 12 ЗУ «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю» в редакції проекту).

Вважаємо, що передбачений порядок може застосовуватися лише за умови добровільної згоди власника автоматизованої інформаційної, довідкової системи, реєстру, баз (банків) даних. За відсутності такої згоди вважаємо, що повинен застосовуватися порядок, передбачений КПК України щодо доступу до такої інформації.

Варто звернути увагу, що відповідно до ст. 159 КПК України тимчасовий доступ до електронних інформаційних систем або їх частин, мобільних терміналів систем зв'язку здійснюється шляхом зняття копії інформації, що міститься в таких електронних інформаційних системах або їх частинах, мобільних терміналах систем зв'язку, без їх вилучення. Тимчасовий доступ до речей і документів здійснюється на підставі ухвали слідчого судді, суду.

Якщо мова йде про негласне отримання інформації, яка міститься в автоматизованих інформаційних системах, такий порядок врегульовано ст. 264 КПК України, відповідно до якої ошук, виявлення і фіксація відомостей, що містяться в електронній інформаційній системі або її частин, доступ до електронної інформаційної системи або її частини, а також отримання таких відомостей без відома її власника, володільця або утримувача може здійснюватися на підставі ухвали слідчого судді, якщо є відомості про наявність інформації в електронній інформаційній системі або її частині, що має значення для певного досудового розслідування.

Викликає сумнів надання уповноваженим підрозділам на підставі відповідного рішення суду на строк до 10 діб опечатувати архіви, каси, приміщення (за винятком жилих) чи інші сховища, брати їх під охорону, а також вилучати предмети і документи у порядку, передбаченому Кримінальним процесуальним кодексом України.

Варто звернути увагу на те, що жодним нормативним правовим актом не передбачено порядок отримання дозволу на проведення опечатування архівів, кас, приміщень (за винятком жилих) чи інших сховищ. З цього приводу необхідно зазначити, що відповідно ст. 131 КПК заходи забезпечення кримінального провадження застосовуються на підста-

ві ухвали слідчого судді або суду, за винятком випадків, передбачених КПК України.

Однак, чинний КПК України закріплює вичерпний перелік заходів забезпечення кримінального провадження, передбачений ст. 131 КПК України, а саме: 1) виклик слідчим, прокурором, судовий виклик і привід; 2) накладення грошового стягнення; 3) тимчасове обмеження у користуванні спеціальним правом; 4) відсторонення від посади; 4¹) тимчасове відсторонення судді від здійснення правосуддя; 5) тимчасовий доступ до речей і документів; 6) тимчасове вилучення майна; 7) арешт майна; 8) затримання особи; 9) запобіжні заходи.

Тож такого заходу як опечатування архівів, кас, приміщень (за винятком жилих) чи інші сховищ чинним КПК України не передбачено. Не передбачено таких заходів й ЗУ «Про оперативно розшукову діяльність». Окрім цього у запропонованому доповненні статті 36 конкретизувати види інформації (даних), які накопичуються, обробляються і використовуються з метою забезпечення національної безпеки України, а також строк зберігання такої інформації із забезпеченням вимог Закону України «Про захист персональних даних», та порядок її знищення, як це передбачено Конвенцією Ради Європи про захист осіб у зв'язку з автоматизованою обробкою персональних даних.

Статтю 1 Закону України «Про національну безпеку України» необхідно доповнити поняттям «комплексні системи моніторингу стану безпеки» та надати його визначення.

Щодо запропонованої нової редакції ст. 212⁶ КУпАП, то вважаємо її положення вкрай актуальними, спрямованими на подальше удосконалення адміністративної відповідальності за правопорушення, що посягають на суспільні відносини, пов'язані зі створенням та функціонуванням інформаційних (автоматизованих) систем.

Н. В. Глинська, доктор юридичних наук, старший науковий співробітник, завідувач відділом дослідження проблем кримінального процесу та судустрою Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України

О. Г. Шило, доктор юридичних наук, професор, головний науковий співробітник Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України

ДОБРОЯКІСНІСТЬ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНУ ЯК ОСНОВА ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЄДНОСТІ ЙОГО ЗАСТОСУВАННЯ

Єдність судової практики є однією з фундаментальних цінностей сучасного судочинства. Єдиний підхід до застосування закону найкращим чином відповідає вимогам передбачуваності, верховенству права й ефективному захистові прав людини. І навпаки – відповідно до практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) суперечливість судових рішень руйнує суспільну довіру до суддів, яка є невід’ємним компонентом правової держави і становить право на справедливий суд (п. 1 ст. 6 Європейської Конвенції з захисту прав людини (далі – ЄКПЛ)). **З огляду на це у сучасному правовому суспільстві законодавцем, науковими експертами провідних демократичних держав та міжнародними органами приділяється величезна увага відшукуванню та утвердженню дієвих механізмів забезпечення єдності судової практики.** Серед міжнародних правових актів цінним дороговказом у царині забезпечення єдності судової практики є Висновок консультативної Ради європейських суддів **№ 20 «Про роль судів у забезпеченні єдності застосування закону»** (10 листопада 2017 року) (далі – Висновок КРЕС). В нашій державі питаннями забезпечення єдності судової практики вже тривалий час активно опікується сучасна наукова спільнота та практичні працівники. У цьому контексті проведено низку заходів законодавчого та організаційного характеру, зокрема, реформування системи судустрою, удосконалення процесуальних повноважень суду касаційної інстанції та ін.

Втім незважаючи на постійну увагу, що приділяється питанню узгодженості судової практики, проблема наявності діаметрально протилежних судових позицій з однотипних правових питань на сьогодні, на жаль, не є вирішеною. Хоча й єдність судової практики є показником професійності суддів при розгляді справ, здебільшого її досягнення залежить від чинників правового характеру – наявність злагодженої системи правових засобів, які дають можливість забезпечити єдність у застосуванні закону, а значить й уніфікувати судову практику. Одним з ключових таких засобів, є перш за все, доброякісність самого КПЗ. **Певні якісні характеристики закону та встановлені ним механізми** є бажаною та необхідною умовою (а тож і засобами) забезпечення єдиного підходу до його застосування на практиці.

КПЗ, перш за все, має відповідати вимогам, які ставляться до будь-якого закону як продукту законодавчої діяльності. Вивчення та аналіз чисельної літератури з цієї проблематики дозволило виділити основні стандарти змістовно-формального характеру, що мають ставитись до будь-якого закону в сучасних соціально-правових умовах розвитку суспільства. До *змістовних* вимог слід віднести соціальну адекватність, моральність, гуманістичність, своєчасність, ресурсну забезпеченість (матеріальну, технічну, фінансову) закону та відповідність його рівню розвитку суспільних відносин; адекватний розподіл прав та обов'язків між суб'єктами права (за принципом «немає прав без обов'язків»), правильно сформульовані мета й завдання закону та обрано належний метод нормативно-правового регулювання; гарантованість правових можливостей суб'єктів права тощо.

Окрему групу вимог складають *юридико-технічні* стандарти якості закону, що встановлюють певні техніко-конструктивні, структурно-логічні, естетичні та лінгвістичні вимоги до мови нормативно-правового акту. Так, зокрема, юридико-технічна досконалість закону обумовлює його чіткість та зрозумілість, лаконічність, несуперечливість положень закону, належний стиль викладу правової норми, вдалу назву, розташування розділів, глав, статей, пунктів, частин, відсутність колізій та прогалин і т.п.

Наведені й інші вимоги підлягають суттєвому коригуванню, залежно від того, чи аналізуємо ми якість окремого закону або їх сукупність, галузеве законодавство або систему законодавства в цілому. Перелічені стандарти є базові, а тому мають враховуватися як при створенні закону та його вдосконаленні законодавцем, так і при його оцінюванні будь-

якими суб'єктами (офіційними та неофіційними) в якості критеріальної основи.

Втім для царини кримінального провадження більш необхідною є система тих еталонів, яким має відповідати закон, що регулює саме кримінальні процесуальні відносини, для того, щоб він був надійною основою для ефективного вирішення його завдань. КПЗ, що регулює найбільш небезпечну з точки зору можливого втручання у права та в основоположні свободи особи площину суспільних відносин, має бути правовим за своєю суттю. З огляду на те, що утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави (ч. 2 ст. 3 Конституції України), в основі правотворчості у царині кримінального провадження має бути ціннісний вимір, а законодавець має орієнтуватись на правові цінності. Отже, інтегральною якістю КПЗ має бути його *правовий характер* – відповідність закону праву, відображення й узгодження в законі прав, свобод та інтересів різних суб'єктів кримінальних процесуальних правовідносин, коли зміст та форма закону цілком відповідають принципу верховенства права – ідеї людини як найвищої цінності, а отже гарантують особисті права та свободи кожній особі. ЄСПЛ неодноразово нагадував у своїх чисельних рішеннях, в тому числі й щодо України, про те, що *законодавство повинно відповідати принципу верховенства права* (див., серед багатьох інших, рішення у справі «Полторацький проти України» (Poltoratskiy v. Ukraine) від 29 квітня 2003 року).

Правовий характер змісту закону може бути забезпечений дотриманням системи стандартів (загальних та спеціальних). Якщо *загальні* стандарти є еталоном якості всього КПЗ, то *спеціальні* стандарти адресовані до певних сегментів КПЗ, призначенням яких є врегулювання правовідносин в межах окремих часових чи логічно-змістових структурно-функційних елементів кримінального провадження. Так, зокрема, до *загальних стандартів* якості КПЗ можна віднести: визначеність, розумність (збалансованість різних інтересів), соціальну адекватність, справедливість, антикорупційність (зокрема, встановлення чітких меж дискреційних повноважень), узгодженість (*по вертикалі* – відповідність КПЗ нормам Конституції та міжнародно-правовим актам та *по горизонталі* – відповідність закону нормам КПК), дотримання необхідної (оптимальної) межі алгоритмізації (урегульованості) кримінальної процесуальної діяльності; *єдність практики його застосування (тлумачення) та ін.* До *спеціальних* стандартів належать, зокрема: наявність в законі досконалого механізму оскарження дій і рішень органів і посадових осіб,

які ведуть процес, та гарантій неупередженості та незалежності суддів, забезпечення поваги до остаточного рішення; гнучкість перехідних положень; відсутність зайвої повторності щодо вчинення процесуальних дій чи прийняття процесуальних рішень; встановлення відповідальності за порушення норм КПЗ; досконала регламентація процесу обґрунтування процесуальних рішень і ускладнений порядок прийняття та обґрунтування деяких із них (про обшук в житлі особи, про взяття особи під варту тощо); встановлення оптимальних касаційних фільтрів та ін.

Система цих стандартів якості КПЗ є своєрідним еталоном гарантійного законодавчого механізму забезпечення єдиного його застосування на практиці, а значить й забезпечення ефективного функціонування кримінального процесу.

Н. В. Глинська, доктор юридичних наук, старший науковий співробітник, завідувач відділом дослідження проблем кримінального процесу та судоустрою Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України

О. Г. Шило, доктор юридичних наук, професор, головний науковий співробітник Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України

ДО ПИТАННЯ ЩОДО ВЛИВУ ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ ПОЛІТИКИ НА ФОРМУВАННЯ КОНЦЕПТУ СУЧАСНОГО КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ

Визначальними для формулювання концептуального бачення моделі сучасного кримінального процесу є система теоретичних, правових та праксеологічних положень загального характеру, що визначають зміст та форму кримінального процесу нашої держави. **Теоретичні основи** – сукупність теоретичних знань, положень юридичної науки, своєрідний гносеологічний фундамент, спираючись на який є можливим сформулювати об'єктивне та достатнє бачення сутнісних та формальних аспектів кримінального процесу. **Правові основи** – це по суті видима складова права, представлена у вигляді сукупності різнопланових правових норм, відображених у змісті зовнішніх їх носіїв, як правило – письмових документів – джерел права, що визнаються державою. Правові основи комплексні та різнопланові за своїм призначенням: одні норми закладають основи реформування, розвитку кримінальних процесуальних інститутів, інші – є засадою для правильної реалізації кримінальної процесуальної діяльності. **Праксеологічні основи** – це своєрідні практичні стандарти кримінального провадження, що формуються під час власне правозастосовної практики з урахуванням кращого досвіду. Такого роду стандарти

(правила, вимоги) правила стосуються оптимальної організації діяльності, інтегрують в собі теоретичні та практичні положення різних наук, мають логічне, юридико-технічне, управлінське, естетичне походження. Вони, будучи адаптованими до кримінальної процесуальної сфери, мають переважно рекомендаційний характер та, виконуючи специфічну нормативно-регулятивну функцію.

Об'єктивними регуляторами кримінальної процесуальної діяльності може бути судова практика (у її широкому розумінні), традиції правозастосовної діяльності (неформальні практики правозастосування). В основі орієнтації на відповідні судові рішення, попередньо ухвалені у подібних правових ситуаціях судьями тієї самої чи вищестоящої інстанції, має бути принцип переконливості такої практики для конкретного правозастосовника («переконуючий прецедент»). Орієнтація на судову практику мають безпосереднє значення для підвищення ефективності кримінального провадження.

Вважаємо, що одним з таких найбільш суттєвих чинників, що впливає на формулювання концептуальних основ сучасного кримінального процесу є *кримінальна процесуальна політика*. Остання є своєрідним адаптом соціальних потреб та очікувань суспільства від процедури вирішення кримінально-правового конфлікту. Звичайно ідеологічним підґрунтям кримінальної процесуальної політики як різновиду правової політики є сукупність правових цінностей, що домінують у суспільстві на його конкретному історичному етапі розвитку. Якщо ж враховувати той факт, що на сьогодні в Україні відбувається суттєва трансформація правової ідеології, в тому числі й у сфері кримінального процесу, потреба в дослідженні основних тенденцій кримінальної процесуальної політики видається вкрай актуальною.

У контексті визначення *основних напрямів кримінальної процесуальної політики*, що є суттєвими для з'ясування концепту сучасного кримінального процесу, в тому числі й його змістовного наповнення, слід вказати на *гуманізацію*, що на рівні правозастосування обумовлює необхідність досягнення оптимального (розумного) балансу особистих та публічних інтересів при вирішенні різних завдань кримінального провадження із максимально можливим забезпеченням прав учасників процесу (відмова від використання жорстких заходів усякий раз, коли існує можливість вирішити завдання кримінального провадження при мінімальному обмеженні прав особи); приділення у правовій держа-

ві особливої уваги наявності високоякісних процедурних механізмів, у тому числі детальній нормативній алгоритмізації процедури прийняття КІР та вимог до його змісту та форми; змагальність як вузловий елемент у новій ідеології кримінального процесу (підвищення значення дотримання при ухваленні КІР вимоги їх обґрунтованості та вмотивованості).

М. І. Демура, кандидат юридичних наук, асистент кафедри кримінального процесу Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Д. І. Клепка, кандидат юридичних наук, науковий співробітник відділу дослідження проблем кримінального процесу та судоустрою Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України

ДО ПИТАННЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ НЕПОВНОЛІТНІХ ПОТЕРПІЛИХ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Одним з основних завдань кримінального провадження є застосування належної правової процедури до кожного з учасників кримінального провадження (ст. 2 КПК України). Саме з цією метою національним кримінальним процесуальним законодавством передбачено додаткові гарантії щодо окремої категорії осіб, зокрема, главою 38 КПК України передбачено низку особливостей здійснення кримінального провадження щодо неповнолітніх. Так, ч. 2 ст. 484 КПК України закріплюється, що кримінальне провадження щодо неповнолітньої особи здійснюється слідчим, який спеціально уповноважений керівником органу досудового розслідування на здійснення досудових розслідувань щодо неповнолітніх. Під час такого кримінального провадження, слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд та всі інші особи, що беруть у ньому участь, зобов'язані здійснювати процесуальні дії в порядку, що найменше порушує звичайний уклад життя неповнолітнього та відповідає його віковим та психологічним особливостям, роз'яснювати суть процесуальних дій, рішень та їх значення, вислуховувати його аргументи при прийнятті процесуальних рішень та вживати всіх інших заходів, спрямованих на уникнення негативного впливу на неповнолітнього.

Підкреслимо, що зазначена норма застосовується лише у кримінальному провадженні щодо кримінальних правопорушень, вчинених

особами, які не досягли вісімнадцятирічного віку. Водночас, жодних особливостей щодо здійснення кримінального провадження у якому потерпілим є неповнолітнім чинним КПК не передбачено. Зазначене є суттєвою прогалиною національного кримінального процесуального законодавства. Особливо гостра така проблема постає якщо неповнолітній став жертвою домашнього насильства або сексуального розбещення.

У зв'язку з чим звернімо увагу на деякі фрагментарні особливості здійснення досудового розслідування за участю неповнолітнього потерпілого. Так, ст. 226 КПК передбачено, що допит малолітньої або неповнолітньої особи проводиться у присутності законного представника, педагога або психолога, а за необхідності – лікаря. Такий допит не може продовжуватися без перерви понад одну годину, а загалом – понад дві години на день. Особам, які не досягли шістнадцятирічного віку, роз'яснюється обов'язок про необхідність давання правдивих показань, не попереджуючи про кримінальну відповідальність за відмову від давання показань і за завідомо неправдиві показання. Більше жодних особливостей щодо допиту неповнолітньої або малолітньої особи національним законодавством не передбачено.

У контексті зазначеного питання варто звернутись до Конвенції Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства (далі – Конвенція), яка є частиною національного законодавства. Відповідно до ст. 35 Конвенції кожна сторона вживає необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення: проведення опитувань дитини без необґрунтованої затримки, відразу після повідомлення фактів компетентним органам; проведення опитувань дитини, якщо це необхідно, у спеціально обладнаному та прилаштованому для цих цілей приміщенні; проведення опитувань дитини особою, спеціально підготовленою для цих цілей; якомога меншої кількості опитувань і настільки, наскільки це є вкрай необхідним для цілей кримінального провадження; можливості супроводження дитини її законним представником або, де це доцільно, дорослим, якого вона сама вибирає, якщо стосовно цієї особи не буде винесено мотивованого рішення про інше.

Крім того, ч. 2 зазначеної статті передбачено, що кожна Сторона вживає необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення можливості запису на відеоплівку опитування жертви або, де це доцільно, свідка дитини та прийняття таких відеосвідчень як доказу в суді згідно з нормами її національного законодавства.

На підставі зазначеного можна зробити висновок про певну невідповідність норм національного законодавства міжнародним стандартам допиту неповнолітнього. Чинним КПК не передбачено використання відеозапису допиту як доказу у суді. Більш того відповідно до засади безпосередності дослідження показань, речей і документів суд досліджує докази безпосередньо. Показання учасників кримінального провадження суд отримує усно (ст. 23 КПК України). Тож правозастосовна практика йде шляхом допиту неповнолітнього мінімум два рази. Один – під час досудового розслідування, другий – під час судового провадження. Такий підхід цілком відповідає нормам законодавства, однак не сприяє забезпеченню прав неповнолітнього, та може завдати додаткової шкоди його стану.

На підставі зазначеного з метою імплементації міжнародно-правових стандартів до чинного КПК України цілком обґрунтованою видається пропозиція доповнити ст. 225 КПК України положенням відповідно до якого під час досудового розслідування у судовому засіданні може бути допитаний неповнолітній потерпілий або свідок. Вбачається, що такий підхід забезпечить мінімізацію впливу кримінального провадження на емоційний стан неповнолітнього потерпілого. Адже показання, які він надасть в порядку ст. 225 КПК можуть бути використані як докази під час судового провадження, що забезпечує відсутність необхідності повторного допиту неповнолітнього потерпілого.

Т. Є. Дунаєва, кандидат юридичних наук, науковий співробітник відділу дослідження проблем кримінального процесу та судоустрою Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України

ЩОДО ДОЦІЛЬНОСТІ ПРОФІЛАКТИКИ ПІД ЧАС ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ ЗЛОЧИНІВ В УКРАЇНІ

До завдань Кримінального кодексу України (далі – КК) належить окрім правового забезпечення охорони прав і свобод людини і громадянина, власності, громадського порядку та громадської безпеки, довкілля, конституційного устрою України від злочинних посягань, забезпечення миру і безпеки людства, також і запобігання злочинам¹. Також у ст. 2 Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) України викремовано такі завдання: захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, а також забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду з тим, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений, жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу і щоб до кожного учасника кримінального провадження була застосована належна правова процедура².

У КПК України до 2013 року існувала стаття 23 «Виявлення причин і умов, які сприяли вчиненню злочину». У 2013 р. таку статтю було виключено.

Так, подібна стаття діє в Кримінально-процесуальному кодексі Республіки Беларусь у розділі 3 «Докази та доказування». Згідно ст. 90 «Виявлення причин і умов, які сприяли вчиненню злочину» Кримінально-

¹ Кримінальний кодекс України : Закон України від 05 квітня 2001 р. № 2341-III. *Відом. Верхов. Ради України*. 2001. № 25/26. Ст. 131.

² Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13.04.2012 р. № 4651-VI. *Відом. Верхов. Ради України*. 2013. № 9–10. Ст. 88.

процесуального кодексу Республіки Беларусь «при провадженні за матеріалами перевірки та кримінальній справі органи кримінального переслідування зобов'язані виявляти причини та умови, які сприяють вчиненню злочину»¹.

Натомість у Російській Федерації (далі – РФ) внесення слідчим, дізнавачем подання про вжиття заходів по усуненню обставин, що сприяють вчиненню злочинів, та інших порушень закону, у статті 158 КПК РФ подано лише як право. На відміну від ст. 213 КПК РСФСР. У ст. 221 КПК РФ не встановлений перелік питань, які вирішуються прокурором у справі, що надійшла з обвинувальним висновком. А звідси відсутнє і з'ясування питання, чи виявлені причини та умови злочину і чи вжито заходів до їх усунення. Все це є серйозна прогалина, що негативно позначається на боротьбі зі злочинністю².

Причини та умови, які сприяють вчиненню злочинам – це обставини об'єктивної дійсності та особливості особи обвинуваченого та потерпілого, які зумовили, детермінували злочин та створили можливим його вчинення.

Виявлені у процесі розслідування та відображені у поданні слідчого індивідуальні риси особи, що характеризують певний тип антисуспільної установки, дозволяють прийняти конкретні та найбільш діючі заходи для виправлення. Під умовами, які сприяють вчиненню злочину, розуміються обставини, які полегшили обвинуваченому вчинення злочину та досягнення злочинного результату. Причини та умови, які сприяють вчиненню злочину, виявляються в процесі провадження комплексу необхідних слідчих дій³.

На думку Смокова С. М. та Десятника А. А., доцільно доповнити КПК України позицією, відповідно якої сторона обвинувачення, що встановила наявність причин і умов вчинення кримінального правопорушення, вправі внести до відповідного органу, громадській організації

¹ Уголовно-процессуальный кодекс Республики Беларусь : Закон Республики Беларусь от 16 июля 1999 г. № 295-3. URL: http://etalonline.by/document/?regnum=hk9900295&q_id=799631 (дата звернення: 09.10. 2019).

² Нигматуллин Э. Р. Предупреждение преступлений как функция следователя. *Проблемы противодействия преступности в современных условиях*: матер. Междунар. Науч.-практ. конф. 16-17 октября 2003 г. Часть III. Уфа: РИО БашГУ, 2004. URL: <http://kalinovsky-k.narod.ru/b/ufa20041/nigmatullin.htm> (дата звернення: 09.10.2019).

³ Тертышник В. М. Научно-практический комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Украины. 3-е изд., перераб. и доп. Харьков: Арсис, 2000. С. 46

чи службовій особі подання щодо усунення цих обставин. Зокрема, внесення подання повинно бути правом, а не обов'язком сторони обвинувачення. В той же час необхідно закріпити обов'язок сторони обвинувачення встановлювати вказані обставини для активізації профілактичної діяльності¹.

З метою вдосконалення профілактичної діяльності спеціальних органів, необхідно розробити і впровадити досконалу систему обліку виявлених та зібраних відомостей про причини та умови, які сприяють вчиненню злочинів у відповідній базі з розподілом за сферами прояву, регіонами, а також за особами, щодо яких є оперативні дані про здійснення ними злочинів.

Слід погодитись з А. В. Форостяним, що КПК доцільно доповнити статтею, яка б визначала вимоги до подання слідчого, прокурора, а також детектива Національного антикорупційного бюро України про усунення причин і умов, що сприяли вчиненню кримінального правопорушення².

На думку В. М. Юрчишина, без встановлення усієї сукупності негативних обставин, що сприяли вчиненню кримінального правопорушення, неможливо досягти успіху у протидії кримінальним правопорушенням, та й взагалі запобіжна (профілактична) функція є загальнодержавною³ [8, с. 33].

Отже, слід переглянути кримінальне процесуальне законодавство України в частині повернення обов'язку особі, яка проводить дізнання (досудове розслідування кримінальних проступків), слідчому, прокурору, суду встановлювати причини та умови, які сприяли вчиненню злочину, оскільки це сприятиме кращому виконанню завдань КК України та КПК України. На теперішній час відсутність з'ясування питання, чи виявлені причини та умови злочину і чи вжито заходів до їх усунення негативно позначається на ефективності боротьби зі злочинністю.

¹ Смоков С. М., Десятник А. А. Окремі питання запровадження профілактичної діяльності під час досудового розслідування. *Вісник кримінального судочинства*. 2015. № 1. С. 115.

² Форостяний А. В. Профілактична діяльність детективів Національного антикорупційного бюро України. *Юридична наука*. 2015. № 10. С. 198

³ Юрчишин В. М. Класифікація функцій прокурора у досудовому розслідуванні. *Адвокат*. 2014. № 2. С. 33.

Д. І. Клепка, кандидат юридичних наук, науковий співробітник відділу дослідження проблем кримінального процесу та судоустрою Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України

ДО ПИТАННЯ ЄДНОСТІ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ

Відповідно до ст. 125 Конституції України судоустрій в Україні будується за принципами територіальності та спеціалізації і визначається законом. Суд утворюється, реорганізовується і ліквідується законом, проект якого вносить до Верховної Ради України Президент України після консультацій з Вищою радою правосуддя. Верховний Суд є найвищим судом у системі судоустрою України. Відповідно до закону можуть діяти вищі спеціалізовані суди. З метою захисту прав, свобод та інтересів особи у сфері публічно-правових відносин діють адміністративні суди. Статтею 3 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» передбачено, що суди України утворюють єдину систему. Систему судоустрою складають: 1) місцеві суди; 2) апеляційні суди; 3) Верховний Суд.

Відповідно до ч. 1 ст. 36 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» Верховний Суд є найвищим судом у системі судоустрою України, який забезпечує сталість та єдність судової практики у порядку та спосіб, визначені процесуальним законом. Верховний Суд забезпечує однакове застосування норм права судами різних спеціалізацій у порядку та спосіб, визначені процесуальним законом (п. 6 ч. 2 ст. 36 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»).

Таким чином, на підставі вище викладеного можна зробити висновок, що в Україні запроваджено систему механізмів забезпечення послідовності у випадках винесення суперечливих рішень у аналогічних справах.

Водночас варто звернути увагу, що відповідно до ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод передбачає, що кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного харак-

теру або встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення. Судове рішення проголошується публічно, але преса і публіка можуть бути не допущені в зал засідань протягом усього судового розгляду або його частини в інтересах моралі, громадського порядку чи національної безпеки в демократичному суспільстві, якщо того вимагають інтереси неповнолітніх або захист приватного життя сторін, або – тією мірою, що визнана судом суворо необхідною, – коли за особливих обставин публічність розгляду може зашкодити інтересам правосуддя.

У свою чергу Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ) у своїх рішеннях, здійснюючи тлумачення норм Конвенції зазначає, що можуть бути справи, у яких розбіжності у прецедентному праві призводять до порушення статті 6 § 1. Так, постійність суперечливих рішень Верховного суду, або різними судами однієї гілки правової системи останньої інстанції, може утворити стан юридичної невизначеності, що, скоріш за все, зменшить суспільну довіру судовій системі, а така довіра, беззаперечно, є одним із основних компонентів держави, заснованої на верховенстві права. Суд у індивідуальному порядку визначає чи така невизначеність існує, засновуючись на трьох основних критеріях: (а) чи розбіжності у судовій практиці є істотними та тривалими; (b) чи національне законодавство забезпечує механізм, здатний вирішити такі суперечності; і (с) чи такі механізми застосовувались та якою мірою. Держави-учасники зобов'язані організувати судову систему таким чином, щоб запобігти винесенню суперечливих рішень і вирішити будь-які серйозні розбіжності відповідними процесуальними способами (*Beian v. Romania* (No. 1) (Беян проти румунії), (No. 1), §§ 37 і 39; *Nejdet Şahin and Perihan Şahin v. Turkey* (Неждет Сахін і Періхан Сахін проти Туреччини) [ВП], §§ 56–57 і 80).

Таким чином, на підставі вище викладеного можна зробити висновок, що розбіжність висновків Верховного Суду (суду останньої інстанції) у аналогічних справах дійсно можна вважати порушенням засади права на справедливий суд. Водночас звернімо увагу, що висновками суду, у контексті досліджуваної проблеми, на загально процесуальному рівні можна вважати судові рішення постановлені за результатом розгляду справи по суті.

Д. І. Клепка, кандидат юридичних наук, науковий співробітник відділу дослідження проблем кримінального процесу та судустрою Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України

А. А. Барабаш, лаборант відділу дослідження проблем кримінального процесу та судустрою Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України

ДО ПИТАННЯ ПОВНОВАЖЕНЬ СЛІДЧОГО СУДДІ ЗА РЕЗУЛЬТАТАМИ РОЗГЛЯДУ СКАРГИ НА ПОСТАНОВУ ПРО ЗАКРИТТЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ ПІД ЧАС ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ

Відповідно до п. 18 ч. 1 ст. 3 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) слідчий суддя – суддя суду першої інстанції, до повноважень якого належить здійснення у порядку, передбаченому КПК України, судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні. Відповідно під функцією судового контролю необхідно розуміти засновану на законі кримінальну процесуальну діяльність слідчого судді, здійснювану шляхом розгляду вирішення клопотань і скарг сторін кримінального провадження, потерпілого з метою охорони прав і свобод особи, яка має як превентивний, так і правовідновлюваний характер.

Виконуючи функцію судового контролю за результатом розгляду скарги на рішення, дію чи бездіяльність під час досудового розслідування згідно з ч. 2 ст. 307 КПК України слідчий суддя може: 1) скасувати рішення слідчого чи прокурора; 1⁻¹) скасувати повідомлення про підозру; 2) зобов'язати припинити дію; 3) зобов'язати вчинити певну дію; 4) відмовити у задоволенні скарги.

Так, розглядаючи скаргу на постанову слідчого, прокурора про закриття кримінального провадження слідчий суддя може задовольнити скаргу та скасувати рішення, або відмовити у задоволенні скарги. Водночас науковий інтерес викликає практика національних судів з цього приводу. Наприклад, слідчий суддя Суворовського районного суду м. Одеси скасував постанову слідчого про закриття кримінального провадження, та зобов'язав орган досудового розслідування ознайомити потерпілого з матеріалами досудового розслідування. У іншій ухвалі слідчий суддя Новомосковського міськрайонного суду Дніпропетровської області зобов'язав орган досудового розслідування призначити експертизу та допитати ОСОБА_2. Тож на підставі аналізу правозастосовної практики виникає питання чи може слідчий суддя надавати слідчому вказівки щодо вчинення конкретних слідчих (розшукових) дій або інших процесуальних дій?

Критично оцінюючи таку практику вважаємо необхідним зазначити, що відповідно до ч. 6 ст. 22 КПК України суд, зберігаючи об'єктивність та неупередженість, створює необхідні умови для реалізації сторонами їхніх процесуальних прав та виконання процесуальних обов'язків. Окрім того, право особи на розгляд її справи безстороннім, неупередженим судом закріплено в ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, яка гарантує, що кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом.

Необхідно підкреслити, що ЄСПЛ у своїх рішеннях неодноразово звертав увагу, що послідовне виконання консультативної та судової функцій одним органом, за деяких обставин, може спричинити порушення статті 6 § 1 стосовно неупередженості органу з об'єктивної точки зору (рішення ЄСПЛ у справі «Прокола проти Люксембургу»). Окрім того Суд зазначає, що у визначенні обґрунтування сумнівів заявника, необхідно брати до уваги такі ознаки, як подвійна роль судді у провадженні, проміжок часу між двома справами, у яких він приймав участь та рівень його залученості до проваджень (рішення ЄСПЛ у справі «Мак-Гоннелл проти Сполученого Королівства»)

Тож виходячи з конституційно-правового принципу змагальності, ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод та практики ЄСПЛ вважаємо, що суд не може перебирати на себе інших функцій ніж вирішення справи по суті, а тому скасовуючи незаконне та

(або) необґрунтоване рішення слідчого, прокурора суд не може прийняти ті рішення, що іманентні органам, які здійснюють кримінальне провадження. Адже відповідно до норм чинного кримінального процесуального законодавства надавати вказівки слідчому щодо вчинення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій, інших процесуальних дій може лише прокурор та керівник органу досудового розслідування (п. 4 ч. 2 ст. 36, п. 3 ч. 2 ст. 39 КПК України).

Д. І. Клепка, кандидат юридичних наук, науковий співробітник відділу дослідження проблем кримінального процесу та судоустрою Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України

Н. В. Глинська, доктор юридичних наук, старший науковий співробітник, завідувач відділом дослідження проблем кримінального процесу та судоустрою Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України

ДО ПИТАННЯ ОСКАРЖЕННЯ ПОВІДОМЛЕННЯ ПРО ПІДОЗРУ ПІД ЧАС ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ

Повідомлення про підозру є одним з найважливіших рішень в кримінальному провадженні, яке має суттєве значення як для кримінального провадження в цілому, так і для особи, якій здійснене це повідомлення. З моменту повідомлення про підозру кримінальне переслідування стає персоналізованим, розпочинається стадія притягнення до кримінальної відповідальності – п. 14 ч. 1 ст. 3 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК), з цього моменту в інший спосіб обраховують строки досудового розслідування – ст. 219 КПК.

Втім, на практиці непоодинокими є випадки як порушення процесуального порядку здійснення повідомлення особи про підозру, так і безпідставного розпочатого кримінального переслідування особи. З огляду на це послідовним кроком у нормативному посиленні захисту прав та свобод особи під час досудового розслідування є доповнення Законом України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» від 03.10.2017 р. (№ 2147-VIII) пунктом 10 частину 1 ст. 303 КПК, відповід-

но до якого у підозрюваного, його захисника та законного представника виникає право на оскарження повідомлення слідчого, прокурора про підозру після спливу одного місяця з дня повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального проступку або двох місяців з дня повідомлення особі про підозру у вчиненні злочину, але не пізніше закриття прокурором кримінального провадження або звернення до суду із обвинувальним актом.

В межах дослідження оскарження повідомлення про підозру під час досудового розслідування нами було проаналізовано 500 ухвал слідчих суддів за результатами розгляду скарг на повідомлення про підозру. Аналіз суддівської практики вияв ряд проблем правозастосовної практики.

Окремої уваги заслуговує можливість оскарження повідомлення про підозру у вчиненні кримінального проступку. У цьому аспекті необхідно зазначити, що Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень» запропоновано зміни відповідно до яких з дня повідомлення особі про підозру досудове розслідування повинно бути закінчене: 1) протягом сімдесяти двох годин – у разі повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального проступку або затримання особи в порядку, передбаченому ч. 4 ст. 298² КПК України; 2) протягом двадцяти діб – у разі повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального проступку у випадках, якщо підозрюваний не визнає вину або необхідності проведення додаткових слідчих (розшукових) дій, або вчинення кримінального проступку неповнолітнім; 3) протягом одного місяця – у разі повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального проступку, якщо особою заявлено клопотання про проведення експертизи у випадку, передбаченому ч. 2 ст. 298⁴ КПК України. Окрім того відповідно до ч. 1 ст. 298⁴ КПК у разі необхідності проведення додаткових слідчих і розшукових дій строк дізнання може бути продовжений прокурором до тридцяти днів. Про продовження строку дізнання прокурор виносить постанову¹. Отже, максимальний строк дізнання становитиме не більше 30 діб або 1 місяця. У зв'язку

¹ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень: Законом України №2617-VIII від 22.11.2018 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2617-19>> дата звернення 14.07.2019

з чим право на оскарження повідомлення про підозру у вчиненні особою кримінального проступку матиме суто декларативний характер, та жодним чином не може бути реалізованим. Аналогічна ситуація може виникнути у випадку закінчення слідчим досудового розслідування та спрямування обвинувального акта до суду до спливу 2 місяців передбачених п. 10 ч. 1 ст. 303 КПК.

Тож на підставі зазначеного можна зробити висновок про необхідність вдосконалення нормативної регламентації оскарження повідомлення про підозру під час досудового розслідування. Вбачається, що вирішення поставленого питання можливе шляхом виключення положення з чинного КПК відповідно до якого повідомлення про підозру може бути оскаржене лише після спливу одного/двох місяців із дня повідомлення особі про підозру.

О. Г. Клепка, адвокат

Д. І. Клепка кандидат юридичних наук, науковий співробітник відділу дослідження проблем кримінального процесу та судоустрою Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса, НАПрН України

ПРАВО НА ОСКАРЖЕННЯ РІШЕНЬ, ДІЙ ЧИ БЕЗДІЯЛЬНОСТІ ПІД ЧАС ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ В КОНТЕКСТІ ПРАКТИКИ ЄСПЛ

Відповідно до ч. 1 ст. 55 Конституції України кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб.

Частина перша статті 55 Конституції України містить загальну норму, яка означає право кожного звернутися до суду, якщо його права чи свободи порушені або порушуються, створено або створюються перешкоди для їх реалізації або мають місце інші ущемлення прав та свобод. Зазначена норма зобов'язує суди приймати заяви до розгляду навіть у випадку відсутності в законі спеціального положення про судовий захист. Відмова суду у прийнятті позовних та інших заяв чи скарг, які відповідають встановленим законом вимогам, є порушенням права на судовий захист, яке відповідно до статті 64 Конституції України не може бути обмежене (Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадян Проценко Раїси Миколаївни, Ярошенко Поліни Петрівни та інших громадян щодо офіційного тлумачення статей 55, 64, 124 Конституції України від 25 грудня 1997 року № 9-зп).

Розглядаючи зазначене питання слід звернути увагу на вітчизняну судову практику, відповідно до якої, якщо скаргу подано на рішення, дію або бездіяльність слідчого, прокурора, непередбачених ч. 1 ст. 303 КПК України слідчі судді відмовляють у відкритті провадження на підставі ч. 4 ст. 304 КПК України. Варто зазначити, що ініціювати відомчий контроль або прокурорський нагляд щодо таких рішень, дій або

бездіяльності зацікавлена особа, відповідно до чинного КПК, не може. Таким чином, особа фактично позбавляється можливості захистити свої права та законні інтереси під час досудового розслідування. Видається, що закріплення вичерпного переліку рішень, дій чи бездіяльності слідчого, прокурора, які підлягають оскарженню під час досудового розслідування не відповідає Конституції України та європейським стандартам судочинства з огляду на наступне.

Стаття 6 Конвенції закріплює, що кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру або встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення. Як зазначає ЄСПЛ стаття 6 §1 Конвенції містить гарантії справедливого судочинства, одним з аспектів яких є доступ до суду. Рівень доступу, наданий національним законодавством, має бути достатнім для забезпечення права особи на суд з огляду на принцип верховенства права в демократичному суспільстві. Для того, щоб доступ був ефективним, особа повинна мати чітку практичну можливість оскаржити дії, які становлять втручання у її права («Беллет проти Франції»).

У справі «Голдер проти Сполученого Королівства» ЄСПЛ зазначив, що було б неприпустимо, щоб ст. 6 Конвенції містила детальний опис гарантій, що надаються сторонам, і не захищала б, у першу чергу, те, що дає можливість практично користуватися такими гарантіями, – доступу до суду. Такі характеристики процесу, як справедливість, публічність, динамізм втрачають сенс, якщо немає самого судового розгляду.

Окрім того, стаття 13 Конвенції закріплює, що кожна людина, права та свободи якої викладені в тексті Конвенції, порушені, має ефективні засоби правового захисту перед державними органами, навіть якщо таке порушення було вчинено особами, які діяли офіційно.

Так, у справі «Аманн проти Швейцарії» Суд зазначив, що стаття 13 Конвенції вимагає, щоб кожен, хто вважає себе потерпілим внаслідок заходу, який, на його думку, суперечив Конвенції, мав право на засіб правового захисту у відповідному національному органі для вирішення свого спору, а в разі позитивного вирішення — для одержання відшкодування шкоди.

В іншому рішенні, у справі «Ейрі проти Ірландії», Європейський суд вказав, що фактичні перешкоди можуть порушувати Конвенцію так само, як і юридичні, і зазначив, що Конвенція спрямована на те, щоб га-

рантувати не теоретичні або ілюзорні права, а права, які є ефективними та здійснюються на практиці.

Тож з огляду на практику ЄСПЛ чинний КПК України не містить належної правової процедури забезпечення ефективного захисту прав та законних інтересів особи, які порушуються рішеннями, діями або бездіяльністю слідчого або прокурора під час досудового розслідування.

У зв'язку із зазначеним можна навести у якості прикладу рішення ЄСПЛ у справі Кузьменко проти України. Суд констатує порушення п. 1 ст. 6 Конвенції у зв'язку з тим, що уряд не представив ніяких доказів того, що заявник, який не був учасником кримінальної справи, в рамках якого було здійснено обшук його квартири, мав право порушити судові провадження за статтею 234 КПК або що його скарга, подана відповідно до цієї процедури, може бути негайно розглянута судом незалежно від того, чи встановить слідчий орган злочинця та передасть його чи її до суду і коли.

Окрім того, відповідно до рішення Конституційного суду України від 23 травня 2001 року №6-рп/2001 право на судовий захист належить до основних, невідчужуваних прав і свобод людини і громадянина та відповідно до частини другої статті 64 Конституції України не може бути обмежене навіть в умовах воєнного або надзвичайного стану (абзац четвертий пункту 3 мотивувальної частини), а недосконалість інституту судового контролю за досудовим слідством не може бути перепорою для оскарження актів, дій чи бездіяльності посадових осіб органів державної влади (абзац шостий підпункту 4.2 пункту 4 мотивувальної частини).

Тож на підставі вище викладеного можна зробити висновок про необхідність вдосконалення нормативного закріплення оскарження рішень, дій чи бездіяльності слідчого або прокурора під час досудового розслідування.

І. О. Крицька, кандидат юридичних наук, асистент кафедри кримінального процесу Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Д. І. Клепка, кандидат юридичних наук, науковий співробітник відділу дослідження проблем кримінального процесу та судоустрою Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України

ДО ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ ОРГАНІВ І ТКАНИН ЛЮДИНИ ЯК РЕЧОВОГО ДОКАЗУ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека, виходячи з положень ст. 3 Конституції України, визнаються в нашій державі найвищою соціальною цінністю. Крім того, Основний закон закріплює гарантії того, що жодна людина не може бути піддана медичним, науковим чи іншим досліддам без її вільної згоди. У світлі зазначеного, цілком розуміючи принципову важливість застосування трансплантації органів і тканин для врятування життя та здоров'я людей, не можна не відмітити перманентно зростаючу кількість протиправних дій, пов'язаних із примусовим вилученням органів та тканин у людини, торгівлею органами або тканинами тощо. Все це переконливо свідчить про те, що злочини у сфері трансплантації органів або тканин людини мають підвищений ступінь суспільної небезпеки, оскільки посягають на вищі блага людини – життя і здоров'я. У процесуальному сенсі видається важливим і актуальним дослідження питання щодо доказового значення таких матеріальних об'єктів, як внутрішні органи людини, їх частини, у кримінальному провадженні.

Першорядним для нас уявляється питання щодо співвідношення речових доказів та частин тіла людини та її органів, а також щодо можливості віднесення останніх до цього процесуального джерела доказів. Порівняння цих матеріальних об'єктів за більшістю із критеріїв не ви-

кликає жодних складнощів, адже, за способом збереження та передачі фактичних даних (невербальний); характером інформації, що є змістом матеріального об'єкта (невербальна, про певні фізичні властивості); незамінністю носія фактичних даних та позапроцесуальністю формування доказової інформації внутрішні органи людини, їх частини цілком можуть бути визнані речовими доказами. Водночас, додаткового аналізу потребує питання можливості їх безпосереднього дослідження, зважаючи на окремі аспекти.

Так, до змісту речового доказу, як пише В. Я. Дорохов, належать лише ті властивості та стани об'єкта, які можуть бути безпосередньо сприйняті слідчими, суддями, іншими учасниками процесу і зафіксовані в протоколі його огляду¹. Інші властивості і стани матеріального носія, що не піддаються такому безпосередньому сприйняттю, утворюють, на думку Г. Ф. Горського, Л. Д. Кокорева та П. С. Елькінд, зміст інших процесуальних джерел доказів, насамперед, висновку експерта². Отже, сутність зазначеного підходу може бути зведена до такого: фактичні дані, що містяться в певному матеріальному об'єкті, зокрема, і в органах людини, їх частинах, які при цьому не є доступними для безпосереднього дослідження, є змістом інших процесуальних джерел доказів – висновку експерта та/або протоколу освідчування.

Однак з цього питання існує і протилежний підхід. Зокрема, коли речове джерело використано для дачі експертного висновку, на думку Ф. Н. Фаткулліна, його самостійне доказове значення не втрачається: цей об'єкт може досліджуватися як для перевірки висновку експерта, так і для з'ясування інших обставин, що мають значення у кримінальному провадженні³. Так, якщо окремі ознаки та властивості матеріального об'єкта можуть бути доступними для сприйняття виключно із застосуванням спеціальної техніки (наприклад, хімічний склад речовини тощо), з метою їх виявлення слідчий може звернутися за допомогою експерта. Але висновок експерта не позбавляє матеріальний об'єкт властивості речового доказу та не наділяє його такою властивістю⁴. Такий висновок ви-

¹ Дорохов В. Я. Природа вещественных доказательств. *Советское государство и право*. 1971. № 10. С. 112

² Горский Г. Ф., Кокорев Л. Д., Элькин П. С. Проблемы доказательств в советском уголовном процессе. Воронеж: Изд-во Воронеж. гос. ун-та, 1978. С.181

³ Фаткуллин Ф. Н. Общие проблемы процессуального доказывания. 2-е изд., доп. Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1976. С. 147

⁴ Головкин О. Е. Хранение вещественных доказательств на досудебных стадиях уголовного судопроизводства: дисс... канд. юрид. наук. Москва, 2015. С. 33-34

користується для перевірки та оцінки матеріального об'єкта як речового доказу з погляду його належності. Таким чином, аргумент з приводу того, що органи людини, їх частини не можуть бути визнані речовим доказом, оскільки, передусім значення для кримінального провадження мають ті ознаки, які недоступні для безпосереднього сприйняття, і відображаються у висновку експерта, на наш погляд, не може бути визначальним, тому що існування висновку експерта не позбавляє відповідний матеріальний об'єкт самостійного доказового значення.

Інший аргумент проти можливості визнання частин тіла людини, її внутрішніх органів речовими доказами зазвичай зводиться до того, що подібна практика суперечила б вимогам моралі та унеможливила б дослідження такого речового доказу в суді. Жива людина або труп, на думку О. О. Ейсмана, не є речовим доказом через те, що вони не можуть бути залучені до кримінального провадження¹. І. Кергес, на відміну від більшості радянських учених, вважає, що труп і людина також є речовими доказами². З ним погоджується і М. А. Іванов, який підкреслює, що об'єкти біологічного походження, зокрема і волосся, кров, слина, тканини людини і т.п., можуть бути визнані речовими доказами³.

Зауважимо, що частини тіла людини, внутрішні органи, труп також належать до матеріального світу. Більше того, для них характерними є і перелічені вище ознаки речових доказів. Можливість визнання органів та частин тіла людини опосередковано може бути підтверджена також п. 26 Порядку зберігання речових доказів стороною обвинувачення, їх реалізації, технологічної переробки, знищення, здійснення витрат, пов'язаних з їх зберіганням і пересиланням, схоронності тимчасово вилученого майна під час кримінального провадження, у якому, зокрема, згадуються речові докази у вигляді об'єктів біологічного походження, та вказується на те, що якщо вони потребують спеціальних умов зберігання, їх зберігання забезпечується державною спеціалізованою установою, що здійснює судово-експертну діяльність, за узгодженням з її керівництвом.

Системний аналіз Правил проведення судово-медичних експертиз (досліджень) у відділеннях судово-медичної гістології бюро судово-ме-

¹ Эйсман А. А. Заключение эксперта (Структура и научное обоснование). Москва: Юрид. лит., 1967. С. 134

² Кергэс И. Основы теории вещественных доказательств. Москва: Издательство ВНИИ МВД СССР, 1973. С. 25

³ Иванов Н. А. Доказательства и источники сведений в уголовном процессе: проблемы теории и практики: монография. Москва: Юрлитинформ, 2015. С. 67–68

дичної експертизи також непрямо вказує на те, що такі об'єкти дослідження, як органи людини, їх частини, куски внутрішніх органів, надсилаються для проведення судово-медичної експертизи як речові докази. У окремих навчально-методичних посібниках із судової медицини так само згадується про те, що об'єктами судово-медичної експертизи речових доказів поряд з виділеннями біологічного характеру, є органи та тканини людини¹, частини людини².

Вказане, як видається свідчить про можливість визнанні зазначених вище матеріальних об'єктів речовими доказами у кримінальному провадженні, зокрема, пов'язаними із злочинами у сфері трансплантації органів або тканин людини.

¹ Меденцов А. А. Краткий курс лекций по судебной медицине. Волгоград: Изд-во ВолГУ, 2004. С. 6

² Витер В. И., Халиков А. А. Судебная медицина в лекциях. Издание второе. Ижевск-Уфа, 2007. С. 300

Л. М. Лобойко, доктор юридичних наук, професор, Суддя Верховного Суду

Н. В. Глинська, доктор юридичних наук, старший науковий співробітник, завідувач відділом дослідження проблем кримінального процесу та судустрою Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України

ПИСЬМОВЕ КАСАЦІЙНЕ ПРОВАДЖЕННЯ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ

Відповідно до пункту 8 частини 1 статті 129 Конституції України (в редакції закону від 2 червня 2016 р.) однією з основних засад судочинства є забезпечення права на апеляційний перегляд справи та у *визначених законом випадках* – на касаційне оскарження судового рішення. Ця засада забезпечує гарантії доступу до правосуддя та реалізації права на судовий захист (ч. 1 ст. 55 Конституції України) як одного з ключових елементів засади верховенства права (rule of Law).

Підґрунтям оновлення конституційно-правового регулювання цієї засади в частині касаційного оскарження було запровадження касаційних фільтрів як однієї з базисних ідей оновлення системи судочинства з метою забезпечення процесуальної економії та стабільності судових рішень (*res judicata*). Адже основоположним аспектом Rule of Law є також вимога щодо юридичної визначеності, згідно з якою в разі остаточного вирішення спору судами їхнє рішення, що набрало законної сили, не може ставитися під сумнів («Брумареску проти Румунії» (*Brumarescu v. Romania*)).

Юридична визначеність вимагає поваги до принципу *res judicata*, тобто поваги до остаточного рішення суду. Згідно з цим принципом жодна сторона не має права вимагати перегляду остаточного та обов'язкового до виконання рішення суду лише з однією метою – домогтися повторного розгляду та винесення нового рішення у справі. Повноваження судів

вищого рівня з перегляду мають здійснюватися для виправлення судових помилок і недоліків, а не задля нового розгляду справи. Таку контрольну функцію не слід розглядати як замасковане оскарження, і сама лише ймовірність існування двох думок стосовно предмета спору не може бути підставою для нового розгляду справи. Відхід від цього принципу можливий лише тоді, коли цього вимагають відповідні вагомі й непереборні обставини («Рябих проти Росії» (Ryabykh v. Russia)).

Суд касаційної інстанції за своєю природою – є судом права, а не факту. Його завданням є перевірка та оцінка правильності застосування норм права судами першої та апеляційної інстанцій до певних фактичних обставин, що вже встановлені на основі доказів, досліджених та оцінених судом з точки зору їх допустимості, належності та достатності. А отже судове провадження на цьому етапі вже позбавлене дискусій сторін щодо оцінки доказів та встановлення фактів.

За нормативною моделлю, закладеною в КПК, касаційне провадження, як правило, відбувається у формі судового засідання (судоговоріння). І лише за ініціативою (клопотанням) всіх учасників судового провадження суд касаційної інстанції має право ухвалити судові рішення за результатами письмового провадження (ст. 435 КПК). Суд за чинним процесуальним законом не має права переходити до письмового провадження, якщо хтось з учасників не з'явився в судові засідання. Між тим, видається, саме письмова форма касаційного провадження є прийнятною як для сторін, так і для суду.

Наразі письмове провадження набуває все більшого значення у царині цивільного та адміністративного судочинства. У практиці Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) визнається доцільність письмового провадження при вирішенні питань права (за відсутності спорів про факти).

За своїм змістом письмове касаційне провадження – це обговорення судьями касаційної скарги, заперечень на касаційну скаргу, інших документів та матеріалів за відсутності осіб, які їх подали, без заслуховування доводів учасників провадження та фіксування за допомогою технічних засобів з обов'язковим постановленням ухвали за результатом такого розгляду. Аргументами на користь розширення можливостей суду касаційної інстанції застосовувати саме таку форму провадження є: 1) у такому провадженні береться до уваги обмеженість можливостей судді сприймати та запам'ятовувати великий об'єм складної інформації на слух, що не враховується в усному провадженні; 2) письмове про-

вадження характеризується простотою, економічністю, безпосередністю та зручністю; 3) для більшості фізичних та юридичних осіб, права чи інтереси яких порушені судовим рішенням, усне провадження вимагає значних часових та матеріальних витрат. За таких умов письмове провадження є оптимальним способом вирішення судом касаційної інстанції питань права, який не вимагає особистої присутності сторін у судовому засіданні.

Письмове касаційне провадження за своєю суттю є різновидом спрощеного провадження, проте у письмовому касаційному провадженні застави гласності і змагальності сторін не обмежуються, вони діють в ньому по-особливому. У касаційному провадженні розглядаються питання права, щодо яких сторони мають можливість докладно викласти у письмовій формі свої позиції та надати їх суду. Форма ж судового розгляду, в якій в повному обсязі реалізуються зазначені засади, є більш затребуваною під час активного дослідження доказів та встановлення фактів, аніж їх правової оцінки (юридичної кваліфікації). У цьому сенсі письмове касаційне провадження аж ніяк не обмежує права сторін, а навпаки – надає їм більше зручностей у реалізації належних прав – замість того, щоб особисто з'явитися до суду, кожна сторона має можливість добре обміркувати і викласти в письмовій формі свою позицію щодо правових питань.

Видається, що обрання форми касаційного провадження має належати до дискреції суду касаційної інстанції. Адже в тому форматі, як це закладено в чинному КПК, суддя, вирішуючи питання щодо обрання найбільш розумної процедури, цілком залежить від позиції усіх учасників з боку кожної зі сторін щодо особистої участі у касаційному провадженні. Але у разі неявки учасників в судове засідання у суду відсутня можливість з'ясувати їхню позицію щодо участі у касаційному провадженні. Як наслідок – невиправданий, почасти багаторазовий «холостий» запуск судового механізму, що завершується відкладенням слухання кримінальної справи. Це не сприяє процесуальній економії, призводить до тяганини та марних витрат того часу, що був би корисним для вирішення судом касаційної інстанції дійсно складних правових питань.

Задля уникнення описаних вище ситуацій у КПК доцільно встановити правило, згідно з яким у разі відкриття касаційного провадження суд на власний розсуд, в залежності від достатності матеріалів для розгляду касаційної скарги, які є у справі, має призначати касаційний розгляд в письмовому провадженні або в судовому засіданні. За наявності певних підстав, зокрема, якщо для винесення законного та обгрунтова-

ного рішення необхідно отримати від сторін та інших учасників судового провадження пояснення та додаткові документи, або, на думку суду, рішення за результатами касаційного розгляду матиме істотне значення для застосування норм права, та в інших випадках, суд касаційної інстанції призначає касаційний розгляд у судовому засіданні. Якщо ж суд, обравши письмову форму провадження, за результатами вивчення наданих матеріалів, дійде до висновку про їх недостатність для винесення законного й обґрунтованого рішення, він має винести ухвалу про розгляд справи у судовому засіданні.

О. І. Марочкін, кандидат юридичних наук, науковий співробітник відділу дослідження проблем кримінального процесу та судустрою Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України

ОСОБЛИВОСТІ МОТИВУВАННЯ КЛОПОТАННЯ СЛІДЧОГО ПРО ПРОВЕДЕННЯ ОБШУКУ

У клопотанні про проведення обшуку на підтвердження своїх висновків слідчим крім мотивів та підстав наводяться й аналізуються докази з огляду на їх належність й достатність для постановлення ухвали слідчим суддею. Зовнішнє вираження мотивування у цьому рішенні є розгорнутим, наочним й має переконати прокурора та слідчого суддю у необхідності проведення такої слідчої дії.

Виходячи зі значення клопотання слідчого про проведення обшуку у вирішенні завдань кримінального провадження, законодавець формулює коло питань, що підлягають розв'язанню в цьому рішенні. Відповідно, у кожному такому клопотанні слідчий має сформулювати та вмотивувати висновки по кожному із цих питань. Змістовне наповнення мотивувальної частини клопотання слідчого про проведення обшуку визначається ч. 3 ст. 234 КПК, відповідно до якої у даному процесуальному рішенні слідчий мотивує висновки про: 1) обставини кримінального правопорушення, у зв'язку з розслідуванням якого подається клопотання; 2) правову кваліфікацію кримінального правопорушення; 3) підстави для обшуку; 4) житло чи інше володіння особи або частину житла чи іншого володіння особи, де планується проведення обшуку; 5) особу, якій належить житло чи інше володіння, та особу, у фактичному володінні якої воно знаходиться; 6) індивідуальні або родові ознаки речей, документів, іншого майна або осіб, яких планується відшукати, а також їхній зв'язок із вчиненим кримінальним правопорушенням; 7) те, що відомості, які містяться у відшукуваних речах і документах, можуть бути доказами під час судового розгляду; 8) те, що відшукувані речі, документи або особи знаходяться у зазначеному в клопотанні житлі чи іншому володінні особи.

1. Мотивування висновку слідчого щодо обставин кримінального правопорушення, у зв'язку з розслідуванням якого подається клопотання (п. 2 ч. 3 ст. 234 КПК) – у клопотанні слідчий має довести наявність достатніх підстав вважати, що було вчинено кримінальне правопорушення (п. 1 ч. 5 ст. 234 КПК). Це є необхідним для встановлення слідчим суддею правової підстави прийняття рішення, оскільки проведення слідчих (розшукових) дій здійснюється винятково у зв'язку із вчиненням кримінального правопорушення.

2. Мотивування висновку слідчого щодо правової кваліфікації кримінального правопорушення із зазначенням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність (п. 3 ч. 3 ст. 234 КПК) – кваліфікація кримінального правопорушення є іманентною складовою його правової оцінки, у зв'язку з чим вона визнається законодавцем обов'язковим змістовним складником даного рішення слідчого.

3. Мотивування висновку слідчого щодо підстав для обшуку (п. 4 ч. 3 ст. 234 КПК) має особливе значення в аспекті забезпечення законності його проведення та дотримання прав особи, яка у такий спосіб залучається до участі у кримінальному провадженні. Обшук проводиться за наявності достатніх підстав вважати, що знаряддя кримінального правопорушення, майно, яке було здобуте у результаті його вчинення, а також предмети і документи, які мають значення для встановлення обставин кримінального правопорушення, знаходяться в житлі (іншому володінні особи) чи в якої-небудь особи, коли є достатні дані про те, що у певному житлі (іншому володінні особи) знаходяться розшукувані особи, а також трупи чи тварини. Вказані обставини повинні знайти свою конкретизацію у клопотанні слідчого і у сукупності переконати слідчого суддю в обґрунтованості обмеження конституційного права. Відсутність достатніх підстав для надання дозволу на обшук житла чи іншого володіння особи призводить до відмови у задоволенні клопотання.

4. Мотивування висновку слідчого щодо житла чи іншого володіння особи або частини житла чи іншого володіння особи, де планується проведення обшуку (п. 5 ч. 3 ст. 234 КПК) є необхідним з метою довести «зв'язок» об'єкту обшуку із кримінальним провадженням, і тим самим обґрунтувати необхідність проведення такої слідчої дії в конкретному місці. Вирішуючи питання про надання дозволу на проведення обшуку житла чи іншого володіння особи, слідчий суддя повинен встановити, чи буде обмеження конституційного права на недоторканість житла пропорційним цілям обшуку.

У будь-якому випадку у клопотанні слідчого повинна бути зазначена точна адреса житла, іншого володіння особи або частина житла, де планується проведення обшуку, а також пояснено, чому саме в цьому місці слідчий вважає за потрібне його провести. Конкретизація зазначених відомостей є необхідною для запобігання випадкам незаконного проникнення до житла чи іншого володіння особи, в чому знаходить прояв превентивна функція мотивування рішень слідчого. При цьому в окремих випадках у слідчого виникає потреба у проведенні обшуку в приміщенні, яке є частиною споруди або комплексу споруд. Тож, обшуку повинні підлягати ті приміщення, обшук у яких є необхідним для встановлення обставин кримінального правопорушення, тобто йдеться про їх конкретизацію.

5. Мотивування висновку слідчого щодо особи, якій належить житло чи інше володіння та особи, у фактичному володінні якої воно знаходиться (п. 6 ч. 3 ст. 234 КПК) має дуалістичне значення, адже, по-перше, доведення «зв'язку» конкретної особи, у житлі чи іншому володінні якої планується проведення обшуку, із даним кримінальним провадженням, є необхідним для забезпечення обґрунтованості втручання; по-друге, встановлення володільця житла чи іншого володіння особи та особи, у фактичному володінні якої знаходиться об'єкт обшуку, необхідне для застосування процедури, передбаченої законом (з урахуванням додаткових гарантій, закріплених законом стосовно окремої категорії осіб).

Зважаючи на сказане, у клопотанні слідчого повинні зазначатись повні дані про особу, якій належить житло чи інше володіння, або у фактичному володінні якої воно знаходиться – ПІБ, дата та рік народження, адреса реєстрації (проживання) – для фізичної особи; повне і точне найменування, юридична адреса (адреса розташування), а також ПІБ та посада особи (або посилання на точне місце роботи), у якої безпосередньо перебувають відшукувані об'єкти – для юридичної особи. У випадках відсутності вказаних відомостей у клопотаннях, слідчі судді відмовляють у їх задоволенні з причин того, що в них: не міститься жодних відомостей про осіб, яким належить житло чи інше володіння; не визначено процесуальний статус такої особи (не додано доказів, що особа є підозрюваною).

6. Мотивування висновку слідчого щодо індивідуальних або родових ознак речей, документів, іншого майна або осіб, яких планується відшукати, а також їхній зв'язок із вчиненим кримінальним правопорушенням (п. 7 ч. 3 ст. 234 КПК) є обов'язковою змістовною складовою клопотан-

ня, що забезпечує конкретність об'єкту пошуку й запобігає випадкам його необґрунтованого розширення та зловживання з боку осіб, які його здійснюють. Виходячи з цього, слідчий повинен конкретизувати характерні риси та ознаки зазначених речей і документів (належність речі, її найменування або назва, колір та інші зовнішні ознаки, а документів – назва, призначення тощо).

7. Мотивування висновку слідчого про те, що відомості, які містяться у відшукуваних речах і документах, можуть бути доказами під час судового розгляду (п. 3 ч. 5 ст. 234 КПК). Під час мотивування цієї частини клопотання слідчий має довести, що відповідні речі і документи передбачається отримати з процесуальних джерел доказів (ч. 2 ст. 84 КПК), а також їх належність та допустимість як доказів у кримінальному провадженні.

8. Мотивування висновку слідчого про те, що відшукувані речі, документи або особи знаходяться у зазначеному в клопотанні житлі чи іншому володінні особи (п. 4 ч. 5 ст. 234 КПК) забезпечує доведеність підстав для проведення обшуку у конкретному місці, а відтак – обґрунтованість втручання. Підставами вважати, що відповідні об'єкти знаходяться у зазначеному в клопотанні приміщенні можуть бути відомості (фактичні дані), отримані з процесуальних джерел доказів у передбаченому КПК порядку, шляхом проведення оперативних заходів, слідчих (розшукових) чи негласних слідчих (розшукових) дій.

Здійснене дослідження особливостей мотивування клопотання слідчого про проведення обшуку дозволяє дійти висновку про те, що належне та достатнє мотивування процесуальних рішень слідчого, якими ініціюється судове провадження по їх розгляду слідчим суддею, має поліаспектне значення: по-перше, ним забезпечується законність, обґрунтованість та пропорційність втручання; по-друге, імперативний характер нормативних вимог щодо змісту клопотання слідчого є гарантією перешкодження зловживанню владою з боку осіб, які здійснюють кримінальне провадження; по-третє, воно є необхідною передумовою постановлення слідчим суддею вмотивованої ухвали, а відтак – забезпечення особи, у житлі чи іншому володінні якої планується проведення слідчої дії, ефективним судовим захистом.

О. І. Марочкін, кандидат юридичних наук, науковий співробітник відділу дослідження проблем кримінального процесу та судоустрою Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В.В. Сташиса НАПрН України

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ЗАСТОСУВАННЯ ОКРЕМИХ ЗАПОБІЖНИХ ЗАХОДІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

У вітчизняному кримінальному процесі домашній арешт запроваджено у КПК України 2012 року (далі – КПК) як новий, раніше не відомий національному законодавству запобіжний захід. За цей час напрацьовано певний масив слідчої та судової практики щодо його застосування, узагальнення якої є вкрай актуальним. Застосування домашнього арешту передбачає доволі відчутне втручання у приватне життя особи шляхом покладання на неї за рішенням суду заборон й обмежень. З цих підстав за оцінками Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) домашній арешт розглядається в тій самій площині що й тримання особи під вартою, оскільки пов'язаний із позбавленням свободи виходячи із розуміння положень Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – КЗПЛ).

Відповідно до статті 181 КПК домашній арешт полягає у забороні підозрюваному, обвинуваченому залишати житло цілодобово або у певний період доби. Виходячи із переліку запобіжних заходів, закріплених у ст. 176 КПК, домашній арешт може бути застосовано до особи, яка підозрюється або обвинувачується у вчиненні злочину, за який законом передбачено покарання у вигляді позбавлення волі. Такий запобіжний захід має застосовуватися у тих випадках, коли застава є занадто м'яким запобіжним заходом, а тримання під вартою – занадто суворим. Тож, за ступенем суворості такий захід межує з позбавленням волі у значенні ст. 5 КЗПЛ. Зокрема, у справі «Вітторіо і Луіджи Манчині проти Італії» ЄСПЛ зазначив, що і тримання під вартою у в'язниці, і домашній арешт були для заявників позбавленням свободи, виходячи із розуміння пп. «с» п. 1 ст. 5 КЗПЛ.

Виходячи із положень КПК, умови обрання домашнього арешту можуть бути поділено на загальні та спеціальні. Загальними є умови обрання будь-якого запобіжного заходу, передбачені ст. 178 КПК. Спеціальними умовами є: врахування санкції статті КК, яка інкримінується підозрюваному, обвинуваченому й передбачає покарання у вигляді позбавлення волі; наявність житла у підозрюваного, обвинуваченого.

Строк дії ухвали слідчого судді про тримання особи під домашнім арештом не може перевищувати двох місяців. У разі необхідності цей строк може бути продовжений за клопотанням прокурора в межах строку досудового розслідування в порядку, передбаченому ст. 199 КПК. У підсумку, сукупний строк тримання особи під домашнім арештом під час досудового розслідування не може перевищувати шести місяців. По закінченню цього строку ухвала про застосування запобіжного заходу у вигляді домашнього арешту припиняє свою дію і запобіжний захід вважається скасованим (ч. 6 ст. 181 КПК).

Основною підставою прийняття слідчими суддями рішень про відмову у задоволенні поданих клопотань цієї категорії є недоведеність прокурором наявності обставин, передбачених п.п. 1-3 ч. 1 ст. 194 КПК, і перш за все – наявності у кримінальному провадженні ризиків, визначених ст. 177 КПК. У той же час під час застосування такого заходу забезпечення кримінального провадження як домашній арешт, мали місце порушення норм КПК як слідчими органів досудового розслідування, так і слідчими суддями, що стало підставою для скасування таких рішень: а) недоведеність обгрунтованої підозри в учиненні підозрюваним кримінального правопорушення за наявності ризиків, передбачених ст. 177 КПК; б) в ухвалях слідчих суддів не завжди зазначається адреса житла, яке забороняється залишати підозрюваним; в) в ухвалях слідчих суддів не завжди зазначається період, у який підозрюваному забороняється залишати житло; г) в ухвалях слідчих суддів про обрання запобіжного заходу у вигляді домашнього арешту, у порушення ч. 4 ст. 196 КПК не завжди визначається дата закінчення його дії тощо.

Актуальним залишається питання про можливість зміни запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою на більш м'який – домашній арешт, оскільки необхідно враховувати стан здоров'я підозрюваного, обвинуваченого та можливість надання ефективної допомоги у лікуванні в умовах перебування у слідчому ізоляторі. При цьому неможливість застосування тримання під вартою для обвинувачення за медичним критерієм має бути належним чином підтверджена медичною документацією.

На необхідність вирішення питання про можливість зміни тримання під вартою на більш м'який запобіжний захід неодноразово звертав увагу ЄСПЛ. Так, однією з підстав порушення п. 1 ст. 5 КЗПЛ у справі «Барило проти України» (рішення ЄСПЛ від 16 травня 2013 року) стало те, що заявниця мала тяжке захворювання (3 група інвалідності) й потребувала спеціального лікування, дієти та постійного медичного нагляду. За результатами медичного огляду заявниці було призначено 4 ін'єкції інсуліну на день. Утім, вона була змушена робити ін'єкції самостійно, оскільки медичний працівник ізолятору тимчасово тримання перебував у відпустці, а медики швидкої допомоги відмовлялися приїздити на виклики до ізолятору тимчасового тримання.

Іншим прикладом порушення вже ст.ст. 2, 3 КЗПЛ унаслідок необгрунтованого застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою є рішення ЄСПЛ від 14 березня 2013 року у справі «Салахов та Іслямова проти України». У цій справі ЄСПЛ встановив порушення ст. 2 КЗПЛ у контексті матеріального аспекту з огляду на недотримання державою позитивного обов'язку щодо захисту здоров'я та життя заявника. Зокрема, йому було відмовлено у терміновій госпіталізації, яку він вимагав протягом двох тижнів; він тримався під вартою без будь-якого обгрунтування, перебуваючи при цьому у критичному стані (на той час у заявника було встановлено низку захворювань, у тому числі ВІЛ – захворювання 4 стадії). Проте всупереч рекомендаціям лікарів, наявність такого захворювання діагностували лише під час третього медичного огляду. До того ж, під час перебування у лікарні заявника постійно тримали у наручниках, що спричинило погіршення стану здоров'я. Видається, що органам досудового розслідування у подібних випадках слід було б розглянути питання про можливість застосування до підозрюваного, обвинуваченого запобіжного заходу у вигляді домашнього арешту.

Під час розгляду клопотань про зміну запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою через тривалість його застосування на більш м'який, суд має враховувати вимоги ст. 5 КЗПЛ, а також правову позицію ЄСПЛ у рішенні від 12 січня 2012 р. у справі «Тодоров проти України», відповідно до якої «для продовження тримання під вартою повинні бути винятково вагомими причини, при цьому тільки тяжкість учиненого злочину, складність справи та серйозність обвинувачень не можуть вважатися достатніми причинами для тримання особи під вартою протягом досить тривалого строку».

Іншою підставою для зміни запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою на домашній арешт є зменшення або усунення ризиків, які слугували для обрання більш суворого запобіжного заходу. В той же час суди доволі часто відмовляють у зміні запобіжного заходу з тримання під вартою на домашній арешт, мотивуючи прийняте рішення відсутністю постійного місця проживання обвинуваченого у місцевості, де здійснюється судове провадження (ризик ухилення від суду). Проте, у разі надання стороною захисту доказів, що спростовують такий ризик, суди змінювали запобіжний захід.

З огляду на зарубіжну практику, вітчизняне правове регулювання застосування домашнього арешту потребує удосконалення на концептуальних засадах. Зокрема, убачається доцільним передбачити у КПК визначення переліку конкретних заборон та обов'язків, що стосуються саме домашнього арешту як запобіжного заходу з урахуванням особливостей його застосування, а також можливість грошового стягнення за невиконання таких обов'язків. Підлягає уточненню місце виконання запобіжного заходу у вигляді домашнього арешту, а саме : замість терміну «житло» слід передбачити більше широке поняття «житло чи інше володіння особи, в якому вона проживає на законних підставах». Актуальним є і питання про можливість зміни місця виконання домашнього арешту на медичну установу, у разі захворювання підозрюваного, обвинуваченого або на інше місце з урахуванням конкретних обставин справи.

Також законодавчого вирішення потребують питання, які останнім часом постали у судовій практиці, щодо обов'язкового з'ясування при обранні домашнього арешту таких питань, як наявність згоди повнолітніх співмешканців підозрюваного, обвинуваченого чи власника орендованого ним житла на виконання такого запобіжного заходу за відповідною адресою. Як умову неможливості застосування домашнього арешту слід передбачити спільне проживання в квартирі чи кімнаті підозрюваного, обвинуваченого з особою, яка постраждала від учиненого ним наслідницького злочину.

Тож, очевидним є те, що оскільки для українського кримінального процесу домашній арешт є новим явищем, нормативне регулювання його застосування потребує подальшої наукової розробки з урахуванням позитивних аспектів слідчої та судової практики.

2. Найважливішим об'єктом державного захисту є право громадянина на свободу та особисту недоторканність. Держава може обмежити це право лише у випадках, визначених законом як примус, що суттєво об-

межує правовий статус особи. Гарантією цього права є положення ст. 29 Конституції України, що відтворює закріплену у міжнародних договорах (зокрема, у п. 3 ст. 9 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права, ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – КЗПЛ)) загальновизнану норму про те, що арешт, ув'язнення та тримання під вартою допускаються тільки за судовим рішенням. Із метою обмеження свавілля з боку правоохоронних органів та суду під час позбавлення особи свободи визначено підстави для його застосування.

У практиці Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) щодо дотримання положень ч. 1 ст. 5 КЗПЛ встановлено низку вимог із тим, щоб позбавлення свободи було «законним». Утім, як свідчить вітчизняна правозастосовна практика, правоохоронні органи та суди припускаються суттєвих порушень особистої свободи та недоторканності особи під час застосування заходів забезпечення кримінального провадження.

Відповідно до ч. 1 ст. 5 КЗПЛ право на свободу в цілому та особисту недоторканність, зокрема, передбачає позбавлення особи свободи відповідно до процедури, встановленої законом, й у таких випадках, як: б) законний арешт або затримання особи ... для забезпечення виконання будь-якого обов'язку, передбаченого законом; с) законний арешт або затримання особи, здійснені з метою припровадження її до встановленого законом компетентного органу на підставі обґрунтованої підозри у вчиненні нею правопорушення або якщо є розумні підстави вважати за необхідне запобігти вчиненню нею правопорушення чи її втечі після його вчинення. Аналіз правових позицій ЄСПЛ дозволяє виявити певні вимоги для застосування зазначених положень ч. 1 ст. 5 КЗПЛ. Зокрема, щодо зазначених умов застосування запобіжних заходів практика ЄСПЛ наголошує, що для затримання особи тільки для «забезпечення виконання» будь-якого зобов'язання, передбаченого законом, насамперед повинно мати місце невиконання зобов'язання, покладеного на особу. Арешт особи та утримання її під вартою мають проводитися з метою забезпечення виконання такого зобов'язання, а не мати каральний характер. При цьому щойно як зобов'язання було виконано, підстава для затримання відповідно до п. б ч. 1 ст. 5 КЗПЛ припиняється (справа «Василева проти Данії»). Зобов'язання має бути певної і конкретної природи (справа «Чіулла проти Італії»), а його широке тлумачення має спричиняти несумісні з поняттям верховенства права наслідки (справи «Енгель та інші проти Нідерландів», «Стефанов проти Болгарії»). У світлі положень КЗПЛ, як наголошує ЄСПЛ, арешт буде прийнятним, тільки

якщо «обов'язок, передбачений законом», не може бути виконано більш м'якими засобами (справа «Ходорковський проти Росії»). Окрім того, принцип пропорційності передбачає необхідність установаження рівноваги між важливістю забезпечити негайне виконання зобов'язання та важливістю права на свободу у демократичному суспільстві (справа «Сааді проти Сполученого Королівства Великобританії»). У зв'язку із цим Суд вважає за необхідне звернути увагу на такі суттєві аспекти: характер зобов'язання, що випливає із відповідного законодавства, включаючи його мету та основне призначення; особу затриманого і конкретні обставини, що призвели до затримання, а також тривалість утримання під вартою (справи «Хайредінов проти України», «Василева проти Данії», «Еппле проти Німеччини»).

Щодо положень п. «с» ч. 1 ст. 5 КЗПЛ, то, на думку ЄСПЛ, вираз «здійснене з метою припровадження її до компетентного судового органу» охоплює всі три альтернативні підстави для арешту особи або тримання під вартою (справи «Лоулес проти Ірландії», «Ірландія проти Сполученого Королівства Великобританії»). Особу може бути затримано із зазначених підстав тільки у межах кримінального провадження з метою припровадження її до компетентного судового органу через підозру в учиненні злочину (справи «Джесіус проти Литви», «Швабе та М. Г. проти Німеччини»). При цьому стандарт, запроваджений пунктом «с» ч. 1 ст. 5 КЗПЛ, не передбачає, що поліція повинна мати достатньо доказів для пред'явлення обвинувачення у момент затримання або під час перебування особи під вартою (справа «Ердагоз проти Туреччини»).

Узагальнююче поняття «обґрунтованої підозри» в учиненні кримінального правопорушення сформульовано у правових позиціях ЄСПЛ як наявність фактів або відомостей, що могли б переконати об'єктивного спостерігача, що відповідна особа могла вчинити злочин (справи «Ердагоз проти Туреччини», «Фокс, Кемпбелл і Хартлі проти Сполученого Королівства Великобританії», «Нечипорук та Йонкало проти України»). Від сукупності обставин справи залежить, що саме можна вважати обґрунтованою підозрою: підозра буде вважатися такою лише у випадку, коли вона ґрунтується на відомостях, що об'єктивно пов'язують підозрюваного з учиненим кримінальним правопорушенням. У контексті боротьби з тероризмом суд постановив, що гострота проблеми боротьби з терористичними злочинами не може виправдовувати надто широке поняття обґрунтованості, яке призводить до знецінення

гарантій, передбачених п. «с» ч. 1 ст. 5 КЗППЛ (справа «О'Хара проти Сполученого Королівства Великобританії»).

Щодо питання допустимих ризиків, за наявності яких можливе застосування запобіжних заходів, то відповідно до усталеної практики ЄСПЛ такими ризиками для тримання під вартою є: небезпека втечі; ймовірність втручання у хід правосуддя; ймовірність рецидиву; небезпека для громадського порядку; небезпека для особи, щодо якої ведеться розслідування. Утім, із цих п'яти допустимих за КЗППЛ ризиків КПК України визнав лише перші три, тому останні два ризики не можуть бути використані на обґрунтування тримання під вартою.

Чинний КПК України, у цілому сприймаючи положення ст. 5 КЗППЛ, у ч. 2 ст. 177 як підставу для застосування запобіжних заходів передбачає наявність ризиків, що дають достатні підстави слідчому судді, що підозрюваний, обвинувачений може здійснити дії, передбачені ч. 1 цієї статті.

Як виняток із положень ст. 5 КЗППЛ, КПК передбачає як судовий, так і позасудовий порядок затримання особи без ухвали слідчого судді, суду. Зокрема, йдеться про право уповноваженої службової особи без ухвали слідчого судді, суду затримати особу, підозрювану в учиненні злочину, за який передбачене покарання у виді позбавлення волі, лише у випадках: 1) якщо цю особу застали під час вчинення злочину або замаху на його вчинення; 2) якщо безпосередньо після вчинення злочину очевидно, у тому числі потерпілий, або сукупність очевидних ознак на тілі, одязі чи місці події вказують на те, що саме ця особа щойно вчинила злочин; 3) якщо є обґрунтовані підстави вважати, що можлива втеча з метою ухилення від кримінальної відповідальності особи, підозрюваної у вчиненні тяжкого або особливо тяжкого корупційного злочину, віднесеного законом до підслідності Національного антикорупційного бюро України.

Аналізуючи позиції ЄСПЛ констатуємо, що основним зауваженням до стану правозастосування у цій сфері в Україні є: а) необґрунтоване застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою (відсутність у мотивувальній частині ухвали слідчого судді або суду доказів, що підтверджують наявність підстав для застосування саме цього запобіжного заходу); б) надмірно тривалі строки тримання під вартою; в) погані умови тримання під вартою.

При вирішенні питання про надмірність строків тримання під вартою, то зауважимо, що у кожному випадку з огляду на конкретні обставини кримінального провадження один і той самий строк може бути

по-різному оцінено ЄСПЛ. У цьому контексті слід зазначити, що КПК істотно скоротив строки тримання під вартою під час досудового розслідування. Водночас недоліком чинного правового регулювання цього питання видається те, що КПК не передбачив граничних строків тримання під вартою обвинуваченого (підсудного) під час судового розгляду кримінального провадження судом першої інстанції. Запровадження законодавцем періодичного судового контролю за доцільністю тримання під вартою (кожен раз до двох місяців) видається недостатнім для забезпечення відповідності вітчизняної практики вимогам ст. 5 КЗПЛ.

На завершення зазначимо, що Національна стратегія у сфері прав людини, затверджена Указом Президента України від 25 серпня 2015 р. № 501/2015, передбачає як очікуваний результат «приведену у відповідність до міжнародних стандартів процедуру затримання і тримання особи під вартою»; «унеможливлення безпідставного та неналежним чином оформленого затримання, тримання особи під вартою без рішення суду». Таким чином, попереду нас чекає подальше удосконалення порядку застосування запобіжних заходів, спрямованих на позбавлення особи свободи. Цьому має сприяти також підвищення ефективності судового контролю при вирішенні таких питань.

Л. М. Москвич, доктор юридичних наук, професор, головний науковий співробітник Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса

ЩОДО ВІДПОВІДНОСТІ КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ ПРАКТИКИ ЗАЛУЧЕННЯ ІНОЗЕМНОГО ЕЛЕМЕНТУ У ФОРМУВАННЯ ОРГАНІВ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ

Сьогодні Україна активно співпрацює з міжнародними та іноземними організаціями, залучаючи, зокрема, їх експертів до ряду з проектів формування органів державної влади. Зокрема, стаття 93 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» серед інших повноважень Вищої кваліфікаційної комісії суддів України визначає – участь в межах компетенції у міжнародному співробітництві, у тому числі встановлення зв'язків з іноземними закладами, установами та організаціями, проектами міжнародної технічної допомоги, є бенефіціаром, реципієнтом міжнародної технічної допомоги, головним розпорядником міжнародної допомоги від іноземних держав, банків і міжнародних фінансових організацій.

Прикладом успішної реалізації проекту зі співробітництва ВККСУ та міжнародних та іноземних організацій, може стати участь Громадської ради міжнародних експертів у формуванні Вищого антикорупційного суду України. Однак слід наголосити, що участь міжнародних та іноземних організацій у формуванні органів державної влади можлива виключно в контексті консультативно-допоміжних функцій. Єдиним і виключним носієм суверенітету і джерелом влади в Україні є народ України, який може реалізовувати свою владу або безпосередньо, або через органи державної влади чи місцевого самоврядування. Отже вся повнота владних функцій може належати виключно громадянам України. Додержання цієї конституційної норми було забезпечено шляхом закріплення статусу ГРМЕ як допоміжного ВККСУ органу з консультативно-дорадчими функціями. Право прийняття остаточного рішення щодо формування Вищого антикорупційного суду України належало громадянам України – членам ВККСУ, ВРП та Президенту України.

Позитивний досвід використання досвіду міжнародних та іноземних експертів справ приводом для поширення такої практики на формуван-

ня й інших органів державної влади, зокрема, формування нового складу ВККСУ, що передбачено прийнятим 16.10.2019 р. Законом України «Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» та деяких законів України щодо діяльності органів суддівського врядування» (далі – Закон № 193-IX). Цим законом передбачено формування Конкурсної комісії з добору членів ВККСУ, до складу якої має увійти 3 члени Ради суддів України та 3 особи з числа міжнародних експертів, запропонованих міжнародними та іноземними організаціями, з якими Україна співпрацює у сфері запобігання та протидії корупції відповідно до міжнародних договорів України, до складу Громадської ради міжнародних експертів, утвореної відповідно до Закону України «Про Вищий антикорупційний суд». Враховуючи, що ця Комісія, на відміну від ГРМЕ, наділена не просто консультативно-дорадчими функціями, а здійснює безпосередній добір та відбір кандидатів на посаду державного колегіального органу суддівського врядування, який на постійній основі діє у системі правосуддя України, яким є Вища кваліфікаційна комісія суддів України, актуалізується питання додержання ст. 5 Конституції України при формуванні такого органу як Конкурсна комісія.

У Рішенні Конституційного Суду України N 6-рп/2005 від 5 жовтня 2005 р. у справі N 1-5/2005 (справа про здійснення влади народом), зазначено, що положення «носієм суверенітету... є народ» закріплює принцип народного суверенітету, згідно з яким влада Українського народу є первинною, єдиною і невідчужуваною, тобто органи державної влади здійснюють владу в Україні, що походить від народу. При цьому підкреслюється взаємозв'язок безпосередньої (здійснення народного волевиявлення через вибори, референдуми тощо) та представницької (здійснення влади народом через органи державної влади та органи місцевого самоврядування) демократії, а також відсутність переваги жодної з цих форм здійснення влади народом. Основним Законом України гарантовано здійснення народом влади також через сформовані у встановленому Конституцією та законами України порядку, зокрема, органи судової влади (частина друга статті 5). Тобто, із нормативно-правового змісту положень частин другої, третьої статті 5 Основного Закону України, за якими народ є носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні, на наш погляд впливає не лише виключне право народу України входити до складу державного органу влади, а й формувати його. Іншими словами, через орган формування органу державної влади відбувається опосередкована легітимація сформованого органу як органу державної

влади. З цього випливає особливі вимоги до складу формуючого органу, підтвердження володіння ним суверенітетом народу України і правом опосередковано легітимувати новий орган державної влади – ВККСУ.

Отже, враховуючи імперативність припису ст. 5 Конституції України «носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ», а народом є – громадяни України всіх національностей (Преамбула Конституції України), Конкурсна комісія має складатися з громадян України. І для цього є всі передумови, адже згідно із ч. 3 ст. 9 Закону України «Про Вищий антикорупційний суд», членами Громадської ради міжнародних експертів можуть бути призначені громадяни України чи іноземці, які мають бездоганну ділову репутацію, високі професійні та моральні якості, суспільний авторитет, мають досвід роботи в інших країнах не менше ніж п'ять років із здійснення процесуального керівництва, підтримання державного обвинувачення в суді чи здійснення судочинства у справах, пов'язаних з корупцією. Отже, закон не акцентує, що міжнародним експертом у складі Громадської ради міжнародних експертів можуть бути виключно іноземці, це можуть бути і громадяни України. У випадку ж Конкурсною комісією, яка пропонує для затвердження ВРП кандидатури на посади членів ВККСУ у кількості, що дорівнює кількості вакантних місць і Законом № 193-IX імперативно визначено, що ВРП затверджує своїм рішенням поданий протокол Конкурсної комісії, саме через владні функції останньої щодо формування державного органу влади, вона має складатися виключно з громадян України. Лише в цьому випадку не буде допущено порушення ст. 5 Конституції України, яка закріплює виключне право народу України – громадян різних національностей формувати органи державної влади.

І. В. Назаров, доктор юридичних наук, доцент, провідний науковий співробітник відділу дослідження проблем кримінального процесу та судустрою Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України

ОСОБЛИВОСТІ ДИСЦИПЛІНАРНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ АДВОКАТА

Адвокатура є важливим інструментом і обов'язковою складовою для правової системи будь-якої держави, яка вважає себе правовою та демократичною. Так само інститут адвокатури є обов'язковою і важливою частиною процесу здійснення правосуддя і реалізації права людини на судовий захист своїх порушених або оспорюваних прав. Саме тому, не зважаючи на значні відмінності у правовому статусі адвоката із суддею або прокурором, стосовно адвокатів держава так само визнає і встановлює обов'язок забезпечення їх незалежності, визначає механізми, що гарантують дотримання їх незалежності. І так само, як у суддів або прокурорів, у адвокатів особлива процедура притягнення їх до відповідальності (в першу чергу дисциплінарної) є одним із елементів їх правового статусу та однією із гарантій, що забезпечує їх незалежність.

Особлива процедура притягнення до дисциплінарної відповідальності адвоката, в свою чергу, складається із кількох складових:

- чітко визначений перелік органів, що мають право порушувати дисциплінарне провадження щодо адвоката та притягувати адвоката до дисциплінарної відповідальності;
- чітко визначені підстави для притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності;
- визначення прозорості процедури дисциплінарного провадження щодо адвоката яка гарантує чесне, неупереджене та справедливе рішення;
- чітко визначений перелік видів дисциплінарних стягнень, в тому числі, якщо дисциплінарне провадження передбачає таку можливість, перелік підстав для зупинення або припинення права на зайняття адвокатською діяльністю;

- гарантування права адвоката на захист під час розгляду дисциплінарної справи щодо нього та надання йому можливості на оскарження прийнятого рішення;
- визначення перелічених вище питань на рівні закону.

Чинний Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (далі – Закон) відповідає зазначеним вище загальновідомим стандартам вирішення питань про дисциплінарну відповідальність адвокатів.

Так, у статті 4 Закону зазначається, що одним із принципів адвокатської діяльності є принцип незалежності. Стаття 5 Закону фіксує, що держава створює належні умови для діяльності адвокатури та забезпечує дотримання гарантій адвокатської діяльності. У пункті 17 статті 23 Закону здійснення дисциплінарного провадження стосовно адвоката в особливому порядку визнається однією з гарантій адвокатської діяльності.

Загальні умови дисциплінарної відповідальності адвоката, підстави зазначеної відповідальності, види дисциплінарних стягнень, особливості ініціювання питання про дисциплінарну відповідальність адвоката, стадії дисциплінарного провадження стосовно адвоката, порядок оскарження рішення у дисциплінарній справі адвоката та інше визначаються Розділом IV цього Закону «Дисциплінарна відповідальність адвоката». Так, наприклад, у статті 33 Закону зазначається, що дисциплінарне провадження стосовно адвоката здійснюється кваліфікаційно-дисциплінарною комісією адвокатури за адресою робочого місця адвоката, зазначеною в Єдиному реєстрі адвокатів України. А само дисциплінарне провадження визначається як «процедура розгляду письмової скарги, яка містить відомості про наявність у діях адвоката ознак дисциплінарного проступку».

Стаття 42 Закону встановлює право адвоката оскаржити рішення у дисциплінарній справі до Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури або до суду. Вища кваліфікаційно-дисциплінарна комісія адвокатури у такому випадку зобов'язана витребувати матеріали дисциплінарної справи у відповідної кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури та забезпечити розгляд скарги на рішення у дисциплінарній справі протягом.

Стаття 52 Закону визначає завдання та повноваження Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури (далі – ВКДКА). Так, у пункті 1 зазначеної статті основним призначенням ВКДКА визначено «розгляд скарг на рішення, дії чи бездіяльність кваліфікаційно-дисциплінарних комісій адвокатури». У пункті 4 зазначене завдання дублюється

як повноваження і вказується, що ВКДКА виконує інші функції відповідно до цього Закону (що означає неможливість їх визначення іншими нормативними актами). А у п. 5 ст. 52 Закону надається виключний перелік прав ВКДКА у межах виконання зазначеного вище завдання-повноваження, перелік яких наступний:

1) залишити скаргу без задоволення, а рішення кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури без змін;

2) змінити рішення кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури;

3) скасувати рішення кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури та ухвалити нове рішення;

4) направити справу для нового розгляду до відповідної кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури та зобов'язати кваліфікаційно-дисциплінарну комісію адвокатури вчинити певні дії.

Аналіз перелічених вище повноважень та прав ВКДКА дає можливість прийти до наступного висновку:

а) ВКДКА має право самостійно погодитися із рішенням, змінити рішення або скасувати рішення кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури та ухвалити нове рішення;

б) якщо ВКДКА прийде до висновку, що повноцінне вирішення питання за скаргою потребує проведення дисциплінарного провадження – справа направляється на новий розгляд до відповідної кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури з обов'язковим урахуванням позиції ВКДКА щодо необхідності вчинення певних дій.

Відповідно самостійне проведення дисциплінарного провадження щодо адвоката Вищою кваліфікаційно-дисциплінарною комісією адвокатури Законом не передбачено.

І. В. Назаров, доктор юридичних наук, доцент, провідний науковий співробітник відділу дослідження проблем кримінального процесу та судоустрою Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України

ЩОДО РОЗРАХУНКОВОЇ ВЕЛИЧИНИ, ЯКА ПІДЛЯГАЄ ЗАСТОСУВАННЮ ПРИ РОЗРАХУНКУ РОЗМІРУ ПОСАДОВОГО ОКЛАДУ СУДДІ МІСЦЕВОГО СУДУ З 1 СІЧНЯ 2017 РОКУ

При розгляді Касаційним адміністративним судом адміністративних справ щодо особливостей нарахування суддівської нагороди виникають питання іншого такі питання:

1. Яка розрахункова величина підлягає застосуванню при розрахунку розміру посадового окладу судді місцевого суду з 1 січня 2017 року: мінімальна заробітна плата, визначена законом про державний бюджет, чи розрахункова величина, встановлена пунктом 3 Розділу II «Прикінцеві та перехідні положення» Закону №1774-VIII, враховуючи висновки Конституційного Суду України, викладені у рішенні від 04.12.2018 р. №11-р/2018?

З цього приводу можна зазначити наступне. Відповідно до пункту 23 розділу XII «Прикінцеві та перехідні положення» Закону №1402, яким регулюються питання оплати праці суддів, встановлено, що до проходження кваліфікаційного оцінювання суддя отримує суддівську винагороду, визначену відповідно до положень Закону України «Про судоустрій і статус суддів» (Відомості Верховної Ради України, 2010 р., №№41–45, ст. 529; 2015 р., №№18–20, ст. 132 із наступними змінами). Розмір посадового окладу суддів які пройшли кваліфікаційне оцінювання визначається пунктом 24 розділу XII «Прикінцеві та перехідні положення» Закону №1402.

Така конструкція Закону №1402 дійсно поділяла суддів на дві категорії: які пройшли кваліфікаційне оцінювання і які ще не пройшли кваліфікаційне оцінювання. І розмір оплати судді залежав саме від факту

проходження кваліфікаційного оцінювання і, звісно, не враховував інших обставин, наприклад, з яких причин кваліфікаційне оцінювання не проходилося.

Зазначена ситуація стала предметом розгляду у Рішенні Конституційного Суду України від 04.12.2018 р. №11-р/2018 у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частин третьої, десятої статті 133 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» у редакції Закону України «Про забезпечення права на справедливий суд» у якому Конституційний Суд України прийшов до наступних висновків.

Конституція України закріплює однаковий юридичний статус суддів через систему гарантій забезпечення їх незалежності, яка є невід'ємною складовою їхнього статусу. Встановлена система гарантій незалежності суддів не є їхнім особистим привілеєм, вона пов'язана з набуттям статусу судді, має юридичне призначення, спрямоване на захист прав і свобод людини і громадянина через здійснення правосуддя незалежним і безстороннім судом (суддею).

Законодавець, періодично зменшуючи розмір посадового окладу судді місцевого суду, визначеного частиною третьою статті 129 Закону №2453, та запроваджуючи правове регулювання вказаного питання двома різними законами України, а саме Законом №2453 у редакції Закону №192 та Законом №1402, не врахував того, що судді, які не пройшли кваліфікаційного оцінювання, у тому числі з причин, що не залежать від них особисто, та отримують суддівську винагороду за Законом №2453 в редакції Закону №192, не втратили гарантій своєї незалежності, передбачених Основним Законом України, оскільки не позбавлені статусу судді.

Суддівська винагорода є гарантією незалежності судді та невід'ємною складовою його статусу, яка згідно з частиною другою статті 133 Закону №2453 у редакції Закону №192 складається з посадового окладу та доплат за вислугу років, перебування на адміністративній посаді в суді, науковий ступінь, роботу, що передбачає доступ до державної таємниці. Зменшення органом законодавчої влади розміру посадового окладу судді призводить до зменшення розміру суддівської винагороди, що, у свою чергу, є посяганням на гарантію незалежності судді у виді матеріального забезпечення та передумовою впливу як на суддю, так і на судову владу в цілому.

Позбавлення судді права на отримання доплат до посадового окладу може бути визнане доцільним та виправданим, зокрема, у випадку притягнення його до кримінальної чи дисциплінарної відповідальності, наслідком якого є відсторонення судді від посади чи від здійснення правосуддя. Але позбавлення судді цього права, коли він не здійснює правосуддя через обставини, що не залежать від нього особисто або не обумовлені його поведінкою, як випливає зі змісту положення частини десятої статті 133 Закону № 2453 у редакції Закону № 192, є несправедливим, не виправданим та необґрунтованим.

Враховуючи зазначене Конституційний Суд України вказав, що положення частини третьої статті 133 Закону № 2453 в редакції Закону № 192 звужує зміст та обсяг гарантій незалежності суддів у частині зменшення гарантованого розміру винагороди судді, створює загрозу для незалежності як судді, так і судової влади в цілому, а також передумови для впливу на суддю через розмір його матеріального забезпечення.

Відповідно положення частин третьої, десятої статті 133 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 7 липня 2010 року № 2453-VI у редакції Закону України «Про забезпечення права на справедливий суд» від 12 лютого 2015 року № 192-VIII було визнано неконституційними. Зазначені положення втрачають чинність з дня ухвалення Конституційним Судом України цього Рішення, тобто з 04.12.2018 р.

Відповідно до ст. 91 Закону України «Про Конституційний Суд» від 13 липня 2017 року № 2136-VIII «Закони, інші акти або їх окремі положення, що визнані неконституційними, втрачають чинність з дня ухвалення Конституційним Судом рішення про їх неконституційність, якщо інше не встановлено самим рішенням, але не раніше дня його ухвалення».

Таким чином, до 04.12.2018 р. розмір суддівської винагороди визначається за правилами «Про судоустрій і статус суддів» від 7 липня 2010 року № 2453-VI у редакції Закону України «Про забезпечення права на справедливий суд» від 12 лютого 2015 року № 192-VIII та Законом України «Про судоустрій і статус суддів» від 2 червня 2016 року № 1402.

О. Г. Шило, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, головний науковий співробітник відділу дослідження проблем кримінального процесу та судоустрою Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України

ПІДСТАВИ ЗАСТОСУВАННЯ ЗАПОБІЖНОГО ЗАХОДУ У ВИГЛЯДІ ТРИМАННЯ ПІД ВАРТОЮ ЗА НАЦІОНАЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ І В ПРАКТИЦІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

Міжнародним стандартом, який з прийняттям Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) у 2012 році було імплементовано в національне законодавство, є визнання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою винятковим запобіжним заходом. Це означає, що його застосування може мати місце лише в тих випадках, коли інші менш обтяжливі запобіжні заходи не можуть забезпечити дієвість кримінального провадження та вирішення його завдань.

Підстава застосування тримання під вартою має комплексний характер і включає: 1) обґрунтовану підозру особи у вчиненні злочину, за який може бути застосовано такий запобіжний захід; 2) наявність ризиків, що передбачені ч. 1 ст. 177 КПК України, а також 3) врахування обставин, що передбачено ст. 178 КПК України.

Частина 1 ст. 177 КПК України передбачає наступні ризики, запобігання яким має на меті застосування запобіжного заходу:

- 1) переховуватися від органів досудового розслідування та/або суду;
- 2) знищити, сховати або спотворити будь-яку із речей чи документів, які мають істотне значення для встановлення обставин кримінального правопорушення;
- 3) незаконно впливати на потерпілого, свідка, іншого підозрюваного, обвинуваченого, експерта, спеціаліста у цьому ж кримінальному провадженні;
- 4) перешкоджати кримінальному провадженню іншим чином;

5) вчинити інше кримінальне правопорушення чи продовжити кримінальне правопорушення, у якому підозрюється, обвинувачується.

Тож, законодавець передбачив вичерпний перелік ризиків, доведення наявності яких складає підставу застосування запобіжного заходу. Проте тлумачення окремих із вказаних обставин дозволяє констатувати множинність проявів конкретної поведінки підозрюваного, обвинуваченого, що може охоплюватися тим чи іншим ризиком. До таких, зокрема, належить ризик перешкоджати кримінальному провадженню іншим чином.

Звернення до практики Європейського Суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) свідчить про те, що допустимими ризиками тримання під вартою, що відповідають вимогам п. 1 і п. 3 ст. 5 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, визнаються обставини, які не врегульовано в якості таких в національному законодавстві. Так, в рішенні у справі «Корбан проти України» від 4 липня 2019 р. ЄСПЛ зазначив, що «Обґрунтування, які вважалися «належними» та «достатніми» підставами (на додаток до існування обґрунтованої підозри) у прецедентному праві Суду, включали такі підстави: ризик втечі, ризик здійснення тиску на свідків або фальсифікації доказів, ризик змови, ризик повторного вчинення правопорушення, ризик заподіяння громадського безпорядку та необхідність захистити затриманого (див. *Buzadji*, цит. вище, § 88). Ці ризики повинні бути належним чином обґрунтовані, й обґрунтування органів влади з цих питань не може бути абстрактним, загальним або стереотипним (див., серед інших, *Merabishvili v. Georgia* [GC], №72508/13, § 222, 28 листопада 2017)» (п. 155).

Порівняльний аналіз наведених ризиків у цитованому рішенні ЄСПЛ та ч. 1 ст. 177 КПК України дозволяє дійти висновку про те, що ризик змови, ризик заподіяння громадського безпорядку та необхідність захистити затриманого не передбачено національним законодавством (в даному випадку не йдеться про забезпечення безпеки осіб, які перебувають в установах виконання покарань чи слідчих ізоляторах або у місцях із спеціальним режимом тримання як захід, передбачений Законом України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві» від 23.12.1993 р.). При цьому, якщо перший з них за певних умов можливо віднести до ризику перешкоджати кримінальному провадженню іншим чином, що міститься у ч. 1 ст. 177 КПК України, то ризик заподіяння громадських безпорядків та необхідність захистити затриманого не передбачено в якості підстави застосування тримання під вартою за національним законодавством.

З огляду на сказане, виникає питання щодо можливості застосування зазначених ризиків (що містяться в усталеній практиці ЄСПЛ) як підстав обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою в практиці національних судів, прокуратури та органів досудового розслідування.

Згідно ч. 5 ст. 9 КПК України кримінальне процесуальне законодавство України застосовується з урахуванням практики Європейського суду з прав людини. Тож, доведення прокурором, наприклад, ризику змови підозрюваного, обвинуваченого як прояву ризику перешкоджання здійсненню кримінального провадження іншим чином з посиланням на релевантні рішення ЄСПЛ видається цілком виправданим.

Щодо інших ризиків, які містяться в практиці ЄСПЛ, а саме – ризик заподіяння громадського безпорядку та необхідність захисту затриманого, то з огляду на їх відсутність у ч. 1 ст. 177 КПК України, застосування їх в якості обґрунтування тримання під вартою у національній практиці викликає певні сумніви, адже йдеться про істотне обмеження фундаментального права кожного на свободу і особисту недоторканість, умови застосування якого мають бути чітко передбачені в національному законодавстві, переслідувати легітимну мету та бути необхідним в демократичному суспільстві. Разом з тим, необхідність застосування в окремих випадках тримання під вартою з метою запобігання саме таким ризикам є очевидною. Так, наприклад, тлумачення ризику заподіяння громадського безпорядку наведено в рішенні ЄСПЛ «Летельє проти Франції» від 26.06.1991 р. У пункті 51 цього рішення вказано, що Суд визнає, що особлива тяжкість деяких злочинів може викликати таку реакцію суспільства і соціальні наслідки, які виправдовують тримання під вартою по крайній мірі протягом певного часу. При виняткових випадках цей момент може бути враховано в світлі Конвенції, у всякому випадку в тій мірі, в якій внутрішнє право визнає поняття порушення публічного порядку внаслідок вчинення злочину. Однак, цей фактор можна вважати виправданим і необхідним тільки, якщо є підстави вважати, що звільнення затриманого реально порушить публічний порядок або якщо такий порядок дійсно знаходиться під загрозою. Попереднє ув'язнення не повинно передбачати покарання у вигляді позбавлення свободи, не може бути «формою очікування» обвинувального вироку.

Зважаючи на вищесказане, видається, що національному законодавцю доцільно врахувати релевантну практику ЄСПЛ з метою підвищення ефективності застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, що спрямовано на захист інтересів потерпілого, суспільства та держави, забезпечення дієвості кримінального провадження.

О. Г. Шило, доктор юридичних наук, професор, головний науковий співробітник Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України

Н. В. Глинська, доктор юридичних наук, старший науковий співробітник, завідувач відділом дослідження проблем кримінального процесу та судострою Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України

КРИМІНАЛЬНЕ ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВІДНОВЛЕННЯ ПРАВОПОРЯДКУ НА ТИМЧАСОВО ОКУПОВАНИХ ТЕРИТОРІЯХ УКРАЇНИ

Законодавець зреагував на окупацію частини території України ухваленням 15 квітня 2014 р. Закону України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на *тимчасово окупованій території* України». 17 березня 2015 р. Верховна Рада України постановою визнала також *тимчасово окупованою територією* територію окремих районів Донецької та Луганської областей. Ухвалено Закон України від 20 жовтня 2014 року «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб».

Ухвалення Верховною Радою України зазначених нормативно-правових актів є вчасним і корисним для забезпечення прав і свобод осіб, які проживають на окупованих територіях або є внутрішньо переміщеними. Однак ці нормативні акти мають значення лише в період окупації і внутрішнього переміщення осіб.

Суспільство і окремі його члени, насамперед особи, які проживають на окупованих територіях, і внутрішньо переміщені особи сподіваються, що події, які відбуваються в Автономній Республіці Крим (АРК) і в окремих районах Донецької та Луганської областей (ОРДЛЮ), мають тим-

часовий характер і люди найближчим часом повернуться до звичного життя.

Держава повинна подбати про те, щоб повернення осіб до нормального життя після деокупації було максимально швидким і наскільки це можливо комфортним. Особи, які проживають на тимчасово окупованій території або є внутрішньо переміщеними в Україні, мають право знати як будуть вирішуватися їхні правові проблеми після деокупації.

У цьому сенсі варто нагадати, що однією з провідних суспільних функцій будь-якої науки, в тому числі й правознавства, є функція прогнозування і моделювання очікуваних майбутніх, сьогодні ще не існуючих явищ, подій, процесів, потреб тощо. І чим скоріше наукова спільнота зможе «прочинити двері» у завтрашній день, тим більш вірогідними будуть її прогнози, чим більш обґрунтованими будуть рекомендації щодо їх втілення, тим ефективнішою виявлятиметеса наукова діяльність. Це повною мірою стосується і наукових прогнозів та розробок щодо законодавчого забезпечення прав осіб після деокупації в недалекому чи більш віддаленому майбутньому.

Тому вже зараз потрібно ініціювати роботу з підготовки й ухвалення законопроектів, спрямованих на врегулювання відносин, які будуть складатися між суб'єктами суспільного життя після деокупації територій України. Предметом регулювання таких законів у царині *кримінального провадження* доцільно визначити:

- порядок передавання легітимним державним органам України матеріалів «кримінальних проваджень (справ)», розпочатих органами «народної міліції» («поліції»), «народної прокуратури» та інших «державних органів», утворених окупантами;
- підстави, процесуальний порядок та межі перегляду українськими судами рішень, які приймали квазісудові органи на тимчасово окупованих територіях;
- порядок відшкодування шкоди особам, засудженим незаконними судовими органами на тимчасово окупованих територіях;
- підстави і процесуальний порядок застосування амністії щодо осіб, які простояли у конфлікті Збройним Силам України тощо.

За іншими напрямками діяльності держави на звільнених територіях також доцільно визначити напрями законотворчої роботи. Часом набрання чинності зазначеними вище законодавчими актами варто визначити день деокупації території.

Судові рішення, ухвалені «судовими» органами, утвореними на території АРК та ОРДЛО, мають бути визнані юридично нікчемними як такі, що не були ухвалені судом, утвореним відповідно до національного закону (ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод). Щодо судових рішень, ухвалених на території АРК законодавець вже визначив їх юридичну нікчемність (ч. 3 ст. 9 Закону України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України»). Аналогічне положення має бути закріплено на законодавчому рівні й щодо судових рішень, ухвалених на території ОРДЛО.

Всі процесуальні рішення, ухвалені нелегітимними судами на територіях АРК та ОРДЛО, підлягають перегляду українськими судами, створеними відповідно до закону. Вважаємо доцільним такий перегляд віднести до компетенції судів першої інстанції за чинними правилами територіальної підсудності, тобто до відома місцевих судів. Звичайно в перебігу таких проваджень виникнуть суттєві проблеми щодо встановлення дійсної картини обставин вчиненого кримінального правопорушення, обумовлені здебільшого недостатністю сукупності доказів для достовірного встановлення предмету доказування у таких провадженнях (недопустимість доказів за чинним українським процесуальним законодавством, неможливість відтворити обставини події, втрати більшості з доказів та ін.). У цьому сенсі завданням кримінальної процесуальної науки має стати розробка певних теоретично та практично обґрунтованих пропозицій щодо застосування диференційованого підходу до нівелювання результатів доказування, отриманих у таких провадженнях; особливостей оцінки доказів в перебігу відповідних судових проваджень; методичних рекомендацій щодо особливостей прийняття підсумкових судових рішень за результатами перегляду процесуальних рішень, ухвалених нелегітимними судами на територіях АРК та ОРДЛО. При цьому українськими судами при ухваленні підсумкових процесуальних рішень не можуть бути встановлені будь-які винятки з загальних правил доказування, бо це суперечитиме основоположним принципам кримінального судочинства.

О. Г. Шило, доктор юридичних наук, професор, головний науковий співробітник Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України

Н. В. Глинська, доктор юридичних наук, старший науковий співробітник, завідувач відділом дослідження проблем кримінального процесу та судострою Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ЗДІЙСНЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ КОРУПЦІЙНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ

Концепція верховенства права, зокрема, дотримання її складової – принципу недискримінації та рівності перед законом обумовлює необхідність забезпечення єдності правозастосовної практики у справах про корупційні та пов'язані із корупцією правопорушення.

Розслідування корупційних правопорушень характеризується певною складністю виявлення їх ознак і процесу доказування. Звичайно специфіка *корупційних злочинів* (умисне суспільно небезпечне діяння, що містить ознаки корупції, за яке передбачена кримінальна відповідальність, вчинене суб'єктом, визначеним ст. 4 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції», з використанням наданих повноважень з метою одержання неправомірної вигоди або надання неправомірної вигоди з метою схилити суб'єкта влади до протиправного її використання) позначається і на організаційно-методичних засадах розслідування таких злочинів. Проте чи є особливим процесуальний порядок початку розслідування корупційних правопорушень?

Відповідно до статті 214 Кримінального процесуального кодексу України, слідчий або прокурор невідкладно, але не пізніше 24 годин

після подання заяви, повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення або після **самостійного** виявлення ним **із будь-якого джерела** обставин, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення, **зобов'язаний внести відповідні відомості до Єдиного реєстру досудових розслідувань (далі – ЄРДР).**

Для законного і обґрунтованого початку досудового розслідування необхідна наявність приводу і підстави. *Привід* для внесення відомостей до ЄРДР – це передбачене законом джерело інформації, з якого слідчий, прокурор дізнаються про вчинене кримінальне правопорушення і з моменту появи якого розпочинається кримінальний процес (кримінальні процесуальні відносини). Такі джерела отримання інформації в чинному КПК чітко не перераховуються, однак з аналізу ч. 1 ст. 214 КПК можна зробити висновок, що ними можуть бути: заяви, повідомлення фізичних чи юридичних осіб про вчинене кримінальне правопорушення; самостійне виявлення слідчим, прокурором кримінального правопорушення з будь-якого джерела. Самостійне виявлення кримінального правопорушення з будь-якого джерела слідчим чи прокурором означає, що ці суб'єкти кримінального провадження самі, *незалежно від чийхось заяв і повідомлень*, виявляють ознаки кримінального правопорушення.

Заяви та інші джерела інформації про корупційні правопорушення приймаються та реєструються у такому ж порядку, як і про інші кримінальні правопорушення. Проте приводи та порядок початку досудового розслідування корупційних правопорушень мають й свою специфіку. Так, зокрема, Законом «Про запобігання корупції» встановлено обов'язок певних суб'єктів повідомляти про виявлені ними корупційні кримінальні правопорушення спеціально уповноважених суб'єктів у сфері протидії корупції. Внаслідок виконання цього обов'язку приводом до початку досудового розслідування корупційних правопорушень стає специфічний документ. Так, Національне агентство з питань запобігання корупції (далі – НАЗК) у разі виявлення ознак корупційного або пов'язаного з корупцією правопорушення в порядку ч. 3 ст. 12 Закону «Про запобігання корупції» затверджує обґрунтований висновок та надсилає його іншим спеціально уповноваженим суб'єктам у сфері протидії корупції (органи Національної поліції, НАБУ та ДБР). Втім логічно хибним є надання цьому документу статусу обов'язкової умови законності початку досудового розслідування у справах про корупційні кримінальні правопорушення. Саме такий підхід висловлено у висновку щодо рішення НАЗК від 8 грудня 2017 р. № 1375, яким затверджено роз'яснення

НАЗК щодо застосування окремих положень Закону України «Про запобігання корупції».

У роз'ясненні зроблено висновок, що початку досудового розслідування за ознаками кримінальних правопорушень, передбачених статтями 366-1 і 368-2 Кримінального кодексу України (далі – КК) обов'язково має передувати: 1) здійснення НАЗК повної перевірки декларації відповідної особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування (далі – публічний функціонер), 2) встановлення за наслідками такої перевірки фактів порушення антикорупційного законодавства та підстав для притягнення особи до адміністративної чи кримінальної відповідальності і 3) відображення цих фактів у відповідному рішенні НАЗК. Фактично йдеться про обмеження права *органу досудового розслідування, встановленого законом*, – НАБУ діяти у спосіб та на підставах, встановлених в КПК. А саме: в разі самостійне виявлення детективами НАБУ з будь-якого джерела обставини, що можуть свідчити про вчинення корупційного кримінального правопорушення, внести такі відомості до ЄРДР та розпочати досудове розслідування.

Запровадження ж своєрідної дослідчої перевірки із задекларованою метою попередити «*необґрунтоване втручання у приватне життя особи, уповноваженої на виконання функцій держави, з боку правоохоронних органів*» суперечить концепції сучасного кримінального процесуального законодавства у частині безальтернативної необхідності реагування на всю інформацію, що може свідчити про вчинення кримінального правопорушення, у спосіб внесення таких відомостей до ЄРДР.

О. Г. Шило, доктор юридичних наук, професор, головний науковий співробітник Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України

Н. В. Глинська, доктор юридичних наук, старший науковий співробітник, завідувач відділом дослідження проблем кримінального процесу та судоустрою Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України

ОКРЕМІ АСПЕКТИ СУДОВОЇ ПРАВОТВОРЧОСТІ

До кримінального процесуального законодавства у *широкому* розумінні слід відносити всі форми, в яких знаходить свій вираз право у світлі його сучасного розуміння в низці міжнародно-правових актів у сфері прав людини. Зокрема, поняття «право» (від англ. “law”) у демократичному суспільстві охоплює не лише конституції, міжнародне право, статутне право та підзаконні акти, а й також – де доречно – суддєтворене право (*judge-made law*), як-то норми загального права, всі з яких є зобов’язальної природи. Причому будь-який припис права має бути приступним і передбачним (а отже – високоякісним).

Оскільки проблематика судової правотворчості потребує самостійного розгляду, можемо зазначити лише таке. У сучасних умовах стрімкого розвитку права, його насиченості оцінними поняттями, необхідності «коректного» правозастосування відповідно до умов сучасної правової дійсності, а в певних випадках – заповнення його прогалин та усунення іншої його дефектності очевидною є *правоутворювальна роль* практики. З огляду на потреби правозастосовної діяльності щодо забезпечення прийняття у справі справедливих, вчасних та обґрунтованих судових рішень (далі – СР) за певних об’єктивно існуючих умов судовий прецедент,

який за походженням є продуктом судової правотворчості, завдяки своїм ознакам (зокрема, більшій гнучкості та динамічності щодо змін, деталізованості приписів) стає визначальним орієнтиром у обранні та тлумаченні норм права, особливо тих, що містять оцінні поняття, а отже, можуть суттєво поліпшити стан правового регулювання порядку здійснення кримінального судочинства.

Регулятором правозастосовної діяльності у сфері кримінального провадження в тому чи іншому обсязі на сьогодні є національна (постанови Верховного Суду, в яких містяться висновки щодо застосування норм права) та міжнародна (рішення ЄСПЛ) судова практика, оскільки в судових рішеннях містяться певні загальні положення (позиції), що розвивають та доповнюють писане право, яке об'єктивно не може бути вичерпно визначеним. З цих позицій ЄСПЛ міжнародних та вищих національних судових органів є певним внеском по формуванню високоякісного законодавства, а відповідно самі мають відповідати певним критеріям як акти правотворення. Причому, відповідність судових рішень стандартам їх якості як правозастосовних актів має забезпечувальне значення щодо їх належної якісної визначеності як актів правотворення. Так, зокрема, лише законне, обґрунтоване та справедливе рішення Верховного Суду може бути прикладом правильного застосування певної норми права, а значить й сприяти єдності судової практики як одного з основних стандартів сучасності.

Чітке, комплексне та передбачувальне тлумачення закону в ЄСПЛ є найбільшим інтересом будь-якої особи, адже зменшує юридичну невпевність щодо того, що саме є законом. Відповідно одним з суттєвих критеріїв якості судової практики є її єдність. Єдність судової практики є однією з фундаментних засад здійснення судочинства. У провідних демократичних державах її утвердженню та засобами забезпечення надається пріоритетне значення.

Проте останнім часом непоодинокими стали випадки наявності суперечливих, а часто і прямо протилежних правових позицій вищого судового органу щодо застосування тих чи інших норм законодавства, що звичайно є несумісним із загальноправовою засадою правової визначеності. Саме на забезпечення цієї цінності має працювати, зокрема, новостворений механізм – інститут «*overruling*» (спеціальний порядок зміни правової позиції вищого судового органу з того чи іншого проблемного питання, який широко використовується вищими судовими

інстанціями країн англо-саксонської системи права). Підвищенню його ефективності, на наш погляд, сприятиме низка обставин організаційного та правового характеру. До останніх можна віднести, зокрема, мінімізацію кількості судових позицій за рахунок відмови від чисельного розтлумачення вже висловленої думки Верховного суду щодо певного правового питання в контексті різних родових обставин (наприклад, позицію щодо оцінки законності схвалення слідчим суддею перевірок в межах реалізації кримінальних процесуальних функцій не слід аналізувати в контексті окремих різновидів таких перевірок, що лише заплутує правозастосвників тощо).

О. Г. Шило, доктор юридичних наук, професор, головний науковий співробітник Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України

Н. В. Глинська, доктор юридичних наук, старший науковий співробітник, завідувач відділом дослідження проблем кримінального процесу та судоустрою Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України

ОЦІНКА СУТТЄВОСТІ ПОРУШЕНЬ, ДОПУЩЕНИХ ПРИ УХВАЛЕННІ ПІДСУМКОВОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО РІШЕННЯ

Історією розвитку законодавства та практикою його застосування доведено значущість *диференційованого підходу* до оцінки міри істотності (суттєвості чи фундаментальності) порушень кримінального процесуального закону з урахуванням як різновиду та призначення норми права, що була порушена, так і наслідків самих порушень. У процесуальній теорії суттєвість порушень закону визначається переважно з огляду на можливий вплив допущеного порушення на законність та обґрунтованість процесуального рішення, зокрема вироку суду. Причому в контексті правових наслідків, що тягне порушення закону, в науці та в законодавстві щодо правосудності вироку традиційно виділяють умовні та безумовні підстави для його скасування.

Традиційний диференційований підхід до кваліфікації ступеню істотності порушень закону зберігається в чинному з 2012 р. кримінальному процесуальному законодавстві. Так, відповідно до ст. 412 КПК підставою для скасування чи зміни вироку судом апеляційної інстанції є лише істотні порушення вимог КПК, що перешкодили чи могли перешкодити ухваленню судом законного та обґрунтованого рішення. І лише

при встановленні порушень, перелічених у ч. 2 ст. 412 КПК, вирок або ухвала підлягають скасуванню у будь-якому разі, тому відповідні порушення визнаються істотними у всіх випадках та є безумовними підставами скасування судового рішення. В інших випадках рішення про скасування чи зміну судового рішення приймається судом апеляційної інстанції, виходячи з характеру допущених судом першої інстанції порушень та фактичних обставин справи.

При цьому констатація істотності допущених порушень не ставиться в жорстку залежність від факту настання негативних наслідків, а допускається й у разі, якщо такі порушення не тільки перешкодили, а й могли перешкодити ухваленню судом законного та обґрунтованого рішення.

Однак такий вимір істотності порушень видається не зовсім логічним. Адже будь-які недоліки обґрунтування та інші відхилення від вимог закону – як щодо форми, так і змісту кримінального процесуального рішення – формально свідчать про незаконність чи необґрунтованість прийнятого рішення та буквально дозволяють застосувати відповідні процесуальні санкції у вигляді скасування чи зміни судового рішення. Водночас необхідність дотримання принципу правової визначеності, що є одним зі складових елементів верховенства права, заснованим на визнанні законної сили та неоспорюваності судових рішень, зумовлює необхідність дотримання розумного балансу між справедливістю та правовою стабільністю судових рішень. Це означає необхідність уважно підходити до оцінки характеру наслідків допущених порушень на предмет їх впливу на загальну справедливість судового рішення. Інакше кажучи, слід оцінити, чи є наслідки допущених порушень настільки серйозними, щоб заради їх усунення порушити режим правової визначеності.

Коректним виміром суттєвості порушень, допущених при ухваленні підсумкового процесуального рішення, видається справедливість прийнятого акта, адже остання є складним оцінним поняттям, що інтегрує в собі його загальну змістовну якість. Використання власне справедливості як виміру суттєвості порушень дозволяє оцінити характер допущених порушень не з формальних позицій, а з точки зору реального впливу на характер та зміст схвалюваного рішення. Саме несправедливість судового рішення (а зовсім не його формальна невідповідність закону) створює таке становище, коли невиправлення судової помилки спотворює суть правосуддя, руйнує баланс конституційно значущих цінностей, в тому числі прав і законних інтересів засуджених та потерпілих, а отже, суперечить конституційному імперативу, відповідно до якого права та

свободи людини та громадянина є найвищою цінністю. Зрозуміло, що в таких умовах стабільність судового рішення не є цінністю настільки значущою, щоб заради її збереження приносити у жертву права та свободи особи, порушені несправедливим судовим рішенням .

Аналогічний вимір суттєвості порушень застосовує Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ), який у своїх рішеннях демонструє виважений підхід до оцінки характеру допущених порушень належної процедури з точки зору їх можливого впливу на загальну справедливість судового розгляду. Метод «оцінки справедливості процесу в цілому» (fairness of the proceeding taken as a whole) не передбачає дослідження правомірності будь-якої окремої процесуальної дії у відриві від інших етапів процесу. По суті, ЄСПЛ у своїх рішеннях акцентує увагу на необхідності з'ясувати те, «чи перетворили допущені порушення (в контексті конкретних обставин справи) судовий розгляд у цілому на несправедливий». При цьому, як свідчить практика ЄСПЛ, навіть виявлення судом серйозних (чи вагомих), на його думку, порушень права на справедливий судовий розгляд, допущених національними судами, не завжди тягне загальну оцінку проведеного судового розгляду та ухваленого підсумкового рішення як несправедливого.

Інакше кажучи, з огляду на необхідність дотримання балансу принципу правової стабільності та справедливості, для реалізації все ж таки може бути допущено недостатньо доброякісне судове рішення, оцінка характеру порушень, допущених при ухваленні якого , «балансує» на межі суттєвості та несуттєвості з точки зору їх шкідливості для кримінального провадження. Однак, по-перше, рівень якості такого рішення за своєю суттю має характеризуватися *мінімально необхідним* кількісно-якісним *ступенем* законності, нижче якого ця якість вже стане неприйнятною для комплексної реалізації завдань кримінального провадження; по-друге, допущені порушення не вплинули чи не в змозі були вплинути *на загальну справедливість судового розгляду*.

Непоодинокими є приклади і з національної судової практики, коли судді пов'язують висновок щодо оцінки допущених порушень як істотних не тільки з законністю та обґрунтованістю вироку (як це прямо зазначено в КПК), а й з його справедливістю. Причому такі порушення, кваліфіковані як істотні, нерідко стосуються недодержання належної процедури судового розгляду, в тому числі незабезпечення дотримання законних прав та інтересів учасників провадження. І навпаки, оцінюють певні порушення, визначені законодавцем як істотні порушення прав

людини і основоположних свобод, як несуттєві для забезпечення справедливості підсумкового рішення в конкретній справі.

З огляду на зазначене вище ч. 1 ст. 412 КПК пропонуємо викласти у такій редакції: «Істотними порушеннями вимог кримінального процесуального закону є такі порушення вимог цього Кодексу, які самі по собі чи в сукупності з іншими порушеннями перешкодили чи могли перешкодити суду ухвалити справедливе судове рішення».

При цьому звичайно не можна дати якогось формалізованого алгоритму оцінки загальної справедливості, оскільки це є ситуативним стосовно кожного конкретного випадку та здійснюється на емпіричному рівні (*ad hoc*). Безумовно суб'єктивні чинники процесу прийняття рішень обумовлюють той факт, що стандарт справедливості, застосований в двох подібних випадках, не обов'язково призводить до ідентичних рішень.

Викладене, однак, аж ніяк не виключає необхідності правильного тлумачення змісту норм кримінального процесуального закону, рівень порушення яких оцінюється в конкретному випадку.

Наукове видання

**Теоретичні основи якості
кримінального процесуального
законодавства України**

**Збірник матеріалів круглого столу
за результатами роботи фахівців
Науково-дослідного інституту вивчення проблем
злочинності імені академіка В. В. Сташиса
Національної академії правових наук України
за фундаментальною темою у 2019 р.**

(м. Харків, 24 грудня 2019 р.)

Відповідальна за випуск: *А. А. Барабаш*

Видається в авторській редакції

Підписано до друку з оригінал-макета 27.12.2019.

Формат 60×84 ¹/₁₆. Гарнітура Times.

Обл.-вид. арк. 4,4. Вид. № 2404.

Видавництво «Право» Національної академії правових наук України
та Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

вул. Чернишевська, 80а, Харків, 61002, Україна

Тел./факс (057) 716-45-53

Сайт: www.pravo-izdat.com.ua

E-mail для авторів: verstka@pravo-izdat.com.ua

E-mail для замовлень: sales@pravo-izdat.com.ua

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів
видавничої продукції — серія ДК № 4219 від 01.12.2011 р.