

Правова позиція

(правонаступник наукового журналу
“Вісник Академії митної служби України.
Серія: “Право”)

№ 1 (20)

Випуск присвячено сімдесятирічному ювілейові
доцента кафедри кримінально-правових дисциплін
юридичного факультету УМСФ,
кандидата юридичних наук, доцента
Гмирка Валерія Петровича

*Включено до Переліку наукових фахових видань України, у яких
можуть публікуватися результати дисертаційних робіт
з юридичних наук (Наказ Міністерства освіти і науки України
від 16.05.2016 р. № 515, додаток ІІ)*

Дніпро
Університет митної справи та фінансів
2018

Правова позиція
(правонаступник наукового журналу “Вісник Академії митної служби України.
Серія: “Право”)
Науковий журнал
Видається чотири рази на рік

Рекомендовано до друку та до поширення через мережу Інтернет вченою радою
Університету митної справи та фінансів (протокол № 3 від 24 вересня 2018 р.)

Редакційна колегія:

Приймаченко Д. В. – д.ю.н., проф.
(головний редактор);
Кунєв Ю. Д. – д.ю.н., проф.
(заступник головного редактора);
Дерев’янка Т. П. (відповідальний секретар);
Александров О. С. – д.ю.н., проф.,
Нижньогородська академія МВС РФ;
Бевзенко В. М. – д.ю.н., проф.;
Гелерт Лотар – д.ю.н., проф., Німецький
урядовий університет державного управління
(Федеративна Республіка Німеччини);
Гетьман А. П. – д.ю.н., проф., член-корес-
пондент Національної академії правових наук
України, лауреат Державної премії, заслуже-
ний діяч науки і техніки України;
Гришук В. К. – д.ю.н., проф., академік
Національної академії правових наук України;
Додін Є. В. – д.ю.н., проф.,
заслужений діяч науки і техніки України;
Доненко В. В. – д.ю.н., доц.;
Задихайло Д. В. – д.ю.н., проф.,
заслужений працівник освіти України;

Колпаков В. К. – д.ю.н., проф.;
Легеза Є. О. – д.ю.н., проф.;
Малишев Б. В. – д.ю.н., проф.;
Михайлов В. О. – д.ю.н., проф.,
Російська митна академія,
заслужений юрист РФ;
Мінка Т. П. – д.ю.н., доц.;
Міщук М. О. – д.ю.н., доц.;
Рабінович С. П. – д.ю.н., проф.;
Раковський Мачей – Лодзький університет,
(Республіка Польща);
Сабо Андреа – доктор наук, проф.,
Університет публічної служби
(Угорська Республіка);
Тертишник В. М. – д.ю.н., проф.;
Чижович Веслав – доктор наук у галузі
митної політики та митного права, проф.,
Головна торгова школа у Варшаві
(Республіка Польща);
Щербина В. І. – д.ю.н., проф.;
Яковлюк І. В. – д.ю.н., проф.;
Яроцький В. Л. – д.ю.н., проф.,
заслужений діяч науки і техніки України.

ISSN 2521-6473

Коректори: Н. В. Пірог, Н. С. Ігнатова
Комп’ютерна верстка: Н. С. Кузнєцова

Свідectво про державну реєстрацію: серія КВ № 21947-11847ПП від 31.12.2015 р.

Адреса: м. Дніпро, вул. Володимира Вернадського, 2/4, 49000

Тел.: +38 (099) 729 63 79

Електронна адреса: editor@legalposition.umsf.in.ua

Видавництво і друкарня – Видавничий дім «Гельветика»

73034, м. Херсон, вул. Паровозна, 46-а, офіс 105.

Телефон +38 (0552) 39-95-80

E-mail: mailbox@helvetica.com.ua

Свідectво суб’єкта видавничої справи

ДК № 4392 від 20.08.2012 р.

Підписано до друку 01.10.2018. Формат 60×84/16. Папір офсетний.

Гарнітура Таймс. Ум. друк. арк. 18,83. Обл.-вид. арк. 15,23.

Наклад 300 прим. Замовлення № 1118/179.

© Університет митної справи та фінансів, 2018

ЗМІСТ

В. В. Вапнярчук. Системний підхід до кримінального процесуального доказування: обґрунтування можливості виділення та загальна характеристика	5
І. В. Гловюк, А. С. Степаненко. Стандарт доказування «обґрунтована підозра» у кримінальному провадженні.....	13
В. П. Гмирко. Діяльнісний погляд на реструктуризацію кримінального процесу: the attempt of dogmatic Shawshank Redemption?.....	21
С. О. Гриненко. Правове регулювання використання негласних методів отримання інформації	37
И. А. Зинченко. Объективная истина и юридическая реальность в уголовно-процессуальном познании	43
М. І. Костін. Мета кримінального судочинства як системоутворювальний чинник організації кримінально-процесуальної діяльності	51
П. М. Кубрак. Досудове слідство в українських землях у період XIV – XVII століть	57
Є. І. Макаренко. Чи є факт затримання підозрюваного доказом у кримінальному процесі?.....	67
О. П. Метелев. Гносеологічна і правова природа цифрових доказів у кримінальному процесі	75
А. М. Михайлюк. Мета і завдання досудового розслідування у КПК України.....	87
Р. П. Неизвестный. Об уголовных следственных и судебных доказательствах и попытке «схватаывания» их языком уголовно-процессуального закона	95
А. А. Павлишин, Х. Р. Слюсарчук. Стандарт доказування «достатня підстава»: тлумачення верховного суду США та національна практика застосування.....	103
С. В. Прилуцький. Недоторканність судді: актуальні проблеми правового регулювання та практики правозастосування	111
В. М. Тертишник. Презумпція невинуватості: інтегральна правнича засада та її застосування у разі виконання функції захисту	120
V. M. Tochilovsky. Accused's testimony and statements in jurisprudence of international criminal courts and tribunals	127
О. К. Тугарова. Логічна природа непрямих доказів у кримінальному процесі.....	134
В. П. Шибіко. Повернення справи на додаткове розслідування й нові форми відновлення досудового провадження за рішенням суду в кримінальному процесі України	142
М. Є. Шумило. Камо грядеши, український суде?..	155

CONTENTS

V. V. Vapnarychuk. System approach to criminal procedural proof: justification of the possibility of allocation and general characteristics	5
I. V. Hloviuk, A. S. Stepanenko. Standard of proof ‘reasonable suspicion’ in criminal proceedings	13
V. P. Gmyrko. Activity view of restructurisation of the criminal process: the attempt of dogmatic Shawshank Redemption?.....	21
S. O. Grynenko. Legal regulation of use of secret methods of information receiving	37
I. A. Zinchenko. Objective truth and legal reality in criminal procedural knowledge.....	43
M. I. Kostin. The purpose of criminal proceedings as a strategic factor in the organization of criminal procedural activities.....	51
P. M. Kubrak. Pre-trial investigation in the Ukrainian lands in the period XIV -XVII ages	57
Ye. I. Makarenko. Is the fact of detention of the suspect a proof in the criminal process?.....	67
O. P. Metelev. Gnoseological and legal nature of digital evidence in criminal process	75
A. M. Mykhailiuk. The purpose and tasks of the pre-trial investigation in the CPC of Ukraine.....	87
R. P. Neizvestniy. On criminal investigative and judicial evidence and an attempt to “capture” them in the language of the criminal procedure law	95
A. A. Pavlyshyn, Kh. R. Slyusarchuk. Standard of proof “probable cause”: interpretation of the supreme court of the USA and national practice of applying.....	103
S. V. Prylutskyi. Duty of judge (judicial immunity): actual problems of legal regulation and practice application.....	111
V. M. Tertyshnik. Presumption of innocence: the cumulative legal ambush and its application in performing the function of protection.....	120
V. M. Tochilovsky. Accused’s testimony and statements in jurisprudence of international criminal courts and tribunals	127
O. K. Tuharova. Logical nature of indirect evidence in criminal process	134
V. P. Shybiko. Return of the case for additional investigation and new forms of reinstatement of pre-trial investigation under the court decision in the criminal procedure of Ukraine	142
M. Ye. Shumylo. Quo vadis, Ukrainian court?.....	155

В. В. Вапнярчук, кандидат юридичних наук,
доцент кафедри кримінального процесу
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого

СИСТЕМНИЙ ПІДХІД ДО КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ДОКАЗУВАННЯ: ОБҐРУНТУВАННЯ МОЖЛИВОСТІ ВИДІЛЕННЯ ТА ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА

У публікації обґрунтовується розуміння кримінального процесуального доказування як системи та можливість застосування системного підходу (системного аналізу) до його дослідження шляхом використання різних форм її опису (історичної, предметної та функціональної). Стисло проаналізована сутність основних концептуальних підходів до кримінального процесуального доказування у вітчизняній науці кримінального процесу та тезисно сформульовані основні положення його системного розуміння.

Ключові слова: система доказування, системний підхід до доказування, системний аналіз системи доказування, пізнавальний підхід до доказування, діяльнісний підхід до доказування, комплексний підхід до доказування.

V. V. Vapnarychuk. System approach to criminal procedural proof: justification of the possibility of allocation and general characteristics

The publication substantiates the understanding of criminal procedural evidence as a system and the possibility of applying a systematic approach to its study. Thus, a systematic analysis of the criminal procedural evidences was carried out using various forms of description, in particular: a) historical (distinguished cognitive, activity and complex conceptual approaches to understanding the essence of evidence and their philosophical and methodological basis); b) substantive (the general structure of the system of proof is defined, the content elements of which are proposed to allocate: the object, the subjective side, the objective side and subject of evidence (substrate direction) and the structure of these content elements (structural direction)); c) functional (the features of the internal (the connection between its elements and subelements) and the external functioning of the system of proof (the adaptive (adaptation of the system of proof to the environment) and the adaptive (adaptation of the environment to the system) activity of the system of proof are revealed.) The essence of the basic conceptual approaches is briefly analyzed to the criminal procedural proof in the domestic science of the criminal process and thesesfully formulated the basic provisions of his systemic understanding.

Key words: system of proof, system approach to the proof, system analysis of the system of evidence, cognitive approach to the proof, activity approach to the proof, complex approach to the proof.

Постановка проблеми. Розвиток науки вітчизняного кримінального процесу зумовлює необхідність дослідження та перегляду традиційних наукових поглядів щодо сутності кримінального процесуального доказування. Адже досить довгий час його розуміння не піддавалося критичному осмисленню із застосуванням новітніх методологічних підходів та з використанням знань інших наук. Зокрема, недостатня увага приділялася системному характеру кримінальної процесуальної доказової діяльності, що у свою чергу призводило до неповноти й неналежності її доктринального дослідження, до неефективності її правового регулювання та здійснення. Саме цими обставинами пояснюється необхідність написання цієї статті, її логіка та зміст.

Метою статті є обґрунтування можливості виділення системного підходу до кримінального процесуального доказування, здійснення системного аналізу доказування з використання

історичної, предметної та функціональної форм опису, тезисне формулювання основних положень системного підходу.

Виклад основного матеріалу. Навколишній світ і діяльність людини з точки зору сучасної науки мають системний характер. Системність – це загальна властивість об'єктивно існуючої єдності світу, його структурованості та взаємозв'язку, що виявляється в системності не тільки матеріального світу, а й пізнавальної та практичної діяльності [1, с. 5]. Застосування системного підходу можна розглядати як необхідну умову цілеспрямованої (раціональної) діяльності сучасної людини, адже цей підхід як наріжний принцип загальної теорії систем передбачає комплексне вивчення будь-якого об'єкта дослідження як системи, тобто її складу, структури взаємозв'язків, функцій, організації, місця в системі вищого рангу, внутрішньої ієрархії, стійкості, відкритості тощо [2, с. 9].

Не вдаючись до аналізу висловлених думок щодо поняття «система» (з дав.-грец. – ціле, складене з частин, утворення), можемо констатувати, що в тлумачній літературі під нею розуміється порядок, зумовлений правильним, планомірним розташуванням і взаємним зв'язком частин чого-небудь; сукупність яких-небудь елементів, одиниць, частин, об'єднаних за спільною ознакою, призначенням [3, с. 286]. У системології поняття «система» розкривається, як правило, шляхом визначення основних притаманних їй властивостей. Так, К.О. Сорока, приєднуючись до позиції інших науковців, виділяє такі: 1) система передусім є сукупністю елементів (за певних умов елементи можуть розглядатись теж як системи); 2) між елементами існують суттєві зв'язки, які за силою перевищують зв'язки між елементами системи й елементами, які не входять у систему; 3) системі властива певна організованість; 4) існування інтеграційних властивостей, тобто ті, які притаманні системі в цілому й невластиві жодному елементу системи [1, с. 17].

Таким чином, будь-яке явище, в якому вбачаються зазначені властивості, може розглядатися як система. На наше переконання, такі властивості притаманні кримінальному процесуальному доказуванню, адже в ньому можуть бути виокремлені певні змістовні елементи, які перебувають між собою у взаємозв'язку, мають організованість і емерджентну (системоутворюючу) властивість.

Що стосується змістовних компонентів (елементів) доказування, то для їх визначення та характеристики доцільно було б звернути увагу на стан і напрямки наукових досліджень сутності кримінального процесуального доказування. Станом на сьогодні можна констатувати, що наукові дослідження доказування спрямовані, як правило, на його зовнішню (об'єктивну) сторону. Це пояснюється превалюванням в українській процесуальній доктрині розуміння доказування лише як пізнавальної діяльності, що у свою чергу призвело до його звуженого, одностороннього наукового бачення й дослідження, призупинило розвиток наукових розробок щодо внутрішнього змісту доказування (сам термін «доказування» використовується досить часто в науці та практиці, як правило, у відриві від терміна «суб'єкт»). Інші ж аспекти доказування (до яких, на наш погляд, цілком правомірно можна віднести такі, як: об'єкт, суб'єктивна сторона й суб'єкт доказування) досліджувались у відриві від інших, безсистемно й недостатньо повно, або їм взагалі не приділялася увага.

На підставі вищевикладеного вважаємо, що під час розгляду сутності кримінального процесуального доказування доцільно виділяти такі його елементи, як об'єкт, суб'єктивна сторона, об'єктивна сторона й суб'єкт доказування. Критерієм такого «складового підходу» до системи доказування, вважаємо, є те, що він є достатньою і необхідною умовою належного здійснення кримінального процесуального доказування. Іншими словами, саме ці елементи утворюють специфічну інтегративну сутність – доказування з новою емерджентною властивістю, якою, з нашого погляду, є можливість його належного здійснення і досягнення мети

доказової діяльності. Ці чотири складові елементи системи доказування, у свою чергу, також можуть бути досліджені як системи (або підсистеми), в яких теж можуть бути визначені й проаналізовані їхні змістовні опції. Такий підхід, з нашого погляду, дозволить глибше і всебічніше дослідити правову природу доказування в кримінальному процесі, його обсяг і зміст. Крім того, це дасть можливість говорити про логічно витриману цілісну і відносно завершену систему кримінального процесуального доказування, в якій відсутність хоча б одного з її елементів свідчатиме про неможливість належного здійснення доказової діяльності. Підтвердженням доцільності виділення в доказуванні зазначених вище чотирьох елементів є і результати анкетування, проведеного у 2017 році автором цієї публікації. 81,2% опитаних (242 особи) (з них: 92,9% суддів, 71,6% прокурорів, 95,5% слідчих, 86,5% адвокатів, 55,9% науковців) висловились, що це є можливим як/або з науковою, навчальною чи практичною метою.

В юридичній науковій літературі ідея виділення зазначених вище елементів і характеристика їх взаємозв'язку (по суті, розгляду певного явища як системи й застосування системного підходу дослідження) не є новою¹. Найбільшого поширення такий підхід набув у кримінальному праві, де досить розробленим є поняття «склад злочину», що охоплює ці чотири змістовні елементи². Однак і в інших галузях права вчені вважають можливим його застосування під час розгляду окремих явищ. Зокрема, він використовувався В.С. Смородинським та Л.М. Шипіловим під час дослідження поняття «влада» [5, с. 34–48; 6, с. 71].

Сутність системного підходу до кримінального процесуального доказування. Системний підхід означає, що до вирішення будь-якої проблеми треба підходити системно, тобто загалом розглядати систему, в якій виникла певна проблема, з урахуванням цілей і функцій системи, її структури, всіх зовнішніх і внутрішніх зв'язків. На системному підході заснована така прикладна наукова дисципліна, як системний аналіз, що покликана розробляти методи аналізу систем і вирішення їх проблем [1, с. 4].

Як відзначається в системології, під час системного аналізу будь-якого об'єкта як системи можуть бути використані різні форми її опису. Так, К.О. Сорока виділяє такі форми: 1) історичний опис; 2) предметний (морфологічний) опис; 3) функціональний опис [1, с. 47–52]. На нашу думку, всі визначені форми цілком правомірно можуть використовуватись і в разі здійсненні системного аналізу кримінального процесуального доказування.

1) Історична форма опису системи кримінального процесуального доказування дає можливість зрозуміти, як виникла система, як вона розвивалась, і на якому етапі в ній виникла певна проблема. У теорії систем виділяють два аспекти цієї форми опису системи – генетичний і прогностичний [7, с. 25]. Під час *генетичного* дослідження вивчаються походження системи, процеси її формування й розвитку до початку системного аналізу [1, с. 47–48]. Так, на підставі змістовно-функціонального критерію вважаємо за можливе виділити три концептуальних підходи до розуміння сутності кримінального процесуального доказування, які мали місце у вітчизняній науці кримінального процесу: 1) пізнавальний; 2) діяльнісний та 3) комплексний. Зупинимось на їхній загальній характеристиці (докладніше про це див.: [8, с. 115–123; 9, с. 11–37].

¹ Вважаємо, що виділення вказаних елементів є досить універсальним підходом, який дає можливість повного і всебічного дослідження сутності того чи іншого явища, зв'язаного з людською діяльністю.

² У науці кримінального права вивчення складу злочину, який включає в себе як об'єктивні (об'єкт і об'єктивна сторона), так і суб'єктивні (суб'єктивна сторона і суб'єкт) елементи, посідає центральне місце. Окремі ж науковці висловлювали думку про системну сутність складу злочину. Зокрема, М.І. Бажанов вказував, що всі ознаки злочину знаходяться в єдності та взаємозв'язку і створюють собою інтегративну систему, яка характеризує в цілому діяння як злочинне та каране. (див.: [4, с. 451]).

Перший підхід полягає в розумінні доказування як пізнавальної діяльності, що має досить багато схожих і відмінних рис порівняно з іншими видами пізнання (*пізнавальний підхід*). У свою чергу в рамках цього підходу вважаємо за можливе відзначити превалювання на тому чи іншому етапі історичного розвитку певних акцентів, які визначали сутність такої пізнавальної доказової діяльності. Так, у роботах учених кінця XIX – початку XX ст., а також вітчизняних науковців 20–30-х років минулого сторіччя відзначалось, що пізнавальна доказова діяльність здійснюється з використанням логічних прийомів і операцій. Тобто пізнавальна доказова діяльність трактувалася як суто логічна (раціональна) [10, с. 162; 11, с. 99]. Другий аспект розуміння сутності пізнавальної кримінальної процесуальної доказової діяльності можна назвати раціонально-емпіричним, коли знання отримується шляхом безпосереднього чи опосередкованого сприйняття з використанням певних розумових логічних операцій та співвідноситься з досвідом (як притаманним певному суб'єкту доказування, так і суспільству взагалі)³. Він є характерним для більшості наукових праць з початку XX ст. й до нині (див., наприклад: [12, с. 6; 13, с. 144]). Незважаючи на те, що в різні періоди історичного розвитку це трактування доказування зазнавало впливу того чи іншого філософського вчення (які у своїй основі, як правило, містили пануючий у державі й суспільстві ідеологічний складник), головна його сутність (раціонально-емпірична) завжди була визначальною, що й дало нам можливість його виділити.

Другий підхід до розуміння кримінального процесуального доказування, який, з нашого погляду, має право на виділення як самостійний і такий, що суттєво відрізняється від попереднього, – це так званий *діяльнісний підхід*⁴. Серед вітчизняних процесуалістів засновником діялісного підходу до доказування є В.П. Гмирко, який у своїх численних публікаціях [14; 15; 16; 17; 18; 19] обґрунтовує можливість і необхідність його виділення. Сутність діялісного підходу полягає, зокрема:

- по-перше, в розумінні доказування як діяльності її процесуальних носіїв, де не окремі люди продукують діяльність, а навпаки, саме вона «захоплює» їх, змушуючи «грати» за встановленими нею правилами, визначаючи в такий спосіб норми її реалізації [15, с. 95]. Структурний схематизм діяльності кримінального процесуального доказування включає такі функціональні місця, як: «мета» ↔ «вихідний матеріал» ↔ «спосіб» ↔ «носії діяльності» ↔ «засоби» ↔ «перетворювальний процес» ↔ «продукт діяльності» [15, с. 100];

- по-друге, в трактуванні доказування у кримінальному процесі не тільки й не стільки як пізнавального процесу дослідження певної події, а скільки в інженерному – проектно-реалізаційному фокусі [15, с. 20];

- по-третє, основним змістом кримінальної процесуальної діяльності є діяльність з вироблення процесуальних рішень; доказування ж є лише органічним структурним «забезпечувальним» елементом цієї діяльності; поза її межами доказування взагалі не може існувати як самостійний феномен [15, с. 37–39; 17, с. 142–150];

- по-четверте, метою діяльності доказування (точніше, матеріальним наповненням функціонального місця «мета діяльності доказування у кримінальному процесі») є версія, тобто здо-

³ Тут доцільно зауважити, що логічний (обґрунтовувальний) аспект доказової пізнавальної діяльності, хоча й не відкидався, але належної уваги в наукових дослідженнях не отримував. Можливість використання законів формальної логіки в доказуванні, можна припустити, презюмувалась науковцями і практиками. Саме таке відношення, на наш погляд, й призвело до перекосу в розумінні пізнавальної доказової діяльності як такої, що насамперед спрямована на отримання доказової інформації, а не на її обґрунтування.

⁴ Зауважимо: якщо перший підхід (в обох його аспектах) більшою мірою стосується функціонального спрямування, то виділення діялісного підходу за своєю суттю має зміщення акценту на змістовну сутність доказування (хоча, як буде показано далі, специфіка спрямованості тут також має місце). Зрозуміло, що тут виникає питання щодо єдиного критерію виділення. Однак, як уже зазначалося, таким є змістовно-функціональне розуміння сутності доказової діяльності. Зміщення ж акценту, на нашу думку, не є порушенням правил класифікаційного поділу.

гадний (гіпотетичний) мисленнєвий образ (проект) її бажаного «продукту» – певної шуканої юридичної конструкції [15, с. 109, 110]⁵.

Третій підхід до доказування, який може бути виділений у вітчизняній кримінальній процесуальній доктрині і який заслуговує на окрему увагу, міститься в презентованій М.А. Погорельським авторській концепції кримінального процесуального доказування [20; 21]. Автор її не називає, хоча на підставі аналізу висловлених ідей та пропозицій, вважаємо, що її умовно можна йменувати комплексною концепцією (*комплексним підходом*). Це пояснюється тим, що науковець пропонує підійти до аналізу сутності кримінального процесуального доказування як з позицій комплексності теоретико-методологічного підґрунтя запропонованої концепції, так і з точки зору врахування різноманітних аспектів доказової діяльності, які знайшли своє опрацювання в науковій літературі. Комплексний підхід передбачає розуміння кримінального процесуального доказування як пізнавально-практичної правової й розумової (логіко-психологічної) діяльності, що ґрунтується на формі (типі, моделі) вітчизняного кримінального процесу, а також на трьох класичних кримінальних процесуальних функціях: обвинувачення; захисту; судового розгляду та вирішення справи (здійснення правосуддя), та в якій доцільно виділяти зовнішню і внутрішню структуру.

Під описом системи в *прогностичному аспекті* розуміється визначення перспектив її розвитку. Таким чином, вважаємо, що висловлені різними науковцями пропозиції щодо доктринального розуміння сутності доказування (в тому числі й погляди автора цієї публікації про розуміння сутності доказування як системи), вдосконалення правового регулювання і здійснення доказової діяльності цілком правомірно можна розцінювати як реалізацію цього аспекту історичної форми опису системи доказування.

2) Предметна (морфологічна) форма опису системи доказування реалізується у двох напрямках:

1) *субстрактний аналіз* – дозволяє зрозуміти загальну будову системи, з яких частин вона складається, необхідність кожного елемента в системі. При цьому виходять із властивості цілісності системи: всі її складники повинні разом створювати систему; вони мають бути необхідними й достатніми для її існування [7, с. 23, 24]. Висловлене вище бачення змістовних елементів системи доказування (об'єкта, суб'єктивної сторони, об'єктивної сторони й суб'єкта) якраз і є реалізацією цього напрямку предметного опису системи доказування. Як уже відзначалося, саме наявність указаних чотирьох елементів є умовою для існування системи доказування. Крім того, її субстрактний аналіз присутній і під час визначення місця системи доказування в метасистемі кримінального провадження, тобто в середовищі, в яке вона вписана і в якому функціонує (із цього приводу ми підтримуємо традиційне розуміння доказування як основного змісту кримінального процесу);

2) *структурний аналіз*, тобто встановлення відношень (зв'язків) між елементами системи [1, с. 48–51]. Будь-яка система завжди структурована, має у своєму складі певні структури (елементи, підсистеми), розміщені на різних ієрархічних рівнях. Саме про структурний аналіз як напрям предметної форми опису системи доказування можна вести мову під час визначення структури змістовних елементів системи доказування (об'єкта, суб'єктивної сторони, об'єктивної сторони й суб'єкта), які, ми вважаємо, цілком правомірно розглядати як підсистеми. Останні,

⁵ Ми навели лише окремі характерні особливості діяльнісного підходу. Докладніше про його сутність, філософсько-методологічне підґрунтя (яким автором визначена СМД-методологія), необхідність реформування розуміння ґносеологічної природи кримінального процесуального доказування дивись зазначені вище та інші роботи В.П. Гмирка. Зазначимо, що багато висловлених науковцем поглядів, з нашого погляду, є цілком ґрунтовними і прогресивними, такими, що заслуговують на подальшу наукову розробку й можуть бути використані і в нашому системному концептуальному підході до доказування у кримінальному провадженні.

у свою чергу, теж складаються з певних змістовних елементів, інтегративна єдність яких дає можливість повно та всебічно розкрити їхню сутність. Показовим у цьому плані вважаємо визначення у змісті об'єктивної сторони доказування таких елементів (зовнішніх ознак), як дія, наслідок, причинний зв'язок, час, місце, способи, засоби й обстановка доказування.

3) Функціональна форма опису системи доказування дає можливість розкрити особливості її внутрішнього й зовнішнього функціонування. Внутрішніми особливостями є: призначення складових елементів системи; взаємозв'язку між ними; процесів, зумовлених такими зв'язками; можливих станів; порядку виконання дій; взаємозв'язку результатів дій одних елементів від дій інших та з цілями системи тощо [1, с. 51]. Так, зокрема, розкриття особливостей внутрішнього функціонування системи має місце: в разі дослідження процесів, які відбуваються під час кримінального процесуального доказування, під яким ми, підтримуючи В.П. Гмирка, розуміємо не тільки пізнавальну, а й проєктно-реалізаційну діяльність, спрямовану не лише на пізнання певних фактів, а й на формування власної правової позиції; під час дослідження форм прояву внутрішньої сторони доказування у світі зовнішньому; під час аналізу особливостей взаємодії визначених вище елементів системи доказування (наприклад, об'єкта і суб'єкта, об'єкта й об'єктивної сторони тощо).

Зовнішнє функціонування системи досліджується для виявлення адаптивної (пристосування системи до середовища) й адаптуючої (пристосування середовища до системи) активності системи. Під адаптивною активністю мається на увазі здатність системи змінюватися відповідно до змін зовнішнього середовища, пристосовуватися до них [1, с. 51]. Прикладом такої активності системи вітчизняного кримінального процесуального доказування є пристосування його здійснення до обстановки воєнного, надзвичайного стану, антитерористичної операції (АТО). Адаптуюча активність полягає в здатності системи змінювати навколишнє середовище, пристосовувати його до своїх потреб [1, с. 51]. У кримінальному процесуальному доказуванні такі механізми можуть мати характер як негативний (спонування до корупційного складника в доказовій діяльності; поява негативної громадської думки щодо системи доказування стосовно певних резонансних злочинів), так і позитивний (зміни в законодавстві, викликані потребами доказової діяльності; використання досягнень науки й техніки під час здійснення доказування).

Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі. Обґрунтувавши доцільність застосування системного підходу до кримінального процесуального доказування, вважаємо за необхідне тезисно зупинитися на окремих загальних положеннях.

Окремі загальні положення системного підходу до кримінального процесуального доказування. *Перше.* Як уже зазначалося, ми підтримуємо позицію, висловлену В.П. Гмирком у межах діяльнісного концептуального підходу до доказування, про те, що кримінальне процесуальне доказування потрібно розглядати як пізнавальну й проєктно-реалізаційну діяльність. Сутність такої діяльності полягає в дослідженні суб'єктом, який його здійснює, обставин вчиненого кримінального правопорушення, у формуванні на підставі певного стандарту доказування власної теоретико-інформаційної моделі (своєї правової позиції) та її реалізації (декларування і практичне обґрунтування). Про можливість такого розуміння кримінального процесуального доказування висловилося і 88,9% опитаних нами у 2017 році респондентів (263 особи) (з них: 82,1% суддів, 85,2% прокурорів, 95,5% слідчих, 86% адвокатів, 97% науковців).

Друге. З організаційної точки зору кримінальне процесуальне доказування здійснюється в межах двох основних «технологічних» процедур – підготовчого й головного доказових проваджень, конструйованих і реалізованих на власних засадах⁶. Доказова продукція, виготовлена на підготовчому доказовому провадженні, як правило, є значущою лише для забезпечення потреб досудового провадження (зокрема, вирішення завдань, які стоять перед стадією досудового розслідування; для формування правових позицій його суб'єктів; обґрунтування правильності

прийнятих цими суб'єктами процесуальних рішень та правомірності проведення процесуальних дій); для головного ж доказового провадження вона має характер лише вихідного матеріалу.

В юридичних наукових джерелах висловлюються різноманітні думки стосовно назви такої продукції; її пропонується називати «матеріалами», «фактичними даними» або «технічними доказами». Вважаємо, що відмова від поняття «докази» на досудовому (підготовчому доказовому) провадженні є недоцільною, суперечить чинному кримінальному процесуальному законодавству й розумінню сутності пізнавальної діяльності. Дійсно, згідно з чинним КПК України, виходячи із загальних засад кримінального провадження (змагальності, усності, безпосередності, презумпції невинуватості та ін.), важливе й вирішальне значення в процедурі доказової діяльності має саме головне доказове провадження. Адже лише доказами, здобутими в рамках судової комунікації його учасників, закон передбачає можливість обґрунтовувати правові позиції сторін і суду та судові рішення. З огляду на велику значущість таких доказів для кримінального провадження, необхідність їх відмежування від доказів, отриманих на досудовому доказовому провадженні, а також ураховуючи історичні традиції, на наш погляд, їх можна називати «судовими доказами».

Третє. Використання системного підходу, як уже відзначалося, є правомірним і доцільним також під час дослідження окремих категорій і понять теорії доказування й доказового права. Йдеться, зокрема, про істину як мету доказування, про засоби доказування і такий їх різновид, як докази, про способи здійснення доказової діяльності тощо (докладніше про це дивись: [9, с. 134–146, 233–333, 214–233]).

Четверте. Об'єктом кримінального процесуального доказування є будь-які обставини кримінального чи процесуального правопорушення, на які може бути спрямована доказова діяльність. Предмет доказування – це особливе бачення об'єкта, його певна проекція, що ґрунтується на правових позиціях, знаннях, досвіді того чи іншого суб'єкта (докладніше про це дивись: [9, с. 81–105]).

П'яте. Характерними ознаками суб'єктивної сторони кримінального процесуального доказування є: правова позиція, мотив та мета (докладніше про це дивись: [9, с. 106–168]).

Шосте. Сутність об'єктивної сторони кримінального процесуального доказування доцільно розглядати з точки зору форм прояву в навколишньому світі внутрішніх процесів, що мають місце у свідомості суб'єктів доказування, та зовнішніх ознак доказової діяльності. Формами прояву є: а) формування власної правової позиції суб'єкта доказування і правової позиції інших суб'єктів; б) дослідження власної правової позиції суб'єкта доказування, а також суб'єктивної (правової позиції, мотиву й мети) та об'єктивної сторони (прояву вказаних ознак суб'єктивної сторони в навколишньому світі) доказування інших суб'єктів; в) декларування власної правової позиції суб'єктом доказування (яке полягає у висуненні певного тезису доказування та в його обґрунтуванні). Як зовнішні ознаки об'єктивної сторони кримінального процесуального доказування можна виділити: діяння, правові наслідки, причинний зв'язок між діянням і правовими наслідками, способи, засоби, місце, час та обстановку доказування (докладніше про це дивись: [9, с. 169–337]).

Сьоме. Суб'єктами доказування є учасники кримінального провадження, які, обстоюючи публічний або приватний (свій чи чужий) процесуальний інтерес, протягом тривалого часу здійснюють пізнавальну й проектно-реалізаційну доказову діяльність (докладніше про це дивись: [9, с. 338–361]).

⁶ Таке розуміння сутності доказування також має місце в діяльнісній концепції В.П. Гмирка. Вважаємо, що такий підхід є цілком правомірним й заслуговує на підтримку й подальше наукове розроблення і в рамках системного трактування доказування.

Список використаних джерел:

1. Сорока К. О. Основи теорії систем і системного аналізу: навч. посіб. Харків: ХНАМГ, 2004. 291 с.
2. Дудник І.М. Вступ до загальної теорії систем: навч. посіб. Полтава: б/в, 2010. 129 с.
3. Новий тлумачний словник української мови: 42 000 слів. в 3-х т. Київ: Аконіт, 2008. Т. 3. 862 с.
4. Бажанов М.И. К вопросу о функциях состава преступления. Бажанов М.И. Избранные труды; отв. ред. В. Я. Таций. Харьков : Право, 2012. 1244 с.
5. Смородинський В.С. Судова влада в Україні (загальнотеоретичні проблеми): дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.01. Харків, 2001. 170 с.
6. Шипілов Л.М. Народовладдя як основа демократичної держави: моногр. Харків: ФІНН, 2009. 216 с.
7. Лямець В.І. Системний аналіз. Вступний курс. 2-ге вид., перероб. та доп. Харків: ХНУРЕ, 2004. 448 с.
8. Вапнярчук В.В. Історичний розвиток уявлень про кримінальне процесуальне доказування у вітчизняній науці кримінального процесу. Кримінальний процес: сучасний вимір та перспективні тенденції: 1-й Харків. кримінал. процесуал. полілог, присвяч. 50-річчю каф. кримінал. процесу Нац. юрид. ун-ту ім. Ярослава Мудрого та 85-річчю від дня народж. д-ра юрид. наук, проф., акад. НАПрН України Ю. М. Грошевого (м. Харків, 16 груд. 2016 р.); редкол.: О.В. Капліна, В.І. Маринів, О.Г. Шило. Харків: Право, 2017. С. 115–123.
9. Вапнярчук В.В. Теорія і практика кримінального процесуального доказування: моногр. Харків: Юрайт, 2017. 408 с.
10. Фойницький І.Я. Курс уголовного судопроизводства: в 2-х т. Санкт-Петербург: Альфа, 1996. Т. 1. 552 с.
11. Чельцов-Бебутов М.А. Советский уголовный процесс. Харьков: Юридиздат НКЮ, 1929. 337 с.
12. Михеенко М.М. Доказывание в советском уголовном процессе: моногр. Киев: Вищ. шк., 1984. 134 с.
13. Грошевой Ю. Деякі проблеми кримінально-процесуальної теорії. Вісник Академії правових наук України. 2004. № 3 (38). С. 134–145.
14. Гмирко В.П. Ретроспективний аналіз уявлень про суть доказування в кримінальному процесі України. Вісник Академії митної служби України. Сер. «Право». 2011. № 2. С. 112–119.
15. Гмирко В.П. Доказування в кримінальному процесі: діяльнісна парадигма. Теоретичний аналіз. Проблематизація. СМД-репрезентація: моногр. Дніпропетровськ: Акад. митної служби України, 2010. 314 с.
16. Гмирко В.П. Концепт «відбиття» і методологічні проблеми теорії доказування. Університетські наукові записки: наук. часоп. 2011. № 3 (39). С. 274–281.
17. Гмирко В.П. Зasadничі аксіоми теорії доказування в кримінальному процесі України. Вісник Академії митної служби України. Сер. «Право». 2011. № 1. С. 142–150.
18. Гмирко В. Кримінально-судові докази: юридичне поняття чи дефініція? Право України. 2014. № 10. С. 26–35.
19. Гмирко В.П. Генеза теорії доказів вітчизняного кримінального процесу: методологічна рефлексія. Часопис Національного університету «Острозька академія». Сер. «Право». 2015. № 2(12). С. 1–58.
20. Погорецький М.А. Нова концепція кримінального процесуального доказування. Вісник кримінального судочинства. 2015. № 3. С. 63–79.
21. Погорецький М.А. Теорія кримінального процесуального доказування: проблемні питання. Право України. 2014. № 10. С. 12–25.

І. В. Гловюк, доктор юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри кримінального процесу
Національного університету
«Одеська юридична академія»

А. С. Степаненко, кандидат юридичних наук,
старший викладач кафедри кримінального процесу
Національного університету
«Одеська юридична академія»

СТАНДАРТ ДОКАЗУВАННЯ «ОБҐРУНТОВАНА ПІДОЗРА» У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

У статті досліджується стандарт доказування «обґрунтована підозра» у кримінальному провадженні. На підставі аналізу вітчизняної та зарубіжної правозастосовної практики було визначено правову природу стандарту доказування «обґрунтована підозра» та його місце в системі стандартів доказування.

Ключові слова: стандарт доказування, обґрунтована підозра, ЄСПЛ, тягар доказування, заходи забезпечення кримінального провадження.

I. V. Hloviuk, A. S. Stepanenko. Standard of proof 'reasonable suspicion' in criminal proceedings

The article is devoted to the analysis of standard of proof 'reasonable suspicion' in criminal proceedings. In the first part of the article the legal notion of standard of proof is established. It is argued that the standard of proof has three essential characteristics: 1) variability, 2) close relation to burden of proof, and 3) serves as the decision threshold which sets an evidential level. The second part of the article touches on the legal nature of 'reasonable suspicion' standard. Based in the analysis of the ECtHR and the US Supreme Court case-law it is suggested that the 'reasonable suspicion' standard could be defined as the sum of specific and articulable facts that can satisfy an objective observer (that is not a legal professional) that a person in question may have committed a criminal offence. At the same time application of such facts could be subject to some restrictions. It is established that such facts shall not justify a conviction of the person but possible involvement to a crime. Thus judges shall provide concrete reasons for their findings of reasonable suspicion and do not try to eliminate all reasonable doubts. It is concluded that prospective study shall focus on the relation between standards of 'reasonable suspicion' and 'probable cause' both of which are applied in making interim criminal procedural decisions.

Key words: standard of proof, reasonable suspicion, ECtHR, burden of proof, measures to ensure criminal proceedings.

Постановка проблеми. Стратегія інтеграційного розвитку України передбачає, зокрема, впровадження міжнародних стандартів судочинства в правову систему України. Одним із таких кроків було закріплення законодавцем у Кримінальному процесуальному кодексі України (далі – КПК України) стандарту доказування «обґрунтована підозра» при ухваленні низки проміжних кримінальних процесуальних рішень. Наявність обґрунтованої підозри є необхідною підставою застосування заходів забезпечення кримінального провадження, в тому числі й найбільш суворих з них – затримання та тримання під вартою, а також повідомлення особі про підозру, що є передумовою висунення обвинувачення. Втім, відсутність законодавчого визначення «обґрунтована підозра», поряд з новизною для вітчизняного права використання стандартів доказування, та положеннями Конвенції про захист прав людини та основоположних

свобод (далі – Конвенція) призводять до фрагментарного розуміння правової природи досліджуваного феномену і, як наслідок, ухвалення незаконних та/або необґрунтованих кримінальних процесуальних рішень.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Стандарти доказування, в тому числі й «обґрунтована підозра» ставали предметом дослідження таких вчених, як К.В. Волков, Н.В. Глинська, В.П. Гмирко, М.Є. Громова, В. А. Завтур, А.А. Павлишин, Б.П. Ратушна, Х.Р. Слюсарчук, М.В. Черноусько, М.Є. Шумило та ін. Втім, питання визначення правової природи стандарту доказування «обґрунтована підозра» та його застосування потребують уточнення з огляду на відповідний міжнародний досвід.

Метою статті є визначення правової природи стандарту доказування «обґрунтована підозра» та його місця в системі стандартів доказування в кримінальному провадженні з урахуванням практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) та судів окремих іноземних країн.

Виклад основного матеріалу. Досліджуючи правову конструкцію «обґрунтована підозра» як вимогу до прийняття окремих проміжних кримінальних процесуальних рішень, в тому числі й застосування запобіжних заходів, що значно обмежують права та свободи людини, перше, на що необхідно звернути увагу – це на визначення такої конструкції, як різновид *стандарту доказування* або *стандарту доведеності*.

Загалом, термін «стандарт доказування» є відносно новим надбанням українського права і широкоживаним у межах країн англо-американського права. Проте, незважаючи як на відносну активність досліджень у даному напрямку вітчизняних вчених, так і напрацювань іноземних дослідників, правовий феномен «стандарт доказування» є багатоаспектним, складним поняттям і не має однозначного трактування. Втім, можливо виокремити основні риси та елементи, що характеризують стандарт доказування та становлять його розуміння:

1) варіативність стандарту доказування в залежності від сфери застосування та предмету розгляду;

2) тісний взаємозв'язок стандарту доказування та тягаря доказування;

3) стандарт доказування є певним критерієм (порогом) прийняття рішення для суб'єкту прийняття рішення (надалі – СПР), встановлюючи певний рівень (міру) доведеності для визнання певного факту як доведеного [1, с. 179].

Варіативність стандарту доказування передбачає його гнучкість та можливість застосування для ухвалення різних процесуальних рішень, де стандарт доказування «обґрунтованої підозри» є одним із його проявів.

У залежності від типу процедури в межах англо-американської системи права розрізняють:

1) цивільний (такий, що застосовується в цивільних справах) – «баланс ймовірностей» (*balance of probabilities*), або в іншому варіанті «перевага доказів» (*preponderance of the evidence*), який традиційно тлумачиться як «більш ймовірно, ніж...», або «більше (>) 50%». Проте це не означає просто більшої кількості свідків або наявності речових доказів, а така перевага повинна бути в якості таких доказів, тобто їх спроможності до переконання, їх вазі та того ефекту, що вони мають на розум судді, присяжного [2, с. 251–255; 3, § 286];

2) кримінальний «поза розумним сумнівом» (*beyond a reasonable doubt*), який не має точного числового вираження (на відміну від «>50% підходу» до визначення цивільного стандарту), але зазвичай оцінюється в діапазоні від 90 до 100%, хоча у своєму інтерпретуванні завжди протиставляється абсолютній упевненості, уявним, простим, «не розумним» сумнівам [5–7].

Потрібно окремо відмітити, що в цивільних справах можливо застосування ще одного, більш «суворішого/вибагливішого» стандарту доказування, аніж «перевага доказів», проте не

такого вибагливого, як «поза розумним сумнівом», – «ясні та переконливі докази» (*clear and convincing evidence*) [7, § 316].

Разом з тим з огляду на те, що стандарт доказування є певним критерієм (порогом) прийняття рішень для СПР у межах кримінального провадження наряду зі стандартом доказування «поза розумним сумнівом», можна виділити низку інших стандартів, зокрема це:

«обґрунтована підозра» або «розумна підозра»;

«розумно вважати» (*reasonable to believe*) або «розумні/обґрунтовані підстави вважати» (*reasonable grounds to believe*);

«ймовірна причина» або «достатня підстава» (*probable cause*).

Важливою особливістю даної групи стандартів є те, що всі вони є значно менш вибагливими, ніж стандарт «поза розумним сумнівом» та застосовуються під час прийняття проміжних процесуальних рішень.

Потрібно зазначити, що окрім наведених стандартів кримінального провадження та процедурного поділу стандартів, які використовуються під час винесення остаточного судового рішення, «цивільні» стандарти *баланс імовірностей/переваги доказів* та *ясні та переконливі докази* також використовуються під час здійснення кримінального судочинства. Це не означає, що рішення про (не)винуватість особи можливо винести, лише переконавши суддю чи присяжного в більшій імовірності (>50%) версії обвинувачення від сторони захисту, а лише є обмеженням дії принципу презумпції невинуватості та можливості покладання на обвинуваченого тягаря доказування певних обставин злочину, що є ще одним свідченням взаємозв'язку стандарту і тягаря доказування.

Стандарт доказування традиційно пов'язують із терміном «тягар доказування» [8, с. 112], оскільки тягар доказування відповідає на питання: «Хто повинен довести?», а стандарт доказування відповідає на питання: «В якій мірі, до якої межі?» [9, с. 263], тобто є показником виконання стороною кримінального провадження тягаря доказування.

Причому тягар доказування може розглядатися в двох значеннях або мати два складники, а саме: 1) тягар переконання (*burden of persuasion*) та 2) тягар надання доказів (*burden of going forward / the burden of adducing evidence*) [10, с. 13–14].

Тягар переконання може бути визначений як обов'язок, покладений на сторону в силу закону, переконати СПР в існуванні (чи в достатній імовірності існування) кожного факту, що становить предмет спору, предмет доказування (*fact in issue*) до певного рівня (стандарту доказування). Таким чином, даний тягар доказування пов'язаний з ризиком «непереконання» (*risk of non-persuasion*) [11, с. 51], тобто яка сторона зможе переконати СПР в існуванні певного факту, визнання особи винуватою або невинуватою. Питання виконання або невиконання даного тягаря вирішується даною особою наприкінці розгляду справи (провадження). Розподіл тягаря переконання (правового/юридичного тягаря) вирішується матеріальним правом (*substantive law*) [12, с. 81] та не може бути змінений у ході судового розгляду. У кримінальному провадженні розподіл здійснюється відповідно до презумпції невинуватості, відповідно до якої тягар переконання (правовий/юридичний тягар) лежить на стороні обвинувачення, за виключенням випадків, коли закон (*substantive law*) покладає тягар на сторону захисту (випадки *affirmative defence*) та не може бути перекладений у ході судового розгляду.

Тягар надання доказів (*доказовий тягар*) є обов'язком надання достатніх доказів (*prima facie*), щоб питання (предмет) було винесено на розгляд СПР, тобто щоб певне твердження стало предметом розгляду в суді. Наприклад, якщо прокурор не надасть магістрату доказів, які б *prima facie* обґрунтовували можливість винесення обвинувального вироку, то захисник може подати клопотання про відсутність підстав для притягнення до відповідальності («*no case to answer*») та відхилити розгляд справи [13, с. 60]. Крім того, у випадках *affirmative defence* на

стороні лежить *тягар надання доказів* та в залежності від юрисдикції може покладатись ще й *тягар переконання*. У випадку наявності лише *тягаря надання доказів* для ствердження *affirmative defence* сторона захисту повинна надати докази, які б *prima facie* свідчили про існування даних обставин, і даний тягар вже переходить на сторону обвинувачення, яка повинна спростувати таке твердження.

Вітчизняна наукова думка взагалі не розрізняє вказані поняття, застосовуючи загальні терміни «тягар доказування» і «обов'язок доказування». Втім, правові презумпції, які є визначальними в разі розподілу тягаря доказування, встановлюють чіткі вимоги до суб'єктів здійснення доказової діяльності, діють і в національному праві, а тому розподіл на тягар переконання і тягар надання доказів застосовні. Так, наприклад під час прийняття рішення про застосування заходу забезпечення, що передбачає використання стандарту доказування «обґрунтованої підозри», відповідно до ст. 132 КПК України, тягар доказування необхідності застосування такого заходу покладений на слідчого, прокурора [14, с. 88–89]. Тобто мова йде про тягар переконання слідчого судді в разі ухвалення такого роду проміжних рішень. Сторона захисту, у свою чергу, буде під дією тягаря надання доказів у разі необхідності спростування тверджень сторони обвинувачення, проте в жодному випадку не тягаря переконання.

Щодо останнього складника розуміння стандарту доказування, то визначення стандарту доказування як певного критерію (порогу) прийняття рішення СПР, встановлюючи певний рівень (міру) доведеності для визнання певного факту як доведеного, вимагає розгляду отриманого в ході кримінального провадження знання як імовірного чи достовірного. При цьому достовірне знання є ймовірним знанням, проте яке є достатнім з позиції того чи іншого стандарту доказування для ухвалення певного кримінального процесуального рішення.

Як було зазначено, стандарти доказування є широкоживим концептом у країнах англо-американського права, так само як й окремі стандарти доказування, як-то «обґрунтована підозра» та «поза розумним сумнівом», що є частиною практики ЄСПЛ та низки інших міжнародних установ (зокрема, Міжнародного кримінального суду). Вказані стандарти проникли й до вітчизняної правової системи або шляхом ратифікації Конвенції, яка передбачає можливість затримання особи в разі наявності обґрунтованої підозри у вчиненні особою правопорушення, або якщо обґрунтовано вважається необхідним запобігти вчиненню нею правопорушення чи її втечі після його вчинення (ст. 5 §1 (с)), або шляхом імплементації норм доказового права іноземних країн до національного законодавства, що мало наслідком появу вимоги доведеності винуватості особи у вчиненні кримінального правопорушення поза розумним сумнівом (ст. 17 КПК України).

У межах кримінального провадження України аналіз чинного КПК України дає змогу стверджувати, що застосування стандарту доказування «обґрунтована підозра» в кримінальному провадженні України передбачено в разі вирішення питання про застосування заходів забезпечення (ст. 132, 173, 177, 185, 190, 194), так і пов'язаних з ними рішеннями, як-то: доставляння до органу досудового розслідування (ст. 210), повідомлення інших осіб про затримання (ст. 213) та під час здійснення такої негласної слідчої (розшукової) дії, як моніторинг банківських рахунків (ст. 269¹). Також стандарт доказування «обґрунтована підозра» застосовний і до вирішення питання про повідомлення особі про підозру, оскільки, відповідно до внесених до КПК України змін, до повноважень слідчого судді входить перегляд такого рішення слідчого, прокурора (п. 10 ч. 3 ст. 303). У даному випадку, оскільки є можливість перевірки обґрунтованості такого повідомлення про підозру, можна зробити висновок про застосовність даного стандарту.

Незважаючи на значимість досліджуваного стандарту доказування, його визначення чи будь-які критерії оцінки відсутні в чинному КПК України. Втім, з огляду на наявність вимоги

«обґрунтованої підозри» у ст. 5 Конвенції та прецедентний характер рішень ЄСПЛ, відповідна практика ЄСПЛ є визначальною в разі застосування національними судами стандарту доказування «обґрунтована підозра». Одночасно із цим, враховуючи поширеність вказаного стандарту в країнах англо-американського права та окремих міжнародних судових установах, видається обґрунтованим дослідження відповідної правозастосовної практики.

У практиці ЄСПЛ вперше визначення «обґрунтованої підозри» було надано в рішенні *Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom* згідно з яким «...існування обґрунтованої підозри передбачає наявність фактів або інформації, які можуть переконати об'єктивного спостерігача в тому, що особа, про яку йдеться, могла вчинити правопорушення. Втім, що саме може бути розцінене як «обґрунтоване», буде залежати від усіх обставин справи» [15, § 32].

Таке формулювання ЄСПЛ надалі було підтверджено в наступних його рішеннях (див., зокрема, *Нечипорук і Йонкало проти України*, *Erdagöz v. Turkey*, *Labita v. Italy*, *Ilgar Mammadov v. Azerbaijan*) та доповнено вказівкою на те, що «факти, які дають підставу для підозри, не мають бути такого ж рівня, як такі, що обґрунтовують засудження особи» [16, §§ 34, 36], і так само «висунення обвинувачення» [17, § 184]. ЄСПЛ не випадково підкреслює відмінність між стандартом доказування «обґрунтованої підозри» та «поза розумним сумнівом» (ч. 2 ст. 17 КПК України), оскільки затримання особи чи тримання під вартою не вимагає і не може вимагати такого ж ступеня доведеності причетності особи, що й для визнання його винним у вчиненні злочину. Такий суворий стандарт доказування зробив би практично неможливим застосування таких заходів примусу в кримінальному провадженні. Втім, це не заважає окремим компетентним судовим установам ухвалювати відповідні рішення, застосовуючи найсуворіший стандарт доказування, під час визначення обґрунтованості підозри.

Так, наприклад, Апеляційним судом Чернівецької області було залишено апеляційні скарги без задоволення, а рішення слідчого судді про застосування запобіжного заходу – у вигляді тримання під вартою. Мотивуючи своє рішення, суд зазначив, що: «Під час розгляду клопотання слідчого суд у цій стадії процесу лише дає оцінку, чи була підозра, яка висунута ОСОБА_2, обґрунтованою, що було і зроблено слідчим суддею, який, проаналізувавши наявні матеріали, зробив висновок про наявність достатніх даних, які поза розумним сумнівом свідчать про причетність ОСОБА_2 до вчинення інкримінованого йому кримінального правопорушення» [18]. При цьому апеляційний суд послався на відповідну практику ЄСПЛ, проте неправильно її застосовавши. Такий випадок не є виключним [19]. Цікавим є також те, що, вирішуючи питання про застосування чи продовження застосування запобіжного заходу, слідчими суддями та судами застосовується стандарт доказування «поза розумним сумнівом» для визначення (не)можливості застосування більш м'якого запобіжного заходу [20].

Повертаючись до практики ЄСПЛ, то, враховуючи, що рішення про тримання під вартою може бути продовжено, окрім зазначених вимог до «обґрунтованої підозри» ЄСПЛ у ряді рішень встановив, що «...після спливу певного часу самий факт наявності обґрунтованої підозри не є достатнім для продовження строку арешту. Суд повинен встановити: 1) чи є підстави, на які посилалися судові органи, для продовження обґрунтовування позбавлення свободи; 2) чи були такі підстави релевантними та достатніми, чи продемонстрували національні органи «особливу старанність» під час проведення розгляду» [21, § 140]. Тобто сам рівень «обґрунтованості підозри» причетності особи до вчиненого кримінального правопорушення не має бути збільшений, проте сама по собі «обґрунтованість підозри» вже не буде достатньою умовою тримання особи під вартою.

Окремо слід вказати, що ЄСПЛ під час розгляду справи *Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom* зазначив, що у випадку здійснення затримання (арешту) на підставі інформації, отриманої із секретних джерел, не задовольняє вимогу «обґрунтованості підозри»

в сенсі ст. 5 § 1 (с) Конвенції, оскільки «необхідність боротьби з тероризмом не може слугувати виправданням розширення поняття «обґрунтованості (розумності)» до межі, де сутність захисту гарантованого ст. 5 § 1 (с) Конвенції є ослабленою», та продовжив: «Уряд повинен зібрати хоча б якісні факти або інформацію, достатню для переконання Суду, що затримана особа обґрунтовано підозрювалась у вчиненні злочину» [15, §§ 32, 34]. Так само ЄСПЛ у рішенні по справі *Labita v. Italy* визнав, що «...показання (заяви) з чужих слів анонімного інформатора (pentiti) повинні бути підкріплені другими доказами, та більше того, повинні бути підтверджені об'єктивними доказами (*objective evidence*)». Тим більше це стосується випадку продовження арешту особи, оскільки такі заяви стають менш релевантними з плином часу» [22, §§ 156–159]. Тому такі заяви не є достатніми для встановлення «обґрунтованості підозри» відповідно до вимог ст. 5 § 1 (с) та ст. 5 § 3 Конвенції.

Водночас ЄСПЛ у рішенні по справі *Talat Tepe v. Turkey* вирішив, що у випадку арешту (затримання) особи на підставі інкримінуючих заяв, що були зроблені кількома роками раніше та пізніше відкликаних підозрюваними (колишніми членами терористичної організації), не знімає «обґрунтованості підозри» проти затриманої особи [23, § 61].

У свою чергу в межах правової системи США стандарт доказування «обґрунтована підозра» став виключенням з іншого стандарту – «ймовірна причина» або «достатня підстава» (*probable cause*). Стандарт «обґрунтованої підозри» «вперше був застосований Верховним судом США (надалі – ВС США) у справі *Terry v. Ohio*, в якій ВС США дозволив здійснення затримання та особистий обшук особи не на підставі стандарту «ймовірна причина», як того прямо вимагає Конституція США, а сформував новий стандарт, указавши, що поліція «повинна бути в змозі вказати на конкретних фактах, які можливо чітко виразити та пояснити (*specific and articulable facts*), та які узяті разом з раціональним заключенням, зробленим з них, обґрунтовують втручання (*reasonably warrant the intrusion*)» [24, § 21]. Пізніше в рішеннях ВС США з'явилася посилання на те, що такі факти повинні бути «об'єктивними» та, визначаючи обґрунтованість підозри, повинно бути врахована «сукупність обставин (*totality of circumstances*)». Причому у ВС США, як і в рішеннях ЄСПЛ, було зазначено, що даний стандарт є «менш вибагливішим, аніж стандарти «достатня підстава» та «перевага доказів» і вимагає мінімального рівня об'єктивного обґрунтування» [25, § 123].

Продовжуючи порівняння з практикою ЄСПЛ, можна знайти й відмінності, де ВС США не вбачає порушення вимоги «обґрунтованості підозри» в разі використання показань із чужих слів, оскільки повинна бути врахована вся сукупність обставин. Така широка дискреція під час тлумачення обґрунтованої підозри, як визначають окремі дослідники, може призвести до того, що знаходження на розі вулиць може викликати обґрунтовану підозру в штаті Луїзіана, проте не в Пенсильванії [26, с. 122–123]. Втім, навіть у такому випадку необхідність урахування фактичних обставин для обґрунтування наявності «обґрунтованої підозри» під час прийняття рішення є важливою запорукою дотримання вказаного стандарту та його забезпечення законності. Простого наведення поняття обґрунтованої підозри в тексті рішення недостатньо для обґрунтування наявності такої підозри, чим грішать українські судді, мотивуючи застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою чи його продовження, про що неодноразово вказував ЄСПЛ у рішеннях проти України («застосування стереотипних формулювань без звернення до конкретних фактів» [27, § 76]).

Також важливою відмінністю є те, що сфера застосування досліджуваного стандарту є ширшою у правозастосовній практиці США та розповсюджується на випадки зупинення транспортного засобу з метою виявлення зброї, затримання особи, у випадку, якщо особа відмовляється ідентифікувати себе, тимчасового арешту багажу на предмет знаходження наркотиків. Потрібно зазначити, що схожим за характером у правозастосовній практиці США та інших

країни англо-американського права є стандарти доказування «розумно вважати» або «розумні/обґрунтовані підстави вважати» та «ймовірна причина», або «достатня підстава». Проте їх застосування та виокремлення від стандарту «обґрунтованої підозри» є проблематичним, а в деяких випадках і така різниця між ними є взагалі відсутньою. Хоча певні напрацювання з даної проблематики були зроблені вітчизняними дослідниками (зокрема, це К.Д. Волков [28], М.Є. Громова, [29] М.В. Черноусько [30], Х.Р. Слюсарчук [31, с. 103–131] та В.А. Завтур [32, с. 89–101]), втім видаються обґрунтованими подальші розвідки в даному напрямку, тим паче, що обидва формулювання наявні в чинному КПК України.

Висновки з даного дослідження та перспективи подальших розвідок у даному напрямку. Таким чином, стандарт доказування «обґрунтована підозра» в системі інших стандартів доказування, що застосовуються в кримінальному провадженні України, вимагає встановлення можливого (ймовірного) існування певного факту чи обставини. У випадку вирішення питання про застосування заходу забезпечення кримінального провадження причетність особи до вчинення кримінального правопорушення не повинна мати категоричного висновку, а свідчити лише про її можливість.

Слідчий суддя в жодному випадку не повинен встановлювати причетність особи поза розумним сумнівом, втім, обґрунтована підозра має підтверджуватися конкретними фактами та обставинами, що можуть переконати об'єктивного спостерігача, тобто непрофесіонала у сфері права, в існуванні зв'язку між діями особи та подією. Такі фактичні обставини повинні бути чіткими та зрозумілими і знайти своє відображення у відповідному рішенні компетентного органу. Водночас, згідно з практикою ЄСПЛ, до них можуть бути застосовані певні обмеження щодо їх використання як обґрунтування наявності «обґрунтованої підозри».

У розрізі дослідження місця стандарту доказування «обґрунтованої підозри», з огляду на правозастосовний досвід його застосування у країнах англо-американського права, доцільним є його співвідношення зі стандартами «розумні/обґрунтовані підстави вважати» і «достатні підстави».

Список використаних джерел:

1. Степаненко А.С. Стандарт доказування «поза розумним сумнівом» в кримінальному провадженні: дис. ... канд. юрид. наук. Одеса, 2017. 234 с.
2. К.М. Clermont and E. Sherwin. A Comparative View of Standards of Proof, Am. J. Comp. Law, 2002. Vol. 50. №. 2. Pp. 243–275.
3. Grogan v. Garner, 498 U.S. 279 (1991). Casetext. URL: <https://casetext.com/case/grogan-v-garner>
4. Woolmington v. DPP 1935. AC 462. British and Irish Legal Information Institute. URL: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1935/1.html>
5. In re Winship, 397 U.S. 358 (1970). Casetext. URL: <https://casetext.com/case/in-the-matter-of-samuel-winship-appellant>
6. R. v. Lifchus. 1997 3 SCR 320, 1997 CanLII 319 (SCC). The Canadian Legal Information Institute. URL: <http://canlii.ca/t/1fqzt>
7. Colorado v. New Mexico, 467 U.S. 310 (1984). Casetext. URL: <https://casetext.com/case/colorado-v-new-mexico-2>
8. Решетникова И.В. Доказательственное право Англии и США. Екатеринбург: Изд-во УрГЮА, 1997. 240 с.
9. M. Davies, H. Croall, and J. Tyrer. Criminal Justice: An Introduction to the Criminal Justice System in England and Wales, 3rd ed. Pearson Education, 2005.

10. M. Spencer and J. Spencer. *Evidence Concentrate: Law Revision and Study Guide*, 4th ed. Oxford University Press, 2015.
11. J. Fleming Jr. *Burdens of Proof*. *Va. Law Rev.*, 1961. Vol. 47. №. 51. Pp. 51–70, Jan.
12. A. Keane and P. McKeown, *The Modern Law of Evidence*, 9th ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
13. P. Roberts and A. Zuckerman, *Criminal Evidence*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.
14. Гловюк І.В. Презумпції й тягар доказування у розгляді слідчим суддею клопотань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження. *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ*. 2013. № 2. С. 84–89.
15. Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom. Judgement of 30 August 1990, Appl. 12244/86; 12245/86; 12383/86. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57721>
16. O'Hara v. The United Kingdom. Judgement of 16 of October 2001, Appl. 37555/97. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59721>
17. Merabishvili v. Georgia. Judgement of 28 November 2017, Appl. 72508/13. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-178753>
18. Ухвала Апеляційного суду Чернівецької області від 18 травня 2018 р. (Справа № 727/4779/18). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74065996>
19. Ухвала слідчого судді Шевченківського районного суду м. Києва від 16 травня 2018 р. (Справа № 761/17915/18). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74054589>
20. Ухвала слідчого судді Івано-Франківського міського суду Івано-Франківської області (Справа № 344/6425/18). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/73969560>
21. Idalov v. Russia. Judgement of 22 May 2012, Appl. 5826/03. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-110986>
22. Labita v. Italy. Judgement of 6 April 2000, Appl. 26772/95. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58559>
23. Talat Tepe v. Turkey. Judgement of 21 December 2004, Appl. 31247/96. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-67765>
24. Terry v. Ohio. 392 U.S. 1 (1968). Casetext. URL: <https://casetext.com/case/terry-v-state-of-ohio>
25. Illinois v. Wardlow. 528 U.S. 119 (2000). Casetext. URL: <https://casetext.com/case/illinois-v-wardlow>
26. Raymond, Margaret. "Down on the Corner, Out in the Street: Considering the Character of the Neighborhood in Evaluating Reasonable Suspicion". *Ohio State Law Journal*. Vol. 60 (1999). P. 99–143. URL: <http://hdl.handle.net/1811/64989>
27. Orlovskiy v. Ukraine. Judgement of 02 April 2015, Appl. 12222/09. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-153352>
28. Волков К.Д. Обґрунтована підозра як критерій правомірного обмеження права на свободу й особисту недоторканність у кримінальному провадженні. *Актуальні проблеми держави і права*. 2015. Вип. 75. С. 205–210.
29. Громова М.Є. Обґрунтована підозра як підстава застосування запобіжних заходів. *Часопис Академії адвокатури України*. 2015. Т. 8. № 2. С. 40–43. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chaau_2015_8_2_7
30. Чорноусько М.В. Здійснення прокурором процесуального керівництва досудовим розслідуванням: теорія та практика: монографія; за заг. ред. д. ю.н., проф. О.П. Кучинської. К.: Алерта, 2017. 294 с.
31. Слюсарчук Х.Р. Стандарти доказування у кримінальному провадженні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09; Львів. нац. ун-т ім. І. Франка. Львів, 2017. 258 с.
32. Завтур В.А. Особливості доказування при розгляді та вирішенні слідчим суддею та судом клопотань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Одеса, 2018. 237 с.

В. П. Гмирко, кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінально-правових дисциплін
Університету митної справи та фінансів

ДІЯЛЬНІСНИЙ ПОГЛЯД НА РЕСТРУКТУРІЗАЦІЮ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ: THE ATTEMPT OF DOGMATIC SHAWSHANK REDEMPTION?

Статтю присвячено розгляду проблеми реструктуризації вітчизняного кримінального процесу як засобу його оптимізації в контексті ідеології і філософії змагальності кримінального провадження. Автором пропонується трактувати феномен кримінального процесу лише як діяльність суду з розгляду кримінального позову в суді першої інстанції, а також у контрольно-судових провадженнях.

Ключові слова: кримінальний процес, кримінальний позов, змагальність, кримінальне провадження, досудове розслідування, судове провадження.

V. P. Gmyrko. Activity view of restructurisation of the criminal process: the attempt of dogmatic Shawshank Redemption?

The article deals with the actual issue of the national criminal procedure restructuring as a means of its optimization in the context of the competitive ideology and philosophy of penal proceedings. Within the national doctrine criminal procedure is traditionally considered as an integral operational system which consists of four interconnected sub-systems (proceedings): preliminary (pre-trial proceedings), principal (judicial proceedings), supervisory (proceedings on judicial review), and executive (proceedings on enforcement of judicial decisions). Analyzing the positions of Russian proceduralists, the author concludes that at the beginning of the XXI century a certain methodological idea of varying degrees of conceptual formalization «step by step» began looking for a place under the sun. This idea can be interpreted as a scientific understanding of the complete withdrawal of pre-trial proceedings from the structure of criminal procedure with further distinguished regulation of the pre-trial activities of parties on the preparation of a criminal claim and its denial as well as court activities on the consideration of how proved or unproved the legal claims of a prosecutor as a criminal plaintiff are. Following the above-mentioned points, the detailed methodological and procedural argumentation of the conclusion that pre-trial and judicial proceedings are distinctive types of legal activity is stated. Thus, they cannot be combined within the concept of "criminal process".

Key words: criminal procedure, criminal claim, competition, criminal proceedings, pre-trial investigation, judicial proceedings.

Постановка проблеми. Вітчизняна доктрина типологічно традиційно трактує модель кримінального процесу (кримінального судочинства) як національне відгалуження його *континентального* (мішаного) прототипу. У межах цього доктринального стандарту кримінальний процес узвичаєно розглядається як цілісна **система** діяльності, що складена з чотирьох взаємопов'язаних *підсистем* (проваджень): *підготовчої* (досудове провадження), *головної* (юрисдикційне провадження), *судово-контрольної* (провадження з перегляду судових рішень) та *виконавчої* (провадження з виконання судових рішень)¹. Отже, доктринально стверджується, що всі вони об'єднані спільною *метою*, ґрунтуються на одних і тих самих процесуальних *асадах* (ст. 129 Конституції України, ст. 7 КПК), існують у такому собі єдиному юридичному *просторі*, а їхні ключові гравці, об'єднані узами позитивної кооперації, діють в єдиному про-

¹ У межах нашого дослідження в подальшому увага концентруватиметься передовсім на підготовчому та юрисдикційному провадженні, оскільки на першому відбувається готування кримінального позову, а на другому ухвалюється рішення по його суті.

риві, прагнучи досягти *об'єктивної істини* в кримінальній справі². Звідси, зокрема, й ґрунт для такої глибоко закоріненої в доктрині, процесуальному законодавстві, а також у процесуальній ментальності вітчизняних юристів, переконаності, що доказування здійснюється в межах усього кримінального процесу як єдиного цілого.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питанням проблеми реструктуризації кримінального процесу присвячено роботи таких процесуалістів, як О. Александров, І. Александрова, М. Балалаєва, А. Верещагіна, С. Вершиніна, І. Демідов, Є. Доля, А. Машовець, М. Полянський, М. Шумило та ін.

Метою статті є опрацювання теоретичного концепту реструктуризації вітчизняної моделі мішаного кримінального процесу як оргпроектного засобу забезпечення справжньої незалежності й самостійності суду як представника судової влади, а також справності досудового провадження.

Виклад основного матеріалу.

1. Зазначене трактування кримінального процесу для абсолютної більшості вітчизняних процесуалістів має характер *аксіоми*, а тому не викликає в них ані найменшого сумніву щодо її наукової рації. Проте на цьому місці також конче нагадати, що 1919 р. видатний російський процесуаліст М. Полянський у контексті ґрунтовних роздумів на тему *мети* кримінального процесу³ вельми чітко й недвозначно зазначив: кримінальний *процес* починається тоді, коли *судовий орган* залучається до перевіряння виставленого обвинувачення, щоб підготувати майбутнє об'єктивне судове рішення щодо наявності в держави *jus puniendi* обвинуваченого, а *закінчується* постановленням виправдувального або обвинувального вироку.

Виходячи з цього, М. Полянський був думки, що саме *відмінність у цілях* досудового, судового й позасудового проваджень мала б зумовити ту *диференціацію* в їхній правовій регламентації, *за якої* розглядати їх як *частини* одного *цілого* видавалося б цілком **неможливим** [2, с. 55–57]⁴. Іншими словами кажучи, якщо послідовно розрізнявати цілі цих проваджень, логічним буде методологічний висновок про неможливість здійснення правової регламентації феномену кримінального процесу як *єдиного цілого*. На жаль, у радянській процесуальній науці концепт кримінального процесу М. Полянського не знайшов розуміння й підтримки, а сам він змушений був дещо пом'якшити свою позицію, погодившись із думкою (гадаю, не без тиску ідеологічного *communis opinio doctorum*), що кримінальним процесом є *діяльність* або *система дій*, яка охоплює *також і розслідування* кримінальної справи *до її надходження* до суду [2, с. 45–50]. Але посіяне ним на початку минулого століття по багатьох роках почало давати свої паростки в наукових поглядах російських процесуалістів уже в новому столітті.

Так, О. Александров, досліджуючи у 2001–2003 рр. кримінальне судочинство як *семіотичну практику влади*, висловив судження, що кримінальний процес – це *судова мова* плюс

² У цьому зв'язку наведу, як на мене, вельми характеристичне висловлювання проф. В. Чеканова, висловлене ним 1977 р.: із *системного* погляду кримінальний процес як діяльність являє собою складну, чітко зорганізовану цілісну *систему*. Цілісність системи, вважав цей автор, проявляється в правоохоронній суті всіх процесуальних заходів, у спільних завданнях судочинства, в єдиних його засадах, у правових зв'язках між суб'єктами процесуальної діяльності (процесуальних відносинах) [1, с. 28].

³ *Мету* кримінального процесу, тобто *судового провадження*, М. Полянський визначав як установлення для конкретного випадку існування (тобто чи існує право держави на покарання й евентуально (тобто якщо воно існує) тих меж, у котрих воно підлягає здійсненню [2, с. 44].

⁴ Як наголосив 1924 р. в цьому зв'язку О. Тагер, цей науковий погляд геть розриває зв'язок між кримінально-процесуальним правом і правом матеріальним, зоставляючи разом із тим зовсім *за межами* поняття кримінального процесу як *досудову стадію* провадження (кримінальний розшук у широкому сенсі цього слова), так і *післясудову* (стадію виконання вироку) [3, с. 53]. Через сорок п'ять років потому (1969) такого ж самого висновку *in merito* дійде знаний російський процесуаліст проф. В. Томін, зауваживши також, що тим самим ставилась під сумнів *конечність* кримінально-процесуального *регулювання* діяльності державних органів із розкриття злочинів, готування матеріалів для судового процесу та виконання покарання в усьому його обсязі [4, с. 67].

досудове провадження, котре є *придатком* до нього. Жанр досудового письмового провадження, на його думку, має бути *вторинним* стосовно усного судового дискурсу, а не навпаки. Досудове провадження має бути *деформалізоване*, а протокол як джерело судового доказу – *ліквідований* [5, с. 54–62; 6, с. 10]. Таким чином, цей знаний вчений почав формувати наукову позицію, яку він уже прямо висловив через тринадцять років (2016) разом із І. Александровою: кримінально-правові відношення не можуть виникнути інакше як у *формі* кримінально-процесуального. *Виконавча* влада спочатку виступає як *обвинувальна*, закладаючи кримінальний позов у суді й доводячи судові, що вона має право на застосування кримінально-правової санкції до злочинця. А далі автори наголошують, що кримінально-правове відношення – це, по суті, має бути відношення між учасниками судової процедури; *процес є, де є суд* [7]. Якщо пристати на цю *радикальну* позицію, то тоді цілком логічним стає висновок: *кримінальний процес* як самостійний, незалежний і самодостатній юридичний феномен являтиме собою *діяльність* суду з вирішення юридичних спорів, а *позасудову* діяльність обвинувальної (розслідування кримінальних правопорушень) резонно буде розглядати як *акції* з готування *кримінального позову* для його дальшого обстоювання в суді.

У 2010–2012 рр. С. Вершиніна піддала сумніві методологічну слушність *ототожнювання* поняття «кримінальний процес» із поняттям «кримінальне судочинство», коли останнє розглядається як *сукупність* двох засадничо *різних* видів діяльності: (1) *правоохоронної*, здійснюваної органами попереднього розслідування та (2) *судової*, здійснюваної органами судової влади. На думку дослідниці, із системи кримінального судочинства доконечно *вилучити* досудову діяльність правоохоронних органів і розглядати кримінальне судочинство як *систему судових стадій*. Тоді вже *зміст* кримінального *процесу* можна репрезентувати формулою: **Кримінальний процес** = ДП + СП, де ДП – досудове провадження, здійснюване правоохоронними органами, а СП – судове провадження, здійснюване судом. Таким чином, уважає цей автор, у перебігу *досудового* провадження здійснюються *дві* діяльності – *попереднє розслідування*, покликане встановити обставини скоєного протиправного діяння + *кримінальне переслідування*, метою якого є готування прокурора до участі в судовому розгляді. Своєю чергою в ході судового провадження суд реалізує свої неподільні повноваження представника *судової* влади, забезпечуючи *захист* як публічних інтересів і цінностей, так прав і свобод людини й громадянина [8; 9, с. 17–19]. Як бачимо, на відміну від радикальної позиції О. Александрова судження С. Вершиніної виглядають більш поміркованими, оскільки в її концепті досудове провадження як самостійний феномен таки й далі зоставатиметься під щільним *покривом* поняття кримінального процесу, *непозбутньо* впливаючи на самостійність, незалежність і неупередженість суду в його рішеннях.

А. Верещагіна, досліджуючи у 2010–2015 рр. проблему мети й призначення російського кримінального процесу, зробила два серйозні методологічні висновки: першим констатувалось, що *дефектом* дореволюційної конструкції кримінального судочинства було заведення до нього досудове готування матеріалів кримінальної справи, гіпертрофоване відтак у радянському кримінальному законодавстві; сенс бо другого дотичив того, що реформа кримінального процесу буде *даністю* лише тоді, коли легальний зміст завдань кримінального судочинства буде підкріплений кардинальною зміною процесуальної форми, яка в більшому ступені відповідатиме *споконвічному* змістові кримінально-процесуальної діяльності як *процедури вирішення судом кримінально-правового спору по суті* [10].

У 2012 р. авторитетний процесуаліст проф. І. Демідов запропонував *концептуальну гіпотезу* про *повну*, за його словами, *реструктуризацію* чинної моделі російського кримінального судочинства, що закріплена в КПК РФ 2001 р. Цей автор, розуміючи *реконструкцію* як *перевлаштування* судочинства щодо відданого судові обвинуваченого в скоєнні злочину,

наводить переконливі аргументи на підтримку висуненої гіпотези. На його думку, модель *мішаного* кримінального процесу видається методологічно *ганджовитою*, такою, що *применює* незалежність і неупередженість суду. Це пов'язано з тим, що в межах побудованого таким чином кримінального судочинства законодавець розглядає його як *єдину систему* досудового й судового провадження, в якій суд змушений орієнтуватися на *результати* діяльності першої підсистеми й залежати від неї. Але суд, будучи цілком самодостатнім органом державної судової влади, не повинен бути *частиною* системи, яка заводить до свого складу діяльність *несудових* органів. Тому, вважає І. Демідов, *досудове розслідування*, функціонуючи як *кримінальне переслідування*, і *кримінальне судочинство* як процесуальний порядок здійснення правосуддя – це дві *самостійні й засадничо різні* системи, але аж ніяк не підсистеми *єдиного* кримінального судочинства. Звідси методологічний висновок автора: кримінальне судочинство *не є* продовженням попереднього розслідування. Воно *починається* надходженням до суду обвинувального акту, тому доцільно *розвести* ці дві *системи*, закріпивши процедури їхнього функціонування у двох самостійних федеральних законах [11] ⁵. Отже, як видається, автор, скоріше за все, з огляду на *communis opinio doctorum*, волів бути досить обережним, дипломатичним, а тому, можливо, й не став вживати в статті термін «кримінальний процес». А тому, правильно ставлячи питання про виведення зі складу системи «кримінального процесу» інституту досудового провадження, контекстуально вживав поняття «кримінальне судочинство», котре в російській доктрині має значення синоніму до поняття «кримінальний процес»: так би мовити *й вівці цілі, й вовки ситі...* ⁶.

Далі треба звернути увагу на те, що М. Балалаєва та А. Машовець у 2015 р. зробила висновок, що поняттям «формування системи доказів» маскується *слідча технологія* кримінально-процесуального доказування, в якій *головним* суб'єктом доказування є *слідчий*. Таким чином, веде далі ця російська дослідниця, *досудове доказування* повністю *підкоряє* собі *судове слідство*, а тому останнє перетворюється на пусту формальність, обряд. Більшість російських учених, на її думку, розглядає формування доказів як *солідарну діяльність* органів попереднього розслідування та суду, а тому М. Балаєва і А. Машовець вважають, що досудову діяльність сторін треба *вивести* за межі *кримінального судочинства* й виходити з того, що вона не може породжувати для суду *юридично* значущих наслідків доти, доки її результати не будуть представлені *судові* та *досліджені* з участю всіх зацікавлених у результаті спору учасників процесу [13, с. 39–44].

Завершуючи огляд зазначених позицій російських процесуалістів, можна зробити однозначний висновок, що на початку ХХІ століття в доктрині *step by step* починає шукати місця під сонцем різного ступеня концептуальної *оформленості* методологічна ідея, котра може бути проінтерпретована як наукове усвідомлення доцільності *виведення* досудового провадження зі структури кримінального судочинства (кримінального процесу) з дальшим проведенням *диференційованого* правового регулювання: (1) *досудової діяльності* сторін із готування/заперечення кримінального позову + (2) *діяльності суду* з розгляду доведеності/недоведеності правових домагань сторони обвинувачення як кримінального позивача.

⁵ Наприкінці 2012 р. відомий російський фахівець у галузі доказового права Є. Доля виступив із критичними заувагами, опонуючи позиції І. Демідова [12]. Проте, як на мене, вони таки більше дотичні до *частковості* проблеми, ніж до її *meritum*.

⁶ Термін «судочинство» український законодавець використовує лише в тексті Конституції України (ч. 2 ст. 129), визначаючи основні *процедурні засади* діяльності *судової влади* зі здійснення *правосуддя*. На маргінесі хотів би зауважити, що радянські «Основи кримінального судочинства Союзу РСР і союзних республік» 1958 р. веліннями ст. 1 «Законодавство про кримінальне судочинство» та ст. 2 «Завдання кримінального судочинства» закладали *політико-правовий* фундамент для побудови кримінального процесу (кримінального судочинства) як *єдиної* діяльності державних органів і посадових осіб, коли її *спільний* продукт – *кримінальна справа*, що виготовлена за лекалами підготовчого провадження, надходила до суду для свого апофеозу – остаточного *завершення* обвинувальним вироком.

2. Щоб підтвердити/спростувати цю наукову гіпотезу, пропоную подивитися на ситуацію *не юридично*⁷, а *методологічно* (діяльнісно), тобто не зашореними очима юриста, а людини зі *сторони* – методолога. Як стверджує в цьому зв'язку методолог П. Щедровицький, щоб певний соціальний феномен міг *претендувати* на імення *діяльності*, в ньому треба спробувати виділити мінімум *три* кваліфікаційні ознаки: 1) *мету* діяльності (діяльність цілеспрямована, тобто діяльність – це те, що має мету) + 2) *засоби* діяльності (діяльність інструментально організована) + 3) *об'єкт* діяльності, тобто те, стосовно до чого вона має здійснюватися [15].

2.1. Якщо накласти цю трикутну матрицю на *узвичаєний* образ кримінального *процесу* як *діяльності*, складеної з двох підсистем – «досудове провадження» + «судове провадження», то з очевидністю має слідувати, що в такій конструкції годі шукати *власні мету, засоби, об'єкт*. Пояснюється це тим, що всі ці ознаки притаманні не кримінальному процесові як *цілому*, а двом його *складникам*. Отже, якщо *об'єктом* діяльності поліції на досудовому провадженні може бути *ситуація* вчинення дійсного або здогадного правопорушення, по якій треба ухвалити рішення про наявність/брак підстав для готування кримінального позову, то вже *об'єктом* діяльності суду буде *стверджувальне судження* обвинувальної влади про *підставність* учиненого нею кримінального позову. Тож, постає питання: а де ж *власний* оригінальний об'єкт кримінального процесу як *цілого*? Йдемо далі. Якщо мова про *мету* діяльності, то на *досудовому провадженні* нею може бути *встановлення* наявності/браку *підстав* для звернення обвинувальної влади з кримінальним позовом до відповідної юрисдикції; в діяльності суду її можна визначити як *встановлення* браку/наявності *підстав* для задоволення вчиненого кримінального позову. Знову ж таки: дві *різні* діяльності, дві *різні* мети, не кажучи вже про те, що й *завдання* будуть геть різними. Але в самого процесу власної мети немає. Тому можна контекстно припустити, що, мабуть, саме цією обставиною пояснюється той факт, коли вітчизняний законодавець, більш-менш задовільно вирішуючи питання нормативного визначення *завдань* кримінального процесу (ст. 2 КПК), не може спромогтися визначити його *мету*. Тому виникає парадоксальна ситуація: діяльність нібито і є, а ось її мети немовби немає...

А тепер перейдемо до *третього* параметру: *засоби діяльності*. Тут доводиться констатувати, що поліція й суд мають власні засоби, які з огляду на *типологічні* відмінності в їхніх діяльностях відрізняються як за *характером*, так і за їхнім *асортиментом*. Тому результатом оцінки ситуації з діяльнісного погляду може бути такий висновок: *кримінального процесу як цілісності немає*, а є *дві самостійні діяльності*, здійснювані різними владами – обвинувальною (*прокурорсько-поліційною, адміністративною*) і *судовою*.

На цьому місці видається доречним приклад із виробничої царини: якщо один продуцент, компанія-виробник (*Boeing*), здійснює діяльність із продукування літаків, а інша компанія (*Pratt & Whitney*) постачає першій виготовлені нею авіадвигуни, то якось нікому не спадає на думку стверджувати, що обидві ці компанії-виробники здійснюють *єдину* літакобудівну *діяльність*. Тому, гадаю, поняття «кримінальний процес» може слугувати лише назвою такої собі *правової рамки*, покликаної, за задумом законодавця, утримувати в одному *силовому* полі нормативної *регуляції* *дві* засадничо різні *типи* юридичної діяльності. *Vice versa* представник обвинувальної влади, завершивши кримінальне переслідування, звертається до влади судової як кримінальний позивач із проханням розглянути позов і вирішити по його суті, по чому починається юрисдикційна діяльність суду. Таким чином, кожен виконує свою *власну* діяльність, а не діє в царині міфічної універсальної правової цілісності «кримінальний процес».

⁷Юристи, як правило, для вирішення своїх теоретичних питань воліють використовувати звичні такі для них засоби, як *опис, посилання на законодавство, на засади права, на чужинецький досвід або авторитет інших учених* [14, с. 147]. По моїй думці, вони часто виконують функцію «ведер» на головах дослідників із прорізами для очей, які не дозволяють адекватно побачити проблему.

3. Коли ж ідеться про згадані *типологічні відмінності* діяльності на досудовому провадженні й у судовому провадженні, то методолог В. Нікітаєв слушно підкреслює: попереднє розслідування куди як більше скидається на *інженерну діяльність*, ніж на наукове дослідження. Тому воно, будучи прив'язаним до явищ *повсякденного*, життєвого світу, ставить перед собою завдання відповідати гранично *конкретно* на гранично *конкретні* юридичні питання. Для цього на досудовому розслідуванні здійснюється підпорядковане *інженерним* цілям (а не цінностям науки) прикладне дослідження, завданням якого є не знаходження *наукової* (загальної) чи «об'єктивної» *істини*, але *можливість реалізації* спроектованого і виготовленого *юридичного продукту* (шуканої юридичної конструкції) в *судовому процесі*, який задає базові параметри *якості* для виготовленої інженерної конструкції («машини»). Таким чином, робить висновок В. Нікітаєв, слідча й судова практики – це *різні* практики. Якщо мислєдіяльності на досудовому провадженні більш притаманні риси *інженерного* характеру, то судова мислєдіяльність є суто *юридичною*, яку не можна звести ані до природничого, ані до інженерного, ані до якогось іншого типу; її можна віднести до *критичного* типу: суд спочатку здійснює *критику* позиції сторони обвинувачення, а після – сторони оборони, виходячи таким чином на формування власної позиції в предметі кримінального позову [16, с. 298–300].

4. Засадна *відмінність* між цими двома типами діяльності добре проглядається також і на рівні їхніх *вихідних діяльнісних установок*. Так, якщо поліція на досудовому провадженні на підставі зібраних переконливих доказів *prima facie* і доводів формує *підозру* й починає *викривати* особу в інкримінованому їй злочині, то це означає не що інше, як реалізацію вимог *діяльнісної* норми-установки «спростувати презумпцію невинуватості». Адже для незамуленого ока поняття «підозрювати» означає не що інше, як цілеспрямовано, послідовно й наступально *обігрунтовувати* версію про *винуватість підозрюваного*. Тому законодавець, реформуючи 2012 р. вітчизняне кримінальне процесуальне законодавство, цілком слушно завів слідчого, керівника органу досудового розслідування й прокурора до переліку учасників провадження з боку обвинувачення (п. 19 ст. 3 КПК). Своєю чергою, вихідною *легальною діяльнісною установкою* для суду повинні бути веління й заборони *презумпції невинуватості* (ст. 17 КПК), котра, як правильно зазначає Л. Карнозова, є виразом *ціннісного пріоритету* суспільства: *винуватість доводиться, а не презюмується*; якщо розглядати презумпцію невинуватості як керівну засаду, то в кінцевому підсумку завдання суду полягає в тому, щоб вирішити, *чи довело* обвинувачення *винуватість підсудного* [17, с. 42–43].

5. Далі конечно акцентувати увагу на тому факті, що в Україні *суд належить до самостійної* – судової – гілки *влади*, яка, відповідно до конституційних засад *поділу* влади на законодавчу, виконавчу та судову (ст. 6 Конституції України), здійснюється *незалежними та безсторонніми* судами, утвореними законом (ч. 1 ст. 1 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» 2016 р.). Звідси логічно випливає, що *самодостатня діяльність* суду з відправлення правосуддя має бути доктринально, нормативно й практично *відокремлена* від інших владних діяльнісних *практик*. Це, власне кажучи, є *реальною* запорукою, *засобом* забезпечення згаданих вище самостійності, незалежності та безсторонності суду. Далі треба також звернути увагу на те, що відповідно до ст. 11 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» діяльність суду відбувається на основі засад *гласності й відкритості* судового процесу, що має демонструвати суспільству його соціальну *відкритість* як засіб забезпечення довіри до суду. Якщо ж подивитися *a contrario* на діяльність *поліції*, яка згідно зі ст. 1 Закону України «Про Національну поліцію» 2015 р. є центральним органом ще однієї *самостійної* гілки влади – *виконавчої*, то в управлінському плані, на відміну від суду, в *діяльності* органів досудового розслідування, а також органів прокуратури, чий повноважні прокурори здійснюють *процесуальне керівництво* в кримінальному провадженні, домінує засада ієрархічності. Вона зумовлює від-

носини «влади-підкорення», геть не притаманні діяльності суду з відправлення правосуддя, де презюмується брак потреби в будь-якому процесуальному *начальникові*, який би керував його діяльністю: суд є незалежним і підкорюється лише Закону (ст. 6 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»).

Наступна *відмінність* вельми суттєвого характеру у функціонуванні цих двох діяльнісних систем полягає в тому, що досудовим провадженням керує *засада інквізиційності* (слідча засада), тобто вимога забезпечити *перевагу* поліції як спеціальному державному органу кримінального переслідування в її переважно *закритій, негласній* діяльності з розкриття злочинів і готування кримінального позову проти конкретного винуватця. На цій засаді як на дійсно надійному *principium* тримається вся детективна діяльність поліцій світу, оскільки без неї і годі уявити дієздатне досудове розслідування, спроможне ефективно і в розумний термін захистити сумарний *суспільний* інтерес – *розкрити* злочин, *викрити* підозрюваного в інкримінованому злочині, а відтак і поставити його перед *судом*. Тому всі філіппіки, спрямовані проти засади інквізиційності в кримінальному процесі – це розмови для бідних або бажання бути святішим від Папи Римського...

Проте в суді бал має правити *засада арбітральності*, зміст якої полягає в тому, що сторони-учасники юридичного конфлікту для його вирішення *in merito* мають звертатися до спеціального вповноваженого рівновіддаленого від них і неупередженого державного *органу-посередника* (арбітра); останній бо залежно від характеру правових позицій сторін вирішує суперечку, в межах або *консенсуальної* (наприклад, в разі укладання сторонами однієї з угод у межах ст. 468 КПК), або ж *змагальної* належної правової процедури (коли неврегульований кримінальний правовий конфлікт переводиться в площину юридичного змагання сторін перед арбітром). Засада арбітральності покликана рівною мірою сприяти як реалізації *публічного*, так і *приватного* інтересу, даючи сторонам законний шанс бути почутими судом і вибороти свою рацію.

Наведені вище резони схиляють мене до того, щоб відійти від *догматичного* трактування кримінального процесу як замкненого цілого та підтримати наукову гіпотезу про методологічну *недоречність* об'єднання в корпусі одного поняття «кримінальний процес» («кримінальне судочинство») двох засадничо різних самостійних діяльнісних *систем*, які здійснюються в *темпорально* й *просторово* відокремлених *активностях* двох гілок державної влади: відповідно *виконавчої* (поліційної і прокурорської) і *судової*. Назву бо «кримінальний процес» (варіант – «судовий процес») доцільно залишити за тим, що відбувається в юрисдикційному провадженні; натомість на позначення поліційної і прокурорської активності пропоную назву «позасудове провадження», одночасно підтримуючи також наукову позицію І. Демідова про закріплення процедур їхнього функціонування в двох самостійних законах. В українських реальностях перший із них може мати, приміром, назву «Закон України «Про досудове провадження в кримінальній справі» й він має регулювати лише засадничі питання досудової процедури, а другий – «Закон України «Про судове провадження в кримінальній справі», який регулюватиме належну судову процедуру розгляду кримінального позову. Окремим Законом України (ним може бути Закон «Правила про докази в судах України») має регулюватися питання доказів і доказування у вітчизняних адміністративній, цивільній і кримінальній юрисдикціях.

6. А тепер перейдемо до *лапідарного*⁸ розгляду питання про діяльнісне зображення позасудового й юрисдикційного проваджень у кримінальній справі як *двох* самостійних діяльно-

⁸ Оскільки глибоке опрацювання діяльнісного зображення цих двох проваджень має бути об'єктом спеціального дисертаційного дослідження, то обраний лапідарний, схематичний спосіб дослідження потрібен для того, щоб «вийти» на поняття «доказування» як одну з діяльностей, здійснюваних в межах юрисдикційного провадження.

стей – поліційної⁹ і судової. У своїх міркуваннях будемо спиратися на загальну методологічну схему діяльності, складену з таких **функціональних місць**: «об'єкт» + «мета» + «вихідний матеріал» + «індивід» + «засоби» + «продукт», яку для цілей нашого дослідження представимо в дещо модифікований (розширений) спосіб, додавши до неї ще одне ФМ «спосіб діяльності» та змінивши назву «індивід» на «учасники». Таким чином, ця схема набуває вигляду семичленки: «об'єкт» + «мета» + «вихідний матеріал» + «спосіб» + «учасники» + «засоби» + «продукт». Одночасно підкреслю, що ця організована **підтримкова** (забезпечувальна) **структура** згадуваних вище функціональних місць і зв'язків з іншими місцями й діяльними позиціями інших діячів потрібна діяльності для того, щоб **перетворювальний процес** як її **стрижень** міг би **справно** здійснюватися. Тому в обох випадках перетворювальний процес буде аналізуватися в контексті аналізу змістового наповнення відповідних функціональних місць.

6.1. Досудове провадження.

6.1.1. Як уже зазначалось вище, **об'єктом**, щодо якого поліція починає свою діяльність на позасудовому провадженні, може бути **ситуація**¹⁰, спричинена надходженням до поліції **праворелевантних відомостей** (інформації) про вчинення дійсного або здогадного правопорушення, по якій у кінцевому підсумку треба ухвалити рішення про наявність/брак підстав для вчинення кримінального позову.

6.1.2. **Метою** діяльності поліції на позасудовому провадженні є **встановлення** наявності/браку фактових і юридичних **підстав** для звернення обвинувальної влади з кримінальним позовом до відповідної юрисдикції. Досягнення цієї мети закладає потребу вирішення наступних **завдань**: 1) встановлення, чи вчинено правопорушення, передбачене Законом України про кримінальну відповідальність; 2) встановлення особи правопорушника; 3) з'ясування визначених законом обставин кримінального провадження відповідно до вимог стандарту доведеності *prima facie*; 4) забезпечення в достатньому обсязі доказовими матеріалами діяльності публічного обвинувача в суді.

6.1.3. Як **вихідний матеріал** досудового провадження правозгідно розглядати весь масив праворелевантної **інформації**, пов'язаної з дійсним чи здогадним правопорушенням, яка знаходить до поліції або із середовища її функціонування, або ж одержується в перебігу самої поліційної діяльності.

6.1.4. В основу **способу** організації діяльності поліції на позасудовому розслідуванні як її технологічного регулятора може бути покладена вже згадувана вище технологічна **засада інквізиційності**. Останню я пропоную трактувати за аналогією до засади *favor defensionis* як *favor procuratori*, тобто як вимога надання обвинувальній (поліційно-прокурорській) владі сукупності переваг, покликаних забезпечити належну технологічну **справність** її функціонування. Якщо пристати на цю позицію, то тоді треба визнати й такі правові наслідки, що логічно випливають із даного факту.

⁹ Прикметника «поліційний» будемо вживати в широкому сенсі на позначення кримінальних позасудових проваджень, здійснюваних спеціальними органами державної влади, яким законом надано право здійснювати таку діяльність.

¹⁰ Контекстно зазначу, що в діяльній методології, на відміну від натуралістичного (об'єктивістичного) трактування, ситуація трактується гранично суб'єктивістично, тобто як єдність «установки і обставинки», де «установка» розглядається як інтеризована схильність суб'єкта ситуації сприймати те, що відбувається, й реагувати на нього певним чином, а «обстановка» як стан реальності [16, с. 257–258; 295–303; 307–308]. Тому, скільки людей щось сприймає, стільки й буде різних ситуацій: одна, приміром, ситуація в заявника про вчинене правопорушення, інша – в поліційного функціонера, який приймає це повідомлення, ще інша – в його начальника, і ще інша – в наглядового прокурора. Ситуація як реконструктивний образ усієї суми зовнішніх чинників для конкретного учасника ситуації виконує функцію об'єкта віднесення, до якого, приміром, поліція «відносить» формовані ним знання про обставини розслідуваної події, зіставляючи відтак інформаційне «те, що є» з онтологічним (буттєвим) тим, «що було насправді». Як слушно зауважує М. Шумило, розслідування злочинів за своєю природою є винятково поліційною діяльністю незалежно від відомчої належності; робота поліції має поділятися до злочину й після його вчинення. У першому випадку вона діє як адміністративна поліція з підтримання громадського порядку, а в другому – як кримінальна поліція [18, с. 231].

По-перше, зважаючи на вельми небезпечний чинник потенційної *протидії* позасудовому розслідуванню з боку зацікавлених фізичних і юридичних осіб, законодавцеві слід затурбуватися тим, щоб *детективна* діяльність поліції мала – в межах соціально розумного – переважно *закритий* (таємний) характер. Зміст виготовлених нею матеріалів міг би «розкриватися» лише в межах судових процедур, здійснюваних у перспективі можливого обмеження конституційних прав людини, а також у часі ознайомлення підозрюваного з матеріалами закінченого позасудового провадження. Гадаю, що подібного гатунку логіка сподобила проєктантів КПК Румунії (2010 р.) зафіксувати в ч. 2 ст. 285 технологічну вимогу: «Процедура розслідування має закритий характер».

По-друге, в діяльності поліції мають бути злиті воєдино її *гласні* і *негласні* форми роботи. Якщо виходити з правильності *методологічної* засади нерозривної *єдності* феномена поліційної діяльності, вирішуваних нею завдань розкриття і розслідування кримінальних правопорушень, а також уживаних для цього сил і засобів, то тоді з цього випливають такі *технологічні* постулати: 1) перетворення оперативно-розшукової діяльності на безпосередньо продукційну силу (найважливіший засіб) «мегамашини» позасудового розслідування; 2) відмови від ідеології та практики розподілу функціонерів поліції за компетенцією на функціонерів *першого* (слідчі) і *другого* (оперативні працівники) гатунку; 3) відправлення до юридичного небуття виморочної ідеї їхньої «взаємодії», прийнявши на озброєння оргуправлінські схеми, засновані на організаційному, а не «паличному» підході до оцінювання роботи.

По-третє, діяльність поліції в розглядуваному плані має зазнавати впливу процесуальних ригоризмів лише мірою, яка дійсно є доконечною для регламентування засадничих питань її участі в готуванні кримінального позову; решта питань цілком успішно може бути врегульовано в законі України «Про Національну поліцію» та відомчих адміністративних актах.

6.1.5. Учасники досудового розслідування. Якщо, виходячи з того, що будь-яка цілеспрямована людська діяльність є *чиєюсь* діяльністю, тобто завжди є той, на кому вона здійснюється, хто відповідає за її справність та результати, то тоді під учасниками позасудового розслідування пропоную розглядати її *носії*, тобто тих *акторів* (функціонерів), які є суб'єктами публічного обов'язку діяти *ex officio* і відповідають за свої дії та рішення. Номенклатура місць даного гуртового ФМ має конструюватися відповідно до *засади розподілу й неперетинання функцій* носіїв діяльності позасудового розслідування.

Отже, якщо виходити з наведеного, вважаю за можливе прокреслити в структурі позасудового розслідування такі конкретні ФМ: «*управлінець*» + «*керівник*» + «*виконавці*». Немає потреби доводити, що в сучасних умовах усі згадані місця мають виповнюватися поліційним матеріалом – детективами відповідного рівня, «організованими» під відповідну посаду.

ФМ «Управлінець». Це функціональне місце мають посідати співробітники, призначені на посаду начальника «Служби кримінальних розслідувань» (СКР) територіального підрозділу поліції, який водночас є заступником начальника цього ж підрозділу. Функція «управління» поліційною діяльністю на позасудовому розслідуванні має, як на мене, полягати в здійсненні соціотехнічної діяльності *над* діяльністю «керівників» та «виконавців». Мова про те, що він має спрямовувати свої дії на діяльність підлеглих, не шкодуючи свого часу на міркування з приводу того, *як* він діє, *чому* він діє *так*, а не інакше, та як *іще* можна діяти; керівник, організатор, отже, мусить постійно *розмірковувати* [19, с. 47]. Інакше кажучи, головна функція «управління» має полягати в оперативному забезпеченні справності діяльності функціонерів нижчої ланки, тобто «керівника» та «виконавців».

Таким чином, «управлінець» на позасудовому розслідуванні має бути *sui generis* поліційним «директором» (гостріше – поліційним «прокурором»), якому підпорядковано діяльність підрозділу зі здійснення розслідувань кримінальних справ. Цілком відповідаючи за ефективність роботи

цього підрозділу, він так повинен здійснювати свої управлінські функції, щоб ухвалювались законні та обґрунтовані рішення з правових питань, а передовсім – щодо юридичної природи діяння, його кримінально-правної кваліфікації та причетності до його скоєння згодного винуватця.

До числа основних функцій «управління» треба, на мою думку, насамперед, віднести: 1) здійснення відомчого нагляду за додержанням законів та виконанням вимог відомчих нормативних документів; 2) розстановку сил і засобів; 3) організацію взаємодії між підрозділами детективів; 4) розгляд і вирішення скарг на дії та рішення його підлеглих у кримінальних справах.

ФМ «Керівник». «Керівником» діяльності позасудового розслідування в даному контексті має бути відповідний поліцейський детектив, котрий особисто очолює роботу спеціалізованої поліцейської групи (бригади), що здійснює дізнання, приймає матеріали до свого провадження і персонально відповідає за хід і результати дізнання, а також дії підлеглих йому детективів. Функція «керівника» передовсім полягає: 1) в організуванні роботи поліцейської групи детективів, результатом чого є організація детективів, спроможна справно здійснювати свою роботу; 2) постановка цілей і завдань детективам, а також контроль за їх виконанням; 3) управління діяльністю кожного з детективів. Отже, якщо «управління» в діяльності підрозділу детективів розглядати як специфічного поліцейського «директора», то в такому разі «керівника» можна трактувати як своєрідного «виконавця», на якого покладається основний тягар організації та здійснення поліцейських розслідувань.

ФМ «Виконавці». Як видно вже із самої назви цього функціонального місця, виконавцями є відповідним чином вишколені детективи, що входять до складу вже згадуваних груп (бригад) і безпосередньо здійснюють основний обсяг роботи в кримінальному провадженні в межах цілей і завдань, визначених їй «керівником». Спеціально зазначу, що вони здійснюють свою поліцейську роботу на основі засади обов'язку виконувати всі законно видавані «керівником» у межах його компетенції вказівки й доручення до підготовчого (досудового) провадження, здійснюваного в організаційно-процесуальній формі поліцейського дізнання¹¹.

Поліцейська активність «виконавців» може обмежуватися відомою управлінською максимомою «не чинити самому те, що за тебе ліпше може зробити хтось інший», або ситуаційно коригуватися «керівником». Діяльність поліцейських груп (бригад) із кримінальних розслідувань має розрізнятися залежно від того, чи діють вони в справі *in rem* чи то *in personam*. Діяльність поліцейських груп (бригад) здійснюється за оргуправлінською схемою: «начальник (управлінець + керівник) думає, вирішує та відповідає, адже *minima non curat praetor*, а підлегли (виконавці) завше є в акції, думаючи, як раціональніше виконати доручене від нього».

Якщо поліція діє в справі *in rem*, тобто в ситуаціях, коли невідома постать згодного винуватця, тоді група здійснює «вступне дізнання», результатом якого має бути розкриття злочину, тобто встановлення на підставі поліцейських матеріалів особи, що скоїла розслідуваний злочин. У цьому контексті хотів би підкреслити, що в запропонованій оргсхемі «поліцейського дізнання» поліція, як цього вимагає засада невідворотності юридичної відповідальності, повинна постійно працювати над розкриттям правопорушення аж до моменту встановлення винуватця або спливу часу притягнення до кримінальної відповідальності¹². У ситуації дій

¹¹ Я спеціально наголошую, власне, на цій формі, а не, скажімо, «прокурорському розслідуванню» чи то «прокурорському дізнанню». Річ у тім, що з діяльнісного погляду прокурор, тобто «організованість» однієї професійної діяльності (прокурорської), ніколи не може бути функціональним місцем іншої, в даному разі, поліцейної (адміністративної) діяльності. Тому навіть якщо йому декретувати виконання функції процесуального керівництва діяльності поліції з розкриття й розслідування кримінальних правопорушень, користаючи з власних владних повноважень, він успішно перекладатиме реальну роботу на плечі поліції, як, приміром, це чинить прокурор у ФРН [20, с. 418–419]. До речі, як переконливо доводять результати дослідження ролі прокурора на досудовій стадії вітчизняного кримінального процесу, нормативна модель прокурора як процесуального керівника і практика її реалізації – дві великі різниці [21].

¹² У цьому плані, гадаю, доречно згадати досвід наполегливої і відповідальної роботи поліції штату Флориди (США), яка спромоглась 2017 р. розкрити навмисне вбивство Марлен Воррен, скоєне 1990 р. такої собі Шейлою Кін, тобто через 27 років. Це прекрасна ілюстрація до того, що колішатка машини поліцейського розслідування мають постійно обертатися, а не брати процесуальні тайм-аути на довгі роки... [22].

поліції *in personam*, тобто коли вже на початку кримінально-процесуальної діяльності виникає постать запідозрюваного, або коли вона з'являється за результатами «вступного дізнання», група (бригада) здійснює подальше методичне, послідовне й розгорнене доказування всіх фактів і обставин кримінальної справи в межах «завершувального дізнання».

Ефективність діяльності поліцейських груп (бригад) із кримінальних дізнань, крім наведеного чинника, тобто їх *спеціалізації* за *in rem* або *in personam*, також суттєво залежить і від їхньої строгої спеціалізації за категоріями правопорушень. Після того, як поліція завершила свою роботу, виготовлений нею продукт – матеріали дізнання, організовані *логікою* предмета доказування і правовою *позицією* поліції щодо його судової перспективи, має неодмінно бути підданий ретельному неупередженому дослідженню та юридичному оцінюванню на предмет можливості порушення кримінального позову, а отже, і його успішного розгляду *in merito* в суді.

Для цього, на мою думку, матеріали поліцейського дізнання мають потрапити на *технологічний конвеєр* іншої – *процесуальної* – діяльності прокурорів «Служби державних обвинувачень» (СДО), яка має прийти на місце сьогоденної *неефективної* державної структури, якою є *система прокуратури* України. Отримавши від поліції матеріали завершеного дізнання разом зі стислим *поліцейським звітом*, в якому узагальнено його хід та результати, відповідний прокурор вивчає їх, а потому – за наявності *prima facie* достатніх юридичних підстав – складає *процесуальний* документ (обвинувальний акт, обвинувальний висновок тощо). Іншими словами, прокурор порушує *державне обвинувачення*, яке відтак він особисто обстоюватиме в суді. Якщо згаданий прокурор матиме претензії до поліцейського продукту, то тоді він повертає ці матеріали поліції для проведення *додаткового дізнання*. У цьому разі його вказівки мають *обов'язковий характер*, тому в разі незгоди з ними керівник «Служби кримінальних дізнань» не має права оскаржити їх перед суддею до справ кримінальних дізнань. Таким чином, прокурор «Служби державних обвинувачень» – на відміну від сучасного європейського прокурора – не має яких-небудь *наглядових повноважень* щодо діяльності груп (бригад) «Служби кримінальних дізнань» поліції. На мою думку, цілком вистачить добре продуманого і відлагодженого *відомчого контролю*, а також *судового контролю* у формі *інтервенцій* спеціального судді до справ кримінальних дізнань, який розглядатиме скарги на дії та рішення поліції¹³. Подібний підхід, гадаю, може сприяти забезпеченню потрібного рівня об'єктивізму в діяльності прокурора СДО¹⁴. Але, як мені видається, в *системі* контролю за діяльністю поліції на першому місці – і я на цьому наголошую – передовсім має бути створена розвинена система контролю за діяльністю поліції з боку *громадянського суспільства*.

¹³ Як пишуть французькі дослідники Ж. Дерожі та Ж-М. Понто, характеризуючи відмінності між англосаксонським і континентальними процесами, «в голові французького юриста звичайно цілком не укладається одна обставина: поліція розслідує справу геть самостійно і без жодного контролю зі сторони прокуратури. Сама бо думка про те, що поліціант може обманювати або запроваджувати в блуд суддю, є настільки обурливою, що видається абсурдною» [23, с. 490–674].

Повертаючись до нашого вітчизняного наглядового контексту, так і кортить згадати народне: сім баб, сім рад, а дитя безпупе ...; гадаю, що П.Л. Фріс і А.Ю. Малєєв таки мали рацію, стверджуючи 2002 р: органи прокуратури належно ніколи не виконували й не виконують сьогодні функції нагляду за діяльністю органів боротьби із злочинністю. [24, с. 11–17].

¹⁴ На мою думку, цілком слушно – з діяльнісного підходу – стверджується в американській доктрині і практиці, що найголовнішим з основних засад змагальної системи є те, що вона вимагає чіткого розмежування між активною функцією – розслідуванням та збиранням доказів і пасивнішою – розглядом доказів та виробленням рішення в справі; хто виробляє рішення й збирає докази, позбувається неупередженості через активну роль у розслідуванні справи. Як далі слушно підкреслює В. Бернхем, причетність будь-кого до висунення версії породжує в нього підсвідоме прагнення добирати дальшу інформацію на підтвердження цієї версії та уникати інформації, яка суперечить їй. Крім того, кожному з нас, із суддями долучно, притаманне бажання бачити те, що ми хочемо чи сподіваємося побачити [25, с. 85].

З наведеного, як на мене, впливають такі, зокрема, **висновки**:

1) інститут «слідство» має стати винятковим доменом судового процесу під постаттю «судового слідства», тому з кодексового лексикону треба вилучити аж так любий нашому серцю термін «слідчий», а його місце має заступити коротеньке і цілком зрозуміле в цілм світі поняття «поліція»¹⁵;

2) організаційно-правовою *формою* організації діяльності поліції в кримінальних провадженнях має стати інститут *поліційного дізнання*, структурованого в межах мінімальних законодавчих і урядових регуляцій на «вступне» та «завершувальне» дізнання¹⁶.

6.1.6. **Засоби діяльності** на досудовому провадженні. Якщо виходити з вимог уже згадуваної засади *інквізиційності* досудового провадження, то під засобами діяльності на досудовому провадженні пропоную розуміти *сукупність усіх* використовуваних сучасною поліцією засобів, *ефективність* яких доведено передовою практикою розкриття й розслідування злочинів, питання доцільності, форми і способу використання яких для вирішення завдань визначається поліцією *ситуаційно*. Іншими словами, поліція в кожному конкретному випадку сама має вирішувати, який засіб діяльності їй вигідніше використовувати для вирішення конкретного завдання розслідування. Запропонований підхід до питання засобів діяльності поліції на досудовому провадженні виходить із засновку, що вся *конструкція* досудового розслідування має бути побудована на ідеї послідовного проведення його *деформалізації*, тобто *зменшенні* залежності поліції від кількості нормативних ригорів і ступеня їхньої регламентації з одночасним наданням законодавцем поліції більших *диспозитивних* можливостей. Сама ж вимога проведення деформалізації досудового розслідування зумовлена, *по-перше*, сумнозвісною *праксеологічною несправністю* теперішньої мегамашини вітчизняного досудового розслідування, яка радше дисфункціонує, ніж функціонує, *по-друге*, трендом сучасного європейського «мішаного» кримінального процесу є практика визнання юридичними доказами лише процесуальні «організованості», сформовані *в суді*, де сторона обвинувачення має довести насамперед належність доказів, а також брак порушень *конституційних* прав і свобод громадянина в перебігу одержання, а, *по-третє*, щораз, то більшим впливом на діяльність поліції результатів розвитку *інформаційних технологій*, які відкривають для неї небачені можливості.

Щоб сенс цих теоретичних рефлексій був би більш зрозумілим, звернімось, для прикладу, до поліційних *практик*, пов'язаних із реєструванням інформації про правопорушення, а також протоколювання перебігу та результатів слідчих дій. Отже, якщо здійснити їхню *деформалізацію*, то перша з цих дій може бути представлена *поліційною процедурою*, в межах якої співробітниками спеціального підрозділу детективів здійснюється: (1) *обов'язкова* реєстрація *всіх* інформацій про згодні правопорушення в регіональному (обласному) державному реєстрі заяв і повідомлень про правопорушення; (2) *перевіряння* інформації в *розумний* термін (до 10-х діб) тими засобами, які поліція вважає за *доцільні* в конкретній ситуації на предмет виявлення обставин, що можуть свідчити про вчинення правопорушення; (3) *селекція* найбільш

¹⁵ Наприклад, § 1 ст. 298 КПК Польщі з 1997 р. лише лаконічно окреслює: підготовче провадження здійснює прокурор, а в передбаченому законом обсязі – поліція. У випадках, окреслених законом (ст. 312 КПК – В. Г.), повноваження поліції належать іншим органам. Як бачимо, немає жодної згадки про «слідчих».

¹⁶ Діяльність поліційних груп (бригад) з розслідування являє собою певну специфікацію діяльності з проектних розробок, а вони вимагають «командної» форми організації дій їх учасників. Як пише в цьому контексті відомий методолог А.П. Зінченко, команда – це одна з форм групової організації людей. Така абстракція, як «одна людина», особистість, індивідуум, є абстракція кепська. Її вигадали років двісті тому для супроводу природничо-наукового підходу й роботи в схемах типу «суб'єкт – об'єкт». У команді бо головним є люди, вона «кріпиться» на них, організаційні структури є вторинні. Команда, скріплена духом і волею людей, може в ході свого існування вживати будь-які організаційні форми та змінювати їх по ситуації. Цільові дії в бригаді не можуть бути нормовані, вони завжди диктуються умовами ситуації і тим, що команда може, а може вона те, що можуть тіла, які входять до неї. Команда – це одна з форм визволення людини з царини технологізованої діяльності. Див. його: [26, с. 56–57].

перспективних правопорушень у плані розкриття та/або судової перспективи¹⁷; (4) *реєстрація* останніх в Єдиному реєстрі досудових розслідувань; (5) інформування заявників про рішення поліції по суті їхніх звернень. Інакше кажучи, це має бути *спеціальний* напрям *рутинної* роботи поліції, коли одні детективи пораються інформацією про правопорушення, а інші – роботою з розкриття й розслідування правопорушень.

Якщо ж мова про *протоколювання* як головний спосіб фіксації ходу й результатів слідчих дій, то в плані їхньої деформалізації вважаю за можливе запропонувати концепт «*обігрунтованої протокольної потреби*», відповідно до якого протокол складатиметься поліцією лише тоді, коли, *по-перше*, здійснюються процесуальні дії, санкціоновані суддею-магістратом (наприклад, обшук), *по-друге*, в разі проведення так званих «неповторних» процесуальних дій¹⁸ і, *по-третє*, коли оцінка судової перспективи проходження справи вимагає від поліції складання протоколу; в решті бо процесуальних ситуацій поліція має право сама вирішувати, до якого способу фіксації їй доцільніше прибигати. Щодо самої процедури проведення слідчих дій, то вона, з одного боку, має бути мінімально *формалізованою*, а з другого, в законі України «Правила про докази в судах України» мають бути встановлені *доказові заборони*, факт порушення яких слугував би судові підставою визнавати поліцейні матеріали недопустимими для їхньої трансформації в докази «судові». Одночасно треба зауважити, що ті слідчі дії, які можуть повторно здійснюватися в суді й процедура яких врегульована нормами КПК, поліція має провадити, зважаючи на ці вимоги, підлаштовуючись під судові стандарти.

5.1.7. **Продуктом діяльності** досудового провадження є кримінальний позов, оформлений обвинувальним актом, зміст якого спирається на додані до нього доказові поліцейні матеріали.

6.2. Судове провадження.

6.2.1. Якщо об'єктом детективної діяльності поліції є ситуація як те, що порушує узвичаєний плін життя або встановлений соціальний лад, то для діяльності судді (суду) *об'єктом* буде очікуваний результат реагування поліції на ситуацію, тобто вже згадуване вище *стверджувальне судження* обвинувальної влади про *підставність* учиненого нею кримінального позову. Згадане судження лежить в основі правової позиції сторони обвинувачення й послідовно обстоюється нею в судовому процесі. Зрозуміло, що природною реакцією на це судження зі сторони оборони має бути формування нею відповідного *заперечувального* судження, яким повністю або частково відкидається (заперечується, спростовується) підставність учиненого прокуратурою кримінального позову. Таким чином, виникає ситуація юридичної суперечки між сторонами обвинувачення й оборони, яка і має бути вирішена незалежним арбітром – судом.

5.1.2. **Метою** діяльності суду, на мою думку, має бути *юридично коректне*, тобто таке, що відповідає вимогам засади *верховенства права* (ст. 8 КПК) й сучасних стандартів правосуддя, *вирішення* по суті претензій держави до її громадянина, викладених у кримінальному позові. Як на мене, запропоноване визначення мети судової діяльності відповідає головним вимогам до мети будь-якої людської діяльності, тобто її *конкретності* (визначеності), *реальності* й *відповідності* призначенню (функції) цієї діяльності. Тому в цьому плані я поділяю *прагма-*

¹⁷ Матеріали по решті правопорушень мають бути поставлені на спеціальний оперативний облік і можуть бути актуалізовані в разі зміни ситуації, а відтак і зареєстровані в ЄРДР. Як можна побачити, деформалізація дозволяє: (1) мати в масштабі країни повну інформацію про реальну *кількість звернень* до поліції про вчинені правопорушення; (2) *раціонально* витрачати завжди обмежені *ресурси* поліції, концентруючи зусилля її детективів на роботі із серйозними правопорушеннями, які мають високу суспільну вагу й резонанс; (3) *контролювати* (в тому числі й громадянському суспільстві) реальну роботу поліції з усіма матеріалами, як внесеними до ЄРДР, так і не внесеними до нього.

¹⁸ Мова про ті з них, які неможливо повторити ані в підготовчому, ані в судовому провадженні, а відомості, почерпнуті з їхньої допомоги, можуть служити єдиною об'єктивною основою для встановлення шуканих фактів і обставин кримінального провадження. До них можна, зокрема, віднести: огляд місця події, огляду трупа, його експертизу, обшук, експеримент.

тичну позицію знаного американського адвоката А.М. Дершовица, який зазначає: якщо вам потрібна справедливість, не прибігайте до системи кримінального правосуддя – вона цим не порадить; її завдання не в тому, щоб досягти справедливого результату, а в тому, щоб досягти *юридично коректного результату* [27]. Своєю чергою російська дослідниця А. Новикова, вивчаючи питання практики так званих *сурогатних* виправдувальних вироків, висловлює не менш *реалістичну* думку: *ідеалізація* судів обивателями ґрунтується на ідеї, що суд – це інститут досягнення соціальної справедливості, те місце, де намагаються з'ясувати проблему. Але в реальності оказується, що судовий процес оперує *іншим* поняттям справедливості, де остання – це слідування приписаним *процедурам*, які ґрунтуються на законі й підкріплені документами [28]¹⁹.

5.1.3. Як **вихідний матеріал** діяльності суду можна розглядати сукупність доказової інформації (фактичних даних), одержану в перебігу формування кримінально-судових доказів у трикутнику правовідносин «суд – сторона обвинувачення – сторона захисту». Суд, діючи саме на цій інформаційній основі, формує власну правову позицію по суті кримінального й цивільного позовів й *обґрунтовує* свої процесуальні рішення.

5.1.4. В основу **способу** організації діяльності суду може бути покладена вже згадувана вище засада *арбітральності* як засіб правової організації юридично *коректного* й одночасно *раціонального* розв'язання кримінальних правових конфліктів у суспільстві. Організація судового процесу на підставі цієї засади має спрямовувати обвинувальну владу на пошук можливості звернення, передовсім, до процедур відновлювального правосуддя. І лише в разі недосягнення сторонами процесуального компромісу суд має «запустити» змагальну процедуру як засіб обстоювання сторонами власних правових позицій. Але навіть і в цьому разі суд як процесуальний посередник має «підводити» сторони до пошуку компромісного рішення, яке б зменшило гостроту розглядуваного кримінального правового конфлікту. Інакше кажучи, змагальність – це *ultima ratio*, до якого вимушено прибігає суд, коли консенсуальні процедури на досудовому провадженні не увінчалися успіхом.

5.1.5. **Учасниками** судового провадження є *суд і сторони*. Суд у судовому процесі здійснює функцію процесуального *арбітра*, який, зберігаючи об'єктивність та неупередженість, створює необхідні умови для реалізації сторонами їхніх процесуальних прав та виконання процесуальних обов'язків (ч. 6 ст. 22 КПК), реалізує свої повноваження, визначені ст. 321 КПК – *керує* ходом судового засідання, *забезпечує* додержання послідовності та порядку вчинення процесуальних дій, здійснення учасниками кримінального провадження їхніх процесуальних прав і виконання ними обов'язків, *спрямовує* судовий розгляд на забезпечення з'ясування всіх обставин кримінального провадження, усуваючи із судового розгляду все, що не має значення для кримінального провадження, а також *вживає* необхідних заходів для забезпечення в судовому засіданні належного порядку. *Сторонами* процесу будуть, як на мене, ті учасники, які відповідно до засади розподілу процесуальних функцій виконують функції *кримінального позивача* (прокурор і потерпілий) і *кримінального відповідача* (обвинувачений), а решта учасників у такому разі будуть діяти або *на стороні* обвинувачення, або захисту в межах їхнього процесуального статусу. Сторони, таким чином, виступають у процесі від власного *імені*, мають правовий *інтерес* у справі, яка є «їхньою» справою, а також мають *рівні* процесуальні *можливості* (засада рівності процесуальної зброї – «equality of arms» чи «l'égalité des armes») обстоювати в суді рації власних правових позицій. Крім того, як слушно зазначає М. Гвоздицька, сторони, щоби *бути* стороною, мають посідати: (1) *процесуальну*

¹⁹ Не менш різко висловлюється із цього приводу й знаний український адвокат О. Єфімов, який заявляє: «...поки ми змагатимемося в судах в доказуванні кожен свого, доти у нас в судових процесах будуть переможці і переможені. А це означає, що для переможеного рішення завжди буде несправедливим і не-об'єктивним. Або ж він не вважатиме себе переможеним. Тож, як на мене, говорити про справедливість у судах – це цинізм. Незалежно від рівня та форми демократії у суспільстві» [29].

здатність, тобто здатність виступати в процесі кримінальним позивачем або відповідачем, (2) *здатність* виконувати *процесуальні дії* особисто або через представника, (3) *процесуальну легітимність*, тобто правову можливість бути конкретною стороною в конкретному судовому процесі [30].

5.1.6. **Засобами діяльності** суду є сукупність юридичних діяльнісних «організовано-стей» – конституційних *засад судочинства*, *засад* судового провадження, виконання вимог *належної правової процедури* розгляду кримінальної справи, *норм* процесуального і матеріального кримінального права, *процесуальних дій і рішень суду*, слідчих судових *дій*, кримінальних судових *доказів*, *правових позицій* ЄСПЛ та ВС України в *конкретних* справах *etc.* Засоби діяльності суду створено для забезпечення *праксеологічно справно*го вирішення його *конкретних* практичних завдань. Наприклад, засади судового провадження можуть бути ефективним засобом ухвалення процесуальних рішень і розв'язання правових невизначеностей, судові слідчі дії – засобами формування кримінальних судових доказів, а процесуальні рішення – засобами забезпечення ефективності діяльності суду і сторін.

5.1.7. **Продуктом діяльності** суду в межах пропонованої концепції кримінального процесу доречно розглядати *юридично коректне* розв'язання по суті кримінального процесуального позову або іншої правової суперечки між сторонами процесу. Згадана юридична коректність має досягатися бездоганним слідуванням суду велінням, дозволам і заборонам норм матеріального і процесуального кримінального права, а також прецедентній практиці ЄСПЛ і ВС України.

Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі. Викладені міркування, безумовно, не є вільним від контрверсійних моментів, ба більше – від помилок, тому автор буде вдячний за всі конструктивні критичні зауваження з боку вітчизняної процесуальної громади, які сприятимуть подальшій роботі, по-перше, над удосконаленням запропонованого теоретичного концепту кримінального процесу як діяльності суду з розв'язання юридичних суперечностей, а, по-друге, – над змінами парадигми доказування в кримінальному процесі.

Список використаних джерел:

1. Чеканов В.Я. Уголовное судопроизводство как целостная система. Вопросы уголовного процесса. Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1979. Вып. 2. С. 26–35.
2. Полянский Н.Н. Очерки общей теории уголовного процесса. М.: Т-во «Право и Жизнь», 1927. 127 с.
3. Тагер А.С. О предмете и пределах науки об уголовном суде. Право и Жизнь. М., 1924. Кн. 1. С. 50–74.
4. Томин В.Т. Понятие цели советского уголовного процесса. Правоведение. 1969. № 4. С. 65–70.
5. Александров А.С. Каким не быть предварительному следствию. Гос-во и право. 2001. № 9. С. 54–62.
6. Александров А.С. Язык уголовного судопроизводства: автореф. дисс. ... докт. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Уголовный процесс, криминалистика и судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность». Нижний Новгород, 2003. 56 с.
7. Александров А.С., Александрова И.А. Уголовный Кодекс + Уголовный Процесс = Уголовное право. URL: <http://www.iaaj.net/node/2136>
8. Вершинина С.И. О проблемах совершенствования уголовной юстиции (уголовного правосудия) в системе современного уголовного судопроизводства. URL: <http://www.iaaj.net/node/412>

9. Вершинина С.И. К вопросу о соотношении уголовно-процессуальной и правоохранительной деятельности. Вектор науки ТГУ. Сер. «Юридические науки». 2012. № 1 (8). С. 17–19.
10. Верещагина А.В. Назначение уголовного судопроизводства: ретроспектива теоретического обоснования и легального закрепления. Право и политика. 2015. № 9. С. 1314–1323.
11. Демидов И.Ф. Реструктуризация уголовного судопроизводства: (концепция как гипотеза). Гос-во и право. 2012. № 1. С. 33–42.
12. Доля Е.А. О реструктуризации уголовного судопроизводства (концепции как гипотезе): критический анализ. Гос-во и право. 2012. № 11. С. 24–35.
13. Машовец А.О., Балалаева М.В. О судебной криминалистике и судебном доказывании по уголовному делу. Вестник Самарского юридического института: Научно-практический журнал. 2015. № 2 (16). С. 39–44.
14. Клочков В.В. Знание и невежество в юридической науке. Известия Южного федерального университета. Технические науки. 2008. № 10 (87). С. 144–151.
15. Щедровицкий П.Г. Как современный управленец формирует картину мира. Цикл лекций в НИТУ МИСИС. Москва, 2010–2011. URL: <https://gtmarket.ru/library/articles/5547>
16. Никитаев В.В. Проблемные ситуации уголовного процесса и юридическое мышление. Состязательное правосудие. Труды научно-практических лабораторий. М.: Изд-во Международ. ком. содействия правовой реформе, 1996. Вып. 1: Ч. 2. С. 251–308.
17. Карнозова Л.М. Гуманитарные начала в деятельности судьи в уголовном процессе. М.: Проспект, 2004. 92 с.
18. Шумило М.Є. Поліційна і кримінально-процесуальна діяльність: на стику минулого та сучасного. Вісник Академії адвокатури України. 2015. Т. 12. № 2. С. 223–234.
19. Щедровицкий Г.П. Методология и философия организационно-управленческой деятельности: основные понятия и принципы. Курс лекций. Из архива Г.П. Щедровицкого. ОРУ (2). М., 2003. Т. 5. 285 с.
20. Головки Л.В., Гуценко К.Ф., Филимонов Б.А. Уголовный процесс западных государств. М.: Зерцало-М, 2001. 480 с.
21. Звіт за результатами дослідження «Роль прокурора на досудовій стадії кримінального процесу». 35 с. URL: https://issuu.com/irf_ua/docs/prokuror_210_270
22. В США спустя 27 лет раскрыли дело загадочного клоуна-убийцы. URL: racurs.ua/n94632-v-ssha-cherez-27-let-raskryli-delo-zagadochnogo-klouna-ubiycy-foto
23. Дерожи Жак, Понто Жан-Мари. Расследование тайных дел. М.: Прогресс, 1989. 688 с.
24. Фріс П.Л. Малєєв А.Ю. Питання реформування кримінально-процесуального законодавства України та забезпечення рівності учасників кримінального процесу. Адвокат. 2002. № 1. С. 11–16.
25. Бернхем В. Вступ до права та правової системи США. К.: Україна, 1999. 554 с.
26. Зинченко А.П. Введение в предмет «Проектировочная мыследеятельность». Тольятти: Междунар. акад. Бизнеса и банковского дела, 1999. С. 56–57.
27. Абаринов В. Вердикт Кейси Энтони и споры об американском правосудии. URL: <https://www.svoboda.org/a/24261330.html>
28. Новикова Асмик. Практика суррогатных оправдательных приговоров. URL: www.true-justice.net
29. Єфімов О.М. Справедливих рішень не буває! URL: yefimov.com.ua
30. Gwoździcka-Piotrowska M. Pojęcie strony procesu karnego w aspekcie prawa międzynarodowego i wewnętrznego. Przegląd Naukowo-Metodyczny. Edukacja dla Bezpieczeństwa, 2009. № 2. S. 98–104.

С. О. Гриненко, кандидат юридичних наук,
завідувач спеціальної кафедри № 2
Інституту підготовки юридичних кадрів для
Служби безпеки України Національного
юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВИКОРИСТАННЯ НЕГЛАСНИХ МЕТОДІВ ОТРИМАННЯ ІНФОРМАЦІЇ

У статті розглянуто стан законодавства, яке регламентує застосування негласних методів отримання інформації вповноваженими державними органами. Досліджено співвідношення негласних слідчих (розшукових) дій з оперативно-розшуковими заходами як поняттями, які позначають застосування негласних методів отримання інформації в межах різних видів діяльності державних органів.

Ключові слова: кримінальний процес, оперативно-розшукова діяльність, контррозвідальна діяльність, розвідальна діяльність, негласні слідчі (розшукові) дії, оперативно-розшукові заходи.

S. O. Grynenko. Legal regulation of use of secret methods of information receiving

The article is about condition of the law, which regulates the use of secret methods of information receiving by authorized state bodies. Researched the relation of secret investigative procedures with operative-search procedures as concepts that denote the use of secret methods of information receiving within the various activities of public bodies. Concluded that the definition of the concept of operative-search activity in the law is imperfect and the secret investigators procedures actions and operational-search procedures is identical. The secret methods of information receiving are an instrument, which can be used for tasks of the criminal procedure, operative-search activity, counter-intelligence and intelligence activities. The essence of these methods doesn't change depending on the type of activity. The main differences subsist at the purpose of using the results. It is proposed to improve the legal regulation of secret methods of information receiving by fixing in a special law their unique name, general rules on obtaining permits and using their results.

Key words: criminal procedure, operative-search activity, counter-intelligence activities, intelligence activities, secret investigative procedures, operative-search procedures.

Постановка проблеми. Довгий час як у юридичній науці, так і в практиці правоохоронної діяльності залишалася домінуючою позиція, відповідно до якої застосування негласних методів отримання інформації є виключною прерогативою підрозділів, що вповноважені здійснювати оперативно-розшукову діяльність (далі – ОРД). Утім, еволюція поглядів на це питання поступово просуvalась у напрямку визнання ОРД частиною кримінально-процесуальної діяльності й регламентації її в кримінально-процесуальному законодавстві [4, с. 73–78; 5; 10, с. 331–422]. Проте недосконалий підхід до визначення ОРД, який закріплений у базовому законі, відсутність несуперечливої, загальноприйнятої концепції щодо сутності та системи оперативно-розшукових заходів, співвідношення завдань і повноважень оперативних підрозділів різних відомств із кримінально процесуальною діяльністю закладають системні вади в регулювання застосування негласних методів отримання інформації вповноваженими державними органами, що знижує ефективність їх використання, і гальмують удосконалення законодавства в цій сфері. Ця проблема загострилася з прийняттям Кримінального процесуального кодексу України, яким упроваджено інститут негласних слідчих (розшукових) дій (далі – НСРД), що співіснує з давно відомим національному законодавству поняттям оперативно-розшукових заходів.

© С. О. Гриненко, 2018

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблеми правового регулювання оперативно-розшукових заходів, НСРД і їх співвідношення були предметом досліджень таких фахівців, як О.А. Білічак, М.Г. Вербицький, Н.П. Водько, В.О. Глушков, Ю.М. Грошевий, В.А. Колесник, С.С. Кудінов, А.О. Ляш, Є.Д. Лук'янчиков, Б.Є. Лук'янчиков, Д.Й. Никифорчук, В.Л. Ортинський, Д.П. Письменний, М.А. Погорєцький, В.Д. Пчолкін, І.В. Сервецький, Д.Б. Сергєєва, М.О. Сергатиї, Є.Д. Скулиш, В.І. Сліпченко, О.Д. Узкий, В.О. Чертков, О.М. Чистолінов, Д.А. Чухраєв, В.В. Шендрик, Р.М. Шехавцов, М.О. Шилін, М.Є. Шумило, О.М. Юрченко й ін.

Метою статті є обґрунтування підходів до регулювання в національному законодавстві негласних методів отримання інформації вповноваженими державними органами.

Виклад основного матеріалу. Першим кроком на шляху до зближення ОРД і кримінальної процесуальної діяльності стало внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України 1960 р., якими було передбачене право слідчого проводити такі слідчі дії, як накладення арешту на кореспонденцію й зняття інформації з каналів зв'язку, а також огляд і виїмка кореспонденції та дослідження інформації, знятої з каналів зв'язку. Подальший розвиток ця концепція отримала в Кримінальному процесуальному кодексі України 2012 р. (далі – КПК). Заходи з негласного отримання інформації отримали назву негласних слідчих (розшукових) дій і були закріплені в окремій главі як один із засобів збирання доказів, результати яких можуть використовуватися в доказуванні на тих самих підставах, що й результати проведення інших слідчих (розшукових) дій.

На етапі розроблення проектів нового КПК говорилося про «процесуалізацію» ОРД аж до повного її поглинання кримінальним процесом. Мотивом для цього є розуміння оперативно-розшукової діяльності як такої, що має спільні з кримінальною процесуальною діяльністю завдання: виявлення, документування, розкриття злочинів, а як наслідок – забезпечувальний характер щодо кримінального судочинства [10, с. 331–422].

Слід відзначити, що нерозривний зв'язок ОРД і кримінального процесу ніколи не ставився під сумнів. Про це свідчить генеза наукових поглядів зі вказаного питання, яка дуже ґрунтовно висвітлена в працях сучасних учених [8]. Останні дослідження, присвячені природі ОРД, також підкреслюють цю обставину. Так, М.П. Водько зазначає, що ОРД являє собою самостійний особливий вид державно-правової діяльності, основним змістом і характерною рисою якої є її розвідувально-пошукова сутність, призначена для виявлення, попередження, припинення кримінальних правопорушень, а також розшуку злочинців [3, с. 225]. При цьому в наукових джерелах звертається увага на те, що виділення оперативно-розшукової діяльності як окремого виду діяльності поряд із кримінальним процесом є нехарактерним для країн Європи та США, де розшукові заходи є частиною повноважень особи, яка розслідує кримінальні правопорушення [7, с. 36–37; 8, с. 85–89]. Також зазначається, що в країнах Заходу, як правило, не існує єдиного базового нормативно-правового акта, у якому були б визначені всі принципи питання проведення оперативно-розшукових заходів. Правове регулювання застосування оперативно-розшукових заходів здійснюється великою кількістю законів і підзаконних (зокрема й відомчих) нормативно-правових актів, що нерідко утруднює їх застосування в практиці правоохоронних органів [3, с. 78–79; 7, с. 45]. З урахуванням цього вітчизняний досвід унормування оперативно-розшукової діяльності, пов'язаний з існуванням базового закону, є, на наш погляд, досить прогресивним. У той же час сам закон не позбавлений недоліків.

У результаті реформ більш помітною подією, ніж «процесуалізація» ОРД, стало надання суб'єкту досудового розслідування – слідчому – права здійснювати заходи, які до цього були винятковою прерогативою оперативних підрозділів, а точніше – частину цих заходів.

Новий КПК було прийнято, але Закон України «Про оперативно-розшукову діяльність», хоча й зі значними змінами, продовжує діяти. При цьому, уповноважуючи оперативні підроз-

діли застосовувати негласні методи отримання інформації, цей Закон утілює їх у формі «оперативно-розшукових заходів», але в частині визначення їх змісту, порядку отримання дозволів на проведення й інших питань відсилає до КПК.

Аналізуючи сутність НСРД і їх співвідношення з оперативно-розшуковими заходами (далі – ОРЗ), переважна більшість науковців указує на їх гносеологічну ідентичність і єдині методи, на яких вони базуються. Слід зазначити, що методи, які застосовуються в НСРД, є тотожними методам оперативно-розшукової діяльності [2, с. 11, 13; 6, с. 216–221; 9, с. 187–196; 11, с. 159–162; 12, с. 59–64]. У той же час відмінності в завданнях, для вирішення яких вони проводяться, правовий статус суб'єктів, сфери здійснення, характер правовідносин дають окремим науковцям підстави говорити про відособленість НСРД від ОРД [9, с. 195].

Позитивним моментом стало те, що негласні заходи з отримання інформації дійсно отримали більш детальну процедурну регламентацію, а також розширили інструментарій слідчого. Негативним стало те, що одні й ті самі за змістом заходи залежно від суб'єкта та виду діяльності отримали різну назву, деякі відмінності в правовому режимі проведення та використанні результатів. У літературі справедливо вказується на неприпустимість існування двох різних термінів, що позначають одні й ті самі заходи («негласні слідчі (розшукові) дії» й «оперативно-розшукові заходи») [3, с. 135; 12, с. 59].

На наш погляд, є всі підстави погодитися з тим, що НСРД є аналогом оперативно-розшукових заходів, а введення інституту НСРД є не чим іншим, як наданням слідчому права проводити (організовувати) оперативно-розшукові заходи для вирішення завдань кримінального судочинства. При цьому немає підстав говорити про наділення слідчого оперативно-розшуковими функціями, адже, на наш погляд, функція – атрибут певного виду діяльності, яка не вичерпується одними лише засобами, що застосовуються для вирішення її завдань. У той же час ОРЗ є засобами, які можуть бути використані в різних видах діяльності без утрати своєї ідентичності залежно від завдань певної діяльності.

Не заглиблюючись у полеміку стосовно сутності й поняття спеціальних методів отримання інформації, які у вітчизняній науці й практиці історично здобули узагальнену назву «оперативно-розшукові заходи», зазначимо, що недосконалість українського законодавства у сфері їх регулювання часто призводить до того, що термін «оперативно-розшуковий захід» твердо асоціюється зі словосполученням «оперативно-розшукова діяльність». Недосвідченому спостерігачу може здатися, що суб'єкт, який проводить ОРЗ, автоматично є таким, що здійснює ОРД, хоча це не зовсім так.

Прийнятий у 1992 р. Закон України «Про оперативно-розшукову діяльність» став важливою віхою в розвитку національного законодавства в напрямку його гуманізації. Будучи першим законом, який заклав основу для діяльності всіх державних органів, які в силу їхніх особливих завдань використовують негласні методи отримання інформації, він мав забезпечити законність і дотримання прав людини під час реалізації відповідних повноважень оперативними підрозділами Міністерства внутрішніх справ, органів державної безпеки (які на той час поєднували функції боротьби зі злочинністю, контррозвідувальної діяльності й зовнішньої розвідки), розвідувального органу МОУ тощо.

Визначення ОРД, подане на той час у вказаному Законі, містило всеохоплюючий підхід. Воно мало врахувати потреби як боротьби зі злочинністю, так і розвідки й контррозвідки. Очевидно, воно відобразило стан панівної на той час наукової думки щодо сутності ОРД.

Минули роки, однак, незважаючи на численні суттєві зміни тексту закону (навіть концептуальні), прийняття окремих Законів «Про розвідувальні органи» (2001 р.), «Про контррозвідувальну діяльність» (2003 р.), Кримінального процесуального кодексу України (2012 р.), саме визначення ОРД і її завдання залишилися тими самими. Воно претендує на універсальність, а більшістю науковців ОРД визнається самостійним видом державної діяльності.

Відповідно до ст. 2 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» ОРД – це система гласних і негласних пошукових, розвідувальних і контррозвідувальних заходів, що здійснюються із застосуванням оперативних і оперативно-технічних засобів.

На перший погляд, розуміння зазначеної дефініції не викликає труднощів, але спроба створити зрозумілий для себе образ цієї діяльності, вникнути в її сутність лише на підставі цього визначення буде невдалою. Щоб зрозуміти сутність ОРД, необхідно врахувати завдання, на виконання яких спрямована оперативно-розшукова діяльність, а також з'ясувати зміст термінів, що входять до складу нормативного визначення.

Стаття 1 аналізованого нормативно-правового акта визначає, що завданням оперативно-розшукової діяльності є пошук і фіксація фактичних даних про протиправні діяння окремих осіб і груп, відповідальність за які передбачена Кримінальним кодексом України, розвідувально-підривну діяльність спеціальних служб іноземних держав і організацій із метою припинення правопорушень і в інтересах кримінального судочинства, а також отримання інформації в інтересах безпеки громадян, суспільства й держави.

Перше, на що необхідно звернути увагу під час ознайомлення із цією статтею, – це те, що основний зміст ОРД становить пошук і фіксація фактичних даних, тобто відомостей, які мають значення для виконання завдань, поставлених перед нею.

Указана стаття визначає завдання ОРД у досить загальних рисах. Аналіз Закону, зокрема статей, що визначають обов'язки органів, які проводять ОРД, підстави проведення ОРД і напрями використання її результатів дозволяють уточнити цей перелік. За чинним законом, ОРД спрямована на виконання низки завдань, які можна об'єднати в декілька позицій:

- 1) завдання у сфері боротьби зі злочинністю:
 - виявлення, попередження, припинення злочинів;
 - установлення осіб, які їх готують, учиняють або вчинили;
 - отримання фактичних даних, які можуть бути доказами в кримінальному провадженні;
 - викриття причин і умов, які сприяють учиненню злочинів, і профілактика правопорушень (їх усунення);
 - розшук осіб, що ухиляються від слідства, суду та відбуття кримінального покарання;
 - забезпечення безпеки працівників суду, правоохоронних органів, розвідувальних органів, їх близьких родичів, суб'єктів ОРД і учасників кримінального судочинства;
- 2) розшук осіб, які безвісно відсутні;
- 3) отримання розвідувальної інформації в інтересах безпеки суспільства й держави;
- 4) пошук і фіксація фактичних даних про розвідувально-підривну діяльність спеціальних служб іноземних держав;
- 5) перевірка осіб у зв'язку з їх допуском до державної таємниці й до роботи з ядерними матеріалами та на ядерних установках.

Необхідно врахувати, що перевірка осіб у зв'язку з їх допуском до державної таємниці й до роботи з ядерними матеріалами та на ядерних установках не передбачає проведення класичних оперативно-розшукових заходів. Ця діяльність проводиться в адміністративно-режимних цілях і полягає переважно в перевірці за різними інформаційними ресурсами й базами даних повноти й достовірності тих відомостей, які надає особа під час прийняття її на роботу на ядерних об'єктах або оформлення допуску до державної таємниці. Це завдання покладене на Службу безпеки України й фактично є елементом контррозвідувального режиму в державі. Небезпідставно це завдання багатьма авторами виділяється в окремий вид діяльності (перевірочна чи оперативно-перевірочна). Також із наведеного переліку дві позиції сьогодні є складовими частинами інших видів державної діяльності, які мають своє специфічне призначення й завдання й урегульовані окремими законами:

– пошук і фіксація фактичних даних про розвідувально-підкривну діяльність – елемент контррозвідувальної діяльності (Закон України «Про контррозвідувальну діяльність» (далі – КРД));

– отримання розвідувальної інформації – елемент розвідувальної діяльності (Закон України «Про розвідувальні органи» (далі – РД)).

Слід додати, що слова «розвідувальні та контррозвідувальні заходи» в нормативному визначенні поняття ОРД не є рівнозначними поняттям «контррозвідувальні заходи» та «розвідувальні заходи» стосовно контррозвідувальної й розвідувальної діяльності. Це лише різновиди оперативно-розшукових заходів залежно від їх спрямування [8, с. 155–169].

Ураховуючи зазначене, на наш погляд, незважаючи на зміни в законодавстві, слід визнати актуальним висновок М.А. Погорецького, який пропонує розглядати діяльність, передбачену чинним Законом України «Про оперативно-розшукову діяльність», як самостійний вид правоохоронної діяльності, метою якої є пошук і фіксація фактичних даних про протиправні діяння окремих осіб і груп, відповідальність за які передбачена КК України, їх установлення та розшук із метою попередження, припинення цих правопорушень, а також сприяння досягненню мети й завдань кримінального судочинства.

Тісний зв'язок завдань ОРД і кримінального процесу дав підстави низці науковців обґрунтовувати доцільність виділення окремої галузі права – кримінально-розшукового [1; 13]. Хоча зазначена концепція досить дискусійна, принаймні з погляду теорії права, найменування «кримінально-розшукова» більше відповідає змісту й завданням тієї діяльності, яка нині регламентована Законом України «Про оперативно-розшукову діяльність» (з урахуванням наведених вище застережень щодо її завдань).

Цей вид діяльності не може бути поглинутий кримінальним процесом через іманентність оперативно-розшуковій (кримінально-розшуковій) діяльності попереджувально-профілактичної функції, не властивій кримінальному провадженню [8, с. 169, 188]. Однак це не виключає можливість уповноваження слідчого (детектива) проводити окремі оперативно-розшукові заходи. Фактично нині ця ідея реалізована у вигляді повноваження слідчого проводити НСРД.

Аналіз Законів України «Про контррозвідувальну діяльність» і «Про розвідувальні органи» дає підстави для висновку, що оперативно-розшукові заходи застосовуються так само й для отримання інформації, необхідної для вирішення завдань цих видів діяльності, поряд з іншими видами заходів, характерними лише для них.

Таким чином, ОРЗ є одним із засобів, які застосовуються в межах діяльності по боротьбі зі злочинністю, контррозвідувальної й розвідувальної діяльності. Із прийняттям КПК 2012 р. частина ОРЗ у вигляді НРСД стала доступною й для слідчих під час кримінального провадження.

Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі. Можна констатувати, що використання однорідних специфічних методів отримання інформації здійснюється під час різних видів діяльності, які спрямовані на вирішення різних завдань:

- оперативно-розшукова діяльність;
- контррозвідувальна діяльність;
- розвідувальна діяльність;
- кримінальний процес.

Очевидно, що згадані методи мають характерні відмінності від класичних кримінальних процесуальних слідчих дій насамперед за рахунок необхідності дотримання принципу конфіденційності під час їх проведення (зазначимо, що «класичні», гласні слідчі дії використовуються лише в кримінальному судочинстві).

Автор виходить із того, що оперативно-розшукова (кримінально-розшукова), контррозвідувальна, розвідувальна діяльність і кримінальне судочинство є окремими видами діяльності вповноважених органів держави. Специфічні (негласні) методи отримання інформації є інструментом, який може використовуватися для виконання завдань кожного з них. Зміст і сутність цих методів не змінюється залежно від виду діяльності, основні відмінності полягають переважно в меті використання отриманих результатів.

Отже, на наш погляд, виправданим буде уніфікувати правове регулювання негласних методів отримання інформації, закріпивши їх єдине найменування, загальні положення щодо отримання дозволів і використання отриманих результатів в окремому законі. Особливості їх застосування в окремих видах діяльності можуть бути передбачені або в цьому самому законі як спеціальні норми, або в законах, що регламентують відповідний вид діяльності. Опрацювання зазначених питань є перспективою для подальших розвідок у цьому напрямі.

Список використаних джерел:

1. Аскеров Б.М. Теоретические проблемы уголовно-розыскного права (отдельные положения). Пробелы в российском законодательстве. 2009. № 3. URL: <http://cyberleninka.ru/article/n/teoreticheskie-problemy-ugolovno-rozysknogo-prava-otdelnye-polozeniya>.
2. Білічак О.А. Теорія і практика проведення негласних слідчих (розшукових) дій оперативними підрозділами СБ України: автореф. дис. ... докт. юрид. наук, спеціальність 12.00.09 – кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність. К.: НА СБУ, 2015. 34 с.
3. Водько Н.П. Формирование политики противодействия уголовным правонарушениям в Украине (оперативно-розыскной аспект). Одесса: Феникс, 2015. 572 с.
4. Грошевий Ю.М., Дідоренко Е.О., Розовський Б.Г. Кримінально-процесуальні аспекти оперативно-розшукової діяльності. Право України. 2003. № 1. С. 73–78.
5. Дидоренко Э.А., Кириченко С.А., Розовский Б.Г. Процессуальная регламентация оперативно-розыскной деятельности требует завершения. Луганск, 2002. 31 с.
6. Кирпа С.С. Проведення слідчим негласних слідчих (розшукових) дій. Право і суспільство. 2013. № 2. С. 216–221. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pis_2013_2_38.
7. Бандурка О.М., Перепелица М.М., Манжай О.В., Шендрик В.В. Оперативно-розшукова компаративістика. Харків: Золота миля, 2013. 352 с.
8. Погорельський М.А. Функціональне призначення оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі. Х.: Арсіс, 2007. 576 с.
9. Погорельський М.А., Сергєєва Д.Б. Співвідношення негласних слідчих (розшукових) дій та оперативно-розшукових заходів. Науковий вісник НА СБ України. 2015. № 54. С. 187–196.
10. Розовский Б.Г. ОРД: на сцене или за кулисами уголовного процесса. Ненаучные заметки о некоторых научных проблемах уголовного процесса. Луганск, РИО ЛАВД, 2004. С. 331–422.
11. Чухраєв Д.А. Щодо визначення дефініції негласних слідчих (розшукових) дій. Науковий вісник Херсонського державного університету. Херсон, 2014. Вип. 2. Том 4. С. 159–162.
12. Шилін М.О. Оперативно-розшукова діяльність та негласні слідчі дії: проблеми правового регулювання у світлі нового Кримінального процесуального кодексу України. Вісник національної академії прокуратури України. 2013. № 1. С. 59–64.
13. Шумилов А.Ю. Начала уголовно-розыскного права. М.: Шумилова И.И., 1998. 158 с.

И. А. Зинченко, кандидат юридических наук, доцент,
доцент Калининградского филиала
Международного университета (в Москве)

ОБЪЕКТИВНАЯ ИСТИНА И ЮРИДИЧЕСКАЯ РЕАЛЬНОСТЬ В УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОМ ПОЗНАНИИ

В статье анализируются легальные и иные – жизненные – препятствия на пути юридического познания, обуславливающие характер «истины», постигаемой в уголовном процессе. Утверждается, что в результате деятельности доказывания в уголовном производстве создается юридический продукт, «истинность» которого весьма ограничена; что используемый в УПК государств на постсоветском пространстве термин «объективность» следует воспринимать не иначе как синоним беспристрастности.

Ключевые слова: теория доказывания, доказательственное право, достижение объективной истины, юридическая реальность.

I. A. Zinchenko. Objective truth and legal reality in criminal procedural knowledge

The article analyzes legal, as well as other - life obstacles in the way of legal cognition, which determine the nature of the truth that is known in the criminal proceeding. It is alleged that as a result of the proving in the criminal proceedings creates a legal product whose "truth" is limited; that used in the Code of Criminal Procedure states in the post-Soviet space, the term "objective" is to be understood as a synonym for impartiality.

Key words: proof theory, law of evidence, achievement of objective truth, legal reality.

Постановка проблемы. В государствах на постсоветском пространстве проблемы теории доказывания и доказательственного права неизменно привлекают внимание университетских ученых и творцов законов. Причины этого разные. В самом общем плане можно предположить, что они коренятся в непростом переходном периоде от коммунистической идеологии к буржуазной. В этих условиях мучительно формируется новое научное мировоззрение. (Не случайно наши западноевропейские коллеги, судя по имеющимся литературным источникам, проявляют интерес преимущественно к вопросам реализации доказательственного права, а не его дефинициям). По прошествии нескольких десятилетий уже можно сказать: иного развития событий и быть не могло. Не можем мы избавиться и от мысли о нагрянувшей симплификации просвещения и, как результат, об ущербности методологии научного знания. Что же касается опыта развития отечественного государства и права (хотя об это уже и написано немало [4]), то он еще ждет своего переосмысления.

Цель статьи – уточнение легальной и доктринальной дефиниции «истины», устанавливаемой в уголовном судопроизводстве.

Изложение основного материала. 1. В уголовно-процессуальной теории мировоззрение представителей различных научных школ и направлений обнажилось в неутрачивающих дискуссиях о характере истины, познаваемой в уголовном судопроизводстве. Никакая другая тематика не создала столь благоприятную почву для демонстрации не только неоднозначных, но и полярных позиций ученых-процессуалистов. Что касается нашего субъективного мировосприятия, то в последние лет десять оно в значительной мере строилось и продолжает формироваться – процесс этот непрерывен – под влиянием произведений нашего коллеги и давнего друга В.П. Гмырко [4, 5, 6, 7 и др.]. С Валерием Петровичем судьба связала нас еще в середине

80-х годов прошлого столетия, когда мы были руководителями кафедр уголовного процесса различных вузов МВД СССР. А вот предметное начало творческому сотрудничеству было положено работой над рукописью книги «Уголовный процесс: проблемные лекции», в которой мне довелось быть одним из научных редакторов, а В.П. Гмырко – создателем уникального для процессуальной теории раздела [6]. В нем на суд юридической общественности была вынесена идея внедрения системомыследеятельностной методологии, которая должна прийти на смену «отражательной» теории уголовно-процессуального доказывания. Сказанное, конечно, не означает, что я плыву лишь в фарватере методологии коллеги (порой для меня труднодоступной: для овладения ею нужны годы), но многие правовые явления, представления о которых складывались в предшествующие десятилетия, удалось рассмотреть в новом свете.

2. В современной учебной, методической и научной литературе, нацеленной на подготовку будущих правоохранителей и служителей Фемиды, а затем и на повышение их квалификации, безраздельно господствует взгляд на достижение объективной истины как цели доказывания. Эта тематика в специальных источниках представлена столь широко, что для анализа в настоящей статье мы вынуждены были выбрать, возможно, не самые заметные и «прорывные» произведения, а лишь те, которые способствуют изложению наших взглядов на рассматриваемый предмет.

Странной, допустим, представляется ситуация, когда в рамках единого, казалось бы, методологического подхода авторитетными авторами делаются диаметрально противоположные выводы. Например, О.Я. Баев полагает, что «требование о всестороннем полном и объективном исследовании обстоятельств дела можно отнести лишь к такому профессиональному участнику уголовного судопроизводства, как суд» [2, с. 21]. С.А. Шейфер подобное решение считает возвратом к репрессивному, недемократическому характеру УПК РСФСР и предлагает закрепить в УПК РФ принцип объективной истины только в качестве одного из общих условий предварительного расследования, негодного для суда [15, с. 286–287]. Думается, различные подходы к характеристике досудебного и судебного производств, причем не только на правовом, но и на идеологическом уровне, должны существовать, но они не могут столь разительно отличаться применительно к познаваемой субъектами доказывания «истине». Пытаться же корректировать правовыми средствами законы гносеологии и логики – дело бесполезное.

Другой пример. Белорусский ученый Р.Г. Зорин предлагает законодательно закрепить установление истины в качестве цели уголовного процесса в целом. «Исключить в уголовном процессе цель по установлению истины, – убежден автор, – равносильно прекращению его развития». Отсутствие же познавательной цели, по его мнению, «несет с собой опасность злоупотреблений, возможность наступления хаоса» [9, с. 105]. Представляется, в этом мнении допущено преувеличение и подмена понятий. С одной стороны (памятуя, что задача есть цель, заданная в определенных условиях), цель подменяется задачей, а с другой – цель одной разновидности деятельности подменяется целью деятельности другого вида. Нет сомнений в том, что доказывание, цель которого – достижение достоверного знания, потребного для принятия процессуальных решений, составляет сердцевину уголовного процесса. Однако цель всего уголовного процесса, детерминированного самыми разными факторами, интересами доказывания не ограничивается.

Ряд высказываний, отражающих мировоззренческие взгляды наших коллег, сложившиеся во второй половине прошлого столетия, мы находим в одной из работ А.П. Кругликова [10]. Выбор для анализа именно его доктринальных представлений не случаен. Во-первых, в одной научной статье автору удалось высказаться по широкому кругу занимающих нас вопросов, во-вторых, его подходы типичны для апологетов объективной истины в уголовном судопро-

изводстве. И еще – они иллюстрируют: к выходу за пределы уголовно-процессуальной догматики юристам следует относиться крайне осмотрительно, тем более что сами обществоведы в своих изысканиях все еще «пользуются схемами и вокабулярием, более подходящими для позапрошлого века» [13, с. 45].

Претензии могут быть предъявлены ко многим высказываниям А.П. Кругликова. Автор заявляет, например, что для обозначения одних и тех же понятий недопустимо использовать различные термины (а как же быть тогда с использованием синонимов?), что нельзя объективную истину называть также и материальной, причем не любую истину, а познаваемую именно в уголовном процессе. Утверждается, что термины «цель» и «задача» являются синонимами (!?), что нельзя установление объективной истины считать одновременно целью/задачей доказывания и принципом уголовного процесса [10, с. 235–240]. Заметим, что создатели УПК Азербайджанской Республики по последнему из приведенных мнений придерживаются иной точки зрения. В ст. 8 названного Кодекса всестороннее, полное и объективное выяснение всех обстоятельств, связанных с уголовным преследованием, названо одной из задач уголовного судопроизводства, а в ст. 28 объективность и беспристрастность отнесены к числу его принципов.

В анализируемой научной статье содержится весьма сомнительное утверждение о том, что в настоящее время отсутствуют какие-либо основания для введения в УПК РФ «института объективной истины», поскольку данный институт в УПК РФ уже есть. Аргументируется эта точка зрения, во-первых, обязанностью доказывания по каждому уголовному делу события преступления, виновности лица в его совершении, формы вины и других обстоятельств – ст. 73 УПК РФ. Во-вторых, – предъявляемым законом к прокурору, следователю и дознавателю требованием принимать предусмотренные Кодексом меры по установлению события преступления и изобличению лица/лиц, виновных в его совершении – ч. 2 ст. 21 УПК РФ [10, с. 238].

Мы не можем согласиться с мнением о том, что нормы именно ст. ст. 21 и 73 УПК РФ образуют самостоятельный процессуальный институт объективной истины. В своих рассуждениях А.П. Кругликов добавил к формулировкам законодателя, казалось бы, совсем немного. Он полагает, что из текста ст. 73 УПК РФ «несомненно» следует вывод: обстоятельства преступления «должны быть установлены такими, какими они были в действительности» [10, с. 238]. В этой позиции все могло быть верно, если закрыть глаза на то, что здесь желаемое выдается за действительное. В этом отношении мы солидарны с А.С. Александровым, сделавшим не без доли иронии замечание в адрес представителей Следственного комитета РФ, ратующих за возвращение в УПК РФ формулировки принципа объективной истины: «Само по себе стремление следователей СКР к истине не может не быть похвальным: стремитесь к ней изо всех сил. И мы (общество) будем приятно удивлены успехами на этом поприще, когда после всестороннего, полного и объективного расследования преступник понесет заслуженное наказание» [1, с. 143].

В работе А.П. Кругликова примечательно еще одно, не разделяемое нами высказывание, выражающее весьма распространенную в среде процессуалистов позицию. Оно касается так называемой юридической истины. «Понимая и зная, – пишет автор, – что суды нередко принимают решения на основе рассмотренных в суде доказательств, все же считаю, что нет оснований для существования какой-то особой юридической истины» [10, с. 241]¹. На этой проблеме мы и остановимся в последующем изложении.

3. Уголовно-процессуальное доказывание сложено по юридическим схемам, и этот факт не может не оказать влияние на характер отраслевого познания. Мы презюмируем, что при-

¹ Нельзя оставить без внимания и заявление автора о том, что решения судов нередко основываются на рассмотренных в суде доказательствах. Оно искажает суть непреложного правила, согласно которому ни на чем ином решения суда основываться не могут.

существовавшие при производстве следственного действия понятия своей подписью удостоверяли соответствие протокольных записей всему, имевшему место в действительности. Однако любой дознаватель или следователь способен рассказать о ситуациях и привести десятки примеров, когда с присутствием понятий в реальном производстве далеко не все складывалось так безоблачно, как это прописано в законе.

Общепризнана и подтверждена высшей судебной инстанцией необходимость отражения в протоколе судебного заседания доказательств, положенных в обоснование итогового решения – приговора суда, рассматривающего уголовное дело по существу. При этом всем понятно, что удаляясь в совещательную комнату для постановления приговора, суд не располагает сформированными доказательствами, ибо они еще нашли отражения в окончательно оформленном протоколе.

Но эти и многие другие примеры – не главное. Основные предпосылки, создающие препятствия на пути познания истины/правды в уголовном судопроизводстве (в любой ее интерпретации), содержатся в самом законодательстве. Оставляя сейчас в стороне уголовные производства по делам о нераскрытых преступлениях, в которых цели доказывания не достигаются (их много – примерно 45–50% от числа зарегистрированных преступлений), обратимся к основным легальным ситуациям:

1) сложно утверждать о достижении истины в ходе досудебного и судебного производств в особом порядке (при согласии обвиняемого с предъявленным ему обвинением) – гл. 40, 40.1 УПК РФ. (От общего количества уголовных дел, направляемых в суд, в особом порядке рассматривается почти 70%). В отличие от обычного порядка (хотя еще вопрос: какой теперь порядок считать «обычным?»), собранные при производстве расследования доказательства судом вообще не исследуются и не оцениваются – ч. 5 ст. 316 УПК РФ. Обвинительный же приговор постановляется, если судья придет к выводу, что обвинение, с которым согласен подсудимый, обосновано и подтверждается *не проверенными и не оцененными им* доказательствами, собранными в досудебном производстве – ч. 7 ст. 317 УПК РФ. Это означает, что судья как бы *на веру* опирается на доказательства, собранные не им, а другими субъектами и соглашается с ними. Не случайно в уголовно-процессуальной теории подобное производство именуют «сделкой с правосудием», а постигаемую при этом «истину» – «договорной» («конвенциональной»);

2) максимально упрощенные правила доказывания, секвестрирующие возможности познания имевших в прошлом событий, предусмотрены законом и при производстве дознания в сокращенной форме – гл. 32.1 УПК РФ;

3) о неустановленной истине мы вынуждены утверждать и в случае постановления оправдательного приговора ввиду недоказанной виновности обвиняемого. К этому обязывает такая юридическая фикция, как презумпция невиновности. В данной ситуации основанием прекращения дела служит непричастность подсудимого к совершению преступления (п. 2 ч. 2 ст. 302 УПК РФ), хотя понятно, что это основание охватывает ситуации недоказанной вины в действительности «виновного» субъекта;

4) ущемление принципа достижения истины может сложиться и при рассмотрении уголовных дел с участием присяжных заседателей. Имеются в виду казусы, в которых председательствующий судья при постановлении приговора обязан руководствоваться вердиктом присяжных вопреки своему внутреннему убеждению об установленных обстоятельствах дела;

5) схожая ситуация складывается и в такой юридической конструкции, как отказ прокурора от обвинения в суде – ч. 7 ст. 246 УПК РФ. Судья (суд), не найдя оснований для постановления оправдательного приговора, обязан прекратить дело, даже если это решение противоречит его убеждению;

б) уместно вспомнить и о преюдиционных «доказательствах», принимаемых субъектами доказывания без какой-либо проверки – ст. 90 УПК РФ. В ряде кодексов государств ближнего зарубежья соответствующие нормы изложены еще более широко, нежели в УПК РФ. Так, согласно ст. 73 УПК Грузии к их числу, в частности, отнесены обстоятельства, установленные по другому уголовному делу, если ни один из участников процесса не ставит их под сомнение, а также *любые другие факты, о которых стороны могут договориться*. В ч. 1 ст. 125 УПК Латвийской Республики закреплена легальная презумпция факта того, что лицу были известны его обязанности, предусмотренные нормативными актами. А согласно ч. 2 этой же статьи «считается доказанным, что лицо нарушило авторские, смежные права или право собственника на товарный знак, если оно не может правдоподобно объяснить или обосновать происхождение или приобретение этих прав».

Элементами процессуальной формы пронизано все процессуальное законодательство. Жесткие требования предъявляются к форме доказательств – они должны устанавливаться одним из перечисленных в законе процессуальных источников. Формальные правила определены для вида доказательств, с помощью которых устанавливается причина смерти, характер и степень вреда, причиненного здоровью, психическое или физическое состояние обвиняемого, подозреваемого. Повышенное внимание к условиям допустимости доказательств, в частности, абсолютизация требования о недопустимости доказательств, полученных с нарушением федерального закона, с неизбежностью влечет за собой укрепление формальных начал в их оценке. Этому процессу способствует внедрение руководящих разъяснений судов высших инстанций, наличие многочисленных и фактических презумпций, унификация процессуальных актов [8, с. 37].

Примечательно, что в приведенных ситуациях, как это ни парадоксально, продолжает реализовываться еще одна презумпция – законности и *обоснованности* вступившего в силу приговора или иного судебного решения.

На познание обстоятельств расследуемого и рассматриваемого в суде события такими, какими они имели место в действительности, не может не оказывать влияние пресловутый и практически никем (за исключением руководителей судебного сообщества) не отрицаемый обвинительный уклон в работе субъектов доказывания, принимающий порой самые изощренные и причудливые формы. С.А. Пашин детально описывает «стандартные приемы фабрикации истины, с помощью которых судья при желании либо по команде из любого сделает преступника». Это: 1) приписывание мотивов; 2) аггравация, сгущение красок; 3) смешение в приговоре доказательств события и доказательств виновности; и 4) явные искажения в толковании доказательств и фактов [11].

Обвинительному уклону «потворствует» и законодатель, отнеся в п. 47 ст. 5 и в гл. 6 УПК РФ дознавателя, следователя и прокурора исключительно к стороне обвинения. Не отстает и судебная практика, ориентирующая судей на максимально полное знание материалов уголовного дела, составляющих основание для разрешения дела по существу [12, с. 38].

4. Нам представляется, что даже в государствах ближнего зарубежья, текстуально (формально) включивших в УПК принцип достижения объективной истины, он не способен последовательно и в полной мере реализоваться ни в законодательстве, ни в практике уголовного судопроизводства. Так, всесторонность, полнота и объективность исследования обстоятельств дела закреплена в качестве принципа уголовного процесса в ст. 28 УПК Азербайджанской Республики, ст. 19 УПК Киргизской Республики², ст. 23 УПК Туркменистана. Авторы комментария к последнему из указанных кодексов отмечают: «Данный принцип является и принципом установления по делу материальной или объективной истины» [14, ст. 23].

² Из нового УПК этого государства (он вступит в силу 1 января 2019 г.) данный принцип исключен. Примечательно, что в какой-то мере он поглощен принципом «беспристрастности и свободной оценки доказательств» – ст. 22 нового УПК Киргизской Республики.

Установление подобного рода истины принято считать типичной целью инквизиционного процесса, являющей собой идеологический стержень советской теории доказательств и якобы продолжающей составлять первооснову современного научного познания. Однако так ли это бесспорно? Ведь ни в нормах, наполняющих приведенные статьи, ни в иных статьях указанных и других кодексов, в частности, описывающих цель доказывания, вопреки распространенному мнению [3, с. 17], нет и намека на достижение объективной истины. В них, например в ч. 2 ст. 127 УПК Республики Армения, закрепляются правила оценки доказательств по внутреннему убеждению, которое должно быть основано на всестороннем, полном и объективном исследовании доказательств.

На наш взгляд, нет ничего крамольного в самом «ярлыке» – в формальной легальной формулировке анализируемого принципа, если он не проведен в конкретных правилах, претворяющих суд в соратника обвинительной (исполнительной) власти.

Да и надо ли остерегаться термина «объективность», синонимом которого служат слова «непредвзятость», «беспристрастность», «честность», «независимость», «справедливость», «незаангажированность». Именно в этих значениях, а не в смысле адекватного отражения в сознании исследователей реальной действительности должен восприниматься термин «объективность», употребляемый в позитивном праве. Вот конкретные примеры, почерпнутые из кодексов ряда государств. В ч. 4 ст. 152 УПК РФ говорится об объективности расследования при определении места его производства, в ч. 2 ст. 325 – об объективности разрешения дела при рассмотрении судом вопроса о выделении его в отдельное производство, в ч. 1 ст. 330 – об объективности вердикта присяжных. В ч. 6 ст. 340 УПК РФ закреплено предъявляемое к председательствующему требование не нарушать принцип объективности и беспристрастности при произнесении им напутствующего слова, обращенного к присяжным заседателям.

В ч. 6 ст. 22 УПК Украины включено следующее предписание: «Суд, сохраняя объективность и беспристрастность, создает необходимые условия для реализации сторонами их процессуальных прав и исполнения процессуальных обязанностей». А вот в ч. 1 ст. 94 УПК Украины термин «объективность» безболезненно заменен словом «беспристрастность». Аналогичным образом данная проблема разрешена и в УПК Азербайджанской Республики. Его ст. 28 именуется «Объективность, беспристрастность и справедливость уголовного судопроизводства», но в тексте норм, наполняющих эту статью, термин «объективность» отсутствует. В них говорится о том, что суды должны рассматривать дела только на основании фактов, беспристрастно и справедливо; что судьи обязаны отстаивать лишь интересы закона; что судья или присяжный заседатель не может участвовать в отправлении правосудия, если имеет хотя бы косвенную заинтересованность в исходе уголовного процесса.

Обращают на себя внимание и новые тенденции, касающиеся нормативных требований, предъявляемых к оценке доказательств. Так, в УПК Грузии (п. 11–13 ст. 3) включены такие словосочетания, как «обоснованное предположение», «высокая степень вероятности», «вне разумного подозрения».

Примеры можно продолжить, но и приведенных достаточно, чтобы утверждать: смысл законов, даже независимо от воли его создателей, сводится к требованию законности (правильности, истинности) пути доказывания, в непредвзятости лиц, уполномоченных принимать решения. Грешно не замечать разницу в выборе законодателем слов и выражений, использованных для характеристики *беспристрастности* познающего субъекта и/или постижением им *объективной истины*.

5. В юридической проблематике правомерно ставить вопрос об «истине», не снабжая ее раздражающими определителями – «объективная» либо «материальная». Именно об этом еще в 2013 г. написал нам в личной переписке В.П. Гмырко: «Если быть последовательным и не

забывать о законе тождества, то речь можно вести только об истине в ее корреспондентской версии без оформляющих ее сущность прилагательных. Различать следует истину и иные – вероятностные – продукты. Это – *conditio sine qua non!*». Добавим к этим словам, что в характеристике уголовно-процессуального познания, как нам представляется, специалистам имеет смысл быть более сдержанными в эксплуатации дефиниции «истина», отдав предпочтение словосочетаниям «юридическая реальность», «юридическая действительность».

Выводы и перспективы дальнейших исследований в этом направлении. Не подвергается сомнению стремление субъектов доказывания в любом юрисдикционном производстве к установлению исследуемых событий такими, какими они имели место в действительности, к правде. Однако, как мы попытались показать, на этом пути существует немало легальных и других – жизненных – препятствий, поэтому в традиционную дефиницию устанавливаемой в уголовном судопроизводстве «истины» имеет смысл включить определенные ограничения и оговорки. Под юридической реальностью в уголовном процессе предлагается понимать такое достижение знания дознавателем, следователем, прокурором, судьей об обстоятельствах, входящих в предмет доказывания по уголовному делу, которое по возможности максимально достоверно соответствует тому, что в конкретной ситуации имело место в действительности. В разумных пределах (поскольку в материале знания не может не отражаться личность того, кто ее формирует) она не должна зависеть от особенностей и пристрастий познающих субъектов.

Подбирая приемлемые в анализируемой ситуации слова и выражения, хотелось бы сказать, что в судопроизводстве скорее «дело разрешается по существу», нежели «постигается истина».

Список использованных источников:

1. Александров А.С. Состязательность и объективная истина. Библиотека криминалиста. Научный журнал. 2012. № 3. С. 142–157.
2. Баев О.Я. Законопроект «Об объективной истине в уголовном судопроизводстве» и возможные последствия его принятия. Библиотека криминалиста. Научный журнал. 2012. № 4. С. 19–32.
3. Бастрыкин А.И. 300 лет российского следствия. Следствие в России: три века в поисках концепции: материалы Международной научно-практической конференции (12 октября 2017 г.); под ред. А.И. Бастрыкина. М.: Московская академия СК РФ, 2017. С. 8–19.
4. Гмирко В.П. Генеза теорії доказів вітчизняного кримінального процесу: методологічна рефлексія. Часопис Національного університету «Острозька академія». 2012. № 2 (12). URL: <http://lj.oa.edu.ua/articles/2015/n2/hvppmr.pdf>
5. Гмирко В.П. Концепт «відбиття» і методологічні проблеми теорії доказування. Університетські наукові записки. Часопис Хмельницького університету управління та права. 2011. Вип. 3. С. 274–281.
6. Гмырко В.П. Доказывание в уголовном процессе: деятельностьная парадигма. Теоретический анализ. Проблематизация. СМД-репрезентация. Уголовный процесс. Проблемные лекции; под ред. В.Т. Томина, И.А. Зинченко. М.: Юрайт, 2013. С. 786–799.
7. Гмырко В.П., Зинченко И.А. Парадоксы доказательственного права. Библиотека криминалиста. Научный журнал. 2014. № 2. С. 9–17.
8. Зинченко И.А. Принцип достижения объективной истины в контексте назначения и цели уголовного процесса. Библиотека криминалиста. Научный журнал. 2013. № 6. С. 34–46.
9. Зорин Р.Г. Судьба истины в уголовном процессе: рождение, реанимация или верная гибель. Библиотека криминалиста. Научный журнал. 2012. № 4. С. 105–110.
10. Кругликов А.П. Еще раз об истине в уголовном судопроизводстве. Современное состояние и проблемы уголовного и уголовно-процессуального права, юридической

психологии. Секция «Уголовно-процессуальное право» и «Юридическая психология»: материалы Междунар. науч.-практич. конф. Волгоград: Изд-во ВолГУ, 2012. С. 232–243.

11. Пашин С.А. Правда и истина в суде. Общая тетрадь. Вестник Московской школы гражданского просвещения. 2014. № 2–3 (65). URL: <http://otetrad.ru/magazine-9.html>

12. Практика применения Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации: в 2 т. / под ред. В.М. Лебедева. 7-е изд., перераб. и доп. М.: Юрайт, 2015. Т. 2: практич. пособие. 395 с.

13. Пржиленский В.И. Юридическое познание и правоприменительные практики в контексте неклассической эпистемологии. Вопросы философии. 2015. № 8. С. 42–52.

14. Смирнов А.В., Калиновский К.Б. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Туркменистана; под ред. А.В. Смирнова. Ашхабад: Центр ОБСЕ в Ашхабаде, 2012. 656 с.

15. Шейфер С.А. О законопроекте «О внесении изменений в УПК РФ в связи с введением института объективной истины по уголовному делу». Библиотека криминалиста. Научный журнал. 2012. № 4. С. 280–287.

М. І. Костін, кандидат юридичних наук,
доцент, радник
Закарпатської обласної державної адміністрації

МЕТА КРИМІНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА ЯК СИСТЕМОУТВОРЮВАЛЬНИЙ ЧИННИК ОРГАНІЗАЦІЇ КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

У статті на підставі проведеного аналізу наукових джерел, положень теорії доказів, кримінального процесуального законодавства України обґрунтовано роль мети кримінального судочинства як системоутворювального чинника в організації кримінально-процесуальної діяльності.

Ключові слова: кримінальне судочинство, мета, доказ, доказування, слідчі (розшукові) дії, кримінально-процесуальна діяльність.

M. I. Kostin. The purpose of criminal proceedings as a strategic factor in the organization of criminal procedural activities

In the article on the basis of the conducted analysis of scientific sources, positions of evidence theory, criminal judicial legislation of Ukraine, grounded role of purpose of the criminal legal proceeding as a system-forming factor in criminal- procedural activity.

The author comes to the conclusion that in spite of the obvious relevance of the research of the category of the goal in the context of the self-determining factor in the organization of criminal process activity, this problem remains not exposed in domestic scientific sources. In particular, it did not become the article of the special researches, getting only fragmentary, nonsystem illumination in connection with the decision of other judicial questions.

Probing positions of scientists from the article of research, in the article it is suggested to classify positions of processionalists on two groups. the author critically estimates the views of those processionalists, whom determine the purpose of criminal process from the point of view to him as on a form and mean of setting and implementation of criminal punishment the state, critically. At the same time, grounds a requirement in perfection of modern decision of purpose through more complete reflection in definition of protective and defense function of criminal process. On the basis of it the author decision of purpose of criminal process is offered, basic directions of research of it are certain cross-correlation connections.

Key words: criminal process, purpose, evidence, proof procedure, investigative (search) actions, criminal-procedural activity.

Постановка проблеми. Аналіз джерел із психології та логіки дозволяє автору визначити мету будь-якої діяльності як бажаний (очікуваний) результат (конкретизоване відображення мотиваційного підґрунтя), який прагнуть отримати відповідно підготовлені суб'єкти діяльності певного виду шляхом цілеспрямованого використання специфічних способів і засобів у певних історично-діяльнісних умовах.

Отже, без мети не існує організованої, свідомої діяльності для перетворення ідеального уявлення на конкретний продукт. Мета визначає загальний напрям діяльності, детермінує змістове наповнення дефініцій завдань, цілей окремих стадій і підвидів діяльності (наприклад, мету доказування в кримінальному процесі, цілі окремих слідчих дій тощо), а в системному аспекті підходящий для її досягнення інструментарій – способи й засоби. Останні мають функціонально-підпорядкований характер щодо мети. З іншого боку, ураховуючи соціальний характер діяльності, її мета не може бути суто «технічною» й застиглою категорією, тому закономірно трансформується під впливом найбільш суспільно важливих, принципових умов, за яких відбувається діяльність. Посідаючи визначне місце в системі кримінально-процесуальної

© М. І. Костін, 2018

діяльності й маючи кореляційні зв'язки з іншими, функціонально підпорядкованими елементами цієї системи, трансформація мети зумовлює й відповідні зміни в якісних і видових характеристиках способів і засобів її досягнення. Проте, незважаючи на обґрунтовану вище актуальність дослідження категорії мети в сучасному контексті системоутворювального чинника організації кримінально-процесуальної діяльності, поняття й кореляційні властивості мети кримінального судочинства України залишаються недостатньо розкритими в наукових джерелах. Ця проблематика ще не стала предметом спеціальних досліджень, отримавши лише фрагментарне, несистемне висвітлення у зв'язку з вирішенням інших процесуальних питань.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. У сучасній науковій літературі різні аспекти мети кримінального судочинства досліджували Ю. Грошевий, М. Шумило, В. Зеленецький, О. Капліна, Л. Лобойко, О. Михайленко, В. Нор, В. Шибіко й інші процесуалісти.

У Кримінальному процесуальному кодексі України поняття мети відсутнє. Замість цього у ст. 2 Кодексу визначені окремі завдання кримінального провадження. Як тут не згадати думку Б. Розовського про те, що сучасним процесуальним джерелам притаманна особливість, коли поняття мети кримінального процесу *«розвивається, часом відходить на другий план, підміняється засобами її досягнення»* [1].

Очевидно, що не в останню чергу «забуття» категорії мети в кримінальному процесі відбулося через недооцінку фахівцями її кореляційних зв'язків із організацією кримінально-процесуальної діяльності в цілому, неправильним сприйняттям як суто теоретичної (академічної) категорії. Точність визначення мети, як і критика наявного ступеня її досягнення, впливає на визначення оптимальних характеристик способів і засобів кримінально-процесуальної діяльності. Отже, точність визначення мети кримінального судочинства має зворотний ефект і впливає на ефективність її досягнення.

Пошуки науковцями найбільш правильного розуміння мети кримінального процесу мають свою давню історію. *Об'єктивно* цей процес пов'язаний з історичною епохою й притаманним для неї типом кримінального процесу, за яких працювали автори. *Суб'єктивно* зазначені наукові розвідки відображають громадянську позицію, морально-етичні переконання й навіть політичні вподобання самих авторів, розуміння ними ролі людини в державі, призначення державної влади тощо. Тому природно, що позиції різних авторів у різні часи щодо цього питання не збігаються, що наштовхує на думку про існування соціально-політичних і економічних факторів, що можуть змінюватися, корегуючи й визначення мети кримінального судочинства.

Мета статті – обґрунтування ролі мети кримінального судочинства як системоутворювального чинника в організації кримінально-процесуальної діяльності.

Виклад основного матеріалу. На думку автора цієї статті, підходи науковців до вирішення поставленого питання можна поділити на дві групи, виходячи з їхніх поглядів на взаємозв'язок кримінального права та кримінального процесу, а також на галузеву сутність, змістовне наповнення й функціональну спрямованість кримінально-процесуальної діяльності. Першу групу становлять погляди тих процесуалістів, які визначають мету кримінального процесу, розглядаючи його як форму й засіб призначення й виконання державою кримінального покарання. Так, на думку І. Фойницького, *«право покарання створює для держави право на діяльність, що має завданням здійснення каральної влади держави в кожному окремому випадку»*, тому кримінальне судочинство розглядалося ним як *«юридично визначений порядок провадження кримінальних справ у видах здійснення права покарання»* [2]. Подібне розуміння мети кримінального процесу пройшло через різні історичні епохи й збереглося до нашого часу як у загальноправовій, так і в процесуальній літературі. Наприклад, в одній із найбільш ґрунтовних робіт колишнього СРСР, присвяченій дослідженню мети кримінального процесу,

П. Елькінд дійшла висновку, що метою кримінального процесу є досягнення мети кримінально-процесуального права, яку вона вбачала в найбільш ефективному й раціональному врегулюванні кримінально-процесуальних відносин, а в кінцевому підсумку – у знищенні злочинності [3]. Є. Коваленко й В. Малярєнко стверджують, що кримінальний процес спрямований на встановлення злочину й покарання винних осіб, а призначення кримінально-процесуального права вони вбачають в обслуговуванні потреб, пов'язаних із реалізацією кримінального закону [4, с. 9, 29].

На думку автора цієї роботи, більш вдало суттєві ознаки мети кримінального процесу виокремив М. Полянський, який зазначав, що вона «...полягає у встановленні для конкретного випадку існування (тобто чи існує воно?) права держави на покарання й еventуально (якщо воно існує) тих меж, у яких воно підлягає реалізації» [5, с. 21]. Головним елементом тут є питання набуття державою права на кримінальне покарання, а не призначення покарання як такого.

Фахівці, чії позиції з визначення мети кримінального процесу відносимо до другої групи, слушно намагаються відобразити у своїх дефініціях охоронну й захисну функції кримінального процесу. Наприклад, В. Тертишник мету кримінального процесу визначає як «захист прав і законних інтересів громадян, юридичних осіб і держави від злочинних посягань, забезпечення законності та справедливості під час здійснення правосуддя» [6]. Водночас неважко помітити деяку неточність подібних дефініцій. Так, навряд чи кримінальний процес має своєю метою захист особи від злочинних посягань, оскільки кримінально-процесуальні відносини виникають уже після вчинення злочину, а забезпечення прав і законних інтересів суб'єктів кримінального процесу передбачає як захист, так і охорону, що мають власний зміст і належну їм систему гарантій [7].

Критика ступеня досягнення мети кримінального судочинства, як свідчить історичний досвід, породжує істотні корегування організації кримінально-процесуальної діяльності, зокрема, у регламентації доказування в кримінальному процесі, яке багато хто з фахівців вважає «душею», основним змістом кримінального процесу, до якого в кінцевому підсумку зводиться вся процесуальна діяльність.

Для прикладу доцільно згадати попередній Кримінально-процесуальний кодекс (далі – КПК), прийнятий 28 грудня 1960 р., що набув чинності з квітня 1961 р. Кодекс загалом орієнтований на захист державних (публічних) інтересів. Його прийняття відбувалося на тлі ліберальних реформ у сфері кримінальної юстиції (1958–1961 рр.), в умовах високого рівня законослухняності й правосвідомості громадян, довіри до влади й правоохоронних органів, тотального державного контролю в усіх сферах суспільного життя. Ці чинники зумовлювали низький рівень злочинності, а сам Закон містив значну кількість прогресивних змін. Тому не дарма довгий час вважалося, що цей КПК здатний забезпечити практику достатньо дієвим механізмом розслідування злочинів і вирішення завдань кримінального судочинства. Проте з 1966 по 1985 р., як свідчать дослідження кримінологів, відбувалося неухильне зростання загальнокримінальної злочинності; при цьому кожні п'ять років приріст середніх коефіцієнтів злочинності практично зростав удвічі. За цей період темпи зростання рівня злочинності випереджали навіть зростання населення у 4,6 рази. Небувалого поширення й «професійності» набули організовані форми злочинної діяльності, а також протидія розслідуванню, а в 1990–1991 рр. процеси криміналізації суспільства взагалі почали виходити з-під контролю держави [8].

У цих умовах стало зрозуміло, що наявна модель «слідчого доказування», яка спиралася на жорстку нормативно-правову регламентацію й *«неформальне»*, нормативне визначення понять «доказування» й «доказ», монополію сторони обвинувачення на формування доказів у справі, презумпцію формування доказу в результаті проведення будь-якої слідчої дії тощо,

загалом спрямована на вирішення лише завдань досудового розслідування. Орієнтування ж органів досудового розслідування на досягнення загальної мети кримінального судочинства, реалізацію принципу змагальності сторін вона не потребувала. Та й сама концепція наявних «традиційних слідчих дій», що спиралася на ретроспективне пізнання обставин учинення злочину за виявленими слідами, перестала бути ефективною. За такої моделі доказування досягнення мети кримінального судочинства й судові інтереси в ході досудового провадження ніби відійшли на другий план, за межі безпосередніх завдань органів досудового розслідування. Мета кримінального судочинства перестала сприйматися як єдине ціле, як критерій оцінювання ефективності кримінально-процесуальної діяльності, а наявний ступінь її досягнення критично знизився. Тому цілком закономірним є відстоювання автором цієї статті з 2003 р. *моделі логічного доказування в кримінальному процесі* [9]. У цій моделі доказування має виключно логічну природу й здійснюється тільки перед судом (арбітром). Формування ж і перевірка фактичних даних є фактичною (інформаційною) основою для логічного доказування. У той же час «квазідокази», а правильніше сказати, «докази обвинувачення», без визнання судом і використання в «судовому доведенні» повноцінного статусу кримінально-процесуального доказу одержати не можуть.

Такої ж позиції дотримується В. Гмирко в найбільш ґрунтовній за часи української незалежності, на думку автора, роботі з теорії доказування в кримінальному процесі (яка до того ж написана дуже колоритною мовою), доходячи висновку про те, що кримінально-процесуальними доказами можуть вважатися лише «*докази, сформовані в результаті судової комунікації учасників головного доказового провадження*» [10].

На назрілу необхідність сучасних якісних змін у концепції слідчих дій указували в різний час провідні процесуалісти й криміналісти країни (Ю. Грошевий, В. Бахін; до певної міри елементи цієї ідеї можна прослідкувати в концепції «дослідчого кримінального процесу» В. Зеленецького й ін.). Наприклад, В. Тертишник ще в 1999 р. обґрунтовував «безпосереднє спостереження» як модель нової слідчої дії. Відомі процесуалісти Ю. Грошевий, Е. Дідоренко, Б. Розовський у 2003 р. відстоювали досить революційну на той час ідею подальшої нормативної регламентації оперативно-розшукових заходів у ході досудового розслідування.

Нарешті, упроваджений уперше у вітчизняну практику кримінального судочинства інститут негласних слідчих (розшукових) дій по праву вважається однією з найпринциповіших новацій у новому Кримінальному процесуальному кодексі України від 19 листопада 2012 р. Дослідження передумов і генезису формування цього інституту, його ролі в концептуальній зміні моделі доказування в кримінальному процесі дозволяє автору стверджувати, що такий крок – зовсім не «порожня данина моді» або «сліпе копіювання іноземних зразків», як стверджують найбільш затяті критики таких змін, а достатньо збалансований, очікуваний і об'єктивно необхідний крок на шляху до досягнення мети кримінального судочинства. І зроблений він, звичайно, для забезпечення балансу особистих і публічних інтересів, наповнення новою «життєвою силою» процесуальних механізмів у єдиному руслі підвищення ефективності розслідування й реального забезпечення прав і законних інтересів учасників кримінального процесу, потреб суспільства.

Інститут негласних слідчих (розшукових) дій органічно вписується в концептуально сприйняту новим КПК *модель логічного доказування*. При цьому акцент у процесуальних гарантіях дотримання законності під час здійснення негласних слідчих (розшукових) дій зміщений із механічного дотримання процесуальної форми на інститути судового контролю та санкції визнання здобутих фактичних даних недопустимими.

Звичайно, інститут негласних слідчих (розшукових) дій не є панацеєю в забезпеченні ефективності розслідування, досягненні мети доказування та мети кримінального судочин-

ства в цілому. Це доволі складний і потенційно небезпечний механізм, що передбачає значне втручання в приватне життя особи й обмеження її прав. Як свідчать останні приклади слідчої практики, цей кримінально-процесуальний інститут навіть може стати знаряддям для маніпулювання суспільною свідомістю, переслідувати не лише кримінально-процесуальну, а й певну політичну мету й узагалі створювати так звану альтернативну реальність на кшталт світу Гаррі Поттера, яка, незважаючи на свою «нереальність», матиме цілком реальні юридичні наслідки й досягатиме ефекту (цілі) внаслідок обману державою добропорядної цільової аудиторії. При цьому розмивається мета кримінального процесу, а отже, і вимоги до допустимості засобів доказування; створюється плацдарм для порушення суспільного договору, для формування суспільної недовіри й системних корупційно-політичних зловживань. Досягається «антимета» кримінального процесу й створюється ситуація, коли так звана розмита або спрощена (деградована) «мета» виправдовує засоби... Отже, мета кримінального процесу має бути сформульована таким чином, щоб не було можливості через неї виправдовувати негідні засоби її досягнення. Тому локальні цілі й тактичні прийоми використання зазначеного інституту мають ієрархічно підпорядковуватися й відповідати виключно загальній меті кримінального процесу, мати жорсткі межі, бути максимально збалансованими, професійними, перебувати під пильним і ефективним судовим контролем. В іншому разі можуть настати серйозні негативні міжнародно-іміджеві та суспільно-резонансні наслідки. Так, наприклад, відбулося під час застосування такого різновиду контролю за вчиненням злочину, як імітування обстановки злочину (ст. 271 КПК), у травні 2018 р. під час імітування правоохоронцями вбивства журналіста А. Бабченка.

Отже, приписування меті кримінального судочинства лише ознак поліцейської держави, зокрема функції кримінального переслідування, навряд чи вписується в сучасну концепцію ролі людини в соціальній, демократичній і правовій державі, якою прагне стати Україна. Мета кримінального процесу має відображати не лише важливу частину публічних інтересів (здобуття державою права на покарання), а й інтереси суспільства, інтереси суб'єктів процесу. Урешті-решт, Конституція України (ст. 3) закріпила положення-принцип, за яким «права й свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави... Утвердження й забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави». Отже, це конституційне положення вносить важливі корективи у визначення мети кримінального процесу. При цьому слід говорити про ефективність кримінально-процесуальної діяльності, від якої безпосередньо залежить реальність забезпечення публічних і особистих інтересів учасників кримінального процесу, а також ступінь досягнення мети кримінального судочинства.

Відомий учений у галузі теорії права С. Алексєєв [11] використовував свого часу термін «сильне право», яким позначав такий рівень регулювання правовідносин у конкретному суспільстві, що розвивається на демократичних засадах, за якого досягається реальна можливість реалізації громадянами своїх юридичних прав. Спираючись на сутність такого визначення, можна використовувати й термін «сильний кримінальний процес», який ґрунтується на природній перевазі публічного начала в його організації і в умовах публічно-змагального процесу *реально забезпечує належну охорону й захист прав і законних інтересів усіх його учасників на рівні наявної в конкретний історичний період суспільної потреби.*

Сьогодні, наприклад, така потреба озвучена у ст. 13 ратифікованої Україною Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод як право кожного, чиї права та свободи, визнані в цій Конвенції, було порушено, *на ефективний засіб юридичного захисту.* Виходячи з аналізу практики Європейського суду з прав людини, слід зазначити, що ефективне розслідування вповноваженими державними органами злочинів визнається Судом позитивним обов'язком держави. Розслідування вважається ефективним у разі дотримання основних умов:

достатньої швидкості (розумних строків); незалежності й об'єктивності органів розслідування; ретельності; забезпечення належного доступу потерпілих до матеріалів розслідування (див., наприклад, рішення ЄСПЛ у справі «Сергій Афанасьєв проти України», 2013 р.).

Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі. Виходячи з викладеного, автор пропонує визначити мету кримінального судочинства як забезпечення ефективної охорони й захисту прав і законних інтересів учасників кримінального процесу та публічних інтересів, що дозволяє, використовуючи правові способи й засоби, вирішити питання щодо наявності чи відсутності в держави права на застосування кримінального покарання до конкретної особи. Мета кримінального судочинства є системоутворювальним чинником в організації всієї системи кримінально-процесуальної діяльності, вона органічно поєднана з іншими елементами цієї системи кореляційними зв'язками.

Список використаних джерел:

1. Розовский Б. Ненаучные заметки о некоторых научных проблемах уголовного процесса: Эссе. Луганск, 2004. С. 143–144.
2. Фойницкий И. Курс уголовного судопроизводства. Т. 1. С.-Пб., 1996 (печатається по третьому изданию, Спб., 1910). С. 3, 4.
3. Элькинд П. Цели и средства их достижения в советском уголовно-процессуальном праве. Л., 1976. С. 12, 29.
4. Коваленко Є., Маляренко В. Кримінальний процес України. Підручник. К., 2004. 688 с.
5. Полянский Н. Цель уголовного процесса. Ярославль, 1919. 36 с.
6. Тertiшник В. Кримінально-процесуальне право України: навч. посіб. К., 1999. С. 5–6.
1. Костін М. Співвідношення понять «охорона» і «захист» публічних та особистих інтересів у кримінальному процесі України. Право України. 2007. № 11. С. 118–121.
7. Криминология: Учебник для вузов / Под общ. ред. А. Долговой. М., 2001. С. 170.
8. Костін М. Контрабанда. Доказування обставин вчинення злочину на досудовому слідстві: монографія. К., 2003. С. 9-26; Костін М. Поняття «доказування» у кримінальному процесі України. Право України. 2004. № 1. С. 143–147.
9. Гмирко В. Доказування в кримінальному процесі: діяльнісна парадигма. Теоретичний аналіз. Проблематизація. СМД-репрезентація: монографія. Дніпропетровськ: Академія митної служби України, 2010. 314 с.
10. Алексеев С. Собственность-право-социализм. М., 1984. С. 98.

П. М. Кубрак, кандидат юридичних наук, доцент
Київського державного коледжу туризму
та готельного господарства

ДОСУДОВЕ СЛІДСТВО В УКРАЇНСЬКИХ ЗЕМЛЯХ У ПЕРІОД XIV – XVII СТОЛІТЬ

Присвячено розгляду сутності виникнення та формування досудового слідства у XIV – XVII століттях. Розкрито особливості кримінального процесу, досудового слідства українських земель, що перебували у цей період у складі Великого князівства Литовського, Польщі та Речі Посполитої.

Ключові слова: система судоустрою, досудове слідство, «Руська Правда», звичаєве право, Литовські Статутуи, збірники законів польських, Велике князівство Литовське, Польща, Річ Посполита.

P. M. Kubrak. Pre-trial investigation in the Ukrainian lands in the period XIV-XVII ages

In the second half of the fourteenth century, as a result of the decline of statehood, most of the Ukrainian lands were annexed to the Grand Duchy of Lithuania, Ruthenia and Zhemannia (the official name of the state). In the literature, another name has also been extended: the Lithuanian – Russian state. Such a name indicated that 9/10 of the territory of this state were annexed Ukrainian, Belarusian and Great Russian territories. The opportunity was used by Hungary, the Moldavian Principality. The first captured Transcarpathia, and the last Bukovina. For this reason, in 1387, the Galician lands were finally enslaved by Poland. In their studies, the vast majority of scientists point to the favorable conditions of staying Ukrainian lands in the Grand Duchy of Lithuania. So, Kiev, Pereyaslavl, Podillya, Volyn had a wide autonomy. The state language was Ukrainian (Old Russian), state system, social system, faith and ecclesiastical system, the legal system remained on these lands the same as before joining Lithuania. Between the Grand Duke and the local nobility there were contracts "rows", according to which Ukrainian princes and boyars undertook to serve the Grand Duke, and the prince – to defend the land from the Tatars. In 1458 the Great Lithuanian prince, despite the opposition of the Moscow principality in Kyiv, in the interests of the Ukrainian nation, was determined by the decisive action of the metropolis that was directly subordinate to the Patriarchate of Constantinople.

The Grand Duchy of Lithuania was the state of the states, in which the Ukrainian and Belarusian principalities were grouped around the Principality of Vilna.

In the period of the fourteenth century, Lithuanian-Russian law, as well as the right of the Ancient Rus State did not know the concept of crime. The crime was perceived as "dinner", "insult". Later, the Lithuanian – Russian legislation began to perceive crimes as violations of the established law and order: "theft", "fight", "kg-valt", "robbery", and others. It also provided for an appropriate system of crimes: the worst – against the state; against religion; against morality; against honor and freedom. Property offenses were also highlighted. The punishment for these crimes depended on the consequences of the perpetrator. Unlike the "Law of Rusky" and "Russian Truth", according to the Western European model, the criminal law of the Grand Duchy of Lithuania began to favor the doctrine of crime prevention. Which is to intimidate both the offender (special prevention) and the general population (general prevention) before committing a crime.

In the period of the fourteenth and sixteenth centuries on the Ukrainian lands, which were part of the Grand Duchy of Lithuania, the judicial proceedings were carried out in accordance with Statutes of the Grand Duchy of Lithuania: 1529 ("Old"); 1566 ("Volynsky") and 1588 ("New"). The sources of these laws were also the ancient Ukrainian customary law. In this regard, M.A. Arkas wrote that the Lithuanian authorities following the rule of "not touching antiquity, but not introducing a new one" not only confirmed the effect of customary law on Ukrainian lands, but also contributed to its development. The sources of procedural law also served as intergovernmental treaties, privilege letters, current legislation and criminal case law.

The scientific literature has convincingly proved that the source of the law of the Statutes of the Grand Duchy of Lithuania was the use and creative processing of the customary right of all peoples residing in the territory of this state: Russian, Roman, German, Polish law, the current legislation of the Lithuanian – Russian

state. Significant place among these acts was occupied by "n Truth." During the XIV century. the judicial system and the proceedings of the Grand Duchy of Lithuania were carried out in analogy to Kievan Rus. In 1349, Galicia was called the "n kingdom" became part of the Polish kingdom. By 1434 this Ukrainian land was a territorial administrative and legal autonomy. It operated the social and political system, sources of law and legal proceedings in accordance with the right tradition of Kievan Rus, which also acted in the Gal'ka-Volyn state: Russkaya Truth, canon law, customary law and litigation. At the same time, Polish law and legal proceedings were in parallel. In the period from 1430 to 1434, royal privileges in Galicia abolished autonomy. The Russian Voivodship was created in accordance with the Polish administrative – territorial division, the Polish administration and widespread Polish law were introduced.

By that time, the Commonwealth had no single legal system. The sources of law were the collections issued by the Polish government, which reflected the previously issued statutes, constitutions and norms of Polish customary law. What played a significant role in the state in the regulation of social relations. In this regard, the Vyslitzky charter of 1347 deserves attention – the first codified collection of the customary law of Poland. His norms refer to public and private law. Many of the norms of this act are identical with the norms of the n Truth. What inclines to the conclusion that the norms of the n Truth were in effect on the Ukrainian lands until the adoption of the Vyslitzky Statute. The following legal sources were: The complete set of statutes of the Casimir the Great of 1420, the Warts Statute of 1423 and others. As a result of the Lublin Union in 1569, the Commonwealth was formed. Zaporizhzhya Sich as a public body had its broad autonomy. One of the signs of this autonomy was the recognition of the Lithuanian princes, and then the Polish kings of the existence of customs, both in the Ukrainian lands and in Zaporozhye. Thus, the Statute of the Grand Duchy of Lithuania in 1529 obliged all courts to resolve cases "under the old custom, one to judge with that written right." And in cases of lack of a legislative norm – to be guided by "under: conscience ... the waterlogging of the ancient custom. The same value of customary law was confirmed by the Statute of 1588.

The article is devoted to the investigation of the origins of the formation of criminal justice bodies, the judicial system and the pre-trial investigation in the Ukrainian lands in the period of their presence in Lithuania, Poland and the Commonwealth in the 14th-17th centuries. Influence on the formation of pre-trial investigation in the noted period of «Ruskaya Pravda», the old customary law of the Ukrainians, the rights of states under the rule of which were Ukrainian lands and historical conditions.

The above makes it possible to draw a conclusion: 1) in the period of the fourteenth and seventeenth centuries, the Ukrainian lands that were part of the Grand Duchy of Lithuania and Poland, the Commonwealth of Criminal Proceedings was carried out in accordance with the Russian (unwritten) customary law and the Russian Truth; 2) Old Ukrainian customary law, the Ruska Truth was improved by the legislators of these states and were enshrined in their legislative acts: the Lithuanian Statutes of 1529, 1566 and 1588; 3) The Lithuanian Statute of 1588 acted on the Ukrainian lands in fact until 1831;

4) The criminal process of that period was competing – indictment. Pre-trial investigation in some cases was characterized by a wanted character. The obligation to prosecute – pre-trial investigation in most cases relied on victims.

Key words: judicial system, pre-trial investigation, "Russian Pravda", old customary law, Lithuanian Statutes, collections of Polish laws, Grand Duchy of Lithuania, Poland, Rzeczpospolita.

Постановка проблеми. Дослідження історичних витоків формування досудового слідства на українських землях за часів їх перебування у складі Литви, Польщі, Речі Посполитої у XIV – XVII ст. є важливим для теорії та практики сучасного кримінального провадження України.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. З'ясування зазначених проблем у різні періоди розвитку кримінального процесу України займалися такі вчені, як: Ю.П. Аленін, С.А. Альперт, М.І. Бажанов, Ю.М. Грошевий, А.Я. Дубинський, В.С. Кузьмічов, Є.Д. Лук'яничков, В.Т. Маляренко, О.Р. Михайленко, А.М. Погорецький, Б.В. Романюк, О.Ю. Татаров, М.Є. Шумило та ін. Проте до цього часу зазначена проблема не знайшла свого належного вирішення.

У другій половині XIV ст. внаслідок занепаду державності більшість українських земель були приєднані до Великого князівства Литовського, Руського та Жемантійського (офіційна назва держави). У літературі також поширена ще й інша назва: Литовсько-Руська держава.

Така назва вказувала на те, що 9/10 території цієї держави складали анексовані українські, білоруські та великоросійські території [1, с. 47]. Скористалися цією нагодою Угорщина та Молдавське князівство. Перша захопила Закарпаття, а останнє Буковина. З цієї причини у 1387 р. остаточно були поневолені Польщею галицькі землі [2, с. 54].

У своїх дослідженнях переважна більшість учених вказують на сприятливі умови перебування українських земель у складі Великого князівства Литовського. Так, Київська, Переяславська, Поділля, Волинь мали широку автономію. Державною мовою була українська (давньоруська), державний устрій, суспільний лад, віра та церковний устрій, правова система залишилися на цих землях такими ж, як і до входження у Литву [3, с. 111].

Між Великим князем і місцевою знаттю укладалися договори «ряди», за якими українські князі та бояри зобов'язувалися служити Великому князю, а князь – боронити землю від татар. У 1458 р. Великим литовським князем, не дивлячись на протидію Московського князівства у Києві, в інтересах української нації рішучими діями було відновлено метрополію, яка безпосередньо підпорядковувалася Константинопольському патріархові.

Велике Князівство Литовське було державою держав, в якій на засадах залежності навколо Віленського князівства гуртувалися українські й білоруські князівства [4, с. 67].

У період XIV ст. Литовсько-руське право, як і право Давньоруської держави поняття злочину не знало. Злочин сприймався, як «обіда», «образа». Пізніше, литовсько-руське законодавство злочини стало сприймати, як порушення встановленого правопорядку: «злодійство», «бой», «квалт», «грабіж» та ін. Воно також передбачало відповідну систему злочинів: найтяжчі – проти держави; проти релігії; проти моралі; проти честі та свободи. Також виділялись і майнові злочини. Покарання за ці злочини залежали від наслідків учиненого [5, с. 151]. На відміну від «Закону Руського» та «Руської Правди», відповідно до західноєвропейського зразка кримінальне право Великого князівства Литовського, стало надавати перевагу доктрині превенції злочину, яка полягає у залякуванні як злочинця (спеціальна превенція), так і всього населення (генеральна превенція) перед вчиненням злочину [5, с. 150].

У період XIV – X VI століть на українських землях, що входили у склад Великого князівства Литовського, судочинство здійснювалось відповідно до Статутів Великого князівства Литовського: 1529 р. («Старий»); 1566 р. («Волинянський») та 1588 р. («Новий»). Джерелами цих зводів законів також було і стародавнє українське звичаєве право. У зв'язку з цим М.А. Аркас писав, що литовська влада, дотримуючись правила «старовини не чіпати, а нового не вводити», не тільки підтвердила на українських землях дію звичаєвого права, але й сприяла його розвитку [3, с. 111]. Джерелами процесуального права також слугували міждержавні договори, привілейні грамоти, поточне законодавство та судова практика з кримінальних справ [6, с. 32].

У науковій літературі переконливо доведено, що джерелом права Статутів Великого князівства Литовського було використання і творча переробка звичаєвого права всіх народів, які проживали на території цієї держави: руського, римського, німецького, польського права, поточного законодавства Литовсько-Руської держави. Значне місце серед цих актів займала «Руська правда» [7, с. 84].

Протягом XIV ст. судоустрій та судочинство Великого князівства Литовського здійснювалось за аналогією Київської Русі.

Найвищою судовою установою був суд Великого князя, який мав необмежені повноваження при розгляді справ про обвинувачення князів, бояр, урядовців, справи про позбавлення феодалів честі, про злочини проти держави, скарги на рішення нижчестоящих судів розглядав одноособово, сам виносив рішення. У випадку, коли Великий князь не міг здійснювати суд, він доручав судочинство довірений особі. Поряд із судом Великого князя існував суд Ради.

За II Литовським Статутом Велике князівство Литовське було поділене на староства. Вони у свою чергу поділялись на повіти. У кожному повіті були створені суди: земські, гродські та підкоморські. Земські суди обиралися шляхтою у складі судці, підсудка та писаря. Засідали вони тричі на рік по два тижні і розглядали справи щодо шляхти. У гродських судах справу розглядав одноосібно намісник, староста або воевода. Гродським судам були підсудні кримінальні справи проти шляхти, міщан та селян. Апелювати на рішення гродського суду можна було до Великого князя Литовського. Підкоморному суду були підсудні справи щодо спорів про землю. Суддя – підкормний призначався Великим князем. Суддя підкормний мав заступника. У містах, де діяло магдебурзьке право, судові справи розглядала судова колегія у складі вйта та лавника. Суду були підсудні справи лише про міщан. Е системі державних судів була передбачена така важлива посада, як возного. На нього покладался обов'язок забезпечення явки учасників судового засідання.

Існували церковні суди. Їм були підсудні справи щодо духовних стану, розлучення, визнання незаконності шлюбів, а також усі справи щодо монастирських селян.

Протягом XV – XVII століть на українських землях рівноправною ланкою у системі судів Великого князівства Литовського [8, с. 6] функціонував унікальний інститут давньоукраїнського права – копний суд (суд громади). Назва суду походить від зібрання громади – копа (громадський) суд, що збирався для розгляду конкретної справи. Право на існування копного судочинства передбачалося артикулом розділу X IV Статуту Великого князівства Литовського 1588 року [9, с. 6]. За цим найавторитетнішим джерелом права процес був переважно змагальним.

Право на звернення у копний суд мали представники всіх станів населення. Юрисдикція копного суду поширювалась майже на всі цивільні та кримінальні справи: зокрема про крадіжки, розбійні напади, знищення чужого майна, завдання тілесних ушкоджень, вбивства.

Характерною особливістю копного судочинства було те, що суд поєднував собою функції розшукового, слідчого та судового органу [10, с. 127].

Звичаєве право закріпило вироблену протягом віків народом систему засобів, прийомів, що стосувались як окремих моментів проведення (користуючись сучасною термінологією) слідчих дій, так і загалом всього «копного поступку» (судового слідства) і були найбільш оптимальними та ефективними у конкретних історичних умовах [11, с. 71–76].

Центральним учасником копного судочинства був потерпілий. Правовою підставою для провадження у копному суді була скарга потерпілого. На підставі неї він ініціював скликання копи – всіх членів громади. За його ініціативою староста збирав загальні збори – копу, подавав їй скаргу та був обов'язковим процесуальним учасником всіх судових дій. Скарга потерпілого також слугувала і підставою для початку судового слідства. Уже на той час копне кримінальне провадження визначило ефективну систему процесуальних способів збирання доказів та тактику їх проведення. Так, у систему процесуальних способів збирання доказів входили такі слідчі дії, як опитування, огляд місця події, «гоніння по сліду», обшук («трус», «трясіння»), «звід».

У законодавстві того часу стали формуватися зародки інституту участі у слідчих діях фахівців – пропонувалося залучати для огляду ран та побоїв спеціаліста – цирульника [12, с. 14].

Кримінальне провадження у копному суді поділялося на три стадії: «гаряча копа» – досудове слідство, судове засідання та постановлення вироку.

«Гаряча копа» – за сучасною термінологією криміналістичної методики розслідування злочинів – є не що інше, як розкриття злочину по гарячих слідах. У разі вчинення злочину, на потерпілого, його близьких покладался обов'язок розшуку злочинця. Процесуальними діями такого розшуку були: огляд місця події злочину, «прослух», опитування, «гоніння сліду», обшук, «звід» та інші процесуальні дії.

Ще з прадавніх часів огляд місця події сприймався, як найважливіший спосіб пізнання механізму вчинення злочину, обстановки його здійснення, виявлення слідів злочину. Тому од-

ним із найважливіших невідкладних процесуальних дій під час «гарячої копи» було проведення огляду місця події. Суд мав право проводити огляд місця злочину, або делегував для його проведення відповідних представників.

Отримані результати від дослідження огляду місця події, потерпілого та опитувань давали можливість визначити напрями переслідування злочинця – «гоніння по сліду». Господар будинку, селища, до яких привів слід, мали довести свою непричетність до злочину – «відвести підозру», «очищати себе», видати злочинця, або відшкодувати шкоду [13, с. 6]. У випадку, коли господар будинку чи представники села, куди привів слід злочинця, не могли зняти підозри, приймалось рішення про провадження «трусу, трясіння», що за своєю сутністю було обшуком. Правовою підставою проведення обшуку могла бути й окрема спеціальна ухвала копного суду, який обґрунтовував доцільність вчинити «трус» у конкретному будинку чи всьому селі. Обшук проводився з урахуванням фактора раптовості та з дотриманням процесуального порядку, який передбачав присутність володаря будинку, щоб унеможливити непомітного підкидання речових доказів або предметів злочину. Були присутні поняті та представники місцевої влади, які засвідчували результати «трусу» [14, с. 221].

Звід проявлявся у розшуку злочинця за допомогою краденої речі. При упізнанні краденої речі особу мали право запитати, де він її взяв і «йти на звід». Такий звід чинився до моменту встановлення злочинця або особи, яка не могла пояснити походження краденого і у такому випадку мусила відшкодувати шкоду.

На другій стадії копного судочинства збиралася велика копа. У неї входили усі «мужі» копного округу. Вони проводили судові засідання та постановляли вирок. Якщо судові рішення стосувалося смертної кари, то для його виконання збиралася «завита» копа.

Апеляційною інстанцією для копних судів після судової реформи у середині X – VI ст. стали гродські суди. Статутом Великого князівства Литовського 1588 р. копні суди були поширені на всю державу.

Таким чином, до кінця XIV ст. судоустрій і процесуальне право Київської Русі було адаптовано Великим князівством Литовським. Значна частина місцевих українських звичаїв, у тому числі і процесуальних, увійшли у Литовський Статут і набули сили «писаного права». Литовський Статут був основним законом українського народу.

У 1349 р. Галичина була під назвою «Руського королівства» увійшла у склад польського королівства. До 1434 р. ця українська земля була територіальною адміністративно-правовою автономією. У ній діяв суспільно-політичний лад, джерела права та судочинство відповідно до правої традиції Київської Русі, що діяла і у Гальцько-Волинській державі: Руська Правда, канонічне право, звичаєве право та копне судочинство. Разом з тим, паралельно діяло польське право та судочинство. У період 1430–1434 рр. королівськими привілеями у Галичині була скасована автономія. Створено Руське воєводство відповідно до польського адміністративно-територіального поділу, уведена польська адміністрація та поширене польське право.

На той час Річ Посполита не мала єдиної правової системи. Джерелами права слугували видані польським урядом збірники, в яких знаходили відображення раніше видані статuti, конституції та норми польського звичаєвого права, яке відіграло у державі значну роль у врегулюванні суспільних відносин. У цьому відношенні заслуговує на увагу Вислицький статут 1347 р. – перший кодифікований збірник звичаєвого права Польщі. Його норми відносилися до публічного та приватного права. Багато норм цього акту тотожні нормам Руської правди. Що схиляє до висновку, що на українських землях до прийняття Вислицького статуту чинними були норми Руської правди [15, с. 15]. Наступними правовими джерелами були: Повний звід статутів Казимира Великого 1420 р., Вартський статут 1423 р. та ін.

Унаслідок Люблінської унії 1569 р. утворилася Річ Посполита. Київщина, Волинь, Поділля відійшли до Польщі і для них розпочався новий період співіснування з цією державою.

На думку польського історика Ю. Бардаха, польському уряду після Люблінської унії вдалося ввести на українські землі польську адміністрацію та адміністративно-територіальний поділ [16, с. 18].

Адміністративно-територіально Річ Посполита поділялась на три провінції – Велику Польщу, Малу Польщу, до складу якої входила більша частина захоплених українських земель, та Литву.

На відміну від запровадженого Річчю Посполитою в українських землях свого державного устрою, введення на них свого судового права було складніше [16, с. 18]. На погляд автора, це було зумовлено тим, що здійснюване після Люблінської унії обмеження автономії українських земель наражалось на опір українців. Так, М.М. Аркас писав, що від тяжкої панщини та усяких кривд селяни почали світ-за-очі тікати з підвладних Речі Посполитій українських земель. Не змігши терпіти панських порядків та неволі, українці почали перебиратися у небезпечні степи «Дикого поля». Там була воля. Українці стали гуртуватися озброєними великими ватагами і захищати свою землю від набігів татар. Цих людей стали звати козаками. Залишені українські землі, що колись були пишним та багатим краєм – через князів своїх та панів польських зробився пустелею [3, с. 147]. Перешкодою поширенню польського права був і Литовський Статут 1588 р. Так, І.Б. Усенко і В.А. Чехович прийшли до переконливого висновку, що вказаний Статут захищав інтереси українського (руського) населення від польської експансії, гарантуючи їм право судитися за нормами свого звичаєвого права у копних (громадських) судах, вимагав, щоб суддів і управителів обирали з людей, знаючих право й руське письмо. За своїми правничими якостями III Литовський статут стояв значно вище багатьох тогочасних західноєвропейських кодексів. Він мав чималий вплив на законодавство сусідніх держав, був чинним, як офіційний збірник законів в Україні – Гетьманщині, і продовжував діяти в українських землях аж до середини XIX ст. [17, с. 99].

У вказаний період правова система в українських землях функціонувала на основі давньоукраїнського (руського) звичаєвого права та законодавчих актів польсько-литовського законодавства.

XVI ст. було періодом кодифікації польського законодавства. Наслідком такої діяльності стали прийняття Збірника законів польських у 1505 р. та Нового збірника законів – 1532 р.

Після Люблінської унії Річ Посполита, віддаючи належне правовій системі Великого князівства Литовського, залишає чинним у Литві та на українських землях (Волинь, Поділля, Київщина) дію II Статуту 1566 р. А після прийняття III Статуту 1588 р. він стає головним джерелом права в українських землях [18, с. 100].

Починаючи з другої половини XV ст. польське кримінальне право поширилось на українських землях. До публічних злочинів відносились: проти особи короля; проти держави; проти релігії; проти громадського порядку та спокою; проти особи; проти честі та власності. Джерелами матеріального та процесуального права була судова практика. Тобто рішення вищих королівських судів і місцевих з'їздів феодалів створювали прецедент для вирішення аналогічних справ [1, с. 92].

Система судоустрою на українських землях, що були у складі Речі Посполитої, була складна і розмаїтою. Так, світськими судами першої інстанції були: земські, старостинські, магістратські суди у містах і підкоморні суди. У Литві такі суди були у кожному повіті, а у Польщі у кожному воєводстві. Земський суд розглядав цивільні та кримінальні справи, якщо однією зі сторін виступав шляхтич. Підкоморний суд вирішував справи, які стосувалися встановлення меж і кордонів між окремими земельними володіннями. Старостинські суди були

судами представників королівської адміністрації. Таким судам були підсудні справи не тільки стосовно шляхти, а й усього вільного населення, що не підпадало під юрисдикцію становим земським та підкоморним судам. Магістратський суд мав юрисдикцію щодо міст, які мали магдебурзьке право. Вищою єдиною апеляційною судовою інстанцією виступали королівські суди. До королівських судів належали: власний королівський трибунал; суд державного сейму; суд королівських асесорів; комісарський суд. Вищою апеляційною інстанцією для всіх світських судів був король. Після судової реформи 1578 р. компетенцію короля було звужено. Апеляційні повноваження короля перейшли до Коронного трибуналу. Коронний трибунал став верховним судом для всієї Речі Посполитої. У 1579 р. у Брацлавському, Київському та Волинському воєводствах, що були приєднані від Великого князівства Литовського був утворений Луцький трибунал [19, с. 58]. Трибунал розглядав апеляції в останній інстанції щодо вироків у справах шляхти та духовництва. Рішення Коронного трибуналу було остаточним і оскарженню не підлягало. Королівським судам були підсудні злочини проти держави.

Після Люблінської унії на українських землях, приєднаних до Речі Посполитої, діяло копне судочинство, передбачене III Литовським Статутом. Складовою копного кримінального процесу було досудове слідство. Його провадження покладалося на потерпілого.

Тогочасне право не проводило різниці між цивільним та кримінальним судочинством. Процес був змагальним. Ініціатива судового переслідування покладалась не на державу, а на потерпілого. Процес розпочинався з позовної заяви. Виклик до суду здійснювався уповноваженим на це судовими чиновниками за три тижні до початку розгляду справи. Цей час відводився відповідачеві для підготовки до розгляду справи. У випадку неявки з поважних причин у відповідача конфісковувався один чи два воли. У випадку неявки вдруге і втретє відповідач програвав справу. Якщо не з'являвся позивач, вигравав відповідач, якщо він був присутній на процесі. На наступній стадії судового розгляду головуючий переходив до розгляду доказів, наданих обома сторонами.

Доказами вважалися: особисте зізнання; присяга; покази очевидців; офіційні королівські привілеї; документи. Наприклад, боргові зобов'язання. Після заслуховування сторін та оцінки доказів суд ухвалював рішення. Сторона, що виграла справу, за її розгляд мала сплатити мито на користь судді у розмірі від 2 до 4 грошей – «подарунок на пам'ять». Особа, яка програла процес, повинна була сплатити значно більше мито.

У цей період судочинство Речі Посполитої не передбачало спеціальних державних органів, які б здійснювали досудове провадження. Такий обов'язок покладался на потерпілого – позивача. Він здійснював встановлення та розшук особи злочинця. У випадку, коли заявник встановлював особу злочинця, суд призначав спеціального судового чиновника, який здійснював провадження розслідування злочину [5, с. 184].

Сторонами у судовому засіданні були обвинувачення (позивач) та захисту (пізнаний). Вирішення між сторонами кримінального спору здійснювалося за допомогою зібраних ними доказів. Про заподіяну шкоду потерпілий, повідомляв сусідів, найближчі урядові установи, а потім звертався до суду. Таке звернення здійснювалось шляхом здійснення запису у судовій книзі. Метою запису було фіксування факту вчинення злочину та роз'яснення громаді її обов'язку щодо виконання нею дій по викриттю злочинця. Після повідомлення про злочин, потерпілий з'ясовував усі обставини вчинення злочину. Для цього потерпілий проводив опитування людей. Коли це не давало бажаного результату потерпілий вдавався до більш широкого розголосу про факт злочину – «прослуху». До такої процесуальної дії вдавався і суд. Потерпілий мав право проводити такі процесуальні слідчі дії, як огляд місця події злочину, за допомогою сусідів шукав слід, організовував та відряджав погоню у всі сторони. Віднайдений слід злочину «шлакував» – переслідував по сліду. Виявлені об'єкти злочину «личкувалися».

Сутність цієї процесуальної дії полягала, наприклад, в урізанні поли в особи, яку спіймали на перелюбі. Шматок урізаної поли від кожуха чи свити слугував на судовому засіданні, як доказ проти відповідача. У випадку, коли слід приводив до іншого села або якогось двору, то з дозволу й за участю представників сільської влади проводився обшук у підозрюваних, або в усьому селі. Усі слідчі дії, що проводив потерпілий, визнавались прямим продовженням судочинства громадських або копних судів. Така процесуальна діяльність була залишком так званої «гарячої копи» – елементів звичаєвого (традиційного) права, яке широко застосовувалося замість іноземного (привнесеного) права [20, с. 3].

Запорозька Січ як суспільний орган мала свою широку автономію. Однією з ознак цієї автономії було визнання литовськими князями, а потім польськими королями існування звичаїв як на українських землях, так і на Запорожжі. Так, Статут Великого князівства Литовського 1529 р. зобов'язував усі суди вирішувати справи «подле давнього обычая, одно судити мають с тем писаным правом». А у випадках відсутності законодавчої норми – керуватися «под. сумленьем... водлуг стародавнього обычая» [21, с. 195]. Таке ж значення звичаєвого права підтверджував і Статут 1588 р. [9, с. 118].

Умови існування Запорозької Січі визначали форму, зміст та ідеологію звичаєвого права. Запорозька Січ, перебуваючи у ворожому оточенні Речі Посполитої, Кримського ханства, Оттоманської Порти та Московського царства – Росії могла вижити тільки при умові відсутності, усуненні причин та умов, які б загрожували єднанню козацького суспільства. Відповідно до цих вимог, вироблені правові норми, спрямовувалися Запорозькою Січчю на встановлення відповідного паритету і певного компромісу між різними представниками козацького товариства, соціальної рівності, широкого демократизму у вирішенні загальних справ, суворої дисципліни і єдиноначальства у поході. Характерною рисою такого козацького суспільства була поголовна озброєність козаків, наявність особистої волі постояти за ідеали свого товариства. Запорозька Січ поблажливо відносилась до національності та минулого особи, що записувалася у козаки. Але коли особа, ставши козаком, порушила запорозькі звичаї у поході: дезертирство, програш бою, пияцтво, ухилення від обіймання посади, на яку козака обрало товариство, злочинця очікувала смертна кара.

Ю.С. Шемшученко прийшов до переконливого висновку, що у Запорозькій Січі склалася своя правова система, основою якої було козацьке право, на характер, зміст і форму якого вирішальний вплив мали умови існування козацького суспільства. Козацьке право – сукупність звичаєвих норм, що регулювали публічні та приватні відносини у козацькому середовищі. Воно було здебільшого у неписаному вигляді та застосовувалось у Запорозькій Січі, Лівобережній і Правобережній Україні. Козацтво відстоювало звичаєве козацьке право, побоюючись, що писане право зможе обмежити козацькі вольності [22, с. 142].

Окрім козацьких правових звичаїв, важливими джерелами козацького права слугували Зборівські статті 1649 р., Білоцерківські статті 1651 р., привілейні грамоти польського короля Яна Казимира 1649 та 1650, прийняті на основі Зборівської угоди, котрі підтверджували права і привілеї козацтва та міщанства, урівнювали у правах православну церкву з уніатською [23, с. 217]. Джерелами козацького права були постанови загальновійськової (генеральної) ради.

За козацькими правовими звичаями передбачались такі злочини: проти життя. Найтяжчим вважалося вбивство. Обвинуваченого закопували у землю разом із його жертвою; проти здоров'я. Вони полягали у нанесенні тілесних ушкоджень. Так, за заподіяння тілесних ушкоджень у п'яному стані та із застосуванням зброї обвинувачений карався переламуванням ніг, рук; проти військової справи. За дезертирство, програш у бою, ухилення від посади, на яку козака обрало товариство, пияцтво під час походу каралось на смерть; проти майна та статеві злочини.

На думку дослідників [1, с. 131], до козацьких судів на Запоріжжі відносилися: суд кошового отамана – був судом першої інстанції; другою інстанцією виступала Військова рада. Вони розглядали справи про тяжкі злочини; паланковий суд або суд паланкового полковника. Він уважався судом першої інстанції. Суд очолював полковник; другою інстанцією був суд курінного отамана. Він був апеляційною інстанцією. І розглядав справи, що стосувалися лише свого куреня; суд військового (генерального) судді був у Запорозькій Січі судом першої інстанції з тяжких кримінальних справ. Його рішення оскаржувалися кошовому отаману; суд кошового отамана здійснював юрисдикцію на території Запоріжжя. Його вирoki були остаточними; суд козацької ради – своєрідний верховний суд. Збирався кошовим отаманом для вирішення найрезонансніших справ. Козацький процес за своєю формою був змагальним.

У справах про злочини провадилося досудове слідство. Воно покладалося, як правило, на осавулів, або одного з уповноважених на це суддів. Доказами у справі виступали свідки, предмети, пояснення обвинуваченого. До процесуальних способів збирання доказів відносилися такі слідчі дії, як огляд місця події, допити потерпілих, обвинувачених. Такі процесуальні дії закріплювалися протоколом і передавалися у суд.

Досудове слідство мало також риси і слідчо-розшукового процесу. Процес розпочинався як за ініціативою заявника, так і за ініціативою козацької старшини. У випадку відмови обвинуваченого давати пояснення, він піддавався тортурам та попередньому ув'язненню у в'язниці (пушкарні).

Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі. Викладене дає можливість зробити висновок:

1) у період XIV – XVII століть на українських землях, що входили у склад Великого князівства Литовського та Польщі, Речі Посполитої кримінальне судочинство здійснювалося відповідно до руського (українського) неписаного звичаєвого права та Руської Правди;

2) староукраїнське звичаєве право, Руська Правда були удосконалені законодавцями зазначених держав і були закріплені в їхніх законодавчих актах: Литовських Статутів 1529, 1566 та 1588 рр.;

3) Литовський Статут 1588 р. діяв на українських землях фактично до 1831 року;

4) Кримінальний процес того періоду був змагально-обвинувальний. Досудове слідство у деяких справах характеризувалося розшуковим характером. Обов'язок кримінального переслідування – досудового слідства у більшості випадків покладалася на потерпілих.

Список використаних джерел:

1. Захарченко П.П. Історія держави і права України: підручник. К.: Атіка, 2005. 674 с.
2. Шевчук В.П., Тараненко М.Г. Історія української державності: Курс лекцій: Навчальний посібник. К.: Либідь, 1999. 478 с.
3. Аркас М.М. Історія України – Русі / Вступне слово і комент. В.Г. Сарбея. Факс. вид. К.: Вища шк., 1990. 392 с.
4. Іванов В.М. Історія держави і права України: навч. посіб. К.: Атіка, 2003. – 745с.
5. Нелін О.І. Історія держави і права України: підручник. К.: Видавничо-поліграфічний центр Київський університет, 2016– 719 с.
6. Ткач А.П. Історія кодифікації дореволюційного права України. К.: Вид-во Київ. ун-ту, 1968. 432 с.
7. Сокольська О.В. Рецепція польського права та судово-адміністративних установ Польщі на українських землях у XV – XVI століттях. Острожська академія. Наукові записки. Серія «Право». Острог, 2001. Вип. 2 . Ч. 1. С. 84 – 85.
8. Губик А.О. Копні суди на українських землях у XIV – XVII ст. Український історичний журнал. 1990. № 10. С. 115.

9. Статути Великого князівства Литовського: у 3 т. Статут Великого князівства Литовського 1588 року: у 2 кн. Кн. 2 / за ред. С. Ківалова, П. Музиченка, А. Панькова. О.: Юрид. літ., 2004. Т.3 (артикул 9 розділ XIV).
10. Юхо И.Л. Правовое положение населения Белоруссии в XVI в. Минск: Изд-во БГУ, 1978. 187 с.
11. Сокальська О.В. Засоби й тактика розслідування злочинів у процесі судового слідства на копному суді в Україні в XV – XVII століттях. Теорія та практика криміналістичного забезпечення розкриття та розслідування злочинів у сучасних умовах. Ч. 1. Київ: НАВСУ, 2001. 224 с.
12. Черкаський І.Ю. Громадський (копний) суд на Україні – Русі XVI – XVIII ст. Київ, 1928. 227 с.
13. Статути Великого князівства Литовського: у 3 т. Статут Великого князівства Литовського 1566 року / за ред. С. Ківалова, П. Музиченка, А. Панькова. О.: Юрид. літ., 2003. Т. 2. Розділ XIV, Арт. 6.
14. Ясинський М.Н. Материалы для истории судоустройства и судопроизводства в литовско-русском государстве. Акты панских и копных судов. Киев, 1897. № 97. 423 с.
15. Тищик Б.Й., Вівчаренко О.А. Суспільно-політичний лад і право України в складі Литовської держави та Речі Посполитої: навч. посіб. Івано-Франків.: Вид-во Львів. держ. ун-ту ім. І.Франка, 1996. 36 с.
16. Бардах Ю., Леснодарський Б., Пиетрчак М. История государства и права Польши. М.: Юрид. лит., 1980. 559 с.
17. Чехович В.А., Усенко И.Б. Роль III Литовского Статута в политической борьбе вокруг проблем кодификации дореволюционного права Украины. Третий Литовский Статут 1588 года: мат. Республиканской научн. конф., посвященной 400-летию Третьего Статута. Вильнус, 1989. 328 с.
18. Чубатий М. Огляд історії Українського права. Мюнхен; Київ: Ноосфера; Укр. діловий журнал. 1994. № 2 – 4 (4 – 6). С. 100.
19. Свербигуз В. Старосвітське панство. Варшава, 1999. 389 с.
20. Яковлів А. Українське звичаєве процесуальне право. Прага, 1931. 187 с.
21. Статути Великого князівства Литовського: у 3 т. Статут Великого князя Литовського 1529 року / за ред. С. Ківалова, П. Музиченка, А. Панькова. О.: Юрид. літ. Т. 1. 674 с.
22. Шемшученко Ю.С. Козацьке звичаєве право. Юридична енциклопедія: у 6 т. / ред-кол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. К.: Укр. енцикл., 1998. Т.5: П – С, 2003. 587 с.
23. Грушевський М.С. Історія України – Русі / Ред. кол. П.С. Сохань. К., 1995. Т. 8. Ч. 3. 587 с.

Є. І. Макаренко, кандидат юридичних наук,
професор Дніпровського гуманітарного університету

ЧИ Є ФАКТ ЗАТРИМАННЯ ПІДОЗРЮВАНОГО ДОКАЗОМ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ?

У статті висвітлюється реальна мета, що притаманна кримінально-процесуальному затриманню особи, підозрюваної у вчиненні злочину.

Ключові слова: кримінальний процес, доказування, затримання, підозрюваний.

Ye. I. Makarenko. Is the fact of detention of the suspect a proof in the criminal process?

This article covers the real purpose of detention of a person suspected of committing a crime.

Among the transformations that the domestic legal doctrine on the path to European integration has undergone in recent years, along with others, the criminal procedure institute "detained a person suspected of committing a crime" has undergone the most significant changes.

Namely, by providing the suspect's detention of the "temporary preventive measure" (Part 2 of Article 176 of the CPC of Ukraine), which consists in short-term (not exceeding 72 hours) imprisonment of a suspect by placing him in a temporary detention isolator, the Ukrainian legislator actually distorted this institute. As a result, in practice, the legislator's requirement to interpret "detention" as a temporary precautionary measure has led to the fact that such an important procedural document, such as the protocol of detention of a suspect, from the protocol of investigative action (intended to fix the course, contents and results of detention) turned into a documentary basis for placement of the suspect detained in the Isolator. This is a vivid example of the inappropriate criminal-procedural rule-making.

In our view, criminal prosecution of a person suspected of committing an offense (as well as the wanted defendant or convicted person who escaped from detention) should not be considered as an isolated preventive measure (such as "house arrest" or "detention"). But as a complex of organizational and tactical actions to capture, disarm and deliver this person to the competent authority, accompanied by the fixation of the fact, circumstances and results of detention by video recording and their final legal registration I am in the relevant protocol.

Therefore, detention has important probative value in the criminal process and should be used solely for the purpose of ensuring criminal proceedings, establishing and proving the guilt of a person suspected of committing an offense. At the same time, the probative value of the detention protocol lies in the fact that in the process of catching a suspect established (detected, stated), and in the detention protocol adequately reflect the circumstances and facts relevant to the criminal proceedings. Since detention has different degrees of social danger, this measure of state coercion is used both in criminal (Article 38 of the Criminal Code) and in the criminal procedure (Articles 207–208 of the CPC) and in the administrative legislation of Ukraine (Article 259–261 Code of Ukraine on Administrative Offenses). In all cases, the analysis of the actions that constitute the detention of an offender suggests that practically his procedure is divided into at least two or three independent stages: the direct (physical) detention of a person suspected of committing a crime, its delivery to the body of pre-trial investigation and judicial process (drawing up a record) of the suspect's detention.

Key words: criminal procedure, proving, detention, suspect.

Постановка проблеми. Затримання підозрюваного в учиненні злочину було й залишиться важливим кримінально-процесуальним інститутом, який на законодавчому рівні останнім часом зазнав суттєвих змін і майже втратив своє вихідне (доказове) значення в кримінальному процесі. Ця обставина, безумовно, шкодить одноманітному й правильному застосуванню «інституту затримання підозрюваних», нерідко призводить до помилок у слідчій практиці, тягне за собою порушення прав і законних інтересів громадян.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Затриманню осіб, підозрюваних у вчиненні кримінальних правопорушень, присвячені десятки наукових праць вітчизняних і зарубіжних науковців, одна частина яких, зокрема й автор цієї статті, вважають «затримання» традиційним способом збирання й перевірки доказів винуватості підозрюваного у вчиненні злочину, а отже, і слідчою (розшуковою) дією [1]. Інші ж заперечують цей погляд, мотивуючи заперечення тим, що затримання не містить в собі ані пошукових, ані пізнавальних, ані посвідчувальних операцій, хоча жодним чином не скасовують доказового значення протоколу такого затримання [2]. Усе це робить украй необхідним подальше наукове опрацювання цієї проблематики.

Мета статті. Задум цієї статті полягає в актуалізації питань колізії вітчизняного законодавства щодо суті, мети й змісту затримання особи, підозрюваної у вчиненні кримінального правопорушення, котре, як і будь-яка слідча (розшукова) дія, має бути спрямоване на збирання чи перевірку доказів винуватості підозрюваного у вчиненому ним злочині та вирішуватися з урахуванням вимог європейських стандартів.

Виклад основного матеріалу. У прагненні захистити особу, яка вчинила кримінально каране діяння, деякі вітчизняні вчені-процесуалісти всупереч реальним потребам сучасної правоохоронної практики настільки гіпертрофують і формалізують «інститут затримання підозрюваного», що фактично готові зрадити головним завданням кримінального провадження (ст. 2 Кримінально-процесуального кодексу України (далі – КПК України)) і обеззброїти слідчого в його надскладній діяльності із викриття правопорушників. Приміром, А.-М. Ангеленюк, С. Ковальов, Д. Шульга, Т. Сервило й інші науковці нової генерації [3] у своїх статтях навипередки вихваляють положення КПК України 2012 р., у яких інститут затримання особи законодавець явно спотворив, надавши йому статусу «тимчасового запобіжного заходу», що полягає в короткочасній ізоляції підозрюваної особи шляхом поміщення її до ізолятору тимчасового тримання (далі – ІТТ) (начебто це випливає з вимог ч. 3 ст. 29 Конституції України, хоча в ній, відверто кажучи, ідеться не про затримання, а про тимчасове тримання особи під вартою). Як видно, ці кримінально-процесуальні інститути дуже схожі, але не тотожні. Тому прикро читати «наукові опуси», у яких ведеться пустопорожня балаканина довкола підміни процесуального поняття «затримання» триманням під вартою, а головне – відсутня об'єктивна думка авторів щодо сутності та мети затримання підозрюваного.

На жаль, розбіжності в поглядах зумовлені неоднозначною й суперечливою позицією вітчизняного законодавця, який у новому КПК України [4] тлумачить затримання особи водночас і як захід забезпечення дієвості кримінального провадження (п. 8 ч. 2 ст. 131), що застосовується слідчим у якості більш жорсткої міри в разі, якщо підозрюваний не з'являється за викликом, і як тимчасовий запобіжний захід, застосовуваний до підозрюваної особи виключно слідчим суддею в ході досудового чи судового слідства, що полягає в короткочасному (що не перебільшує 72-х годин) ув'язненні підозрюваного шляхом поміщення його до ізолятору тимчасового тримання (ч. 2 ст. 176), і як процесуальну дію, факт і результати якої обов'язково фіксуються шляхом складання відповідного протоколу та в інший спосіб (ч. 5 ст. 208). Крім того, цю ситуацію ще більш ускладнює і факт відмінного від КПК тлумачення змісту і мети «затримання особи» у відповідних нормах Закону про кримінальну відповідальність, Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) та інших Законів України («Про Національну поліцію», «Про ОРД»).

Нагадаємо, що в теорії кримінального (матеріального) права здавна розцінюються правомірними дії потерпілого й інших осіб безпосередньо після вчинення посягання, спрямовані на фізичне захоплення (затримання) особи, яка вчинила злочин, із метою позбавлення її можливості подальшого вчинення протиправних дій або зникнення з місця події, і доставлення затриманого правопорушника до правоохоронного органу (ст. 38 Кримінального кодексу України (далі – КК)) [5].

Більш практично зміст терміна «затримання особи» тлумачиться в ст. 260 Кодексу України про адміністративні правопорушення, де цей примусовий захід застосовується з метою встановлення особи правопорушника, виявлення й закріплення доказів правопорушення, створення інших умов, необхідних для всебічного й об'єктивного розгляду справи про порушення Закону, а також своєчасного й повного виконання накладеного стягнення.

Так само ст. ст. 23, 37, 42–45 Закону України «Про Національну поліцію» для виконання покладених на неї обов'язків уповноважують «застосовувати поліцейські заходи примусу, у тому числі спеціальні прийоми рукопашного бою й інші спеціальні засоби обмеження рухомості для забезпечення <...> припинення правопорушення, переслідування та затримання особи, яка підозрюється у вчиненні кримінального правопорушення та чинить злісну непокору законній вимозі поліцейського або намагається втекти; обмежувати пересування особи чи транспортного засобу; затримувати особу на підставах, у порядку й на строки, визначені законами України; доставляти затриманих осіб, підозрюваних у вчиненні правопорушення» [6]. Аналогічні дії передбачає також і Наказ МВС України від 7.07.2017 р. № 575 «Про затвердження Інструкції з організації взаємодії органів досудового розслідування з іншими органами та підрозділами Національної поліції України в запобіганні кримінальним правопорушенням, їх виявленні та розслідуванні», у якому переслідування й затримання осіб за слідами чи вказаними потерпілими й очевидцями напрямками переміщення правопорушника або за результатами роботи службового собаки є одними із першочергових заходів і невідкладних слідчих (розшукових) дій.

Саме таке розуміння поняття «затримання», на наш погляд, є цілком логічним і адекватним реальній ситуації на практиці, аніж його тлумачення в чинному Кримінальному процесуальному кодексі України.

Отже, вимога законодавця тлумачити затримання як тимчасовий запобіжний захід (ст. 176 КПК) призвела на практиці до того, що такий важливий процесуальний документ, як протокол затримання підозрюваного, із протоколу слідчої дії (призначеного для фіксації ходу, змісту та результатів затримання) перетворився на документальну підставу для поміщення підозрюваного до ІТТ затриманих. Вочевидь, така практика прямо суперечить кримінально-процесуальній доктрині стосовно традиційного призначення юридичних актів досудового слідства, згідно з якою протокол є процесуальним актом, у якому фіксуються хід і результати проведення процесуальної (слідчої) дії, спрямованої на отримання (збирання) доказів або перевірку вже отриманих доказів, що мають значення для конкретного кримінального провадження, і засвідчується їх дійсність (ч. 1 ст. 104, ч. 1 ст. 223 КПК України), а постанова – процесуальний акт, у якому формулюється й мотивується прийняте слідчим процесуальне рішення (ч. 3 ст. 110 КПК України). Безумовно, рішення про затримання (так само, як і тримання під вартою) має бути належним чином мотивоване, тому має прийматися у формі постанови, а не формулюватися в протоколі як документі, що фіксує юридично значущий (доказовий) факт.

Наведене переконує нас не лише в наявності очевидної колізії чинного процесуального та матеріального законів в Україні, але й слугує яскравим прикладом недолугої кримінально-процесуальної нормотворчості. Як наслідок, неоднозначне тлумачення змісту терміна «затримання особи» в різних нормативних актах фактично спантеличує правоохоронців і наукову юридичну громадськість.

Між тим В. Гмирко, М. Шумило й інші вчені-процесуалісти [7] стверджують, що в реалізації декларованих ст. 2 КПК України завдань кримінального судочинства провідним є значення доказів і їхніх джерел, оскільки саме докази є єдиним засобом, за допомогою якого слідчий і суддя встановлюють істину в кримінальному провадженні. Вельми чітко із цього приводу висловився М. Міхеєнко: «...у кінцевому підсумку, в кримінальному процесі як

науці, навчальній дисципліні, галузі права й практичній діяльності все зводиться до практичної діяльності й доказів, бо вони є основним змістом кримінального процесу» [8, с. 115].

Гадаємо, що зацікавленого читача не треба переконувати в тому, що доказами в кримінальному провадженні є будь-які фактичні дані, отримані в передбаченому законом порядку, на підставі яких слідчий і суд установлюють наявність чи відсутність фактів і обставин, що мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню (ст. 84 КПК). Виходячи із цього, можна стверджувати, що кримінальний процес є знаряддям ефективної реалізації положень матеріального права. Отже, цілком очевидно, що там, де нормативно-правові акти не відповідають дійсності, там не може бути й мови про правильне застосування матеріального права.

Повсякденна практика свідчить, що затримання є дієвим засобом забезпечення як досудового, так і судового кримінального провадження, участь у якому підозрюваного (обвинуваченого) є обов'язковою. У протилежному разі розпочате провадження втрачає досудову та судову перспективу. Оскільки затримання застосовується з метою забезпечення кримінального провадження, установлення й доведення провини особи, підозрюваної у вчиненні правопорушення, яке може мати різні ступені суспільної небезпеки, цей захід державного примусу використовується й у кримінальному (ст. 38 КК), і в кримінально-процесуальному (ст. 207–208 КПК), і в адміністративному законодавстві України (ст. 259–261 КУпАП). В усіх випадках аналіз дій, що становлять затримання правопорушника, дозволяє дійти висновку, що практично його процедура розпадається як мінімум на дві-три самостійні стадії: безпосереднє (фактичне) затримання особи, її доставлення до органу досудового розслідування та процесуальне оформлення (складання протоколу) затримання підозрюваного.

На жаль, із цього приводу вчені й практики не мають спільної думки. Одні вбачають у затриманні процесуальну (слідчу) дію і засіб отримання доказів. Наприклад, А. Дубинський, В. Малярова та ін. [1, с. 161–162, 133–136] вважають затримання підозрюваного однією зі слідчих дій і характеризують його як самостійний спосіб одержання доказів, зазначаючи, що протокол затримання є джерелом доказів. Ми також здавна позиціонуємо затримання як процесуальну дію, що полягає у фізичному захопленні (на місці злочину, у результаті переслідування чи розшуку), обеззброєнні й доставлянні до органу досудового розслідування особи, підозрюваної, обвинуваченої чи засудженої за вчинення злочину, за який передбачене покарання у вигляді позбавлення волі, із метою ідентифікації особи правопорушника, з'ясування його причетності до вчиненого кримінального правопорушення шляхом виявлення й закріплення доказів і (в разі підтвердження підозри) створення необхідних умов для забезпечення належної участі підозрюваного в досудовому та судовому кримінальному провадженні [9, с. 83].

Дехто висловлює інший погляд. Наприклад, І. Гуткін хоч і вважає затримання слідчою дією, але «саме по собі затримання підозрюваного, – пише він, – безпосередньо не встановлює доказів» [10, с. 50]. І. Петрухін теж по-своєму заперечує, що «хоча протокол затримання є процесуальним документом, але вказані в ньому «підстави» затримання не мають статусу судових доказів... Доказове значення протоколу затримання як процесуального документа полягає лише в тому, що він засвідчує час і місце затримання певної особи, а також зроблені нею при цьому заяви» [11, с. 51]. Хоча цього не так уже й мало.

Зрештою, дехто висловлює стурбованість парадоксальною ситуацією, що протокол затримання в сучасній практиці складається уповноваженою особою, яка цю процесуальну дію не проводила. А хіба для доказування провини замало того, що на підставі ст. 207 КПК будь-хто спіймав підозрюваного на місці злочину й доставив до уповноваженої службової особи? Більше того, кожен, хто здійснив законне затримання особи в порядку, передбаченому ст. ст. 207–208 КПК, може тимчасово вилучити її майно, яке разом із доставленою затриманою особою він

зобов'язаний передати слідчому, факт чого має бути засвідчений протоколом (ч. 1 ст. 168 КПК). Отже, більш важливим є те, що в справі з'являється особа, підозрювана у вчиненні злочину, під час затримання й особистого обшуку якої вилучені «речові докази», що свідчать про її причетність до злочину, а також те, які нею були зроблені конкретні заяви із цього приводу.

Стурбованим варто нагадати, що все це є правомірним на тій підставі, що відповідно до ст. 42 КПК України особу прийнято вважати підозрюваною з моменту її фактичного затримання на місці вчинення кримінального правопорушення чи безпосередньо після його вчинення та негайного повідомлення їй про підозру, як це передбачено ст. ст. 276–278 КПК. Принциповим є й те, що суттєво змінився момент фактичного затримання підозрюваного (коли він силою або через підкорення наказу змушений залишатися поряд із уповноваженою службовою особою чи в приміщенні, визначеному уповноваженою службовою особою) (ст. 209 КПК). А це означає, що саме із цього моменту (а не після оголошення особі протоколу затримання, як це було за радянських часів) кримінально-процесуальне затримання підозрюваного можна розцінювати як завершене, і залишилася лише одна формальність – скласти протокол.

Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі. Підсумовуючи, можна дійти деяких висновків. Серед трансформацій, яких останніми роками зазнала вітчизняна правова доктрина на шляху до євроінтеграції, поряд з іншими, найбільш істотних змін зазнав кримінально-процесуальний інститут затримання особи, підозрюваної у вчиненні злочину. Буквальне тлумачення наведених у статті норм дозволяє нам дійти висновку, що безпосереднє позбавлення особи свободи пересування є фактичним затриманням, строк якого обчислюється з моменту фізичного затримання особи. Звідси випливає другий висновок: фізичне затримання особи – це перший етап затримання процесуального. Тож немає жодних підстав для подальшої популяризації вченими-процесуалістами застарілих кримінально-процесуальних догматів щодо 72-годинного затримання, під яким розуміють «тримання підозрюваної особи під вартою», адже згідно з ч. 3 ст. 278 КПК у разі, якщо повідомлення про підозру не буде вручене їй упродовж 24 годин з моменту затримання, така особа підлягає негайному звільненню.

Чинний КПК України не забороняє, а цілком допускає можливість отримання доказів у процесі затримання правопорушника й передбачає засіб їх фіксації та посвідчення – протокол затримання, в якому засвідчуються обставини й факти, установлені під час затримання особи. Будучи процесуальним носієм фактичних даних, що мають значення для справи (належать до предмета доказування) і відповідають вимогам допустимості та достовірності, протокол затримання підозрюваного, безсумнівно, є джерелом доказів у кримінальному провадженні. При цьому доказове значення протоколу затримання полягає в тому, що в процесі захоплення підозрюваного встановлюються (виявляються, констатуються), а в протоколі затримання адекватно відображаються обставини й факти, що мають значення для кримінального провадження. Навряд чи доказова інформація може бути отримана шляхом ув'язнення підозрюваного («домашнього арешту» або поміщення до ІТТ). Якби законодавець під затриманням розумів тільки такі дії, то протокол затримання відносити до числа джерел доказів не мало б сенсу.

Отже, кримінально-процесуальне затримання особи, підозрюваної у вчиненні злочину (а так само розшукуваного обвинуваченого чи засудженого, який утік із місця позбавлення волі), має розглядатися не як ізоляційний запобіжний захід (на кшталт домашнього арешту чи тримання під вартою), а як комплекс організаційно-тактичних дій із захоплення, обеззброєння та доставляння цієї особи до компетентного органу, супроводжуваний фіксацією факту, обставин і результатів затримання шляхом відеозапису та їх остаточного юридичного оформлення у відповідному протоколі.

Під час затримання підозрюваного вповноваженим особам надається реальна можливість безпосередньо пізнавати різні обставини вчинення й приховування злочину, тому вони повинні

використати всі можливості для того, щоби закріпити отримані при цьому відомості й забезпечити можливість їхнього використання й кримінальному провадженні під час доказування всіх фактичних даних, що мають доказову перспективу. Наприклад, сукупність очевидних ознак на тілі, одязі особи чи місці події, що вказують на те, що саме ця особа щойно вчинила злочин, закон (п. 2 ч. 1 ст. 208 КПК) відносить до підстав затримання. Із цього випливає, що такі сліди підлягають фіксації в протоколі затримання, а їх виявлення та закріплення (зокрема й шляхом фото- та відеозйомки) створює невід'ємний елемент цієї процесуальної (слідчої) дії, адже з метою забезпечення безпеки оточуючих громадян і самої себе особа, яка проводить затримання, має право оглядати одяг підозрюваного й наявні при ньому речі та предмети, а також вилучати їх, особливо холодну та вогнепальну зброю, які вона зобов'язана передати слідчому, що має бути засвідчено шляхом складання окремого протоколу (ч. 1 ст. 168 КПК).

Своєчасне вилучення та процесуальне закріплення виявлених слідів злочину виключить можливість їх знищення з боку затриманого на шляху його доставлення до правоохоронного органу, являтиме реальну можливість перевірки й спростування неправдивих заяв із боку останнього про те, що «викривальні докази» були йому підкинуті, підкладені чи утворилися в процесі припинення його дій або доставлення його до органу розслідування. Тим самим виконання дій із документування (фіксації) та посвідчення ходу й результатів затримання підозрюваного дозволить правильно визначити належність до кримінального провадження, допустимість і достовірність отриманих при цьому речових джерел доказової інформації, факту й результатів застосування технічних засобів та інших фактичних даних.

Саме таке розуміння дає можливість не лише отримувати важливі докази в процесі затримання підозрюваного, а й використовувати їх у подальшому для доведення його провини. Невипадково в повсякденній практиці правоохоронці керуються цими міркуваннями для запобігання, припинення та розкриття злочинів. Часто затримання правопорушника «на гарячому» стає кінцевою й доволі ефективною крапкою в процесі документування його злочинної діяльності. Наприклад, завчасно сплановане затримання вимагачів або хабарників у момент одержання хабара або відразу ж після цього є одним із дієвих способів їх викриття, тому що дає можливість зафіксувати факт передачі та вилучення предмета хабара (або його прилюдного викидання, знищення тощо). При цьому, як справедливо наголошують фахівці [12, с. 5], факт затримання на місці злочину здійснює настільки разючий психологічний вплив на хабарника, що він змушений зізнатися в інкримінованому йому злочині.

Тож ми переконані, що кримінально-процесуальному затриманню особи, підозрюваної у вчиненні кримінального правопорушення, властиві всі ознаки, що віднесені вченими [13, с. 7–19] до слідчої (розшукової) дії: воно має свою мету, завдання, підстави й умови, організаційно-тактичні прийоми проведення, процесуальний порядок оформлення його ходу, результатів і служить ефективним процесуальним способом отримання фактичних даних у кримінальному провадженні, які втілюються в процесуально-правову форму – протокол (ч. 5 ст. 208 КПК). Будучи здатним не тільки давати імпульс зафіксованій інформації, а й переносити її в просторі та часі, протокол є надійним носієм доказової інформації в кримінальному процесі.

Список використаних джерел:

1. Див.: Дубинский А. Некоторые вопросы правовой регламентации задержания подозреваемого в совершении преступления. Материалы теоретической конференции по итогам научно-исследовательской работы профессорско-преподавательского состава за 1972 год. Киев: Киевская ВШ МВД СССР, 1973. С. 87–92; Короткий Н. Задержание лица, подозреваемого в совершении преступлений. К.: Изд-во МВД УССР, 1977; Тertyшник В. Задержание подозреваемого: содержание и процессуальная форма. Вопросы уголовного процесса и криминалистики.

М.: ВНИИ МВД СССР, 1988; Малярова В. Сутність затримання як слідчої дії. Вісн. Нац. ун-ту внутр. справ. Спецвипуск. Харків: НУВС. 2000. С. 133–136; Борисов В., Глинська Н., Зеленецький В., Шило О. Проблеми затримання та взяття під варту в процесі дізнання та досудового слідства в Україні. Х.: Східно-регіон. центр гуманітарно-освітніх ініціатив, 2005. 352 с.; Погорельський М. Затримання підозрюваного: проблеми обґрунтування рішення. Юридичний радник. Х., 2007. № 6 (20). С. 92–97; Карпов Н. Питання затримання обвинуваченого, який перебуває в розшуку. URL: 2010_3/karpov.htm; Бірюков В. Юридична природа затримання: постановка проблеми. Форум права. 2010, № 4. URL: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2010-4/10bvpzpp.pdf>; Меживой В., Меживой О. Актуальні питання затримання осіб за новим КПК України. URL: <http://www.corg-lguvd.lg.ua/d130106.html>; Макаренко Є. Теорія та практика встановлення й затримання осіб, якими учинено злочин: монографія. Дніпропетровськ: Дніпр. держ. університет внутрішніх справ, 2011. 468 с.; та ін.

2. Черненко А. Кримінально-процесуальне затримання особи: слідча дія чи запобіжний захід? Організаційно-правові питання реформування досудового слідства в Україні: Матеріали всеукраїнської науково-практичної конференції. Донецьк, 13 грудня 2002 р. Донецьк: ДІВС, 2003. С. 125–132; Білоусов О. Затримання підозрюваного як тимчасовий запобіжний захід у кримінальному процесі України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Одеса, 2006; Чернова А. Затримання особи, підозрюваної в скоєнні злочину: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Одеса, 2009; Ангеленюк А.-М. Окремі аспекти реформування інституту кримінально-процесуального затримання. Митна справа. 2012. № 1, ч. 2, кн. 2. С. 112–116; Лазарева Д. Затримання уповноваженою службовою особою: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Дніпро, 2018. С. 9–10; та ін.

3. Див.: Білоусов О., Смоков С. Затримання підозрюваного у кримінальному процесі України: монографія. Одеса, 2009. 112 с.; Чернова А. Затримання особи, підозрюваної в скоєнні злочину: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Одеса, 2009; Ангеленюк А.-М. Окремі аспекти реформування інституту кримінально-процесуального затримання. Митна справа. 2012. № 1, ч. 2, кн. 2. С. 112–116; Ковальов С. Затримання особи по новому КПК. URL: <http://jovprokuratura.blox.ua/2012/06/ZATRIMANNYa-OSOBI-PO-NOVOMU-KPK.html>; Шульга Д. Роль практики Європейського суду з прав людини у гуманізації інституту затримання у кримінальному процесі України. Актуальні питання кримінального процесуального законодавства України (Київ, 26 квітня 2013 року): збірник матеріалів міжвузівської наукової конференції / Національна академія прокуратури України. К.: Алерта, 2013. С. 72–75; Сервило Т. Щодо проблем затримання підозрюваного у вчиненні злочину органами Державної прикордонної служби України. Там же. С. 85–89; та ін.

4. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 р. № 4651-VI, введений у дію з 20.11.2012 р. Відомості Верховної Ради України, 2013, № 9–10, № 11–12, № 13, ст. 88 (в редакції станом на січень 2018 р.).

5. Кримінальний кодекс України № 2341-III від 05.04.2001 р. К., 2001.

6. Про Національну поліцію: Закон України № 580-VIII від 02.07.2015 р. ВВР України, 2015, № 40–41, ст. 379 (у редакції Закону № 928-VIII від 25.12.2015 р.).

7. Гмирко В. Кримінально-процесуальні докази: поняття, структура, характеристика, класифікація. Дніпропетровськ: Академія митної служби України. 2002. 63 с.; Гмирко В. Доказування в кримінальному процесі: діяльнісна парадигма. Теоретичний аналіз. Проблематизація. СМД-репрезентація: монографія. Дніпропетровськ: Академія митної служби України, 2010. 314 с.; Гмирко В.П. Зasadничі аксіоми теорії доказування в кримінальному процесі України. Вісник Академії митної служби України. Серія «Право». Дніпропетровськ, 2011. № 1. С. 142–150; Гмирко В. Кримінально-судові докази: юридичне поняття чи дефініція? Право

України. 2014. № 10. С. 26–35; Шумило М. Поняття доказів у кримінальному процесі: пролегомени до розуміння «невловного» феномена доказового права. Вісник кримінального судочинства. № 3/2015. С. 95; та ін.

8. Міхеєнко М., Нор Т., Шибіко В. Кримінальний процес України: підруч. 2-ге вид., перероб. і доп. К.: Либідь, 1999. 536 с.

9. Макаренко Є. Розшук і затримання підозрюваних (звинувачених) у наркобізнесі. Навчальний посібник. Д.: Юрид. акад. М-ва внутр. справ, 2005. С. 83.

10. Гуткин И. Актуальные вопросы уголовно-процессуального задержания. М.: Академия МВД СССР, 1980. С. 50.

11. Петрухин И. Задержание. Проблемы кодификации уголовно-процессуального права. М.: ИГПАН СССР, 1987. С. 51.

12. Ляш А., Ліщенко В. Затримання підозрюваного у справах про отримання хабара. Часопис Академії адвокатури України. №16 (3'2012). С. 5; Фаринник В. Затримання особи: проблеми кримінальної процесуальної регламентації та шляхи їх вирішення. Вісник кримінального судочинства. № 2/2015. С. 85–94.

13. Лобойко Л., Черненко А. Кримінально-процесуальна регламентація слідчих дій: монографія. Д.: Дніпропетровський держ. ун-т внутр. справ, 2005. 209 с.

О. П. Метелев, аспірант кафедри
кримінального права та кримінального процесу
Національної академії Служби безпеки України

ГНОСЕОЛОГІЧНА І ПРАВОВА ПРИРОДА ЦИФРОВИХ ДОКАЗІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

У статті досліджено гносеологічну і правову природу цифрових доказів, проаналізовано сучасний стан наукової розробки зазначеної проблеми, а також запропоновано шляхи законодавчого врегулювання використання цифрової інформації як доказів у кримінальному процесуальному законодавстві України, зокрема визначення місця цифрових доказів у структурі видів доказів.

Ключові слова: кримінальний процес, цифрова інформація, цифрові докази.

O. P. Metelev. Gnoseological and legal nature of digital evidence in criminal process

Scientific and technological progresses since the middle of the last century have made the means of electronic computing equipment an integral part of our existence. The rapid development of telecommunication technologies affected not only the everyday life of each individual and society as a whole – it affected the legal aspects of the present, in particular the institute of evidence. Informatization of society, together with its undeniable achievements, brought in our lives a whole series of negative phenomena that are associated with the unlawful use of electronic computing equipment facilities and telecommunications. Therefore, more and more urgent becomes the need for the use of information recorded in digital form, as a special type of evidence.

This article explores gnoseological and legal nature of digital evidence, analyzes the current state of development and proposes ways of legislative regulation of the use of digital information as evidence in the criminal procedural law of Ukraine, in particular, determining the place of digital evidence in the system of procedural sources of evidence.

Key words: criminal process, digital information, digital evidence.

Постановка проблеми. Науково-технічний прогрес із середини минулого століття зробив засоби електронно-обчислювальної техніки (далі – ЕОТ) невід’ємною частиною нашого існування. Бурхливий розвиток ЕОТ і телекомунікаційних технологій вплинув на повсякденне життя кожної окремої людини і всього суспільства загалом, а також на інститут доказів і доказування у кримінальному процесі. Інформатизація суспільства, разом із безперечними своїми досягненнями, привнесла у наше життя цілу низку негативних явищ, які пов’язані із протиправним використанням засобів ЕОТ і телекомунікації. Тому потреба послуговуватися відомостями, зафіксованими у цифровому вигляді, як особливого виду доказами стає все більш нагальною.

Використання цифрової інформації як доказів у кримінальному процесуальному законодавстві України залишається малодослідженим і, як наслідок, недостатньо врегульованим. Зокрема, відсутня визначеність статусу цифрової інформації як доказів, її гносеологічної і правової природи, а також критеріїв для виділення такої інформації в окремий вид доказів, що не сприяє ефективному використанню цифрових технологій та цифрової інформації у національному судочинстві.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Перші згадки про можливість використання електронних документів як доказів у кримінальних справах у вітчизняній юридичній науці можемо знайти у докторській дисертації видатного вченого-криміналіста В.К. Лисиченка «Криміналістичне дослідження документів: правові та методологічні проблеми» ще у 1974 р.

© О. П. Метелев, 2018

У своїй роботі автор приходить до висновку, що широке впровадження обчислювальної техніки «створює об'єктивні підстави для того, щоб відомості про факти і практичну діяльність людей, які закріплені знаками штучних мовних систем (машинних мов), розглядались у загальнонауковому і правовому сенсі як самостійний різновид документів» [25, с. 49]. Відтоді кількість досліджень і публікацій у цьому напрямі вітчизняної кримінально-процесуальної наукової думки тільки збільшувалась, що, звичайно, було вимогою технологічного та інформаційного прогресу суспільства.

До теми розуміння інформації, що зафіксована на машинних носіях у цифровому вигляді, даючи їй різні назви як одного з видів доказів у кримінальному процесі, а також статусу та особливостей об'єктів, які можуть належати до цифрової доказової інформації, у кримінальному процесі звертались багато вітчизняних та зарубіжних юристів-науковців, зокрема: Т.В. Авер'янова, К. Браун (С. Brown), В.М. Бутузов, В.Б. Вехов, С.Й. Гонгало, О.Г. Григор'єв, Н.А. Зігура, М.А. Иванов, І.З. Карась, А.В. Касаткін, Е. Кейсі (Е. Casey), В.А. Копилов, Л.Б. Краснова, Г.В. Кудрявцева, Т.Е. Кукарнікова, Ю.М. Літвінов, В.В. Лисенко, В.О. Мещеряков, Д.В. Пашнев, М.М. Федотов, Дж.У. Чизам (J.W. Chisum) та інші.

Крім того, проблема можливості віднесення цифрової (електронної) інформації до певного виду доказів була предметом наукових розвідок деяких вітчизняних процесуалістів у цивільному, господарському та адміністративному процесуальному праві, а саме С.В. Васильєва, Л.М. Ніколенко, Т.С. Соколан та інших. Згадана проблема досліджувалась у дисертаціях С.П. Ворожбіт, К.Л. Брановицького, М.В. Горєлова, а також у монографіях О.Т. Боннера та А.П. Вершиніна.

Мета статті. Спираючись на аналіз наукових публікацій та норм вітчизняного і зарубіжного кримінально-процесуального законодавства, дослідити ґносеологічну і правову природу цифрових доказів та визначити їх місце серед інших видів доказів.

Виклад основного матеріалу. Пізнання подій минулого щодо вчинення кримінального правопорушення відбувається ретроспективно, оскільки відтворити в деталях картину події, яка вже відбулась, неможливо. Тому єдиним засобом відображення фактів і обставин можливо вчиненого злочину є докази. Останні стають віртуальним ланцюгом, який поєднує досліджувану подію й обставини, що підлягають обов'язковому доказуванню у кожному кримінальному провадженні (ст. 91 Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) України) [1].

Для визначення ґносеологічної та правової природи цифрових доказів насамперед необхідно звернутися до еволюції формування наукових поглядів на поняття «доказ», яке є фундаментом науки кримінального процесу і кримінального судочинства.

Після прийняття у 1864 р. Статуту кримінального судочинства, який став поштовхом до активних наукових досліджень у кримінальному процесі, видатні вчені того часу, такі як Д.Г. Тальберг, Л.Е. Владимиров, І.Я. Фойницький та С.В. Познишев, виділяли у понятті доказу такі компоненти: по-перше, відомості як підстава для встановлення фактів, які необхідно знайти; по-друге, інтелектуальний процес, за допомогою якого встановлюється зв'язок між отриманими відомостями та шуканими фактами [9, с. 100; 28, с. 172; 31, с. 37; 33, с. 162].

У кримінально-процесуальній науці вказаний підхід до тлумачення поняття «доказ» залишався основним практично до середини ХХ ст. Значний внесок у розвиток теорії доказів за радянських часів зробили А.Я. Вишинський, М.А. Чельцов, М.С. Строгович та інші процесуалісти, які в тій чи іншій формі підтримували вищезазначену концепцію поняття «докази» [11, с. 223; 30, с. 120; 35, с. 134–136].

У 50–60-х рр. ХХ ст. видатний учений В.Я. Дорохов обґрунтував інформаційну концепцію доказів, згідно з якою їхнім змістом указувалися не факти, а дані (інформація) про них та джерела їх отримання [17, с. 55]. У цій моделі чітко регламентувалися перелік джерел доказів і способи їх збирання.

Зазначений підхід до розуміння поняття доказу як єдності об'єктивного змісту і суб'єктивної форми із часом був закріплений законодавчо. У 1960 р. у ст. 65 КПК України вперше у вітчизняному законодавстві (підставою було прийняття Основ кримінального судочинства СРСР та союзних республік у 1958 р.) було сформульоване загальне поняття доказів як будь-яких фактичних даних, на підставі яких у встановленому порядку орган дізнання, слідчий і суд встановлюють наявність чи відсутність суспільно-небезпечного діяння, винуватість особи, яка вчинила це діяння, та інші обставини, що мають значення для вирішення справи. Ці дані повинні були встановлюватися: показаннями свідка, показаннями потерпілого, показаннями обвинуваченого, висновками експерта, речовими доказами, протоколами слідчих і судових дій та іншими документами [2].

Пізніше з'явилася так звана змішана (або синтезована) модель доказів, згідно з якою доказ – це єдність джерел та інформації, а в логічному розумінні – це факти й аргументи [27, с. 86–101].

Сформована ще за радянських часів вищевказана інформаційна концепція поняття доказу домінувала у кримінальному процесі аж до розпаду Радянського Союзу, визначаючи рамки і вектори досліджень більшості вітчизняних процесуалістів. У її методологічну основу авторитарно було покладено ленінську «теорію відбиття», відповідно до положень якої одні матеріальні системи (включаючи і мозок людини) мають здатність дзеркально відображати (фотографувати) образи інших систем. Ця парадигма стала базовою у процесі пізнання і тлумачення фактів та обставин можливо скоєного злочину, де основою змісту доказів вважалося саме інформація про матеріальні та ідеальні сліди злочину. Відповідно, такі поняття, як «факт», «інформація» про нього, «знання» про цей факт, а також «доказ», стали безпідставно ототожнюватися. Крім того, зовсім не бралось до уваги те, що доказ – це творіння людини із властивою їй психологією, логікою та суб'єктивним ставленням до навколишньої дійсності.

В останні кілька десятиліть процесуалістами були переосмислені раніше накопичені знання в загальній теорії доказів і реформи норм кримінально-процесуального законодавства, упроваджені ще за радянських часів. Суттєво на цей процес вплинули як науково-технічний прогрес (особливо в інформаційній сфері), так і досягнення у сфері розуміння психології людини та її вчинків.

Теорія відображення, яка донедавна була філософським, теоретичним і практичним фундаментом кримінально-процесуальної науки, почала ставитися науковцями під сумнів.

Першим у 2000 р. на згадану тему критично і стисло висловився В.Ф. Статкус: «Изучать азы раскрытия следователю не надо, раз теория отражения все объемлет своим взглядом. Господа криминалисты, молча встаньте на колени и молитесь отражению, как учил товарищ Ленин» [29, с. 8–9].

У 2002 р. В.П. Гмирко, поділяючи скепсис щодо можливостей використання теорії інформації в судовому пізнанні (доказуванні), писав: «У цьому зв'язку потрібно зацентувати, що радянська інформаційна концепція доказів ґрунтувалася на догматах ленінської «теорії відбиття», методологічні можливості якої з позицій сьогодення не є такими вже а пріогі безсумнівними, як це виглядало за днів минулих. <...> Ця констатація, як на мене, спонукає до критичнішого погляду на методологічні основи теорії вітчизняного доказового права, пошуку нових теоретичних схем» [14, с. 47].

О.С. Александров у 2003 р. наголошував, що «передусім я атакував її (радянську теорію доказів) світоглядну основу – теорію пізнання (так звану теорію відображення) діалектичного матеріалізму. Відмовився від концепції об'єктивної істини, яка була розроблена ідеологами радянського процесуального права» [5, с. 4].

М.Є. Шумило також переконаний, що «виявлені розбіжності між легальним визначенням загального поняття доказів і способами збирання їх видів свідчать про очевидну потребу

поступової заміни «відображально-інформаційної» ідеології доказування новою методологічною парадигмою, яка б забезпечувала можливість створення сучасної теоретичної конструкції інституту «доказ», залучаючи для цього досягнення філософії, методології, а також науки когнітивного циклу» [38, с. 48].

Варто зазначити, що на фоні висловів і загальних пропозицій науковців щодо зміни концепції авторитарної методології доказування вперше на пострадянському просторі піддав її розгорнутій і ґрунтовній критиці у 2011 р. В.П. Гмирко у своїй статті «Концепт «відбиття» і методологічні проблеми теорії доказування». Учений був переконаний, що згадана концепція гальмує розвиток теорії доказування. Він зазначав, що «інформаційний підхід, в основі якого лежить «відбиттєва» ідеологія, був використаний у кримінальному процесі для опрацювання так званої інформаційної концепції доказування, <...> але спроба побудувати інформаційну концепцію доказування в теоретичному плані не дала нічого нового для розвитку складної матерії доказування у кримінальному процесі» [13, с. 279].

У результаті відмова від відбиттєвої парадигми формування доказів дала науковцям поштовх до думки про недоцільність нормативного закріплення сталого поняття доказів, оскільки вона не віддзеркалює всіх його істотних ознак. Так, М.Є. Шумило зазначає, що деякими науковцями «зроблено спробу переглянути усталену методологічну парадигму діяльності доказування відповідно до нового розв'язання його традиційних головних проблем. Ці науковці не відкидають положення теорії відображення, адже воно дійсно існує, але лише як один із технічних моментів процесу пізнання. Змістова його частина полягає передусім у конструюванні процесуальними дослідниками образів правно-релевантної події минулого, яке за своєю суттю практично не контролюється нормами права» [36, с. 23].

Отже, на виклик часу процесуалістами були запропоновані нові концепції, які переміщують важіль парадигми розуміння поняття доказів у бік людської природи. Поступово науковці стали припускати, що докази варто розглядати як складну юридичну конструкцію.

Так, В.П. Гмирко у своїх дослідженнях послідовно розвивав ідею щодо необхідності відмови від «легальної» дефініції поняття «доказ», пропонуючи ввести в науковий та практичний обіг системну юридичну конструкцію «склад кримінально-судового доказу», яка включатиме три блоки: нормативно-процедурний, інформаційний та фактовстановлювальний. Така методологічна (мислєдіяльнісна) концепція розуміння доказів, на думку вченого, давала можливість трактувати їх не як сталу догматичну дефініцію, а як динамічне юридичне явище, що починає формуватися під час досудового розслідування і завершується в судовому засіданні за участю всіх сторін процесу [15, с. 34].

Згаданий підхід підтримують багато сучасних вітчизняних науковців. Зокрема, М.Є. Шумило пропонує (зважаючи на вимоги ч. 2 ст. 23 КПК України) доповнити юридичну конструкцію доказу В.П. Гмирка ще двома сегментами: судово-інтерпретаційним та судово-констатувальним, – тим самим підкреслюючи участь сторони захисту у формуванні судових доказів. На думку науковця, структурована діяльність із формування доказів, яка найбільш повно відображатиме їхню складну природу, повинна включати:

- нормативно-процедурний сегмент – покликаний фіксувати нормативну процедуру одержання (формування) доказів, а також вимоги процесуального стандарту щодо умов, засобів і порядку їх допуску у процедуру доказування, тобто, по суті, визначає програму складу доказу як юридичної конструкції;
- інформаційно-забезпечувальний (знаннєвий) сегмент – на нього покладається функція забезпечення сторін і суду відомостями – вихідним матеріалом для виготовлення доказових фактів;
- фактовстановлювальний сегмент – його завданням є встановлення фактів предмета доказування шляхом процедури логічного доведення, складниками якого є: доказуваний

(шуканий) факт як теза; доказовий факт як аргумент; юридичний висновок про характер зв'язку між ними (це основа для розв'язання питання про належність доказів);

– судово-інтерпретаційний сегмент – його завдання зводиться до представлення сторонам доказового матеріалу для його обговорення й оцінки відповідно до їхніх правових позицій;

– судово-констатувальний сегмент – це частина процесу формування доказів, коли за результатами судового розгляду суд визнає доказами ті, які його переконують у достовірності, справедливості, належності та допустимості [37, с. 101–102].

У чинному КПК України, який був прийнятий у 2012 р., було зроблено спробу змінити методологічну парадигму сприйняття доказу. Незважаючи на запозичене з КПК 1960 р. формалізоване поняття «доказ», КПК 2012 р. став кроком уперед, бо законодавець частково відмовився від чіткої процесуальної форми збирання всіх доказів і визначив лише загальні умови для різних способів збирання доказів, перерахованих у ст. 93 КПК, для всіх сторін кримінального процесу. Головною ідеєю КПК України 2012 р. стала необхідність гарантування беззаперечного дотримання прав і свобод людини.

Для розкриття гносеологічної і правової природи доказів необхідно розглянути, як саме вони утворюються. Як уже зазначалося, ще за радянських часів методологічним фундаментом теорії доказів була теорія відображення, згідно з якою будь-який об'єкт матеріального світу або явища має здатність змінюватись під впливом іншого. Вважалося, що подія злочину залишає на матеріальних об'єктах та в пам'яті людей певні сліди (матеріальні – «відбитки» події на предметах або зміна обстановки; ідеальні – «відбитки» події у свідомості людини), на основі яких слідчий, прокурор та суд опосередковано встановлювали факт вчинення злочину та винуватості особи у його вчиненні. Тобто процес пізнання доказів був суто технічним, залишаючи поза увагою психічну, логічну та інтелектуальну діяльність самого суб'єкта пізнання. Адже сприйняття особою змісту матеріальних та ідеальних слідів як «відображення» події злочину неодмінно трансформуватиметься в її свідомості у суб'єктивне знання з усіма похідними (психічний стан, соціальний статус, особисті наміри, переконання, зацікавленість у результаті та інші).

Таким чином, процес формування доказів є досить складним і вимагає врахування як об'єктивних, так і суб'єктивних утворювальних чинників із дотриманням розумного балансу між ними. До того ж в останні десятиліття через стрімкий розвиток науково-технічного прогресу та поширення цифрових технологій у кримінальному процесі постало актуальне питання щодо використання цифрової інформації та цифрових слідів як доказів у кримінальних провадженнях.

Якщо розглядати механізм утворення слідів цифрових (електронних) доказів, то необхідно врахувати, що природа інформації взагалі і цифрової зокрема полягає в тому, що вона є унікальним нематеріальним об'єктом.

Зазначимо, що за кордоном наукові дослідження щодо використання цифрової інформації у кримінальному судочинстві почали проводити набагато раніше, ніж у колишньому СРСР і сучасній Україні. Вивченню цифрових доказів та їх місця у кримінальному процесі присвятили свої роботи такі американські вчені, як К. Браун (С. Brown), Е. Кейсі (Е. Casey) та Дж.У. Чизам (J.W. Chisum). Їхні праці суттєво вплинули на теоретичну розробку та практичне впровадження методик роботи із цифровими доказами.

Однією з найбільш фундаментальних робіт, присвячених використанню комп'ютерних доказів у судових провадженнях кримінальних і цивільних справ, є книга К. Брауна (С. Brown) «Комп'ютерні докази: збирання і збереження» (Computer Evidence: Collection & Preservation) [39].

Оскільки наприкінці XX ст. ішлося тільки про інформацію, яка була створена за допомогою апаратних і програмних засобів комп'ютерної техніки, то вона отримала назву «комп'ютерні докази» (computer evidence).

Вважається, що найбільш коректну дефініцію комп'ютерних доказів для цілей кримінального процесу запропонував Дж.У. Чизам (J.W. Chisum), який визначав їх як «будь-які зафіксовані (записані) або передані за допомогою комп'ютера дані, що доказують або спростовують подію злочину, містять відомості про його підготовку чи намір його здійснити, або встановлюють алібі підозрюваного» [41, с. 12].

У 1995 р. за ініціативою правоохоронних органів США, Канади і кількох європейських країн була створена Міжнародна організація з комп'ютерних доказів (International Organization on Computer Evidence – IOCE), яка запропонувала розуміти останні як «дані з комп'ютерних систем, що можуть бути використані як докази в судових провадженнях» або ж як «інформацію, що зафіксована чи передана у двійковій формі і може бути використана в суді» [42; 44].

Проте термін «комп'ютерні докази» доволі швидко став частиною більш широкого поняття. Наприкінці 90-х рр. минулого століття активно розроблялись новітні технічні засоби, основою яких стали мікропроцесорні технології, які за наявною тоді класифікацією не могли бути віднесеними до комп'ютерів: електронні книги, цифрові фотоапарати, диктофони, відеокамери із цифровою системою запису, засоби мобільного зв'язку, касові й ігрові апарати та інші технічні засоби, у яких інформація створюється, обробляється, передається та зберігається у так званій цифровій формі. Тому цілком природно, що від чисто комп'ютерних доказів зарубіжні вчені перейшли до ширшої групи, яка отримала назву «цифрові докази» (digital evidence).

Експертами новоствореної наукової робочої групи з дослідження цифрових доказів (Scientific Working Group on Digital Evidence – SWGDE) було запропоновано під терміном «цифрові докази» розуміти будь-яку інформацію доказового значення, що зафіксована і передана у цифровій формі [43].

Українські науковці та вчені ближнього зарубіжжя, враховуючи кримінально-процесуальний досвід США та Європи, розробляли своє бачення природи та місця цифрових доказів у кримінальному процесі з урахуванням особливостей вітчизняного законодавства. Такі науковці-криміналісти, як В.Ю. Агібалов, В.Д. Басай, Г.Л. Грановський, Є.П. Іщенко, А.В. Касаткін, М.М. Менжега, В.А. Мещеряков, П.В. Мочагін, В.В. Поляков, О.А. Самойленко, О.Б. Смушкін, О.О. Сукманов, А.К. Шеметов та інші, намагались у своїх роботах дослідити природу цифрових (електронних) слідів та їх значення у процесі розслідування кримінальних правопорушень. Єдиної думки щодо віднесення цифрових слідів до матеріальних чи виділення їх у окрему категорію немає, проте більшість все ж таки визнають нетрадиційність цієї категорії слідів, пов'язаної зі вчиненням злочинів із застосуванням цифрових технологій.

Загальновідомо, що будь-який пізнавальний процес починається із кроків, які дають змогу суб'єктові пізнання вступити у взаємодію з конкретним об'єктом для одержання про нього необхідного знання. Сприймати ж будь-який об'єкт можливо тільки за якими-небудь параметрами, наприклад, за розміром, формою, кольором і тому подібними, які вирізняють цей об'єкт у навколишньому середовищі. Але коли йдеться про пізнання цифрових слідів, які насправді є двійковим цифровим кодом (послідовність «нулів» і «одиниць»), то виявляється, що їх можливо дослідити тільки опосередковано, через їхні ознаки й особливості, а не безпосередньо, як речові докази чи документи за вищевказаними параметрами. І хоча цифрова інформація може бути представлена у вигляді тексту, графічних зображень, звукових фонограм, відеороликів тощо, вона не має відповідних якісних фізичних характеристик, а має специфічну процедуру та середовище утворення, її копіювання та переміщення відбувається без втрати ознак оригіналу, вона може сприйматися людиною лише після її апаратно-програмної обробки та візуалізації (наприклад, виведення інформації на монітор). Отже, її неможливо визнати матеріальним об'єктом. Відповідно, оцінці та дослідженню підлягає власне цифрова інформація, а не матеріальний (машинний) носій, на якому вона зафіксована.

Безперечно, є логічною позиція науковців, які стверджують, що у разі вчинення злочинів за допомогою цифрових приладів утворюються матеріальні, традиційні сліди. Так, В.Я. Тацій зазначає, що матеріальні сліди залишаються на комп'ютерних, магнітних носіях інформації і відображають зміни даних, що зберігаються (порівняно з вихідним станом). Ідеться про сліди модифікації баз даних, програм, текстових файлів на твердих дисках, дискетах, магнітних стрічках, лазерних і магнітооптичних дисках [32, с. 65].

Однак матеріальні сліди зазначених злочинів мають опосередкований характер, адже їх наявність не завжди яскраво виражена, а тому часто відсутні дані про місце, звідки було вчинено злочин, проте відоме місце настання протиправних наслідків. А.Г. Волеводз зауважує: «Апаратні і програмні засоби комп'ютерної техніки є носіями інформації. Сліди злочинів, які несе сама комп'ютерна інформація, можуть мати різну природу й різний характер, що й визначає способи їх виявлення» [10, с. 153].

На жаль, більшість процесуалістів досі не мають жодної уяви про природу і зміст цифрової інформації, хоча у кримінальному процесі використання цифрових доказів стає дедалі частішим, а тому їх розуміння і вивчення є нагальною необхідністю.

Відтак дослідження природи цифрових слідів і, відповідно, цифрових доказів та їх місця у кримінальному процесі є предметом багатьох розвідок як у вітчизняній науці, так і за кордоном. Поняття ж «цифровий доказ» тлумачиться кожним науковцем суб'єктивно.

Так, О.І. Котляревський та Д.М. Киценко пропонують використовувати у кримінальному процесі поняття «електронні докази», під яким вони розуміють сукупність інформації, що зберігається в електронному вигляді на будь-яких типах електронних носіїв та в електронних засобах [22].

Більш вдалим вважаємо визначення цифрових доказів, яке дав Е. Кейсі (Е. Casey) у своїй роботі «Цифрові докази і комп'ютерна злочинність» (Digital Evidence and Computer Crime). Науковець визначив цифрові докази як «будь-які дані у цифровій формі, які встановлюють події злочину або можуть встановити зв'язок між злочином і його жертвою чи між злочином і особою, яка його скоїла» [40, с. 23].

Своє визначення цифрової інформації як доказу в кримінальному процесі запропонував М.А. Іванов: «Під цифровою інформацією розуміється будь-яка інформація у вигляді дискретних сигналів будь-якої фізичної природи, зафіксованої на машинних носіях, зокрема на носіях, доступ до яких здійснюється з використанням інформаційно-телекомунікаційних мереж (включаючи мережу Інтернет), яка слугувала знаряддям злочину, залишала сліди або зберегла в собі сліди впливу, на яку були спрямовані злочинні дії або вона була об'єктом, отриманим у результаті скоєння злочину, або яка своїм змістом, своїми властивостями, розміщенням або іншими ознаками встановлює наявність чи відсутність обставин, що підлягають доказуванню у провадженні за кримінальною справою, а також інших обставин, які мають значення для кримінального провадження» [21, с. 100].

Варто також зазначити, що з огляду на специфічну природу та характер цифрової інформації деякі науковці для дослідження слідів злочинів, вчинених із використанням цифрових технологій, використовують у своїх роботах такі поняття, як «віртуальні», «цифрові», «електронно-цифрові», «інформаційні», «бінарні», «комп'ютерні», «сліди засобів комп'ютерної техніки» тощо. Наприклад, М.М. Менжега пропонував для згаданої категорії слідів застосовувати поняття «сліди засобів комп'ютерної техніки». Ю.В. Гаврилін пропонував використовувати поняття «інформаційні сліди», а В.Д. Басай у своїх дослідженнях щодо значення цифрових слідів використовує для описання їх природи поняття «віртуальні сліди» [6, с. 221; 12, с. 32; 26, с. 59].

Проте більшість науковців, розмірковуючи над природою цифрових доказів, не беруть до уваги той факт, що формування цифрових слідів відбувається лише у штучно створених

середовищах (комп'ютерних, телекомунікаційних та інших цифрових системах). У їхній основі лежить специфічне електронно-цифрове відображення, характеристики якого залежать від особливостей існування цих штучних середовищ.

Цифровий слід може складатися з великої кількості окремих інформаційних компонентів, записаних на одному чи кількох машинних носіях (локальних або мережевих), тобто він не має фізично цілісної структури. Також його відображення в кожний конкретний проміжок часу залежить від технічних характеристик пристрою (його апаратне наповнення, операційна система, файлова система тощо), за допомогою якого цей цифровий слід інтерпретується у прийнятний для людини вигляд. Цифрові сліди не належать до матеріальних слідів, адже не мають фізичних властивостей, і не охоплюються поняттям ідеальних слідів, адже вони існують не у свідомості людини, а на певних матеріальних носіях, які можна дослідити тільки за допомогою спеціальних апаратно-програмних комплексів.

Таким чином, цифровий слід суттєво відрізняється від традиційних матеріальних слідів, насамперед через свій багатокомпонентний характер. У процесі електронно-цифрового відображення механізм формування цифрового сліду включає дві основні групи компонентів: діяльність людини або обчислювального процесу й апаратно-програмного середовища. Крім того, як уже було зазначено вище, у цифрових слідах відсутня фізично цілісна структура, вони мають складну інформаційну будову, специфічний механізм слідоутворення, а також сталий зв'язок із матеріальним носієм, на якому містяться. Отже, цілком доцільно було б розглядати цифрові сліди як окрему категорію.

Беручи до уваги вищевикладене, під цифровими доказами можливо вважати фактичні дані, отримані зі штучно створеного середовища та представлені у цифровій (дискретній) формі, зафіксовані на будь-якому типі електронних носіїв і які стають доступними для сприйняття людиною за допомогою комп'ютерного обладнання, які вилучені, зафіксовані, досліджені та збережені відповідно до формалізованих процесуальних вимог, встановлюють наявність чи відсутність фактів та обставин, що мають доказове значення для кримінального провадження.

Особливої уваги заслуговує визначення місця цифрових доказів у кримінально-процесуальному законодавстві. Учені, які аналізували питання віднесення цифрових доказів до тих чи інших видів кримінальних доказів, або розглядали їх окремі різновиди, або намагались розглянути їх загалом. У науковців немає єдності щодо розв'язання цього питання. Так, за своїми доктринальними підходами дослідників зазначеного питання можливо розділити на три групи [24, с. 302].

Представники першої групи вважають, що цифрові (електронні) докази мають бути віднесені до речових доказів, або документів (у разі виникнення суперечності у виборі відносити їх до речових доказів). Загалом такої думки у своїх роботах дотримуються О.Г. Григор'єв, М.М. Єгоров та А.С. Білоусов [7, с. 14; 16, с. 98; 18, с. 19].

Учені другої групи вважають, що цифрові докази та цифрову інформацію як джерело доказів варто відносити до документів. Представники цієї групи, зокрема С.В. Васильєв, Л.М. Ніколенко та Л.Б. Краснова, вважають, що немає необхідності виділяти цифрову інформацію як вид доказів у самостійну категорію, адже незважаючи на те, що вона міститься на матеріальних (машинних) носіях, доказове значення має саме зафіксована на них інформація, а не фізичні властивості носіїв [8, с. 113; 23, с. 55].

Дійсно, чинний Кримінальний процесуальний кодекс України прямо встановлює можливість використання у кримінальному провадженні цифрових доказів як документів. Так, згідно з п. 1 ч. 2 ст. 99 КПК України документи (зокрема електронні), до яких віднесено матеріали фотозйомки, звукозапису, відеозапису та інших носіїв інформації, є процесуальними джерелами доказів.

Крім того, наприкінці 2017 р. до ч. 4 ст. 99 КПК України були внесені суттєві зміни, які дозволяють використовувати в доказуванні поряд із дублікатом документа (документом, виготовленим таким самим способом, як і оригінал) й інші копії інформації, що міститься в інформаційних (автоматизованих), телекомунікаційних, інформаційно-телекомунікаційних системах та їхніх невід'ємних частинах, зроблені слідчим, прокурором із залученням спеціаліста, і, відповідно, визнавати судом такі копії як оригінал документа [4].

Указане доповнення стало дуже вчасним, адже юридична практика із часу прийняття КПК України має безліч фактів безпідставного вилучення органами досудового розслідування оригіналів документів та комп'ютерної техніки у суб'єктів господарювання, які фактично паралізують їхню роботу.

Науковці третього напрямку, серед яких Н.А. Зігура, М.А. Іванов та В.Д. Цехан, обґрунтовано доводять, що цифрові докази можливо виділити в окрему категорію. Вони дотримуються думки, що основною причиною виділення цифрової інформації, зафіксованої на машинних носіях, як самостійного виду доказів, що не входять ні до складу речових доказів, ні до складу документів, є її нематеріальна природа, технічні особливості її створення, обробки, зберігання, передачі в часі і просторі, а також кримінально-процесуальні процедури і техніко-криміналістичні прийоми її пошуку та вилучення, доступу до неї, дослідження і перетворення її у форму, яку сприйматиме людина [19, с. 58–59; 20, с. 170; 34, с. 259].

Отже, на сучасному етапі розвитку кримінально-процесуального законодавства цифрові (електронні) докази можливо віднести як до речових доказів, так і до документів, залежно від особливостей конкретного провадження та вподобань і розуміння слідчого, прокурора або судді. Однак, враховуючи вищевказані суперечності та прогалини в законодавстві, цілком логічно було б виділити цифрову (електронну) інформацію як окремий вид доказів у кримінальному процесі.

Відтак підтвердженням правильності останньої концепції є те, що для інших трьох процесуальних кодексів (Господарського процесуального кодексу, Цивільного процесуального та Кодексу адміністративного судочинства України) законодавець вже нещодавно запровадив новий вид доказів – електронний. Так, під електронним доказом розуміється інформація в електронній (цифровій) формі, яка містить дані про обставини, що мають значення для справи: електронні документи (зокрема, текстові документи, графічні зображення, плани, фотографії, відео- та звукозаписи тощо); веб-сайти (сторінки); текстові, мультимедійні та голосові повідомлення; метадані, бази даних й інші дані в електронній формі [3]. Сподіваємось, що внесення відповідних змін до Кримінального процесуального кодексу України – це лише справа часу.

Також, з огляду на специфічну природу, можливо узагальнити і визначити такі критерії цифрових доказів:

- вони існують у нематеріальному вигляді;
- зберігаються на відповідному носії, в оперативній пам'яті ЕОМ або каналі зв'язку;
- для їх сприйняття та дослідження необхідні програмно-технічні засоби, тобто «посередники» між програмним кодом (цифровим сигналом) і людиною;
- вони мають здатність до копіювання/переміщення на інший носій без втрати своїх характеристик;
- мають особливий статус оригіналу і можуть існувати у такому статусі у декількох місцях.

Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі. Підсумовуючи вищевикладене, зазначимо, що стрімкий розвиток цифрових технологій і, як наслідок, впровадження цифрової інформації в усі сфери суспільного й особистого життя зумовлює нагальну потребу адаптації до цього фактора чинного кримінально-процесуального

законодавства та пошуку оптимальних підходів до використання цифрової інформації у доказуванні у кримінальних провадженнях. Наявна концепція щодо класифікації видів доказів потребує доопрацювання з урахуванням особливої природи цифрових доказів (нематеріальний характер, пов'язаний із відсутністю сталого зв'язку з машинним носієм інформації; неможливість сприйняття та дослідження без перетворення у прийнятну для людини форму за допомогою технічних засобів і програм; специфічний порядок збирання, перевірки та оцінки). З урахуванням зазначеного доцільно доповнити ч. 2 ст. 84 КПК України новою категорією – «цифровий доказ». Також значного вдосконалення потребує методика збирання та дослідження цифрових доказів згідно з міжнародним досвідом в аналізованій сфері діяльності. Крім того, враховуючи сучасні можливості криміналістики, необхідно підвищувати рівень знань у галузі інформаційних технологій усіх осіб, які залучаються до роботи із цифровими доказами.

Список використаних джерел:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI (у ред. від 26 липня 2018 р.). URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/4651-17> (дата звернення: 25.07.2018).
2. Кримінально-процесуальний кодекс України від 28 грудня 1960 р. № 1001-05. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1001-05/page4> (дата звернення: 21.07.2018).
3. Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів: Закон України від 3 жовтня 2017 р. № 2147-VIII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2147-19> (дата звернення: 19.07.2018).
4. Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо забезпечення дотримання прав учасників кримінального провадження та інших осіб правоохоронними органами під час здійснення досудового розслідування: Закон України від 16 листопада 2017 р. № 2213-VIII (у ред. від 8 липня 2018 р.). URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2213-19> (дата звернення: 20.07.2018).
5. Александров А.С. Введение в судебную лингвистику. Нижний Новгород: Нижегородская правовая академия, 2003. 420 с.
6. Басай В.Д. Дослідження віртуальних слідів – перспективний напрям кримінального слідознавства. Актуальні проблеми держави і права. 2008. Вип. 44. С. 220–223.
7. Білоусов А.С. Криміналістичний аналіз об'єктів комп'ютерних злочинів: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Київ, 2008. 18 с.
8. Васильєв С.В. Ніколенко Л.М. Доказування та докази у господарському процесі України: монографія. Харків: Еспада, 2004. 192 с.
9. Владимиров Л.Е. Учение об уголовных доказательствах. Тула: Автограф, 2000. 464 с.
10. Волеводз А.Г. Противодействие компьютерным преступлениям: правовые основы международного сотрудничества. Москва: Юрлитинформ, 2002. 496 с.
11. Вышинский А.Я. Теория судебных доказательств в советском праве. Москва: Госюриздат, 1950. 308 с.
12. Гаврилин Ю.В. Расследование неправомерного доступа к компьютерной информации. Москва: Книжный мир, 2001. 88 с.
13. Гмирко В.П. Концепт «відбиття» і методологічні проблеми теорії доказування. Університетські наукові записки. 2011. № 3. С. 274–281.
14. Гмирко В.П. Кримінально-процесуальні докази: поняття, структура, характеристики, класифікація: конспект проблемної лекції. Дніпропетровськ: Академія митної служби України, 2002. 63 с.

15. Гмирко В.П. Кримінально-судові докази: юридичне поняття чи дефініція. Право України. 2014. № 10. С. 26–35.
16. Григорьев О.Г. Роль и уголовно-процессуальное значение компьютерной информации на досудебных стадиях уголовного судопроизводства: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Омск, 2003. 221 с.
17. Дорохов В.Я. Общее понятие доказательства в советском уголовном процессе. Москва: ВШ КГБ, 1981. 416 с.
18. Егоров Н.Н. Вещественные доказательства: уголовно-процессуальный и криминалистический аспекты. Москва: Юрлитинформ, 2007. 304 с.
19. Зигура Н.А. Компьютерная информация как вид доказательств в уголовном процессе России: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Челябинск, 2010.
20. Иванов Н.А. Доказательства и источники сведений в уголовном процессе: проблемы теории и практики: монография. Москва: Юрлитинформ, 2015. 232 с.
21. Иванов Н.А. Цифровая информация в уголовном процессе. Библиотека криминалиста. Научный журнал. 2013. № 5 (10). С. 93–102.
22. Котляревський О.І. Комп'ютерна інформація як речовий доказ у кримінальній справі. URL: <http://www.bezpeka.com/ru/lib/spec/crim/art70.htm>.
23. Краснова Л.Б. Компьютерные объекты в уголовном процессе и криминалистике: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Воронеж, 2005.
24. Крицька І.О. Речові докази та цифрова інформація: поняття і співвідношення. Часопис Київського університету права. 2016. № 2016/1, С. 301–305.
25. Лисиченко В.К. Криминалистическое исследование документов: правовые и методологические проблемы: дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.09. Киев, 1974. 233 с.
26. Менжега М.М. Методика расследования создания и использования вредоносных программ для ЭВМ: монография. Москва: Юрлитинформ, 2010. 168 с.
27. Орлов Ю.К. Структура судебного доказывания и понятие судебного доказательства. Вопросы борьбы с преступностью. 1978. № 28.
28. Познышев С.В. Элементарный учебник русского уголовного процесса. Москва: Тип. Г.А. Лемана, 1913. 337 с.
29. Статкус В.Ф. Практика – критерии истины. Информационный бюллетень Академии управления МВД России. 2000. № 10.
30. Строгович М.С. Материальная истина и судебные доказательства в советском уголовном процессе. Москва: АН СССР, 1955. 384 с.
31. Тальберг Д.Г. Русское уголовное судопроизводство: пособие к лекциям. Киев, 1889. Т. 1. 318 с.
32. Таций В.Я. Объект и предмет преступления в советском уголовном праве: монография. Харьков: Высшая школа, 1988. 198 с.
33. Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. Санкт-Петербург, 1884. Т. 2. 563 с.
34. Цехан Д.М. Цифрові докази: поняття, особливості та місце в системі доказування. Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. 2013. № 5. 259 с.
35. Чельцов М.А. Советский уголовный процесс. Москва: Юридическая литература, 1962. 503 с.
36. Шумило М.Є. Гносеологічна і процесуальна природа доказів у кримінальному процесуальному кодексі України. Актуальні питання кримінального процесуального законодавства України: зб. мат. міжвуз. наук. конф. (Київ, 26 квітня 2013 р.). Київ: Алерта, 2013. 168 с.
37. Шумило М.Є. Поняття доказів у кримінальному процесі: пролегомени до розуміння «невловного» феномена доказового права. Вісник кримінального судочинства. 2015. № 3. С. 95–104.

- 38. Шумило М.Є. Поняття «докази» у Кримінальному процесуальному кодексі України: спроба критичного переосмислення ідеології нормативної моделі. Вісник Верховного Суду України. 2013. № 2. С. 40–48.
- 39. Brown C. Computer Evidence: Collection & Preservation. New-York, 2009. 552 p.
- 40. Casey E. Digital Evidence and Computer Crime. London: Academic Press, 2000.
- 41. Chisum J.W. Crime Reconstruction and Evidence Dynamics. Presented at the Academy of Behavioral Profiling Annual Meeting. 1999. P. 12.
- 42. International Organization on Computer Evidence. URL: <http://www.ioce.org/>.
- 43. Scientific Working Group on Digital Evidence. URL: <https://www.swgde.org/>.
- 44. What is Computer evidence. URL: <http://www.wisegeek.com>.

УДК 343.102

А. М. Михайлюк, аспірант
Національної академії Служби безпеки України

МЕТА І ЗАВДАННЯ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ У КПК УКРАЇНИ

Стаття присвячена дослідженню питань мети і завдань досудового розслідування в Україні. У статті звертається увага на відсутність законодавчої дефініції мети і завдань досудового розслідування, що негативно позначається на ефективності слідства у цілому. Автором обґрунтовується необхідність теоретичного осмислення, визначення й нормативного закріплення мети і завдань досудового розслідування. На підставі проведеного дослідження надаються авторські підходи до розуміння мети, завдань і призначення досудового розслідування.

Ключові слова: мета досудового розслідування, завдання досудового розслідування, призначення досудового розслідування, завдання досудового слідства, завдання слідчого, повноваження слідчого.

A. M. Mykhailiuk. The purpose and tasks of the pre-trial investigation in the CPC of Ukraine

The article is devoted to the research of the goals and tasks of pre-trial investigation in Ukraine. The author pays attention to the fact that in the Criminal Procedure Code of Ukraine there is no rule of law that defines the purpose and tasks of the pre-trial investigation. The author emphasizes that the absence of the purpose and objectives of the pre-trial investigation directly affects the quality and effectiveness of pre-trial investigation, when the investigator due to the lack of understanding of the goal should be guided by abstract ideas of its achievement. Therefore, the effectiveness of an investigator's activity is often estimated by the number of convictions or directed cases before the court, which is inadmissible.

The purpose of the article is to determine the purpose and tasks of the pre-trial investigation, as well as to formulate the author's position in the directions of further improvement of the current criminal procedural legislation of Ukraine.

In the article the author analyzes theoretical scientific approaches to the definition and understanding of the purpose and tasks of the pre-trial investigation, provides the author's vision of the purpose and the objectives of the investigation. Separately, the author concludes that there is an urgent need to amend the criminal-procedural code of Ukraine in relation to the normative definition of the purpose and tasks of the pre-trial investigation.

Key words: purpose of pre-trial investigation, task of pre-trial investigation, appointment of pre-trial investigation, task of pre-trial investigation, task of the investigator.

Постановка проблеми. Застосування положень КПК у частині здійснення досудового розслідування продовжує підтверджувати його недосконалість у поєднанні з наявністю суттєвих недоліків. Тому у науковому середовищі триває пошук раціональної форми досудового розслідування з метою досягнення міжнародно визнаних стандартів забезпечення прав і свобод особи у комплексному поєднанні з ефективним неупередженим розслідуванням фактів кримінального правопорушення. Оскільки, безспідставно, як застерігає М.С. Шумило: «Зростання професійності у вчиненні злочинів і підготовці злочинів, застосування новітніх досягнень науково-технічного прогресу у злочинних цілях вимагає адекватної, економічно обґрунтованої відповіді від держави» [16, с. 231]. Однак, попри прагнення і спроби українського законодавця створити ефективну модель досудового розслідування, чинний КПК України не позбавлений суттєвих недоліків. До числа важливих прогалин можливо віднести відсутність нормативного визначення й розуміння мети і завдань, як у науковій літературі, так і у законодавстві у цілому. Можливо без перебільшень стверджувати, що одним із ключових і центральних питань досудового розслідування залишається питання мети і завдань досудового розслідування. Відсутність мети досудового розслідування прямо позначається на якості

© А. М. Михайлюк, 2018

проведення досудового розслідування, коли слідчий у силу відсутності розуміння мети і завдань, має керуватись абстрактним уявленням їх досягнення. Наприклад, непоодинокими випадками стає неприйнятна практика оцінювання ефективності роботи слідчого за кількістю складених обвинувальних актів, направлених проваджень до суду, у той самий час коли кримінальний процес тільки приступає до своєї центральної стадії – судового розгляду. Крім цього, залишається невизначеною проблема призначення досудового розслідування у структурі стадій кримінального провадження. Визначення мети, завдання і призначення досудового розслідування є однією з істотних гарантій для забезпечення ефективності даного виду юридичної діяльності. Вивчення наукових джерел і системний аналіз чинного законодавства засвідчує численні випадки ототожнення, змішування мети, завдань і призначення досудового розслідування як на науковому, так і на законодавчому рівні. Навряд чи така вкрай негативна тенденція є науково обґрунтованою. З повним усвідомлення треба розуміти, що зазначені поняття різняться, мають власне змістовне навантаження, але органічно між собою взаємопов'язані. Тому питання нормативного закріплення мети і завдань досудового розслідування у кримінально процесуальному законодавстві України потребує нагального теоретичного й нормативного упорядкування і вирішення. Адже, як з абсолютною точністю і обґрунтованістю, досліджуючи питання мети, наголошує В.П. Гмирко: «мета і ефективність певної діяльності перебувають у кореспонденційних взаєминах, тобто чим правильніше визначено мету, тем ефективніша буде діяльність в отриманні конкретного бажаного результату [15, с. 231].

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання мети і завдання досудового розслідування перебували у колі вивчення таких науковців, як: А.П. Баєв, В.П. Гмирко, А.П. Гуляєв, С.П. Єфимичев, О.І. Литвинчук, Є.Д. Лук'янчиков, Г.П. Хімічева, А.В. Ленський, А.П. Попов, Р.А. Хашимов, М.С. Строгович, Ф.Н. Фаткулін, М.Є. Шумило та інші. Однак проблема визначення мети і завдань досудового розслідування не знайшла свого одноголосного вирішення й потребує подальших наукових розвідок і теоретичного упорядкування.

Мета статті полягає у визначенні мети і завдань досудового розслідування, а також у формуванні авторської позиції у напрямках подальшого вдосконалення чинного кримінально процесуального законодавства України.

Виклад основного матеріалу. Загальновідомо, що положення філософії мають методологічне значення для положень галузевих гуманітарних наук для правильного осмислення мети, завдання і призначення досудового розслідування. У філософських джерелах «Мета» охарактеризовується як у широкому, так і вузькому значенні. У широкому значенні, мета розглядається як певне уявлення про певне благо, ідеал, задля досягнення якого здійснюється діяльність. Розглядаючи мету у вузькому значенні, то вона виступає як конкретна ціль, ідеальний образ під час людської діяльності. Досліджуючи питання «Мети», Арістотель у вченні про чотири причини сущого, поряд з матеріальною, формальною, рушійною причиною, виокремлює цільову причину, без якої неможливо пояснити причини існування всього у світі. На його думку, метою є те, ради чого щось існує чи здійснюється [2, с. 459]. Ця причина своїм першоджерелом має свідому діяльність людини, направлену на створення предмета чи досягнення шуканого стану. У свою чергу у своїх філософських поглядах Кант був переконаний, що мета у своєму сенсі є не тільки тим, що здійснює людина у своїй реальній діяльності, а тим, що їй потрібно здійснювати, чого їй слідє бажати, з чим їй слід погоджувати свою діяльність і ті цілі, які у цій діяльності здійснюються [12, с. 38].

Окрім того, при визначенні мети досудового розслідування, варто виокремити завдання, які сприяють її досягненню. Україн важливим постає правильне розмежування між метою і завданням для подальших наукових розроблень і напрацювань. Як правильно акцентує Р.А. Хашимов, критерієм розмежування між метою і завданнями виступає ступінь об'єктив-

зації мети. Важко не погодитись з твердженням автора, що чітке формування на рівні закону мети і завдань, надасть можливість розставити пріоритети, домогтися послідовного здійснення діяльності, що дозволить її зробити ефективною та належним чином задовольняючу суспільним потребам [13, с. 11]. Співвідношення «мети» і «завдань» має розглядатись як результат і діяльність по її досягненню. Мета виражає очікуємий результат діяльності, коли завдання є основним змістом (структура діяльності). Мета обумовлює завдання, а виконання завдань приводить до мети. Наприклад, завдання у вигляді питань, що вирішується судом при ухваленні вироку (ст. 368 КПК України) сприяють досягненню мети кримінального провадження, визначеному у ст. 2 КПК України. Виконання завдань призводить до досягнення мети досудового розслідування. Окрім того, мета обумовлює виникнення процесуальних функцій учасників кримінального процесу, тобто інструментарій для її досягнення.

Справедливо зазначити, що у науці кримінального процесу відсутнє єдине розуміння мети досудового розслідування, що обумовлено відсутністю нормативної дефініції мети досудового розслідування у законі. На думку О.І. Литвинчука, метою досудового розслідування є забезпечення суду доказами у кримінальному провадженні, для того, щоб останній міг виконувати покладену на нього функцію правосуддя [1, с. 221].

Важко погодитись з думкою О.Я. Баєва, який виходить із того, якщо у випадку визнання на концептуальному рівні, що метою попереднього розслідування є встановлення об'єктивної істини, то діяльність суду зводиться до визначення виду і розміру покарання [3, с. 20]. Така позиція, на наш погляд, залишається вкрай необґрунтованою та суперечливою у силу наявності у теорії та законі кримінально-процесуальних функцій та їх розподілу між учасниками, адже при наявності вже встановленої об'єктивної істини на стадії досудового розслідування, залишається незрозумілою роль і функція суду при подальшому судовому розгляді.

Вірно М.С. Строгович указував на допоміжне значення попереднього розслідування щодо судового слідства [4, с. 262]. Схожої думки також дотримується Є.Д. Лук'янчиков, наголошуючи на тому, що досудове провадження створює передумови, які сприяють об'єктивному розгляду та вирішенню справи судом [5, с. 102]. Різноманітність доктринальних підходів розуміння й тлумачення змісту КПК України у частині визначення мети досудового розслідування, підтверджує складність її формулювання. Проте, на нашу думку зазначені доктринальні погляди не відповідають у повній мірі цільовій правовій природі досудового розслідування і не погоджуються із завданнями досудового розслідування.

Особливу увагу питанню дослідження мети у своїй фундаментальній праці приділив М.М. Трубніков, який звертав увагу на існування конкретної мети діяльності та абстрактної мети-ідеалу. Мета-ідеал є вираженням думки про мислиме благо, до якого можливо прагнути, яке можливо бажати, але не реалізувати шляхом безпосередньої діяльності. Конкретну мету людина реалізує, абстрактну досягає у ході власної діяльності. Звідси слідує висновок про необхідність визначення конкретної мети досудового розслідування. Надалі, автором підкреслюється, що мета діяльності визначається об'єктивно, хоча й залишає свою суб'єктивну форму. Мета є особливою формою ідеального та має бути визначена, як ідеальний образ предмета діяльності [12, с. 67]. Водночас, потрібно віддати належне В.П. Гмирку, який на методологічному рівні, запровадив концептуальний, новаторський підхід до вимог формулювання мети, яка має відповідати чіткій визначеності, реальності досягнення та повному погодженню призначенню [15, с. 231]. Видається, що така конструкція є найбільш науково переконливою та має бути закладена у фундаментальні, вихідні положення для визначення й формулювання мети у законі.

Передусім окремо необхідно підкреслити, що мета досудового розслідування обумовлюється справедливим прагненням вирішення соціального конфлікту між державою і особою,

що вчинила кримінальне правопорушення для того, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності у міру своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений, жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу і щоб до кожного учасника була застосована належна правова процедура (ст. 2 КПК України).

Відсутність у КПК спеціальної норми про мету досудового розслідування не виключає нормативно-правової основи для висновку про її зміст. Визначаючи мету досудового розслідування вкрай важливо здійснити аналіз ст. 9 КПУ України. Так, слідчий зобов'язаний всебічно, повно і неупереджено дослідити обставини кримінального провадження, виявити як ті обставини, що викривають, так і ті, що виправдовують, а також обставини, що пом'якшують чи обтяжують покарання. Одночасно у взаємозв'язку закон встановлює обов'язок та покладає тягар доказування події кримінального правопорушення (час, місце, спосіб, та інші обставини вчинення кримінального правопорушення) на слідчого та прокурора (п. 1 ч. 1 ст. 91 КПК України). Тобто, піддаючи аналізу норми кримінально-процесуального права можливо здійснити висновок, що до встановлюваних обставин справи на стадії досудового розслідування, відноситься: подія вчинення кримінального правопорушення (п. 1 ч. 1 ст. 91 КПК України); обставини, які впливають на ступінь тяжкості вчиненого кримінального правопорушення, обтяжують чи пом'якшують покарання, які виключають кримінальну відповідальність або є підставою закриття кримінального провадження (п. 4 ч. 1 ст. 91 КПК України); обставини, що є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності або покарання (п. 5 ч. 1 ст. 91 КПК України). Розуміється, що юридичною підставою для прийняття вказаних рішень виступає діяльність зі встановлення фактичних обставин справи вчиненого діяння слідчим у спосіб неупередженої оцінки діяння на предмет наявності чи відсутності у діянні складу злочину. Поза сумнівом, ключова діяльність слідчого на стадії досудового розслідування виявляється у правозастосуванні зі застосуванням норм матеріального і процесуального права, первинна складова якої має ґрунтуватись на встановленості фактичних обставин справи діяння. Така діяльність у повній мірі знаходить свого виразу в етапах застосування норм матеріального закону і відображається у процесуальних рішеннях слідчого: повідомленні про підозру (ст. 278 КПК України), зміні раніше повідомленої підозри (ст. 279 КПК України), формулювання обвинувачення і складання обвинувального акту (ст. 291 КПК України). У такий спосіб слідство лише ставить перед судом питання про можливе застосування суддею кримінального закону, роблячи обґрунтоване припущення про винуватість і причетність особи до вчиненого кримінального правопорушення. *Звідси слідує, що метою досудового розслідування є всебічна, повна і неупереджена діяльність слідчого зі встановлення фактичних обставин діяння з подальшою попередньою правовою оцінкою на предмет наявності чи відсутності складу злочину для прийняття рішення відповідно до ст. 283 КПК України у формі закриття кримінального провадження; звернення з клопотанням до суду про звільнення особи від кримінальної відповідальності; звернення до суду з обвинувальним актом, клопотанням про застосування заходів медичного або виховного характеру.*

Для досягнення окресленої мети досудового розслідування потрібно звернутись до завдань (функціонального змісту) діяльності органу досудового розслідування. Невіддільною частиною будь-якої стадії є наявність чітко визначених завдань, тобто сукупності процесуальних дій, спрямованих на досягнення мети. Наша думка цілком погоджується з поглядами О.І. Михайлова, який вірно виступив з пропозицією розрізняти мету і завдання попереднього розслідування, говоривши, про те, що завдання характеризують слідство з кількісної сторони, коли мета характеризується якісною стороною [18, с. 98]. Окремо влучно зазначає А.П. Попов: «До числа обов'язкових властивостей стадії насамперед відноситься така властивість, як

наявність у неї власних безпосередніх завдань. Завершення виконання безпосередніх завдань будь-якої стадії означає можливість руху справи до наступної стадії [14, с. 135].

Так само, як і мета, завдання досудового розслідування не знаходять одностайного вирішення у науці кримінального процесу, внаслідок відсутнього чіткого розмежування між метою і завданнями або їх повним ототожненням науковцями.

Для з'ясування завдань досудового розслідування слід проаналізувати у світлі наукових думок, що розуміється під цією дефініцією. Для початку Г.П. Хімічева, використовуючи абстрактні категорії, указує, що у рамках реалізації призначення кримінального судочинства у цілому, безпосереднім завданням досудового розслідування є створення необхідних передумов для наступних судових стадій [6, с. 29]. Як вважають М.В. Жогін та Ф.Н. Фаткуллін, попереднє розслідування має наступні самостійні процесуальні завдання: 1) швидке і повне розкриття злочинів; 2) притягнення до відповідальності винного та створення необхідних умов для направлення його до суду; 3) відшкодування шкоди, причиненої внаслідок вчинення злочину; 4) виявлення та ліквідування причин та умов, що сприяють вчиненню злочину; 5) виховання громадян у дусі неухильного дотримання законів [7, с. 38-48]. Проте, така наукова позиція не знайшла належної підтримки серед науковців, як правильно вказали у свій час М.С. Алексєєв, В.Г. Даєв, Л.Д. Кокорев, на хибність запропонованого підходу, адже така характеристика завдань орієнтує попереднє розслідування на обвинувальний ухил, який не може забезпечити всебічний, об'єктивне, повне і неупереджене розслідування обставин вчиненого злочину [17, с. 174].

А.П. Попов визначає безпосереднім завданням стадії досудового розслідування підготовку кримінальної справи для розгляду і вирішення її судом у належному порядку [14, с. 164]. А.В. Ленський розумів, що завданням стадії досудового провадження є підготовка матеріалів для розгляду справи у суді й вирішення її по суті [8, с. 19]. Наприклад, А.П. Гуляєв убачав, що завданнями слідчого є: 1) швидке та повне розкриття злочинів, викриття винних осіб у скоєнні злочину; 2) забезпечення інших умов для притягнення кожного винного у скоєному злочині відповідно до закону; 3) захист громадян від безпідставного обвинувачення; 4) усунення причин і умов, які сприяють вчиненню злочину [9, с. 3]. Доволі влучно наголошував М.С. Строгович: «попереднє розслідування має бути проведено вичерпано та всебічно, воно спрямоване на те, щоб повністю розкрити злочин, виявити та викрити всіх учасників злочину, зібрати та перевірити всі докази, привести в ясність всі обставини справи, захистити людину від безпідставного обвинувачення [10, с. 39-40]. Окрім того, акцентуючи увагу на тому, що: «розкриття злочину, виявлення та викриття осіб не вичерпує безпосередніх завдань попереднього розслідування, справа може вважатись розслідуваною повно тільки у тому випадку, коли слідчий з'ясує причини та умови, що сприяли вчиненню злочину або ті, що ускладнювали його виявлення та попередження [10, с. 67]. Окремо С.П. Єфимичев та П.С. Єфимичев розглядають завдання досудового розслідування у широкому розумінні: 1) швидке і повне розкриття злочинів; 2) встановлення об'єктивної істини у кримінальному провадженні 3) викриття винних осіб; 4) притягнення винних до кримінальної відповідальності; 5) захист невинного від притягнення до кримінальної відповідальності; 6) реабілітація безпідставного притягнення до кримінальної відповідальності та забезпечення відшкодування шкоди; 7) забезпечення відшкодування заподіяної матеріальної шкоди внаслідок вчинення злочину; 8) виявлення та ліквідування обставин, що сприяли вчиненню злочину; 9) створення необхідних передумов для правильного і законного вирішення справи; 10) забезпечення виконання вироку; 11) виховання громадян у дусі неухильного дотримання конституції та законів; 12) охорона прав і свобод громадян та інтересів громадян; 13) сприяння закріпленню законності та правопорядку [11, с. 68].

На наш погляд, зазначена науковцями диференціація завдань досудового розслідування є занадто широкою, невизначеною та не погоджується з нормами КПК України. Помилковість виокремлення вказаних завдань на стадії досудового розслідування є цілком очевидною, а саме у вигляді: притягнення особи до відповідальності, встановлення об'єктивної дійсності, викриття винних осіб. На стадії досудового розслідування у ході встановлення фактичних обставин справи, слідчий може лише обґрунтовано припустити винність особи, попередньо надати правову оцінку вчиненого діяння, а питання відповідальності виключна прерогатива судової гілки влади, а тому виокремлені завдання є неприйнятними. Подібні твердження науковців, лише підтверджують тези існування горезвісного обвинувального ухилу, якого необхідно якнайскоріше позбуватись у науковій царині, а тим паче у законодавстві.

На наше переконання, завдання досудового розслідування випливають з повноважень слідчого, відповідних норм цілей, які спрямовують слідчого дійти до логічного кінцевого результату досудового розслідування (ч. 2 ст. 283 КПК України). Завдання досудового розслідування тісно пов'язані з прийняттям ключових процесуальних рішень на стадії досудового розслідування: складання й вручення повідомлення про підозру (ч.1 ст. 277, 278 КПК України); складання обвинувального акту (ч. 1 ст. 291 КПК України). Вбачаємо, що прийняття зазначених рішень має ґрунтуватись на встановлених фактичних обставинах кримінального правопорушення (ч. 5 ст. 291 КПК України). З метою встановлення фактичних обставин справи слідчий уповноважений відповідно до ст. 40 КПК України: починати досудове розслідування за наявності підстав, передбачених КПК; проводити слідчі (розшукові) дії та негласні слідчі (розшукові) дії у випадках, встановлених КПК; доручати проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій відповідним оперативним підрозділам; звертатися за погодженням із прокурором до слідчого судді з клопотаннями про застосування заходів забезпечення кримінального провадження, проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій; повідомляти за погодженням із прокурором особі про підозру; за результатами розслідування складати обвинувальний акт, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру та подавати їх прокурору на затвердження; приймати процесуальні рішення у випадках, передбачених КПК, у тому числі щодо закриття кримінального провадження за наявності підстав, передбачених статтею 284 КПК; здійснювати інші повноваження, передбачені КПК. Так, законодавцем окремо звертається увага на невичерпність повноважень слідчого статтею 40 КПК України. Для прикладу слідчий має право відповідно до ч. 2 ст. 93 КПК України збирати докази не тільки у спосіб проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій, а також має право витребувати і отримувати від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, службових та фізичних осіб, речі, документи, відомості, висновки експертів, висновки ревізій та актів перевірок.

Іншими словами, йдеться про правозастосовну діяльність слідчого, яка має ґрунтуватись: 1) на встановленні фактичних обставин справи; 2) пошуку й застосування норми права відповідно до встановлених фактичних даних; 3) прийняття рішення про попередню правову кваліфікацію діяння та закінчення досудового розслідування у передбаченій законом формі. Відповідно до цього слідчий має: 1) провести невідкладні слідчі і негласні слідчі (розшукові) дії; 2) у випадках, передбачених законом, застосувати заходи забезпечення кримінального провадження; 3) створити всі необхідні передумови для відшкодування матеріальної шкоди; 4) забезпечити дотримання прав, свобод, законних інтересів учасників процесу, 5) вжити всіх необхідних заходів з метою захисту підозрюваного від безпідставного та необґрунтованого обвинувачення. Завдання досудового розслідування підпорядковані якнайшвидшому закінченню досудового розслідування (ст. 283 КПК України) у формі: 1) закриття кримінального

провадження; 2) звернення до суду з клопотанням про звільнення особи від кримінальної відповідальності; 3) звернення до суду з обвинувальним актом, клопотанням про застосування заходів медичного або виховного характеру.

Разом з тим, не меншої важливості для розуміння природи досудового розслідування набуває питання визначення його призначення. При формулюванні призначення досудового розслідування необхідно з'ясувати, яку саме роль виконує досудове розслідування у системі стадій кримінального процесу. Зважаючи на функціональне спрямування досудового розслідування, можливо прийти до висновку, що призначення досудового розслідування покликане насамперед забезпечити життєдіяльність всіх стадій кримінального процесу, створити відповідні передумови для судового розгляду. Звідси під призначенням досудового розслідування потрібно розуміти діяльність із забезпечення матеріалами суду з метою здійснення останнім судового розгляду.

Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі. Отже, теоретичне формулювання й нормативне закріплення мети і завдань досудового розслідування буде неодмінно сприяти досягненню на практиці завдань кримінального провадження й позитивно позначиться на ефективності здійснення досудового слідства, судовому розгляді, забезпеченні прав і законних інтересів учасників кримінального провадження, а також при оцінюванні якості роботи слідчого апарату у цілому. Так, мета та розгорнутий перелік завдань, що ставляться перед органом досудового розслідування, стануть вичерпним планом дій та нададуть змогу виробити усталену практику неупередженого досудового розслідування у дусі поваги і захисту прав та свобод людини. Вважаємо, що законодавець має як найскоріше покінчити зі зволіканням та нарешті наважитись внести відповідні зміни до кримінально-процесуального законодавства у частині нормативної регламентації мети, завдань і призначення досудового розслідування.

Список використаних джерел:

1. Литвинчук О.І. Мета і завдання досудового розслідування. Вісник Харківського Національного університету імені В.Н. Каразіна. 2013. № 16. С. 219–221.
2. Філософська енциклопедія / Ф.В. Константинова. Т. 5. Москва, 1970. 740 с.
3. Баев О.Я. О правовой корректности научных дискуссий последнего времени. Библиотека криминалиста. Научный журнал. 2015. № 6. С. 20–23.
4. Строгович М.С. Материальная истина и судебные доказательства в советском уголовном процессе. Москва, 1955. 384 с.
5. Лук'янчиков Є.Д. Структура досудового провадження. Вісник Одеського інституту внутрішніх справ. 2000. № 4. С. 100–106.
6. Химичева Г.П. Досудебное производство по уголовным делам: концепция совершенствования уголовно-процессуальной деятельности: монография. Москва: Экзамен, 2003. 352 с.
7. Жогин Н.В., Фаткуллин Ф.Н. Предварительное следствие в советском уголовном процессе. Москва, 1965. 367 с.
8. Ленский А.В. Досудебное (предварительное) производство в современном уголовном процессе России: автореферат дис. ... канд. наук: спец. 12.00.09. Н. Новгород, 1998. 19 с.
9. Гуляев А.П. Следователь в уголовном процессе. Москва, 1981. 192 с.
10. Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. Т. 2. 1970. 616 с.
11. Ефимичев С.П., Ефимичев П.С. Задачи предварительного расследования. Журнал российского права. 2006. № 9. С. 81–87.
12. Трубников Н.Н. О категориях «цель», «средство», «результат». Москва: Высшая школа, 1968. 146 с.

13. Хашимов Р.А. Категория цель в уголовном процессе: автореф. дисс. ... кандидата юр. наук: 12.00.09. Южно-уральский государственный университет. Челябинск, 2006. 26 с.
14. Попов А.П. Целеполагание в современном отечественном уголовном судопроизводстве: монография. Пятигорск, 2005. 332 с.
15. Гмирко В.П. Мета доказування у кримінальному процесі: діяльнісний погляд. Право і суспільство. 2011. № 1. С. 229–236.
16. Шумило М.Є. Поліційна і кримінально-процесуальна діяльність: на стику минулого та сучасного. Вісник Академії адвокатури України. 2015. № 2. С. 223-234.
17. Алексеев Н.С., Даев В.Г., Кокорев Л.Д. Очерк развития науки советского уголовного процесса: монография: Воронеж. 1980. 252 с.
18. Михайлов А.И. О задачах предварительного в советском уголовном процессе. Вопросы борьбы с преступностью. 1977. № 26. С. 91-101.

Р. П. Неизвестный, доктор юридических наук,
профессор (Российская Федерация)

ОБ УГОЛОВНЫХ СЛЕДСТВЕННЫХ
И СУДЕБНЫХ ДОКАЗАТЕЛЬСТВАХ И ПОПЫТКЕ «СХВАТЫВАНИЯ»
ИХ ЯЗЫКОМ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ЗАКОНА

«Мы так страстно мечтали»

Р. Киплинг

«Определить, значит ограничить»

О. Уальд

Постановка проблемы. В этой статье мне бы хотелось обсудить несколько важных, с моей точки зрения, проблем теории уголовно-процессуальных (уголовных судебных доказательств) в контексте взглядов украинского коллеги проф. В.П. Гмырко.

Скажу вначале о характере тех проблем, «что так переполнили нас» (Ю. Шевчук). Это *общие*, как для украинской, так и русской уголовно-процессуальной мысли (и, наверное, всего юридического, гуманитарного знания на постсоветском пространстве) проблемы¹. Они являются «общими», потому что, несмотря на то, что на данном историческом отрезке пути государственно-правового строительства у нас разошлись, мы из *одного прошлого*. Поэтому то, о чем пишут В.П. Гмырко, Д.А. Бочаров, Б.Г. Розовский и другие украинские коллеги, понятны и близки мне: каждый из нас произошел от «гомо советикуса», и каждый «по капле выдавливал из себя раба» (А. Чехов).

У нас общие «враги» – догматизм, теория отражения диалектического материализма в его советском изводе, следственная идеология и пр. составляющие советской правовой теории (токсичные для свободы). Разумеется, у нас общая цель – построение новой теории доказательств состязательного уголовного процесса – *уголовно-судебных доказательств*, преодоление догматизма, следственной традиции, интеллектуальной привычки.

Теория доказательств – это тот культурный код, который необходим для вхождения в семью европейских народов, правовых государств. Этот код должен стать частью правосознания, выработан нацией (чтобы быть в праве, право должно быть внутри нас) – тогда право (уголовного судопроизводства) станет *реальным правом*.

Отмечу замечательное *сходство в образе мыслей (умствованиях)* – в том, что В.П. Гмырко называет «исследовательской логикой» [1]. Хотя здесь дело не только в логике и даже не в *идеологии*, сколько в *понимании*: мы мыслим в общем текстовом/смысловом пространстве (русскоязычном), отсюда узнаваемость ходов (фигур) мысли и речи, оснований аргументации² и даже стилистики. Мне близка *по духу* вся эта *интеллектуальная затея* – попытка преодоления советской традиции, перехода к *иному* пониманию феномена процессуальных доказа-

¹ Может быть, восточно-славянского мира?

² Я узнаю себя в круге чтения, ходах мыслях украинских коллег. Мы расположены в едином мыслительном пространстве, истории («никто пути пройденного у нас не отберет»), хотя, конечно, сейчас пути разошлись (пока). Так же как В.П. Гмырко и его коллеги я, по мере сил, пытаюсь освоить достижения различных гуманитарных наук для развития понятий теории доказательств. Результаты несколько разнятся, но есть и много общего.

тельств³ – не такому, как было прежде. На более глубоком (методологическом уровне) есть общее ощущение *нехватки* познавательного инструментария, практиковавшегося в нашей теории доказательств, и восполнение этой нехватки достижениями *семиотики, когнитивных наук*⁴ (и еще кое-чем) [1].

В.П. Гмырко⁵ отмечает проявления советской правовой традиции в положениях современной доктрины уголовно-процессуального доказательственного права [1; 2]. Разумеется, такие есть. Традиции закрытого, традиционного, патерналистского общества и автократии и сейчас сковывают нас. Осознание этого обстоятельства и его преодоление и напоминает мне путь, который прошел, и по которому продолжаю идти я и другие российские коллеги. Несмотря на различия в деталях, о которых скажу далее, «мы одной крови». Мы единомышленники в решении как проблем «из тумана далеко прошлого» (В. Высоцкий), так и новых.

Полагаю, нам предстоит решение одинаковых задач при продвижении к «светлому будущему» (цифровому обществу) – адаптация «классической» уголовно-процессуальной системы к цифровой реальности. Построение эффективного уголовно-правового механизма, построенного на классических основах справедливого и вооруженного цифровыми технологиями. О чем я скажу в заключение. А сперва остановлюсь на нескольких конкретных проблемах, ставших предметом анализа В.П. Гмырко, сверив наши позиции и сравнив видение способов их решения.

Цель статьи – анализ проблем теории уголовно-процессуальных (уголовных судебных доказательств) в контексте взглядов украинского юриста, профессора В.П. Гмырко.

Изложение основного материала. 1. *Первая проблема касается унаследованного от советской правовой доктрины подхода («привычки»)* давать в кодексе определение понятию уголовно-процессуального доказательства. Нельзя не согласиться с проф. Гмырко в том, что в отличие от западной правовой традиции наше окаянное «прогрессаторство», с присущим ему натуралистическим подходом, определило взгляд законодателя на понятие доказательств и доказывания. Мало того, эта вредная привычка проявилась не только в дефиниции доказательства, но и «предмета доказывания», отдельных доказательств и пр. Эти нормы-дефиниции характерны для советского метода правового регулирования, можно сказать, что это родовая черта русского и украинского доказательственного права. Она, как правильно отмечает В.П. Гмырко, оказывает значительное влияние на отечественных процессуалистов, которые до сих пор сосредоточены на тщетных попытках разработать универсалистскую дефиницию понятия «доказательство» [1, с. 32]. Нельзя не согласиться с его выводом о тщетности любой попытки «исчерпывающего определения» доказательства. Тем более дачи законодательной дефиниции. Это узколобый догматизм, доктринерство. Хотя мне очень даже понятно – ежедневно сталкиваюсь с этим в российском научном, уголовно-процессуальном обиходе.

Подчеркну ясность, последовательность и убедительность объяснения, данного В.П. Гмырко, порочности подобного (нормотивистского) подхода, практикуемого догматиками, привыкшими свои теоретические конструкции выстраивать на формулировках действующего закона. Он пишет, «ученые ситуационно (то есть в контексте выбранной исследовательской позиции, замкнутой на определенную доктринальную традицию или процессуальную школу) «снимают» проекцию с феномена процессуального доказательства как объекта своего исследования. Далее эта «снятая» проекция (информационная, фактовая, процедурная и т. п.), невзирая на совершаемую очевидную логическую ошибку *pars pro toto*, невозмутимо объявля-

³ Полагаю, нашим западным коллегам чужды наши озабоченности, наша тоска по «другому», с чем (может быть, тщетно) мы связываем представление о лучшем, чем «своими» (это и супер-это).

⁴ См.: Гмырко В. Кримінально-судові докази: юридичне поняття чи дефініція? Право України. 2014. № 10. С. 26-35.

⁵ Об этом говорят и другие наши «собратья по разумению». См., напр.: Павлов В.И. Проблемы теории государства и права: учебное пособие. Минск: Академия МВД, 2017.

ется сущностью доказательства, после чего на ее основе создается очередное (дополненное, уточненное *etc*) определение понятия «доказательство» [1, с. 32].

Итак, констатируем полное сходство наших позиций в понимании неконструктивности попытки схватывания языком уголовно-процессуального закона «доказательства».

2. Методологическая проблема преодоления юридического позитивизма (нормативизма) и выход за пределы натуралистического подхода⁶ есть, наверное, самая главная и неразрешимая проблема. В.П. Гмырко попробовал дать свой вариант ее решения. Он показывает, что «в идеологии юридического натурализма доказательство – это некие **готовые** «продукты», содержанием которых является как бы «застывшая», «законсервированная» в них **сущность** (фактические данные, факты, информация, сведения *etc*)»; процессуалисты, практикующие логику юридического позитивизма, усматривают сущность доказательств в виде объектов «первой», то есть «жизненной» природы, а не как **«плоды юридической мыследеятельности»** [1, с. 30].

В.П. Гмырко как раз и предлагает использовать так называемый деятельностный подход – изобретение Щедровицкого, развитое его последователями уже в наше время (Березкин, в частности). Таким образом, в области методологии Гмырко является последователем деятельностной методологии Щедровицкого, очень модного в кругах советской и постсоветской интеллигенции. И этот метод в исполнении В.П. Гмырко демонстрирует неплохие результаты, о которых скажем ниже. *Но логоцентризм во всем этом все-таки есть. Я немного по-другому смотрю на доказательственное право – с постмодернистской позиции.*

3. Впечатляет работа В.П. Гмырко по «схватыванию» понятия «уголовно-судебное доказательство». Редко встретишь такую кристальную ясность и четкость мыслительных операций при структурном анализе и синтезе конструкции (или как еще его называет сам В.П. Гмырко – «понятийный «кристалл») «состава доказательства». По его мнению, смысловая конструкция «состав доказательства» дает **целостное видение** феномена уголовно-судебного доказательства. В теоретическом плане это должно послужить объединению различных знаний о феномене уголовно-судебных доказательств, а в практическом – в целях использования его в качестве определенного стандарта или матрицы для решения доказательственных квалификационных вопросов [1, с. 30].

«Состав уголовно-судебного доказательства» включает три взаимосвязанных блока: **нормативно-процедурный (юридический), информационно-обеспечивающий и фактоустанавливающий**. Каждый из этих структурных элементов по критерию отражения в них определенных элементов деятельности сторон и суда по «формированию доказательств» связан, соответственно, с ее фактовой, информационной и нормативно-процедурной сторонами. Хотя упоминает еще о *логической* проекции этого неуловимого феномена.

Конструкции, структура, состав, структурный – все это черты структурализма, структурального анализа, весьма распространенного в середине прошлого века, как на западе, так и в СССР. Методология Щедровицкого – из этой же мыслительной традиции. И здесь что-то не так (по мнению «постструктуралиста»). Помимо распространенного в постмодернизме скепсиса по поводу любой структурности, условности и даже противоестественности структуры – в сравнении с хаосом, энтропией, бессистемностью, надо сказать о позитиве деконструкции как обратной стороне каждой конструкции. Впрочем, сам В.П. Гмырко признает условность, гипотетичность своей структурной трактовки и, как мне кажется, далек от ее догматизации.

Отмеченная выше особенность подхода В.П. Гмырко к пониманию сущности уголовно-процессуальных доказательств проявляется *конкретно* в следующей проблеме. В.П. Гмырко как само собой разумеющееся берет судебный срез понятия. Возможно, что в контексте украинской процессуалистики и общего интеллектуального пейзажа такой подход и не вызывает сомнений. Но в России это не так. Да и в Украине, уверен, тоже не все так однозначно, как в структуре, созданной В.П. Гмырко.

⁶В российской процессуалистике также наблюдались попытки такого рода, однако, с меньшим успехом.

Феномен досудебности вносит «деструктурный» вклад в эту схему доказательства – попросту разрушает ее. Это ставит следующую проблему – целостного понимания «доказательства» в двух аспектах: судебности/досудебности.

4. В.П. Гмырко берет только судебный аспект авторского понятия доказательства. Сам его термин «уголовное судебное доказательство», используемый им, содержит коннотацию «судебности». Это, конечно, объединяет автора с читателем, в том числе меня и В.П. Гмырко. Но только в рамках его текста. Начинаю читать текст, скажем, С.М. Шейфера, и там, в центре мыследеятельности – следователь. Таково влияние контекста.

Можно согласиться с объяснением того, как происходит формирование судебного доказательства. Создания судебного доказательства по схеме Гмырко происходит таким образом:

1. В ходе **судебного** (выделено мной – *Р.Н.*) доказательственного производства к определенному **объекту оперирования** (выделено мной – *Р.Н.*) (например, свидетелю) применяют установленную законом процедуру **извлечения из материала** (выделено мной – *Р.Н.*) идеального следа нужной сторонам и суду информации об определенном *factum probans*. Полученная информация (сведения) через произнесенное слово, зафиксированное способом, предусмотренным законом, представляет собой «объективное содержание» означаемого объекта, то есть конкретного доказывающего факта (*factum probandum*).

2. В свою очередь «объективное содержание», зафиксированное в определенной знаковой форме, «замещаая» собой **означаемый объект**, превращается в новый, самостоятельный объект исследования (оперирования): стороны и суд подвергают его **позиционной интерпретации** (выделено мной – *Р.Н.*), создавая, таким образом, свое собственное «видение» картины замещаемого объекта.

3. Полученные вследствие этого «*story*» через связь «отнесение» «опускаются» (проецируются) на объект «отнесения», то есть на измененный в результате применения исследовательских процедур объект «оперирования».

У В.П. Гмырко есть примечательное высказывание по поводу того, что сторона обвинения «должна **изготовить** (выделено мной – *Р.Н.*) знак, «доказывающий факт» в рамках подготовительного доказательного производства по схеме подготовки *factum probans*», то есть с привязкой к другому знаку – «доказываемому факту» [1, с. 31–32]. Я так понимаю, что обвинитель формирует «свой», обвинительные доказательства с привязкой к предмету доказывания (обвинению), которое станет предметом уголовно-правового спора. Доказательство должно быть доказывающим во многих отношениях, не только в указанных автором. И я бы добавил – в *риторическом* отношении. Обвинитель должен делать привязку своего доказательства к аудитории – это очевидно для доказывания в суде присяжных, где вопросы формирования аудитории (отбор в состав присяжных) и настраивание своих доказательств к данному составу – не только тактико-криминалистический, но и аргументационный, то есть собственно доказательственный момент.

Есть и более общее замечания. Вроде все правильно в рассуждениях В.П. Гмырко с позиции нормальной – судебной – технологии доказывания. Он берет судебную схему доказательства и доказывания. И структура доказательства, и вообще вся логика рассуждения ориентирована на судебный аспект. Это состязательная парадигма. Разумеется, я всецело «за». Но для любого носителя советской традиции и находящего внутри следственной системы возникают вопросы: а как же следственный фазис формирования доказательства? а роль следователя? следственных действий, им проводимых (в отсутствии суда и стороны защиты) и т.д. и т.п. В.П. Гмырко не дает ответов на эти вопросы.

Тем не менее, отнюдь не будучи адептом следственной идеологии, я (очевидно, по привычке сформировавшейся в ходе защиты от нее) усвоил некоторые мысли своих идеологических

оппонентов, одна из которых состоит в том, что *следователь формирует доказательство* – в виде протокола следственного действия, и оно есть источник сведений для суда.

Я уж не говорю о такой фундаментальной (кафканианской) проблеме, как различие между ОРД и следствием, различАнием познания в той и другой, которую счастливо миновали (миновали ли?) украинские коллеги, и которая возведена у нас на уровень «методологической» и даже идеологической (аксиологической) проблемы.

Опять же в схематизме по В.П. Гмырко мне постоянно как будто чего-то не хватает. Речевой, идеологический, риторический аспекты? Входят ли они в один из трех блоков или имеют свое структурное – структурирующее значение? И как они играют в деятельности досудебной, подготовительной к настоящему судебному доказыванию?

На мой взгляд, «деятельностная методология» недостаточна, как и любая другая. С моей точки зрения, нужно акцент сделать на речевой – если угодно, речедеятельностной аспект. В работах некоторых российских коллег встречается термин «рече-мысле-деятельность» [3, с. 90–91], на мой взгляд, это более полное видение феномена доказывания и доказательства.

Значит, понятийный ряд получается такой: язык – семиотика (семиология) – знак – логика – разум – логос. И дальше «начинается блюз»: несхватываемое логизмом и рацио-психо-эмотивная сфера.

Вполне ли схватывает «деятельностный» подход речевой (диалоговый) момент? Схемы и ход рассуждений В.П. Гмырко проникнуты логизмом, и это правильно. Но лишь отчасти. Потому что уголовный процесс – это борьба, это биология, это психика, это бессознательное. Мне лично недостает речевого ингредиента в блюде, приготовленном для нас проф. Гмырко. Я лично сделал ставку на речевой аспект в понятии доказательства, а теорию риторики (по Х. Перельману) включил в число методов познания теории уголовно-судебных доказательств.

5. Остановимся на проблематике, касающейся отдельных элементов сборной конструкции «доказательства», на выделенных В.П. Гмырко: фактовый, информационный и нормативно-процедурный.

Здесь есть много с чем согласиться, но есть и вопросы. Первый простой вопрос: куда относить «логику»? или она пронизывает все три блока?

Менее всего, лично у меня, вопросов порождает «фактовый блок», «фактообразование» по универсальной логической схеме (на взгляд В.П. Гмырко). Замечу, нам не надо спорить о значении термина «факт» (как это бывает у нас в собраниях русских процессуалистов-криминалистов). И тем более – опасаться подмены понятий. Мы мыслим фактами, факты – умозрительные сущности, но не элементы «объективной реальности». В этом плане все понятно, мы вместе.

Хотя есть, на мой взгляд, упрощение: В.П. Гмырко берет только судебный фазис фактообразования. А до судебной процедуры есть факты? Или факты только предмет и средства судебного доказывания, плоды умозаключения судьи? Это было бы очень хорошо, но, боюсь, нереально. Ни в одной уголовно-процессуальной системе.

Известно ведь, советский научный, криминалистический дискурс проникнут логизмом. Советские процессуалисты, криминалисты тоже оперировали логикой, и она оказалась инструментом построения следственного варианта понятия «уголовно-процессуального доказательства». Разумеется, логика может быть инструментом анализа и уголовного судебного доказательства.

В трактовке фактичности, на мой взгляд, более важен властный момент: кто уполномочен удостоверить факт, какими инструментами измеряется фактичность. Власть кладет предел фактообразованию, констатируя фактичность.

С моей точки зрения, если не более плодотворным, то, по крайней мере, более объяснительным является подход, продемонстрированный А.А. Кухтой [4], который выделял различные

фазисы фактообразования, опираясь при этом на работы украинского методолога науки Ю.А. Мелкова.

Получается, что в фактообразовательном блоке можно выделить процессы и структуры, которые объясняют фактообразование в динамическом ракурсе.

Нормативно-процедурный элемент (блок) схемы уголовного судебного доказательства. По словам В.П. Гмырко, этот структурный элемент, устанавливая процедуру получения (формирования) доказательств, а также требования нормативного стандарта условий, средств и порядка их формирования и введения в доказательственное обращение, должен исполнять функцию процессуального фильтра, призванного обеспечивать **судебное доказательственное производство только допустимыми доказательствами** (выделено нами – *Р.Н.*)» [1, с. 32].

Я так понимаю, что субъектом оценки уголовно-процессуального доказательства является судья. Суд располагается в центре уголовно-процессуальной системы и формирует (на основе текста закона) стандарты доказывания (допустимости, в том числе и в первую очередь) – путем интерпретации смысла закона и информации из данного дела. Так должно быть.

Но у меня остается впечатление недосказанности. Разумеется, у кого что болит, тот о том и говорит. У меня болит проблема правовой организации досудебного доказывания и, соответственно, объяснения того, что там происходит, как работает указанный В.П. Гмырко «механизм» там?

На эти «окайнные» для русской процессуалистики вопросы ответов нет. Полагаю, что и украинских «следователей» эта объяснение не удовлетворит. Было бы, кстати, интересно заякорить теоретические построения В.П. Гмырко с реалиями практики доказывания – до суда и в суде.

Информационный блок. По В.П. Гмырко, в структуре конструкции «состав доказательства» на упомянутый элемент возлагается функция обеспечения сторон и суда данными (информацией, сведениями) как «сырьем», «исходным» материалом для изготовления доказывающих фактов. Структуру этой части конструкции «состав доказательства» создают информация о правореlevantном событии, а также процессуально допустимые носители информации о ней [1, с. 32].

Об «информации» надо сказать особо, что я попытаюсь сделать в конце статьи.

Если же суммировать вышесказанное, то можно подтвердить общность наших позиций по следующим ключевым моментам.

1. В современных условиях возведение **понятия** доказательства в правовую норму не оправдано ни с прагматической, ни с идеологической, ни с какой-либо другой точек зрения.

Если в условиях авторитарного государства, торжества одной (следственной) идеологии, закреплённой в законе, это выглядит естественным и разумным шагом, то в правовом государстве, при демократии, (что в процессуальной сфере воплощает состязательную идеологию) это неразумно и недействительно.

2. Нет очевидных оснований сохранять в УПК нормативную дефиницию понятия процессуальных доказательств, равно как и определять исчерпывающий (закрытый) перечень носителей доказательственной информации (процессуальных источников доказательств). **«Куда важнее установить четкие и понятные процедуры решения вопроса об относимости и допустимости судебных доказательств** (выделено мной – *Р.Н.*)» [1, с. 33].

3. Язык связывает понятие «доказательство» с самими разнообразными **материальными** (вещными) и **нематериальными** (идеальными) феноменами, которые используются говорящими как **средства обоснования** определенного утверждения. Иначе говоря, доказательство – это *все*, что может быть использовано человеком *hic et nunc* для подтверждения собственной правоты в различных практических ситуациях [1, с. 30].

4. Проблема, связанная с **определением** уголовно-судебных доказательств как любых **материалов** (выделено мной – *Р.Н.*), предоставленных сторонами суду, обсужденных (исследованных) в нем и приемлемых для обоснования их процессуальных позиций по сути разрешаемых юридических вопросов [1, с. 33]. Об ограниченности судебного среза в феномене доказательства уже было сказано. Этим обуславливается отношение к досудебному (внесудебному) доказыванию как деятельности по получению «материалов», пригодных с позиции участника будущего судебного доказывания. Сделаю акцент на самой «материальности». Однако *информация – нематериальна. Тогда уместен ли термин «материал» (фактический)*⁷ для обозначения того, что получают стороны в ходе досудебного производства?

Теперь я и сделаю обещанное ранее **дополнение**, которое, возможно, послужит моему уважаемому коллеге поводом для развития своего учения об уголовно-процессуальных доказательствах. Это дополнение – «цифровые технологии» и последствия, порождаемые ими.

«Новая преступность» – киберпреступность – в общем-то уже факт: вся преступность в сфере экономики уже таковая. Все преступления против собственности (мошенничества) в сфере экономической деятельности совершаются с использованием цифровых технологий. Эти преступления обычный человек – судья, следователь-юрист, используя традиционные методы познания и свои органы чувств, воспринять не способен – ему нужны машина (компьютер), программа, «технология», и, чаще всего, специалист (программист). Субъект, ведущий уголовное дело, познает – через специалиста – событие преступления. Значит, колеблется важнейший постулат: судья способен сам исследовать и оценить предмет доказывания, не говоря уже том, чтобы собрать о нем «доказательства» – цифровую информацию⁸.

Спрашивается; кто более эффективен в собирании, анализе (мониторинге, анализе) огромного объема цифровой информации человек – следователь, судья или машина, программа? Ответ очевиден, преступления будут раскрываться, цифровая информация будет собираться интеллектуальными агентами – специально созданными программами. Они будут мониторить, сканировать информационное пространство и выявлять признаки преступлений по заданным параметрам.

Так что надо пересмотреть вопрос о «*субъектах доказывания*». Я так считаю, что профессия следователя как составителя следственных протоколов, иных документов, в которых фиксируются фактические данные, которые могут быть использованы судом для установления фактов по делу, в среднесрочной перспективе отомрет, и его место займет «робот-полицейский», интеллектуальный агент на службе «обвинительной власти». В этом состоит заключение о деперсонализации «субъекта» доказывания.

На мой взгляд, вполне просматривается перспектива, когда субъектом доказывания – на этапе получения информации – может быть любой человек (ассоциация граждан), как участник процесса с той или иной стороны, так и любой желающий оказать содействие в установлении фактов по уголовному делу и способный использовать для этого цифровые технологии. Мы предлагаем отказаться от презюмирования того, что только правоохранительные органы уполномочены устанавливать факты и так соскочить со следственной на состязательную модель получения-передачи информации. В центре последней находится по-прежнему судебный орган, главным средством проверки-исследования любых доказательств по-прежнему будет открытое устное суждение, но предметом его может быть цифровая информация, полученная любым «субъектом» или «искусственным интеллектом» (машиной).

⁷ Признаюсь, я сам использовал этот термин тысячи раз, особо не раздумывая.

⁸ Заметим, что и «обычные преступления» также оставляют все больше «цифровых следов», которые невозможно зафиксировать, представить, проверить без «цифровых технологий» и их профессионального (искусного) пользователя – специалиста.

Новая реальность (цифровая и криминальная одновременно) неминуемо скажется и на средствах выявления, раскрытия преступлений. Способы «собирания», получения доказательств, следственные действия, оперативно-розыскные мероприятия (как угодно можно назвать) в своем прежнем виде становятся бесполезными при раскрытии киберпреступлений. Существующая система следственных действий, созданная в эпоху традиционной преступности, становится малоприменимой в современных условиях⁹.

Получение цифровой информации техническими средствами ставит под сомнение прежние стандарты допустимости средств доказывания, ориентированные на следователя – человека. Отпадает необходимость в формальном, процессуальном стандарте доказательства – допустимости. Ему на смену должен прийти другой формальный критерий, но не *достоверности*, а *гарантии личной свободы человека; он должен быть средством ограничителя открытости, защиты человека от машины*.

В целом полезность «бьет» допустимость. Допустима информация, которая полезна для использования в деле для правильного установления фактов. В ее основе лежит способность (техническая) субъекта доказывания подтвердить в суде аутентичность представляемой информации информационным следам преступления. В основе критерия допустимости доказательств в виде цифровой информации должно быть правило о цепи законных владений цифровой информацией.

Выводы и перспективы дальнейших исследований в этом направлении. Возможно, мы переживаем один из самых драматичных моментов в развитии цивилизации – мир становится другим, в котором, разумеется, останутся преступность и государственный механизм противодействия преступности, но преступность и средства борьбы с ней изменятся.

Мы полагаем, что на очередном крутом повороте развития технологий снова есть шанс создать новую процессуальную систему¹⁰ и новую теорию уголовно-судебных доказательств.

Технократический прагматизм бросает вызов классическим правовым стандартам судебного доказывания. Будут ли работать классические схемы (рече) мышления для объяснения доказывания, когда соучастником субъектов доказывания будет «искусственный интеллект»? Ломает ли процедурность и «уголовно-процессуальную форму» цифровая технология?

Для уголовно-процессуальной доктрины критически важным является выработка подхода к формулированию новых правил игры, системы формальных – искусственных – ограничений для применения технических средств и цифровых технологий.

Уголовно-правовой механизм противодействия киберпреступности и вообще преступности в новом открытом мире должен быть основан на классическом учении, уголовно-процессуальной системе и формальных средствах доказывания – судебных доказательствах. Но за это нам надо побороться. Всем вместе.

Список использованных источников:

1. Гмирко В. Кримінально-судові докази: юридичне поняття чи дефініція? Право України. 2014. № 10. С. 26–35.
2. Павлов В.И. Проблемы теории государства и права: учебное пособие. Минск: Академия МВД, 2017.
3. Александров А.С., Босов А.Е., Терехин В.В. Доказывание в суде присяжных: de dicto vs. de re. Библиотека криминалиста. Научный журнал. 2014. № 5 (16). С. 90–91.
4. Кухта А.А. Доказывание истины в уголовном процессе: монография. Н. Новгород, 2009.

⁹ Какой смысл в таких следственных действиях, как осмотр, выемка, обыск, когда предметом их выступает цифровая информация? Зачем ее переносить в письменный протокол следственного действия? С соблюдением следственных ритуалов, гарантирующих ее доброкачественность (поняты, реквизиты протокола и пр.)?

¹⁰ Провести реформу предварительного расследования, довести до конца судебную реформу, которая никак не делается, а без этого настоящая судебная реформа невозможна.

А. А. Павлишин, кандидат юридичних наук,
доцент кафедри кримінального процесу
та криміналістики Львівського національного
університету імені Івана Франка

Х. Р. Слюсарчук, кандидат юридичних наук,
асистент кафедри кримінального процесу
та криміналістики Львівського національного
університету імені Івана Франка

СТАНДАРТ ДОКАЗУВАННЯ «ДОСТАТНЯ ПІДСТАВА»: ТЛУМАЧЕННЯ ВЕРХОВНОГО СУДУ США ТА НАЦІОНАЛЬНА ПРАКТИКА ЗАСТОСУВАННЯ

Стаття присвячена дослідженню «достатньої підстави» як стандарту доказування у кримінальному провадженні. На підставі аналізу прецедентної практики Верховного Суду США та національного законодавства виокремлено та проаналізовано основні ознаки «достатньої підстави» як стандарту доказування у кримінальному провадженні.

Ключові слова: стандарт доказування, достатня підстава, ймовірність, докази, кримінальне провадження.

A. A. Pavlyshyn, Kh. R. Slyusarchuk. Standard of proof “probable cause”: interpretation of the supreme court of the USA and national practice of applying

The article is devoted to defining the nature of “probable cause” as a standard of proof in the criminal proceedings. Based on the analysis of case law of the USA Supreme Court, the main features of a “probable cause” as a standard of proof in criminal proceedings have been identified and analyzed.

Probable cause is a requirement found in the Fourth Amendment to the United States Constitution that must usually be met before police make an arrest, conduct a search, or receive a warrant. Courts usually find probable cause when there is a reasonable basis for believing that a crime may have been committed (for an arrest) or when evidence of the crime is present in the place to be searched (for a search). Under exigent circumstances, probable cause can also justify a warrantless search or seizure. At the same time, to establish probable cause, police officers must be able to point to objective circumstances leading them to believe that a suspect committed a crime.

Although the Fourth Amendment states that “no warrants shall issue, but upon probable cause”, it does not specify what “probable cause” actually means. The Supreme Court has attempted to clarify the meaning of the term on several occasions, while recognizing that probable cause is a concept that is imprecise, fluid and very dependent on context. In *Illinois v. Gates*, the Court favored a flexible approach, viewing probable cause as a “practical, non-technical” standard that calls upon the “factual and practical considerations of everyday life on which reasonable and prudent men ... act”.

The Fourth Amendment requires that any arrest be based on probable cause, even when the arrest is made pursuant to an arrest warrant. Whether or not there is probable cause typically depends on the totality of the circumstances, meaning everything that the arresting officers know or reasonably believe at the time the arrest is made. However, probable cause remains a flexible concept, and what constitutes the “totality of the circumstances” often depends on how the court interprets the reasonableness standard.

Also, it is affirmed that probable cause exists when there is a fair probability that a search will result in evidence of a crime being discovered. In general, probable cause requires more than a mere suspicion that a suspect committed a crime, but not as much information as would be required to prove the suspect guilty beyond a reasonable doubt.

As a conclusion, based on the analysis of the US Supreme Court practice and the doctrinal views of foreign scholars, it can be argued that in the criminal proceedings the standard of proof “probable cause” is the

© А. А. Павлишин, Х. Р. Слюсарчук, 2018

level of persuasion (conviction) suitable for making decisions on the detention of a person and/or conducting a search by persons authorized by law, which is achieved on the basis of an assessment of the facts and circumstances of the criminal proceedings in their integrity, which is carried out using the special knowledge of these individuals, obtained from their professional experience, the results of which indicate a "probability", rather than confidence and certainty, in the necessity of the decision making in the criminal proceedings.

Key words: standard of proof, probable cause, probability, evidences, criminal proceedings.

Постановка проблеми. «Достатня підстава», або в іншій інтерпретації «ймовірна причина», «розумна підстава» (*probable cause*), є одним зі стандартів доказування у кримінальному провадженні, який раніш за все отримав свій прояв на практиці та закріплення у законодавстві держав англосаксонської системи права.

Однак формулювання «достатня підстава» або «наявність достатніх підстав вважати» можемо віднайти і у вітчизняному кримінальному процесуальному законодавстві, що, своєю чергою, підтверджує актуальність дослідження відповідного стандарту доказування у кримінальному провадженні. Проте, варто зазначити, що зміст стандарту доказування «достатня підстава» та коло рішень, які приймаються на підставі відповідного стандарту доказування у кримінальному провадженні, є різними у державах англосаксонської та континентальної системи права.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. На сьогодні у кримінально-процесуальній науці України не приділяється достатня увага дослідженням, які б були присвячені з'ясуванню правової природи та суті достатньої підстави саме як стандарту доказування у кримінальному провадженні¹. Саме тому, **метою статті** є спроба з'ясувати зміст «достатньої підстави» крізь призму виокремлення та дослідження ключових ознак «достатньої підстави», які характеризують її як стандарт доказування у кримінальному провадженні.

Отже, оскільки відповідний стандарт доказування був перейнятий вітчизняним законодавцем та знайшов свій нормативний прояв у КПК України, видається за необхідне насамперед дослідити багаторічний зарубіжний досвід визначення та функціонування відповідного стандарту доказування у кримінальному провадженні.

Виклад основного матеріалу. Стандарт доказування «достатня підстава» широко використовується у США. Зокрема, у четвертій поправці до Конституції США зазначається, що: «право осіб на їхню недоторканність, а також їхнього житла та документів проти необґрунтованого обшуку та виїмки (конфіскації) не повинно бути порушене, жодне рішення не може бути прийняте не інакше, як на підставі достатньої підстави (ймовірної причини), скріпленої присягою (клятвою) або письмовою заявою (підтвердженням) з докладним описом місця обшуку; особи, яка розшукується та предметів, для виявлення яких проводиться обшук» [1]. Хоча відповідний стандарт доказування закріплений у Конституції США, проте ні Конституція, ні жодний інший нормативно-правовий акт не надає визначення стандарту доказування «достатня підстава».

У зарубіжній науковій літературі наводяться загальноприйняті наукові визначення стандарту доказування «достатня підстава» у кримінальному провадженні, зокрема зазначається, що «достатня підстава»: являє собою встановлення фактів та обставин, які дозволили б об'єктивному спостерігачу повірити у те, що кримінальне правопорушення було вчинено, вчиняється або планується вчинити та що особа, яку необхідно затримати, вчинила, вчиняє або планує вчинити кримінальне правопорушення або предмети, пов'язані зі злочинною діяльністю, можуть бути отримані внаслідок проведення обшуку у конкретному приміщенні,

¹ За винятком монографії В.П. Гмирка («Доказування у кримінальному процесі: діяльнісна парадигма. Теоретичний аналіз. Проблематизація. СМД-репрезентація». Д., 2010. 314 с.) та наукової статті О.П. Кучинської та Р.В. Баранника («Національна та міжнародна практика застосування норм, що містять оцінні поняття, під час обрання запобіжних заходів». Часопис цивільного і кримінального судочинства. 2017. № 4(37). С. 164 – 171).

житлі чи іншому володінні особи [2, с. 128; 3, с. 682]; це рівень розумної віри (добросовісного переконання), який виник на підставі чітко сформульованих, об'єктивних фактів та/або обставин та який необхідний для вирішення питання про проведення обшуку, затримання особи та подальшого переслідування особи у кримінальному провадженні [2, с. 120–126]; означає, що наявні факти підтверджують об'єктивну впевненість (переконаність) у тому, що особа, яка підлягає затриманню, вчинила кримінальне правопорушення або факти підтверджують, що місце обшуку та предмети, які можуть бути виявлені під час обшуку можуть бути використані як доказ вчиненого кримінального правопорушення [4, с. 146].

Проте варто зазначити, що вирішення питання про досягнення або недосягнення у конкретному кримінальному провадженні стандарту доказування «достатня підстава» у США є прерогативою Верховного Суду (далі – ВС) США та ВС окремих штатів. Однак на підставі аналізу практики цих судів, можна стверджувати, що суди у своїх рішеннях не намагаються надати докладне, чітке визначення «достатньої підстави» як стандарту доказування у кримінальному провадженні, вони лише визначають чи було досягнуто стандарт доказування «достатня підстава» за відповідних фактів та обставин конкретного кримінального провадження для проведення затримання та/або обшуку у кримінальному провадженні відповідно до четвертої поправки Конституції США.

Подальша прецедентна практика ВС США призвела до виокремлення певних ознак «достатньої підстави» як стандарту доказування у кримінальному провадженні, які, хоч і не розкривають повністю зміст відповідного стандарту доказування, проте допомагають наблизитись до розуміння його суті.

До таких ознак відноситься наступне.

Достатня підстава виникає на основі «здорового глузду» та **фактичному аналізу** (оцінці) всієї сукупності фактів та обставин в їх цілісності. Суть достатньої підстави не може бути зведена до встановлення сукупності правил або математичної формули у кримінальному провадженні.

Крім цього, ВС США неодноразово стверджував, що достатня підстава виникає на підставі встановлення **«ймовірності»**, а не впевненості та безсумнівності у необхідності прийняття рішення про затримання особи або проведення обшуку.

Стандарт доказування «достатня підстава» не передбачає абсолютної впевненості. Зокрема, у справі *Illinois v. Gates* суд зазначив: «...«probable cause» відповідно до її звичного прийнятного значення передбачає нижчий рівень доказаності, ніж доказ, який виправдав би засудження особи. <...> «Probable cause» є практичною, а не формальною категорією. У встановленні стандарту доказування «ймовірна причина» (probable cause), як сама назва нам підказує, ми маємо справу із ймовірностями, які, проте, не є формальними. Відповідні ймовірності є фактичними та практичними щоденними міркуваннями, відповідні до яких діє розсудлива та обачна людина, яка не є фахівцем у галузі права» [5].

При цьому, відповідно до тлумачення «достатньої підстави», ВС США зазначив, що відповідний стандарт доказування передбачає вищий рівень переконаності особи у необхідності прийняття рішення у кримінальному провадженні, ніж стандарт доказування «обґрунтована підозра», проте передбачає набагато нижчий рівень переконаності у порівнянні зі стандартом доказування «поза розумним сумнівом», який необхідний для прийняття кінцевого рішення у кримінальному провадженні [7].

Як видається, найкраще, що можна сказати про «достатню підставу» це те, що відповідний стандарт доказування не вимагає фактичного балансу або фактичної переваги ймовірностей у кримінальному провадженні. Для встановлення «достатньої підстави» не потрібно співвідносити аргументи «за» і «проти» її наявності. Достатньо встановити, що факти та

обставини кримінального провадження свідчать про наявність «ймовірності» на користь проведення обшуку або затримання особи, при цьому, до уваги не береться «ймовірність» хибності твердження для визначення його правдоподібності (оскільки фактична перевага ймовірностей притаманна вищому за рівнем переконаності стандарту доказування – переконання за більшою вірогідністю, відповідно до якого «факт повинен бути більш вірогідним, ніж ні»).

Як зазначається у науковій літературі, єдине співвідношення, яке береться до уваги у питанні встановлення стандарту доказування «достатньої підстави» у кримінальному провадженні – це встановлення балансу інтересів правоохоронних органів та інтересів особистої свободи у визначенні того, чи існує «достатня підстава» для проведення обшуку або затримання особи [6, с. 139].

Під час вирішення питання про наявність достатньої підстави для прийняття необхідного рішення суди визнають, що уповноважена законом особа на проведення затримання особи або обшуку (далі – уповноважена особа) володіє спеціальними знаннями, які отримані внаслідок професійного *досвіду*, для встановлення «достатньої підстави» у кримінальному провадженні.

ВС США зазначив, що у деяких випадках уповноважена особа володіє спеціальними знаннями або досвідом, які дозволяють зробити висновок про те, що здійснюється злочинна діяльність на основі обставин, за яких об'єктивний спостерігач не міг би цього припустити. Проте у випадках, коли досвід та спеціальні знання уповноваженої особи стосуються встановлення «достатньої підстави», уповноважена особа згодом повинна переконливо пояснити підставу (основу) такого висновку у такий спосіб, щоб це «було зрозуміло для пересічної розсудливої особи» [4, с. 149]. Зокрема, у справі *United States v. Ortiz* суд зауважив, що прикордонний патруль у боротьбі із нелегальною міграцією має право покладатись на свій досвід для вирішення питання про наявність «достатньої підстави». Однак при цьому не варто забувати про те, що визначальним для встановлення «достатньої підстави» є наявність фактів, які її обумовлюють (повинна виникати на підставі конкретно встановлених фактів або обставин), тому прикордонний патруль не може повністю покладатись на свою думку, інтуїцію чи здогадку у боротьбі з нелегальною імміграцією [6, с. 140]. Також стверджується, що уповноважена особа для «розвитку» достатньої підстави може покладатись на п'ять відчуттів. Зокрема, вона може розвинути на підставі «побаченого, почутого, дотику, запаху та смаку» уповноваженою особою.

Крім цього, «достатня підстава» може виникнути на підставі показань з чужих слів або іншої *опосередкованої інформації* [4, с. 145–157; 6, с. 137–150].

Щодо останньої ознаки ВС США було зазначено, що стандарт доказування «достатня підстава» може виникнути на підставі отримання так званої «опосередкованої інформації». Така інформація може бути отримана внаслідок надання учасниками кримінального провадження показань, у тому числі показань з чужих слів, а також внаслідок конфіденційного співробітництва.

На основі прецедентної практики ВС США були встановлені критерії визнання допустимою «опосередковану інформацію», яка може стати основою для досягнення стандарту доказування «достатня підстава» у кримінальному провадженні. Так, рішеннями у справі *Aguilar v. Texas* (1964 p.) та *Spinelli v. United States* (1969 p.) ВС США встановив два критерії, які необхідно досягнути (виконати) для встановлення стандарту доказування «достатня підстава» на підставі інформації, наданої уповноваженій особі «інформатором» (показань або інформації, отриманої внаслідок конфіденційного співробітництва). Зокрема, перший критерій стосується встановлення *достовірності інформації*, отриманої інформатором (*informant's basis of knowledge*); другий критерій передбачає встановлення *надійності особи* інформатора (*informant's veracity/truthfulness*) [7; 8].

ВС США зазначив, що остаточне вирішення питання про встановлення стандарту доказування «достатня підстава» у кримінальному провадженні може бути досягнуто лише на підставі «тотальної» оцінки всіх обставин справи (totality of the circumstances), де вищенаведені критерії є важливими вимогами у питанні встановлення «достатньої підстави». Однак, такі вимоги слід розглядати лише як один зі складових елементів, які враховуються у кінцевому вирішенні питання про наявність «достатньої підстави» у кримінальному провадженні, а не як незалежні та непохитні вимоги чи механічні правила, виконання яких автоматично призводить до встановлення стандарту доказування «достатня підстава» у кримінальному провадженні.

Як зазначив суд, встановлення достатньої підстави для проведення обшуку або затримання особи на підставі «результату «тотальної» (цілісної) оцінки всіх обставин справи» відповідає суті стандарту доказування «достатня підстава» як практичний, а не формальний категорії [4, с. 170]. Критерії встановлення надійності особи інформатора та достовірності повідомленої ним інформації повинні розглядатись як «...доречні міркування, які враховуються під час цілісної оцінки обставин справи, за допомогою якої встановлюється «достатня підстава»: де нестача («дефіцит») виконання одного критерію, під час встановлення правдоподібності анонімного повідомлення у цілому, може бути компенсовано за допомогою демонстрації більш переконливого виконання іншого критерію або за допомогою встановлення інших ознак «надійності» повідомлення» [5]. Наприклад, якщо буде встановлено, що інформатор протягом тривалого періоду надавав достовірну інформацію, використання якої призводило до затримання, обвинувачення чи засудження особи у кримінальному провадженні, то це може компенсувати не чітке встановлення, наприклад, в який спосіб була отримана ним інформація у конкретній справі.

Як зазначається у науковій літературі, весь процес встановлення «достатньої підстави» у кримінальному провадженні може бути зведений до наступного твердження: «суд повинен прийти до простого практичного висновку на підставі здорового глузду про те, чи всі зазначені у клопотанні **обставини**, включаючи «надійність особи» та «достовірність інформації», встановлюють практичну **ймовірність** того, що докази кримінального правопорушення можуть бути виявлені у зазначеному у клопотанні житлі, приміщенні тощо» [4, с. 170–171].

Варто звернути увагу на ще одну особливість стандарту доказування «достатня підстава» у кримінальному провадженні – його змішаний, «перспективно-ретроспективний», а у деяких випадках чисто «перспективний» характер. Якщо доказування у кримінальному провадженні у цілому спрямоване на пізнання події минулого, тобто наділене ретроспективним характером та на стадії досудового розслідування забезпечує отримання ймовірного ретроспективного знання, то стандарт доказування «достатня підстава» більшою мірою спрямований на доказування **ймовірності настання певної події у майбутньому** та забезпечує отримання **ймовірного перспективного знання** у кримінальному провадженні. Запровадження стандарту доказування «достатня підстава» у вітчизняний кримінальний процес змінює стереотипне мислення про те, що пізнання у кримінальному процесі характеризується виключно ретроспективністю, оскільки об'єктом пізнання є подія, яка відбулася у минулому.

Так, відповідно до ст. 177 КПК України одним зі складових елементів підстави для застосування запобіжного заходу у кримінальному провадженні є наявність ризиків, які дають достатні підстави слідчому судді, суду вважати, що підозрюваний, обвинувачений, засуджений може: переховуватися від органів досудового розслідування та/або суду; знищити, сховати або спотворити будь-яку із речей чи документів, які мають істотне значення для встановлення обставин кримінального правопорушення; незаконно впливати на потерпілого, свідка, іншого підозрюваного, обвинуваченого, експерта, спеціаліста у цьому ж кримінальному провадженні; перешкоджати кримінальному провадженню іншим чином; вчинити інше кримінальне

правопорушення чи продовжити кримінальне правопорушення, в якому особа підозрюється, обвинувачується [9]. Ознака «перспективності» характеру стандарту доказування «достатня підстава» під час прийняття рішення про застосування запобіжного заходу зумовлюється саме об'єктом пізнання, яким є ймовірність настання певної події у майбутньому (обґрунтована ймовірність настання одного або декількох ризиків). У такому контексті варто згадати висловлену В.П. Гмирком думку про те, що для прийняття поточних (проміжних) рішень у кримінальному провадженні поліція повинна продемонструвати у суді докази та доводи, якими вона обґрунтовує **перспективу** зміни доказової ситуації у вигідному для себе світлі [10, с. 241]. Своєю чергою, ретроспективність характеру стандарту доказування «достатня підстава» полягає у тому, що ймовірність настання певного ризику обґрунтовується достовірними фактичними даними **минулого**. Наприклад, ймовірність настання того, що підозрюваний, обвинувачений буде переховуватись від органів досудового розслідування може обґрунтовуватись наявністю попереднього факту ухилення (переховування) від органів досудового розслідування; ймовірність вчинення іншого кримінального правопорушення може обґрунтовуватись рецидивним характером учиненого кримінального правопорушення.

Тому, варто погодитися з висловленою у літературі думкою про те, що доказування підстав застосування запобіжних заходів має прогностичний характер, тобто спрямоване у майбутнє, проте воно повинно ґрунтуватись на конкретних фактичних даних, які свідчать про обґрунтованість прийнятого рішення. У зв'язку з цим виникають труднощі практичного характеру при обґрунтуванні ймовірності настання ризиків, з якими закон пов'язує можливість застосування запобіжного заходу [11, с. 300–301].

Також, як зазначають Ю.М. Грошевий та О.Г. Шило, наведення у клопотанні слідчого, прокурора відповідних підстав та мотивів для застосування запобіжного заходу, дослідження їх у судовому засіданні забезпечують можливість на основі обґрунтованої ймовірності спрогнозувати можливу негативну поведінку особи. Саме обґрунтована ймовірність, яка засновується на представлених суду доказах, забезпечує той стандарт доказування, який може бути визнано достатнім для застосування запобіжного заходу і обмеження у зв'язку із цим конституційного права людини [12, с. 223].

Перелік певних обставин, якими може обґрунтовуватись ймовірність настання одного або декількох ризиків, передбачених ч. 1 ст. 177 КПК України, можемо віднайти у практиці ЄСПЛ [13, с. 90–102].

Таким чином, з урахуванням практики визначення та функціонування стандарту доказування «достатня підстава» у системі англосаксонського та континентального права, а також аналізу практики ЄСПЛ, слід зазначити, що формалізований характер положень вітчизняного доказового права, зокрема наявність визначення поняття доказу у кримінальному провадженні, встановлення «закритого» переліку джерел доказів у кримінальному провадженні тощо, не дозволяє повною мірою реалізувати відповідний стандарт доказування у кримінальному провадженні України (у його автентичному значенні).

Так, у континентальній системі права під поняттям «достатня підстава» розуміється висновок, отриманий лише на підставі оцінки **доказів** у кримінальному провадженні (**фактичних даних, інформації**), а в англосаксонській системі права висновок, зроблений на підставі доказів є лише складовим елементом стандарту доказування «достатня підстава». Як бачимо з аналізу прецедентної практики ВС США, достатня підстава – це висновок, зроблений на основі досвіду слідчого, прокурора та суду у питанні встановлення відповідного стандарту доказування та оцінки фактичних даних та інших обставин кримінального провадження (поведінки особи тощо). Саме досвід особи є «вагомим доказом» під час вирішення питання про досягнення стандарту доказування «достатня підстава» у кримінальному провадженні.

Запровадження стандарту доказування «достатня підстава» у вітчизняний кримінальний процес є ще одним аргументом на користь відмови від так званої «інформаційної концепції доказу» у кримінальному провадженні.

З урахуванням вищевикладеного, безумовно слід погодитись з думкою О.С. Александрова, яка також була підтримана низкою вітчизняних науковців, зокрема В.П. Гмиром, Л.М. Лобойком, М.Є. Шумилом та іншими [14; 15; 16; 17], про те, що у кримінальному провадженні «доказ» – це не лише результат тих наслідків, які породила подія кримінального правопорушення у світі, але і результат сприйняття, переробки, репрезентації у свідомості цих наслідків суб'єктом доказування у кримінальному провадженні [18, с. 3–4].

Стандарт доказування «достатня підстава» досягається не лише на підставі «відображення» минулого (застосування матеріальної діалектики), але і передбачає «проекцію» на майбутнє (наприклад, встановлення ризиків для застосування запобіжного заходу). Саме тому ВС США визначає відповідний стандарт доказування як практичну категорію, яка не може бути досягнута лише за допомогою формалізованих положень, оформлених у рамках кримінально-процесуальної форми. Оскільки, наприклад, процес сприйняття інформації або досвід особи чи здоровий глузд, які враховуються під час встановлення «достатньої підстави» для прийняття рішення, не можуть бути «обрамлені» кримінально-процесуальною формою. Тому, стандарт доказування «достатня підстава» передбачає встановлення «практичної ймовірності», яка може бути досягнута не лише раціональним, але також і чуттєво-вольовим емпіричним (ірраціональним) способом, який у сфері здійснення кримінального судочинства не може бути формалізованим у вигляді встановлення чітких правил, норм чи положень. Відповідна суть стандарту доказування «достатня підстава», у розумінні англосаксонської системи права, не може бути зведена до встановлення певних правил чи математичних формул, по виконанню яких може бути автоматично досягнутий відповідний стандарт доказування у кримінальному провадженні.

Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі. З урахуванням вищевикладеного вбачається, що стандарт доказування «достатня підстава» у кримінальному процесі США наділений чітким самостійним характером (складає самостійну підставу для прийняття необхідного рішення), а також отримав чітку сферу застосування. Зокрема, відповідний стандарт доказування застосовується під час прийняття рішення про проведення обшуку або затримання особи.

На підставі аналізу практики ВС США та доктринальних поглядів зарубіжних науковців можна стверджувати, що у кримінальному провадженні стандарт доказування «достатня підстава» – це *рівень переконання* (переконаності), придатний для прийняття уповноваженими законом особами рішень про затримання особи та (або) проведення обшуку, який досягається на підставі *оцінки* фактів та обставин кримінального провадження в їх цілісності, що здійснюється з використанням спеціальних знань цих осіб, отриманих внаслідок їхнього професійного досвіду (у питанні встановлення наявності «достатньої підстави»), *результати* якої свідчать про наявність «ймовірності», а не впевненості та безсумнівності, на користь необхідності прийняття відповідного рішення у кримінальному провадженні. Саме у такому аспекті він мав би застосовуватись у кримінальному провадженні України.

Список використаних джерел:

1. U.S. Constitution. URL: <https://www.law.cornell.edu/constitution>.
2. Bohm Robert M., Keith N. Haley Introduction to criminal justice. Published by Glencoe. McGraw – Hill, 1997. 527 p.

3. Thaman Stephen S. The Exclusionary Rule. K.B. Brown and D.V. Snyder (eds.), *General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law*. – Springer Science + Business Media B.V., 2012. P. 657 – 704.
4. Ferdico John N., Henry F. Fradella & Christopher D. Totten *Criminal Procedure for the Criminal Justice Professional*, Tenth edition. Printed in Canada. Wadsworth: Cengage Learning, 2009. 842 p.
5. U.S. Supreme Court. *Illinois v. Gates*, 462 U.S. 213 (1983). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/462/213/case.html>.
6. Lippman M. *Criminal procedure*. Printed in the United States of America, 2011. 687 p.
7. U.S. Supreme Court. *Aguilar v. Texas*, 378 U.S. 108 (1964). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/378/108/case.html>.
8. Rider Tomas Christopher. What is the Most Useful Standard of Proof in Criminal Law? *Pragmatism Tomorrow*. 2013. Issue 1: No. 9. P. 1 – 10. URL: <http://www.pragmatismtomorrow.org/downloads/Essay009RiderTC.pdf>.
9. Кримінальний процесуальний кодекс України: прийнятий 13 квітня 2012 року № 4651-VI. Відомості Верховної Ради України. 2013. № 9 – 10, № 11 – 12, № 13. – Ст. 88. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>. – Заголовок з екрана.
10. Гмирко В.П. Доказування в кримінальному процесі: діяльнісна парадигма. Теоретичний аналіз. Проблематизація. СМД-репрезентація: монографія. Д., 2010. 314 с.
11. Кримінальний процес: підручник / Ю.М. Грошевий, В.Я. Тацій, В.П. Пшонка та ін.; за заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки. Х.: Право, 2013. 824 с.
12. Грошевий Ю.М., Шило О.Г. Підстави обрання запобіжних заходів за новим КПК України. *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ*. 2013. № 1. С. 220 – 226.
13. Джеремі Макбрайд. Європейська конвенція з прав людини та кримінальний процес. К.: К.І.С., 2010. 576 с.
14. Гмирко В. Кримінально-процесуальні докази: поняття, структура, характеристики, класифікація. Конспект проблемної лекції. Дніпропетровськ: Академія митної служби України, 2002. 63 с.
15. Лобойко Л.М. Реформування кримінально-процесуального законодавства у частині регламентації окремих питань доказування. *Часопис Національного університету «Острозька академія»*. Серія «Право». 2011. № 2 (4). URL: <http://lj.oa.edu.ua/articles/2011/n2/11llmopd.pdf>. – Заголовок з екрана.
16. Маланюк А., Павлишин А. Тенденції розвитку сучасної теорії доказів у кримінальному процесі. *Вісник прокуратури*. 2015. № 2 (164). С. 92 – 103.
17. Шумило М.Є. Гносеологічна і процесуальна природа доказів у Кримінальному процесуальному кодексі України. Актуальні питання кримінального процесуального законодавства України (Київ, 26 квітня 2013 року): збірник матеріалів міжвузівської наукової конференції. Національна академія прокуратури України. К.: Алерта, 2013. С.13-27.
18. Александров А.С. Новая теория доказательств. Уголовная юстиция: связь времен: конференция, 6–8 октября 2010 г. URL: <http://www.iua.net/node/406>. – Заголовок з екрана.

УДК 342.41; 342.56; 343.13

С. В. Прилуцький, доктор юридичних наук,
професор кафедри правосуддя Київського
національного університету імені Тараса Шевченка

НЕДОТОРКАННІСТЬ СУДДІ: АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ТА ПРАКТИКИ ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ

У роботі аналізується новітній конституційний механізм регламентації інституту недоторканності судді. У контексті дослідження було проаналізовано правові позиції Вищої ради правосуддя щодо зняття суддівської недоторканності, які були відображені у відповідних рішеннях за 2017 рік. У теоретичних узагальненнях і висновках автор обстоює позицію про те, що Вища рада правосуддя в питаннях зняття суддівської недоторканності (імунітету) має виконувати функцію судового контролю, а її рішення про надання згоди на затримання судді, утримання його під вартою чи арештом мають підлягати прямому застосуванню, без подальших рішень слідчого судді.

Ключові слова: суддя, недоторканність, Вища рада правосуддя, затримання, тримання під вартою.

S. V. Prylutskyi. Duty of judge (judicial immunity): actual problems of legal regulation and practice application

The paper analyzes the latest constitutional mechanism for regulating the judge's immunity. In the context of the study, the legal positions of the High Council for Justice (HCJ) regarding the removal of judicial immunity, which were reflected in relevant decisions for 2017, were analyzed.

The author argues that domestic legislation needs some adjustments. In particular, the HCJ acting as a judicial (judicial) authority must establish whether the evidence presented by the party proves the circumstances, which indicate: 1) the existence of reasonable suspicion of committing a criminal offense by a judge suspected of a criminal offense; 2) the presence of sufficient grounds to believe that there is at least one of the risks stipulated in Article 177 of the CPC of Ukraine; 3) insufficiency of the use of milder preventive measures to prevent the risk or risks specified in the petition. The HCJ, in matters of removal of judge immunity, should perform judicial control function, and its decision to consent to the detention of a judge, his detention or arrest should be directly applicable, without further decisions of the investigating judge. An unjustified and unnecessary imposition (lay-out) of two jurisdictional jurisdictions: the HCJ and local courts (investigating judges) on judicial control in the detention and taking of judges in custody is considered to be groundless and unnecessary.

Key words: judge, immunity, high council of justice, detention, detention.

Постановка проблеми. 1. Щодо правової регламентації гарантій недоторканності суддів

Конституція України (далі – КУ) у ст. 29 установлює, що кожна людина має право на свободу й особисту недоторканність. Ніхто не може бути заарештований або триматися під вартою інакше як за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставах і в порядку, що встановлені законом.

У разі нагальної необхідності запобігти злочинові чи його припинити уповноважені на те законом органи можуть застосувати тримання особи під вартою як тимчасовий запобіжний захід, обґрунтованість якого протягом сімдесяти двох годин має бути перевірена судом. Затримана особа негайно звільняється, якщо протягом сімдесяти двох годин із моменту затримання їй не вручено вмотивованого рішення суду про тримання під вартою.

Кожному заарештованому чи затриманому має бути невідкладно повідомлено про мотиви арешту чи затримання, роз'яснено його права та надано можливість із моменту затримання захищати себе особисто та користуватися правовою допомогою захисника.

Кожний затриманий має право в будь-який час оскаржити в суді своє затримання. Про арешт або затримання людини має бути негайно повідомлено родичів заарештованого чи затриманого.

© С. В. Прилуцький, 2018

Як спеціальна норма щодо ст. 29 КУ, ст. 126 КУ встановлює, що незалежність і недоторканність судді гарантуються Конституцією й законами України. Як відомо, після конституційної реформи 2016 року роль зі зняття суддівської недоторканості було покладено на новоутворений орган – Вищу раду правосуддя (далі – ВРП) [1; 2], без згоди якої сьогодні суддю не можна затримувати чи утримувати під вартою чи арештом до винесення обвинувального вироку судом, за винятком затримання судді під час або відразу ж після вчинення тяжкого чи особливо тяжкого злочину.

Водночас суддю не може бути притягнуто до відповідальності за ухвалене ним судові рішення, за винятком учинення злочину або дисциплінарного проступку.

Таким чином, згідно з конституційними положеннями (ст. 131 КУ) саме ВРП є тим органом, який надає згоду на затримання судді чи утримання його під вартою, а також ухвалює рішення про тимчасове відсторонення судді від здійснення правосуддя.

Мета статті. У роботі аналізується новітній конституційний механізм регламентації інституту недоторканності судді.

Виклад основного матеріалу. Варто зазначити, що наявні національні нормативи достатньою мірою гармонізовані зі стандартами ООН і РЄ. Зокрема, згідно з *Основними принципами незалежності судових органів (1985 р.)* [3] встановлено, що відповідно до національних законів суддям слід користуватися особистим імунітетом від судового переслідування за фінансову шкоду, спричинену в результаті хибних дій чи упущень, які мали місце під час здійснення ними своїх судових функцій. При цьому судді можуть бути тимчасово усунуті від посади чи звільнені тільки з причин їх нездатності виконувати свої обов'язки або внаслідок поведінки, невідповідної посаді, яку вони займають. Рішення про усунення від посади повинні бути предметом незалежної перевірки.

Відповідно до *Рекомендації CM/Rec (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки* [4] встановлено, що тлумачення закону, оцінювання фактів або доказів, які здійснюють судді для вирішення справи, не повинні бути приводом для кримінальної відповідальності, крім випадків злочинного наміру.

Судді не повинні нести особисту відповідальність за випадки, коли їхні рішення були скасовані або змінені в процесі апеляційного розгляду.

Коли суддя не виконує суддівські функції, він може бути притягнутий до відповідальності згідно із цивільним, кримінальним або адміністративним правом, як і всі інші громадяни.

Питання суддівського імунітету більш детально розглянуті у *Висновку № 3 (2002) КРЄС* [5], де вказується, що судді, які в процесі своєї діяльності на посаді вчиняють те, що за будь-яких обставин кваліфікується як кримінальне правопорушення (наприклад, отримання хабара), не можуть користуватися імунітетом від звичайного кримінального процесу. У деяких країнах навіть ті порушення суддів, за якими стоять добрі наміри, можуть розглядатися як злочини. Так, наприклад, судді в Швеції й Австрії (подібно до публічних посадовців) можуть бути покарані (наприклад, штрафом) у деяких випадках крайньої необережності (наприклад, за надто довге утримання особи у в'язниці).

Щодо кримінальної відповідальності, то КРЄС вважає, що судді повинні притягатися до кримінальної відповідальності за загальними правилами за злочини, учинені за межами виконання суддівських обов'язків; судді не повинні нести кримінальну відповідальність у разі ненавмисних правопорушень під час здійснення ними своїх функцій.

У національному законодавстві ключові положення щодо недоторканності й імунітету суддів розкриваються у ст. 49 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» (2016 р.) де зазначається, що суддя, затриманий за підозрою у вчиненні діяння, за яке встановлена кримі-

нальна чи адміністративна відповідальність, повинен бути негайно звільнений після з'ясування його особи, за винятком таких випадків:

1) якщо ВРП надано згоду на затримання судді у зв'язку з таким діянням;

2) затримання судді відбулося під час або відразу ж після вчинення тяжкого чи особливо тяжкого злочину, якщо таке затримання є необхідним для попередження вчинення злочину, відвернення чи попередження наслідків злочину чи забезпечення збереження доказів цього злочину.

Суддя не може бути підданий приводу чи примусово доставлений до будь-якого органу чи установи, крім суду, за винятком випадків, зазначених вище. Судді може бути повідомлено про підозру у вчиненні кримінального правопорушення лише Генеральним прокурором (далі – ГП) або його заступником.

Юридичний механізм зняття суддівської недоторканності детально регламентується Законом України «Про Вищу раду правосуддя» (2016 р.), Кримінальним процесуальним кодексом України (2012 р.) і Регламентом Вищої ради правосуддя (2017 р.). Водночас постає питання, наскільки після конституційної реформи 2016 року став ефективнішим інститут недоторканності судді, чи гармонійно він вписується в механізм кримінальної юстиції та наскільки він гарантує незалежність судді. У рамках цих постановочних питань і спробуємо здійснити наше дослідження.

У контексті цієї праці ми проаналізували правові позиції ВРП щодо зняття суддівської недоторканності, які знайшли своє відображення у відповідних рішеннях за 2017 рік.

2. Правові позиції ВРП щодо суддівської недоторканності

2.1. Рішення щодо зняття суддівської недоторканності

У Рішенні від 12 березня 2017 року № 486/0/15-17 «Про надання згоди на утримання під вартою судді Суворовського районного суду м. Одеси» ВРП дійшла висновку, що подання заступника ГП містить обґрунтування, достатні для надання згоди на утримання судді під вартою, а порушень гарантій незалежності судді не виявлено.

Подання прокурора в цій справі було мотивоване тим, що є ризики вчинення суддею дій, передбачених п. п. 1–4 ч. 1 ст. 177 КПК України (підозрюваний, перебуваючи на свободі, буде переховуватися від органів досудового розслідування та/або суду, знищить, сховає чи спотворить речі чи документи, які мають істотне значення для встановлення обставин кримінального правопорушення, незаконно впливатиме на інших підозрюваних і свідків у кримінальному провадженні, а також перешкоджатиме кримінальному провадженню іншим чином).

У своєму рішенні ВРП керувалася ст. ст. 126, 131, п. 16¹ розділу XV «Перехідні положення» КУ, ст. ст. 48, 49 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», ст. ст. 3, 30, 34, 58–60, п. 5 розділу III «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про Вищу раду правосуддя», п. п. 18.6–18.12 Регламенту ВРП.

У цьому провадженні ВРП задовольнила подання першого заступника ГП і надала згоду на утримання судді Суворовського районного суду м. Одеси під вартою.

У Рішенні від 21 квітня 2017 року № 889/0/15-17 «Про надання згоди на утримання під вартою судді Кіровського районного суду міста Дніпропетровська» встановлено, що 20 квітня 2017 року до ВРП надійшло подання (вх. № 2459/0/8-17) заступника ГП – керівника САП про надання згоди на утримання під вартою судді Кіровського районного суду м. Дніпропетровська, яку було затримано 19 квітня 2017 року під час вчинення особливо тяжкого злочину і якій 20 квітня 2017 року було повідомлено про підозру у вчиненні корупційних кримінальних правопорушень (ч. 4 ст. 368 КК України (прийняття пропозиції, обіцянки чи одержання неправомірної вигоди службовою особою в особливо великому розмірі) і ч. 3 ст. 369-2 КК України (прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди для себе чи третьої

особи за вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, поєднане з вимаганням такої вигоди)).

У рішенні ВРП зазначається, що до подання долучені копії матеріалів, якими обґрунтовано його доводи, і воно відповідає вимогам ст. 184 КПК і ст. 58 Закону України «Про Вищу раду правосуддя», порушень гарантій незалежності судді не виявлено.

Своїм рішенням ВРП задовольнила подання заступника ГП і надала згоду на утримання під вартою судді Кіровського районного суду м. Дніпропетровська.

Варто звернути увагу, що в обох зазначених рішеннях бракує юридичного обґрунтування на основі досліджених фактичних даних, як підстави для надання дозволу на застосування до судді запобіжного заходу тримання під вартою.

Також у Рішенні від 2 липня 2017 року № 1905/0/15-17 «Про надання згоди на утримання судді Троїцького районного суду Луганської області під вартою» встановлено, що 2 липня 2017 року до ВРП надійшло подання (вх. № 3768/0/8-17) заступника ГП – керівника САП про надання згоди на утримання судді, підозрюваної у вчиненні корупційного кримінального правопорушення (ч. 3 ст. 368 КК України), під вартою.

У рішенні, ухваленому ВРП, стверджується, що до подання долучені копії матеріалів, якими обґрунтовані його доводи, і підтверджується, що це подання відповідає вимогам ст. 184 КПК України та ст. 58 Закону України «Про Вищу раду правосуддя», зокрема містить обґрунтування необхідності для утримання судді під вартою.

ВРП дійшла висновку, що це подання містить обґрунтування, достатні для надання згоди на утримання судді під вартою, а порушень гарантій незалежності судді не виявлено. У рішенні вказується, що суддю було затримано 30 червня 2017 року безпосередньо під час вчинення злочину, а повідомлення про підозру вручено 1 липня 2017 року.

Подання прокуратури було мотивоване тим, що є ризики вчинення дій, передбачених п. п. 1–5 ч. 1 ст. 177 КПК України. Тому ВРП вирішила задовольнити подання заступника ГП і надала згоду на утримання судді під вартою¹.

Проілюстровані рішення підтверджують, що ВРП вже виробила певний стиль і форму їх викладення. Ключовою ознакою цих рішень є те, що ВРП дає лише формальну оцінку подання прокурора, вказуючи, що воно «містить обґрунтування, достатні для надання згоди на утримання судді». Водночас у рішенні відсутня будь-яка безпосередня оцінка наведених доказів, що обґрунтовують підозру, а також необхідність застосування до судді запобіжного заходу у формі тримання під вартою. Рішення ВРП не містить достатньої юридичної вмотивованості на основі досліджених фактичних даних, а також обґрунтувань і заперечень сторін таких проваджень як об'єктивної підстави для надання дозволу на застосування до судді запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою.

У Рішенні від 29 вересня 2017 року № 3039/0/15-17 «Про надання згоди на утримання судді Баршівського районного суду Київської області під вартою» ВРП встановила, що суддю було затримано 27 вересня 2017 року безпосередньо під час вчинення тяжкого злочину. Того самого дня судді було вручено повідомлення про підозру у вчиненні корупційного кримінального правопорушення (ч. 4 ст. 368 КК України (прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою в особливо великому розмірі)).

¹ Аналогічні рішення з такими ж обґрунтуваннями: Рішення від 16 грудня 2017 року № 4122/0/15-17 «Про надання згоди на утримання судді Дружківського міського суду Донецької області Молібоги Г.В. під вартою»; Рішення від 22 вересня 2017 року № 2924/0/15-17 № 2924/0/15-17 «Про надання згоди на утримання судді Кіровського районного суду міста Дніпропетровська Підберезного Г.А. під вартою»; Рішення від 2 листопада 2017 року № 3546/0/15-17 «Про надання згоди на утримання судді Білгород-Дністровського міськрайонного суду Одеської області Анісімової Наталі Дмитрівни під вартою»; Рішення від 7 листопада 2017 року № 3594/0/15-17 «Про надання згоди на утримання судді господарського суду Сумської області Коваленка О.В. під вартою».

У цьому рішенні ВРП констатувала, що до подання долучені копії матеріалів, якими обґрунтовані його доводи, а подання відповідає вимогам КПК України та ст. 58 Закону України «Про Вищу раду правосуддя», зокрема **«містить факти та докази, що підтверджують вчинення суддею суспільно небезпечного діяння»**, передбаченого КК України, і обґрунтування необхідності утримання судді під вартою. Порухень гарантій незалежності судді ВРП не виявило.

З огляду на викладене ВРП вирішила задовольнити подання заступника ГП та надала згоду на утримання судді під вартою.

Проведений аналіз рішень ВРП про надання згоди на утримання суддів під вартою дає підстави зробити певні застереження. Так, у своїх рішеннях ВРП дає оцінку подання прокурора та вказує, що до подання долучені копії матеріалів, якими обґрунтовані його доводи. Також зазначається, що подання відповідає вимогам КПК України та ст. 58 Закону України «Про Вищу раду правосуддя», зокрема містить факти та докази, що підтверджують вчинення суддею суспільно небезпечного діяння, передбаченого КК України, і обґрунтування необхідності утримання судді під вартою.

Вбачається, що ВРП у своїх рішеннях все ж мала б перевіряти (встановлювати) наявність обґрунтованої підозри, яка підтверджується конкретними фактичними даними, законність походження (отримання) яких, за наявності сумнівів, також мала б перевірятися. Проте в останньому рішенні ВРП лише констатувала «наявність фактів і доказів, що підтверджують вчинення суддею суспільно небезпечного діяння, передбаченого КК України». У такий спосіб ВРП децю заперечила презумпцію невинуватості.

На нашу думку, такий формі рішень ВРП бракує правової визначеності, а саме їх обґрунтованості та вмотивованості.

2.2. Рішення ВРП про відмову в наданні згоди на утримання суддів під вартою

У Рішенні від 18 серпня 2017 року № 2470/0/15-17 «Про відмову у наданні згоди на утримання судді Новопсковського районного суду Луганської області під вартою» було встановлено, що 16 серпня 2017 року суддю затримали за підозрою у вчиненні корупційного кримінального правопорушення (ч. 3 ст. 368 КК України). Повідомлення про підозру судді було вручено 17 серпня 2017 року.

Подання, з яким звернулася прокуратура до ВРП, було мотивоване тим, що є ризики вчинення суддею дій, передбачених п. п. 1–5 ч. 1 ст. 177 КПК України. Проте, як зазначила у своєму рішенні ВРП, до подання **«не додано доказів, достатніх для підтвердження викладеного в ньому обґрунтування»** та надання згоди на утримання судді під вартою. Крім того, під час розгляду подання було встановлено факт порушень гарантій незалежності судді.

ВРП вважає, що встановлені під час розгляду подання обставини свідчать про, що затримання судді не відповідає вимогам ст. 126 КУ.

У своєму рішенні ВРП вказала, що **«за результатами дослідження доданих до подання доказів не було доведено обґрунтованості подання та не встановлено фактів, які б свідчили про необхідність утримання судді під вартою, підстави для задоволення подання відсутні»**. Тим самим ВРП відмовила в задоволенні подання прокурора про надання згоди на утримання судді під вартою.

У цьому рішенні ВРП також не дала оцінку наданим доказам, проте зазначила, що «до подання не додано доказів, достатніх для підтвердження викладеного в ньому обґрунтування та надання згоди на утримання судді під вартою».

Крім того, у рішенні зазначається, що під час розгляду подання встановлено факт порушень гарантій незалежності судді, проте не зазначається, у чому виразилося таке порушення.

Вбачається, що таке рішення не містить належного обґрунтування та мотивації на підставі оцінки фактичних даних, які мали лягти в основу подання прокурора, а вказівка на те, що «за результатами дослідження доданих до подання доказів не було доведено обґрунтованості подання та не встановлено фактів, які б свідчили про необхідність утримання судді під вартою» не розкриває сутності обґрунтування ухваленого рішення.

Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі.

3. Теоретичний аналіз і висновки

3.1. Як уже зазначалося раніше, відповідно до законодавчо встановленої процедури подання про надання згоди на затримання судді, утримання його під вартою чи арештом, відсторонення від посади вноситься на розгляд ВРП Генеральним прокурором або його заступником. При цьому подання має відповідати вимогам, установленим КПК України, і має бути вмотивованим, містити конкретні факти й докази, що підтверджують вчинення суддею суспільно небезпечного діяння, визначеного КК України, обґрунтування необхідності такого затримання (утримання), відсторонення. До подання мають додаватися копії матеріалів, якими обґрунтовуються доводи подання. Якщо ж таке подання не буде відповідати встановленим вимогам, ВРП умотивованим рішенням має його повернути відповідним суб'єктам звернення або залишити без розгляду.

З огляду на це вважаємо, що *предметом розгляду ВРП має бути як формальний, так і фактичний складники подання прокурора. Тим самим на ВРП має покладатися завдання дати попередню оцінку фактичним даним (доказам), які лежать в основі підозри щодо судді, зокрема на предмет їх допустимості, належності та достатності через призму дотримання незалежності судді та недопущення неправомірного кримінального переслідування.*

3.2. ВРП розглядає подання про надання згоди на затримання судді, утримання його під вартою чи арештом не пізніше *n* 'яти днів із дня отримання подання. Проте якщо суддю було затримано під час або відразу ж після вчинення тяжкого чи особливо тяжкого злочину, подання має бути розглянуте невідкладно після його надходження та в межах строку, визначеного КПК України.

Такі законодавчі положення вказують, що *діяльність ВРП підпорядкована процесуальним нормам КПК України та становить невід'ємну складову частину механізму кримінального судочинства.*

Розгляд подання про надання згоди на затримання судді, утримання його під вартою чи арештом здійснюється ВРП без виклику судді, ВРП може й викликати його для надання пояснень. Розгляд подання починається з короткого викладу головуючим на засіданні ВРП наведеного в поданні обґрунтування необхідності такого затримання. Після короткого викладу матеріалів подання слово надається прокурору. Якщо засідання проводиться з викликом судді й він з'явився на засідання, то слово для надання пояснень також надається судді, щодо якого внесене подання, або його представнику.

Під час розгляду подання про надання згоди на затримання судді, утримання його під вартою чи арештом ВРП має право заслухати будь-яку особу чи дослідити будь-які матеріали, що мають значення для вирішення питання, яке розглядається.

Рішення ВРП ухвалюється в нарадчій кімнаті відкритим голосуванням більшістю членів, які беруть участь у засіданні ВРП. Рішення про надання згоди на затримання судді, утримання його під вартою чи арештом оголошується присутнім на засіданні та негайно вручається вповноваженому прокурору. Рішення ВРП про відмову в задоволенні подання повинне бути вмотивованим(!).

Водночас постає питання, чому закон у цілому не вимагає, щоб рішення ВРП були вмотивованими й обґрунтованими (?!).

Законом установлено, що рішення ВРП про надання згоди на затримання судді, утримання його під вартою чи арештом може бути оскаржене в порядку, визначеному КПК України, як складова частина скарги на відповідну ухвалу слідчого судді про затримання судді, утримання його під вартою чи арештом.

Вважаємо, що процедура розгляду подання прокурора у ВРП про обмеження суддівської недоторканності містить ключові ознаки судового розгляду: юрисдикційний орган (ВРП), який ухвалює рішення; зацікавлені протилежні сторони; механізм звернення до суду; дослідження й оцінка фактичних обставин справи; порядок ухвалення судового рішення та можливість його оскарження тощо.

3.3. Практика надання ВРП згоди на затримання судді чи утримання його під вартою викликає низку дискусійних запитань. Передусім, у чому полягає концептуальна сутність цієї компетенції ВРП? Що є предметом розгляду ВРП? Ухвалюючи рішення про надання згоди (чи відмову в наданні згоди) на утримання судді під вартою, які питання має з'ясувати ВРП?

Передусім ВРП має здійснювати контроль і захищати незалежність суддів від неправомірного впливу на них із боку органів кримінального переслідування. Проте практика діяльності ВРП протягом 2017 року свідчить, що в питаннях зняття суддівської недоторканності не все так однозначно. Так, у Рішенні ВРП від 12 березня 2017 року № 486/0/15-17 «Про надання згоди на утримання під вартою судді Суворовського районного суду м. Одеси» ВРП зазначила лише те, що «дійшла висновку, що подання заступника ГП містять обґрунтування, достатні для надання згоди на утримання судді». Проте ВРП у своєму рішенні не вдається до юридичної оцінки фактичних даних «обґрунтувань», що позбавляє рішення ознаки вмотивованості. Водночас у рішенні зазначається, що «подання мотивоване тим, що існують ризики вчинення підозрюваним дій, передбачених пунктами 1–4 ч. 1 ст. 177 КПК України.

Надавши згоду на утримання судді під вартою, рішення ВРП не містило належного юридичного обґрунтування на основі досліджених фактичних даних як підстави для надання дозволу на застосування до судді запобіжного заходу тримання під вартою. Відсутність належного обґрунтування та мотивації рішення ВРП також істотно обмежує можливість його подальшого оскарження.

Нині предметом розгляду ВРП фактично став формальний зміст подання, з яким звертається прокуратура. Водночас у Рішенні ВРП від 18 серпня 2017 року № 2470/0/15-17 «Про відмову у наданні згоди на утримання судді Новопсковського районного суду Луганської області під вартою» зазначається, що до подання не додано доказів, достатніх для підтвердження викладеного в ньому обґрунтування та надання згоди на утримання судді під вартою. Крім того, під час розгляду подання встановлено факт порушень гарантій незалежності судді. Установлені під час розгляду подання обставини свідчать про те, що затримання судді не відповідає вимогам ст. 126 КУ. Оскільки під час розгляду подання про надання згоди на утримання судді під вартою за результатами дослідження доданих до подання доказів не було доведено обґрунтованості подання та не встановлено фактів, які б свідчили про необхідність утримання судді під вартою, то підстави для задоволення подання відсутні.

На підставі цього ВРП відмовила в задоволенні подання про надання згоди на утримання судді під вартою. *Тим самим під час ухвалення свого рішення ВРП підтверджує, що досліджує докази, якими обґрунтовуються доводи подання, а також установлюються факти які б свідчили про необхідність утримання судді під вартою.*

3.4. *Вважаємо, що вітчизняне законодавство потребує певних корективів. Зокрема, ВРП виступаючи в ролі юрисдикційного (судового) органу,² має встановлювати, чи доводять надані стороною обвинувачення докази обставини, які свідчать про таке: 1) наявність об-*

² У справі «Олександр Волков проти України» (2013 р.) ЄСПЛ установив, що ніщо не заважає назвати «судом» конкретний національний орган, який не входить до судової системи.

грунтованої підозри у вчиненні підозрюваним суддею кримінального правопорушення; 2) наявність достатніх підстав вважати, що є хоча б один із ризиків, передбачених ст. 177 КПК України; 3) недостатність застосування більш м'яких запобіжних заходів для запобігання ризику чи ризикам, зазначеним у клопотанні.

Нами вбачається, що ВРП у питаннях зняття суддівської недоторканості (імунітету) має виконувати функцію судового контролю, а її рішення про надання згоди на затримання судді, утримання його під вартою чи арештом мають підлягати прямому застосуванню, без подальших рішень слідчого судді.

3.5. Наразі законодавство не містить належного регулювання щодо змісту рішення та порядку його мотивування. Зокрема, рішення про надання згоди на тримання судді під вартою не мотивується оціненими фактичними даними (доказами) на які посилається у своєму поданні прокуратура, що фактично обмежує можливість подальшого оскарження такого рішення.

Рішення ВРП мають бути вмотивовані й обґрунтовані дослідженими доказами, і за своїм змістом повинні відповідати ст. 196 КПК України (ухвала про застосування запобіжних заходів). ВРП має вирішувати питання й щодо можливості продовження строків тримання судді під вартою.

3.6. Законом передбачено, що рішення ВРП із питань суддівської недоторканності можуть бути оскаржені в рамках і за процедурою кримінального судочинства. Проте **механізм оскарження рішення ВРП є досить незрозумілий і мало визначений**. У ст. 482 КПК України як спеціальній нормі, яка мала б чітко визначати особливості порядку притягнення до кримінальної відповідальності, затримання й обрання запобіжного заходу щодо суддів має лише загальні формулювання. Зокрема, затримання судді чи утримання його під вартою чи арештом здійснюється за згодою ВРП. Без згоди ВРП суддю не може бути затримано чи утримувано під вартою чи арештом до винесення обвинувального вироку судом, за винятком затримання судді під час або відразу ж після вчинення тяжкого чи особливо тяжкого злочину.

Суддя, затриманий за підозрою у вчиненні діяння, за яке встановлена кримінальна відповідальність, повинен бути негайно звільнений після з'ясування його особи, за винятком таких випадків:

- 1) якщо ВРП надано згоду на затримання судді у зв'язку з таким діянням;
- 2) затримання судді відбулося під час або відразу ж після вчинення тяжкого чи особливо тяжкого злочину, якщо таке затримання є необхідним для попередження вчинення злочину, відвернення чи попередження наслідків злочину або забезпечення збереження доказів цього злочину. Суддя має бути негайно звільнений, якщо мета такого затримання (попередження вчинення злочину, відвернення чи попередження наслідків злочину або забезпечення збереження доказів цього злочину) досягнута.

Відповідно до наявного законодавчого механізму, порядок затримання судді, утримання його під вартою чи арештом повинен реалізовуватися в такій послідовності:

- 1) за поданням ГП або його заступником ВРП приймає рішення про надання (чи відмову в наданні) згоди на утримання судді під вартою;
- 2) прокурор чи слідчий за погодженням із прокурором подають клопотання про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою (ст. 184 КПК України) щодо судді до місцевого суду, у межах територіальної юрисдикції якого здійснюється досудове розслідування;
- 3) слідчий суддя розглядає клопотання (ст. 193 КПК України) і застосовує (відмовляє у застосуванні) відповідний запобіжний захід (ст. ст. 194–197 КПК України);
- 4) учасники провадження мають право оскаржити ухвалу слідчого судді про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою або відмову в його застосуванні в апеляційному порядку. І саме в якості складової частини скарги на відповідну ухвалу слідчого

судді про затримання судді, утримання його під вартою чи арештом може бути оскаржене рішення ВРП;

5) у рамках апеляційного оскарження апеляційний суд, за задумом законодавця, має розглянути й законність рішення ВРП.

Проте закон не говорить, що саме за таких умов буде предметом оскарження.

Видається безпідставним і непотрібним накладення (нашарування) двох судових юрисдикцій (ВРП і місцевих судів (слідчих суддів)) у питаннях судового контролю під час затримання та взяття суддів під варту.

Крім того, простежується й можливий юрисдикційний «конфлікт» між ВРП і загальними судами.

3.7. *Вважаємо, що окремим предметом для наукової дискусії в рамках інституту суддівського імунітету є кримінально-процесуальне законодавство в питаннях застосування щодо суддів негласних слідчих (розшукових) дій і оперативно-розшукових заходів. Вважаємо, що у ВРП міг би бути утворений окремий підрозділ, до якого входитиме Голова Верховного Суду й інші уповноважені члени ВРП для вирішення цих питань.*

Список використаних джерел:

1. Прилуцький С.В. Вища рада правосуддя – самостійний орган судової влади України (актуальні питання новітнього конституційного формату). Публічне право. 2017. № 4(28). С. 9–18.
2. Прилуцький С.В. Судові повноваження Вищої ради правосуддя: правове регулювання та перспективи вдосконалення. Актуальні питання кримінального права, процесу і криміналістики, удосконалення діяльності судової і правоохоронної систем: матер. Всеукр. наук.-практ. конф. (м. Северодонецьк, 19 травня 2017 р.). Северодонецьк: Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Е.О. Дідоренка, 2017. С. 314–318.
3. Міжнародні стандарти незалежності суддів: збірка документів. К.: Поліграф-Експрес, 2008. С. 13.
4. Європейські та міжнародні стандарти у сфері судочинства. Київ, 2015. С. 41–50.
5. Документи Консультативної ради європейських суддів: офіц. вид. / упоряд. А.О. Кавакін. К.: Ін Юре, 2015. С. 131–186.

В. М. Тертишник, доктор юридичних наук,
професор, академік Академії політичних наук
України, професор кафедри кримінально-правових
дисциплін Університету митної справи та фінансів

ПРЕЗУМПЦІЯ НЕВИНУВАТОСТІ: ІНТЕГРАЛЬНА ПРАВНИЧА ЗАСАДА ТА ЇЇ ЗАСТОСУВАННЯ У РАЗІ ВИКОНАННЯ ФУНКЦІЇ ЗАХИСТУ

У статті проаналізовано концептуальні проблеми вдосконалення юридичної визначеності презумпції невинуватості та її застосування у разі використання інститутів правничої допомоги і захисту в кримінальному провадженні. Висвітлено шляхи вдосконалення та гармонізації законодавства, усунення юридичних колізій, забезпечення дієвості принципу презумпції невинуватості та інституту захисту.

Ключові слова: принципи права, презумпція невинуватості, правова доктрина, захист.

V. M. Tertyshnik. Presumption of innocence: the cumulative legal ambush and its application in performing the function of protection

This article analyses the conceptual problems of improving the legal certainty of the presumption of innocence and its applications when using the institutions of legal assistance and protection in criminal proceedings. Highlights the ways improvement and harmonization of legislation, legal conflicts, ensure the effectiveness of the principle of the presumption of innocence and the Institute.

The official recognition of a person very guilty of an indictable offence the court verdict on the accused cannot treat him as guilty. Publicly, the media or official documents, it cannot be argued that the suspect is a criminal. The name of the individual who is detained is suspected or accused of committing a crime, may be issued only when the entry into legal force court verdict against her.

In the decisions of the ECHR "Fatulaev against Azerbaijan", "Dovzhenko against Ukraine", "Allenay de Ribemon against France" the Court determines that the presumption of innocence prohibit representatives of power prematurely to express an opinion concerning the culpability of a person before it is proven in judicial proceedings. The Court stresses that it should fundamentally distinguish messages that someone suspected of committing a crime, that person has committed a crime (decision in the case "Ismoilov and others v. Russia").

In cases of ad cases of suspected leaders of the law enforcement bodies the criminals before the recognition of the Court their guilty, such officials may be declared a civil claim for compensation of moral damage. Under such circumstances, most such officials are interested in a position in the case of persons and shall be subject to disqualification from participation in the case. They obtained the evidence are questionable in terms of their admissibility to the case and reliability. In case of doubt, the case is decided in favor of the defendant or respondent.

Taking into account the legal positions of the ECHR, the constitutional principles of Justice, norms of international legal acts, the need to provide the pain clear legal definition of the principle of the presumption of innocence and the consequences of its violation.

Key words: principles of law, presumption of innocence, legal doctrine of protection.

Постановка проблеми. Ефективність судочинства значною мірою залежить від розуміння, чіткого визначення та дотримання принципів права взагалі і принципу презумпції невинуватості зокрема, чого бракує сучасній юридичній практиці.

Актуальність досліджуваної теми зумовлена новими обертами конституційної та судово-правової реформи, недосконалістю чинних законів, наявністю прикрих помилок слідчої і судової практики, недостатнім аналізом проблем правничої діяльності у сфері правосуддя.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Темі реалізації принципу презумпції невинуватості у кримінальних провадженнях приділяється певна увага дослідників. Однак наявні

публікації не розв'язують проблему, а швидше утворюють фундаментальну базу для подальшого її дослідження.

Метою статті є визначення шляхів гармонізації доктрини і практики застосування презумпції невинуватості у кримінальному процесі.

Виклад основного матеріалу. Презумпція невинуватості бере початок зі звичаєвого права та мудрості нашого народу («Не піймавши, не кажи, що злодій», «Не спіши карати, спіши вислухати», «Не за те вовка б'ють, що він сірий, а за те, що вівцю з'їв»). Джерелами презумпції невинуватості можливо вважати і положення римського права, наприклад: *Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*. – «Тягар доказування лежить на тому, хто стверджує, а не на тому, хто заперечує»; *In dubio pro reo*. – «У разі сумнівів справа вирішується на користь підсудного чи відповідача».

Нині основні постулати презумпції невинуватості закріплено в міжнародних правових актах. Так, стаття 11 Загальної декларації прав і свобод людини визначає: «Кожна людина, обвинувачена у вчиненні злочину, має право вважатися невинуватою доти, поки її вина не буде встановлена в законному порядку шляхом прилюдного судового розгляду, під час якого їй забезпечують усі можливості для захисту».

Із прийняттям нової Конституції України 28 червня 1996 р. здійснено юридичне оформлення принципу презумпції невинуватості обвинуваченого в законодавстві України.

Стаття 62 Конституції України, узагальнюючи світовий досвід застосування принципу презумпції невинуватості, визначає: «Особа вважається невинуватою у вчиненні кримінального правопорушення і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду. Ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні злочину. Обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, а також на припущеннях. Усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь. У разі скасування вироку суду як неправосудного держава відшкодовує завдану незаконним обвинуваченням моральну і матеріальну шкоду».

Стаття 17 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України), реалізуючи конституційну засаду, встановлює:

«1. Особа вважається невинуватою у вчиненні кримінального правопорушення і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено у порядку, передбаченому цим Кодексом, і встановлено обвинувальним вироком суду, що набрав законної сили.

2. Ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні кримінального правопорушення і має бути виправданим, якщо сторона обвинувачення не доведе винуватість особи поза розумним сумнівом.

3. Підозра, обвинувачення не можуть ґрунтуватися на доказах, отриманих незаконним шляхом.

4. Усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на користь такої особи.

5. Поводження з особою, вина якої у вчиненні кримінального правопорушення не встановлена обвинувальним вироком суду, що набрав законної сили, має відповідати поведженню з невинуватою особою».

Важливою складовою частиною принципу презумпції невинуватості є припис закону про те, що висновки суду про винуватість відповідача не можуть бути обґрунтовані доказами, здобутими незаконним шляхом, а також обов'язок посадових осіб будь-якої з гілок влади забезпечувати поведження з обвинувачуваним, як із невинуватою особою, доки її вина у вчиненні кримінального правопорушення не встановлена обвинувальним вироком суду, що набрав законної сили.

Закладений у ст. 62 Конституції України, а також закріплений у кримінально-процесуальному законодавстві принцип презумпції невинуватості є суттєвою гарантією від свавілля правоохоронних органів.

Наведемо класичний і повчальний приклад, досі актуальний для України, з нашої недавної історії. Ідеться про справу так званого Державного комітету з надзвичайного стану, коли на лаві підсудних опинилися вищі посадові особи колишнього СРСР, які в умовах загроз сепаратизму зробили спробу зберегти територіальну цілісність держави шляхом уведення у країні надзвичайного стану.

Відкривши судове засідання 14 квітня 1993 р., головуючий суддя оголосив склад суду та сторони процесу і роз'яснив обвинуваченим їхні права, зокрема право на відвід суддів й обвинувача. У зв'язку із цим колишній голова законодавчого органу, доктор юридичних наук Анатолій Лук'янов, який у цьому суді перебував у статусі підсудного, подав цивільний позов до Генерального прокурора як обвинувача і заявив таке:

«Прокурор не може брати участі у провадженні у справі і її судовому розгляді та підлягає відводу, якщо він особисто прямо чи опосередковано зацікавлений у цій справі. Між тим Генеральний прокурор внаслідок ряду вчинених ним дій опинився саме в такій ситуації.

Генеральний прокурор Степанков і підпорядковані йому прокурори, забувши про презумпцію невинуватості, з перших кроків досудового розслідування стали стверджувати, що я є «злочинцем» і що доля моя (так само, як і доля моїх товаришів) уже «вирішена», що нам уже «ніколи не піднятися». Схожі заяви робились неодноразово на радіо, на телебаченні, у друкованих засобах. Згодом Генеральний прокурор та його заступники пішли взагалі на безпрецедентний у юридичній практиці крок: у вересні минулого року вони опублікували стотисячним тиражем книгу «Кремлівська змова (версія слідства)».

Однак це лише частина правди. Книга була передана до друку 26 серпня 1992 р., тобто за три з половиною місяці до затвердження Генеральним прокурором обвинувального висновку. Це означає, що версія обвинувачення виникла не в результаті розслідування, а власне це розслідування було підкорене заздалегідь задуманій прокурором обвинувальній версії.

Звичайно, такий зміст книги дає право людям, які мимоволі стали її персонажами, пред'явити прокурорам – авторам публікації – позов про компенсацію шкоди, завданої їхній честі й гідності.

Такі позови було пред'явлено. У результаті прокурор може бути зобов'язаний відшкодувати моральні збитки, якщо будь-яке з розміщених у книзі тверджень не відповідає дійсності. <...>

За таких умов очевидно, що Генеральний прокурор і його заступник, який очолив слідчу бригаду, стали особами, явно зацікавленими в результатах цього процесу, зокрема в тому, щоб усі надруковані ними у книзі відомості, які порочать обвинувачених, були підтверджені цим судом. <...>

У зв'язку із цим наполягаю на відводі всіх оголошених тут державних обвинувачів і на поверненні справи на додаткове розслідування».

Адвокат Генріх Падва, який брав участь у цій справі як захисник обвинуваченого, доповнив указану заяву такою промовою:

«Смію просити вас найуважніше поставитися до цього клопотання, бо сьогодні вершиться історія юриспруденції. Історія вітчизняної і світової правоохоронної практики не знає такого випадку, щоб обвинувач перед судом надрукував цілу книгу з викладенням фактів, що порочать честь і гідність громадян, які ще не засуджені. Це безпрецедентний випадок, і я стверджую, що такі дії, щонайменше, межують зі злочином. Прокурор публікує можливе і неможливе. Він друкує матеріали справи, він завдає удару по закону і виражає зневагу до нашого суду. Адже він говорить, що все вирішено, усе вже зрозуміло ще до того, як ми сіли тут, у судовому засіданні, і стали розглядати справу.

Поставте собі запитання: «А чим керувався Генеральний прокурор, коли друкував цю книгу? Може, бажанням слави, може, бажанням грошей, ідей, може, чогось іншого?» Але мені це не цікаво – для мене важливе правосуддя.<...>

Якщо Генеральний прокурор особисто зацікавлений, його підпис є юридично нікчемним, і ви не маєте права розглядати справу із цим підписом тут, у судовому засіданні».

У вказаній справі матеріали слідства взагалі втратили доказову цінність, оскільки їх збирали слідчі, які перебували у службовій залежності від зацікавленої у справі особи, а отже, останні не можуть вважатися неупередженими, а результати їхніх пошуків не можуть бути прийнятними, об'єктивними і достовірними. Як наслідок, у цій справі (маємо відомості лише стосовно одного з обвинувачених) суд виніс виправдувальний вирок.

Безумовно, згаданий приклад є повчальним не тільки для майбутніх прокурорів, слідчих і суддів, а й для адвокатів і пересічних громадян. Він свідчить, як можна знаннями побороти невігластво. Цей приклад показує всі тонкощі юриспруденції, що є вічними проблемами теорії і практики доказів. Він – це класика як минулого, так і сучасності. Указана технологія захисту може бути успішною в багатьох сьогоденних резонансних процесах.

Сторона захисту в схожих справах може поставити слідству «мат у три ходи». Спочатку обвинувачений подає позов до керівника правоохоронного органу про відшкодування моральної шкоди, завданої порушенням стосовно нього принципу презумпції невинуватості. Відповідний керівник за такої умови стає відповідачем і зацікавленою у справі особою. Далі класична ситуація – відвід слідчого, оскільки він опинився у залежності від зацікавленої у справі посадової особи, і клопотання про визнання здобутих ним доказів у справі недопустимими.

Як приклад вищезазначеного варто навести рішення Європейського суду із прав людини (далі – ЄСПЛ) у справі «Довженко проти України» (рішення від 12 січня 2012 р.). ЄСПЛ установив порушення презумпції невинуватості відповідно до п. 2 ст. 6 Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод (далі – Конвенція), оскільки заяви посадових осіб, які надавали засобам масової інформації коментарі щодо кримінальної справи заявника, містили неоднозначні твердження щодо вини у вчиненні інкримінованих йому злочинів тоді, як остаточного вироку у цій справі ухвалено не було, що могло вплинути на оцінювання обставин справи судом та сприяло поширенню серед громадськості впевненості у винуватості заявника.

Проте історія і правовий аналіз описаних фактів мало для кого стали корисними, бо й досі більшість вчать на чужих помилках.

Нещодавно правоохоронці України стали жертвами підриву гранати під час мітингу біля стін Верховної Ради України. Міністр внутрішніх справ уже в той самий день не тільки оприлюднив прізвища виконавців теракту, а й назвав винною в тому, що сталося, певну політичну силу та її лідера. Відтак винним було названо співробітника його ж відомства, міністр же, ігноруючи принцип презумпції невинуватості, опинився у ролі можливого відповідача, а зрештою, за правилами жанру, і в ситуації зацікавленої у справі особи, тому слідство щодо вказаного факту його підлеглі почали вести «швидко».

До офіційного визнання особи винуватою у вчиненні кримінального правопорушення обвинувальним вироком суду з обвинуваченим не можна поводитися, як із винним, а також публічно, у засобах масової інформації чи офіційних документах, стверджувати, що він є злочинцем (згідно із ч. 4 ст. 296 Цивільного кодексу України, ім'я фізичної особи, яка затримана, підозрюється чи обвинувачується у вчиненні злочину, може бути оприлюднене лише в разі набрання законної сили обвинувальним вироком суду щодо неї).

ЄСПЛ неодноразово визначався щодо заборони висловлюватись про винуватість особи до доведення її вини у встановленому законом порядку. Так, у справі «Фатуллаєв проти Азербайджану» (рішення від 22 квітня 2010 р.) у рішенні ЄСПЛ зазначено: «Презумпція

невинуватості, втілена у ст. 6 § 2 Конвенції, є одним з елементів справедливого кримінального судочинства. Вона забороняє передчасне висловлювання самим судом думки, що особа, яка «обвинувачується у кримінальному злочині», є винною до того, як це доведено в законному порядку. Така заборона поширюється не лише на суддів, а й на інших представників влади».

У справі «Аллєне де Рібемон проти Франції», де заявник скаржився на порушення презумпції невинуватості міністром внутрішніх справ, який зробив публічну заяву із твердженням про винуватість заявника, ЄСПЛ вказує, що «заява про винуватість, з одного боку, спонукала громадськість повірити в неї, а з іншого – випереджала оцінку фактів справи компетентними суддями. Отже, порушення п. 2 ст. 6 Конвенції відбулося». Таку правову позицію ЄСПЛ підтвердив і в рішенні у справі «Довженко проти України» (2012 р.).

У справі «Шагін проти України» (заява № 20437/05, рішення від 10 грудня 2009 р.) заявник скаржився, що висловлювання про його вину, оприлюднені в засобах масової інформації посадовими особами державних органів до того, як його було засуджено судом, вплинули на громадську думку та наперед визначили результат вирішення справи. ЄСПЛ наголосив на тому, як важливо державним посадовим особам добирати слова, публікуючи свої заяви ще до судового розгляду справи, порушеної проти особи, та визнання її винною в тому чи іншому злочині (див. рішення у справі «Дактарас проти Литви»).

Таким чином, потрібно принципово розрізняти повідомлення про те, що когось лише підозрюють у вчиненні злочину, та чітку заяву, зроблену за відсутності остаточного вироку, про те, що особа вчинила злочин (див. рішення від 24 квітня 2008 р. у справі «Ісмаїлов та інші проти Росії»). ЄСПЛ наголошує, що пункт 2 ст. 6 Конвенції не може завадити відповідним органам інформувати громадськість про перебіг розслідування у кримінальних справах, адже це суперечило би праву на свободу вираження поглядів, проголошеному ст. 10 Конвенції. Однак він зобов'язує робити це з усією необхідною обережністю та обачністю, щоб дотриматися принципу презумпції невинуватості.

Дотримання принципу презумпції невинуватості є актуальним для сторони захисту в різних аспектах: по-перше, для аналізу достатності та допустимості системи доказів сторони обвинувачення; по-друге, в аспекті обґрунтованості юридичних рішень слідчих; по-третє, в аспекті забезпечення належного поведіння з підозрюваним; по-четверте, в аспекті аналізу дій посадових осіб щодо розголошення чи оприлюднення матеріалів кримінальної справи та констатації фактів щодо ролі окремих підозрюваних у кримінальних провадженнях.

Омбудсмен України зазначає: «Останнім часом наявні непоодинокі випадки поширення посадовими особами правоохоронних органів різного рівня у ЗМІ інформації, яка своїм змістом порушує принцип презумпції невинуватості особи у вчиненні кримінального правопорушення; порушенням презумпції невинуватості є публічні висловлювання про винуватість до завершення суду, а інколи навіть і до офіційного обвинувачення; принцип презумпції невинуватості особи порушується, коли оприлюднення інформації стосовно неї має публічний характер, офіційна особа, зокрема слідчий, прокурор або суддя, вважає таку людину винною, а також коли особі заподіяно шкоду, яка може бути завдана помилковим визнанням її винною, особливо беручи до уваги «репутаційні» та соціальні наслідки (ганьбу, осуд у суспільстві тощо)» [17].

До керівників правоохоронних органів у разі помилкового обвинувачення окремих підозрюваних (називання їх злочинцями ще до визнання судом їх винними, безапеляційних заяв щодо доведеності їхньої вини беззаперечними доказами тощо) може бути заявлений цивільний позов про відшкодування моральної шкоди. За таких умов не тільки самі посадовці опиняються у становищі зацікавлених у справі осіб, а й до слідчих, які перебувають у їх підлеглих, стороною захисту можуть бути заявлені претензії щодо неупередженості. Відповідно, до отри-

маних такими слідчими доказів висловлюються, щонайменше, сумніви щодо їх допустимості та достовірності. Відтак *In dubio pro reo* – «За наявності сумнівів справа вирішується на користь підсудного чи відповідача».

Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі. Кожен із принципів права має свою доктринальну сутність і правотворчу цінність. Однак разом узяті вони становлять цілісну систему гарантій істини, захисту прав і свобод людини та забезпечення справедливості правовідносин.

З урахуванням конституційних принципів правосуддя, норм міжнародних актів, правових позицій ЄСПЛ та сучасної судової практики і наукової доктрини потрібно створити інтегративну модель та удосконалити юридичне визначення презумпції невинуватості в КПК України.

Пропонуємо статтю 17 КПК України викласти таким чином:

«1. Ніхто не може бути визнаний винуватим у вчиненні злочину, а також підданий кримінальному покаранню, інакше як за вироком суду і згідно із законом.

2. Обвинувачений (підслідний, підсудний) не вважається винуватим, доки його вину не буде доведено в передбаченому законом порядку і встановлено вироком суду, що набрав законної сили.

3. Обов'язок установлення юридично значущих обставин справи покладається на слідчого, детектива, прокурора, суд (суддю). Ненадання особою доказів своєї невинуватості за жодних обставин не може бути витлумачено як доказ вини.

4. Не допускаються ніякі угоди про визнання вини та спрощення судочинства у разі визнання підсудним своєї винуватості.

5. Ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні кримінального правопорушення і має бути виправданим, якщо сторона обвинувачення не доведе винуватість особи поза розумним сумнівом.

6. Повідомлення про підозру, рішення про обрання запобіжного заходу, обвинувальний висновок та обвинувальний вирок мають ґрунтуватися на сукупності неспростовних і достовірних доказів вчинення особою кримінально-караного діяння.

7. Законним і обґрунтованим може бути лише такий обвинувальний вирок суду, який ухвалений у передбаченому законом порядку неупередженим судом, що забезпечив усі можливості для захисту, на підставі безпосередньо досліджених у суді допустимих доказів.

8. Підозра, обвинувачення, обвинувальний вирок суду не можуть ґрунтуватися на доказах, отриманих незаконним шляхом.

9. Усі сумніви у справі, зокрема щодо допустимості й достовірності наявних або наданих для використання фактичних даних, якщо вичерпано всі способи для їх усунення, мають тлумачитись і вирішуватись на користь обвинуваченого чи особи, яка перебуває під слідством і судом.

10. Недоведена вина дорівнює доведеній невинуватості. Суд проголошує виправдувальний вирок, а слідчий, детектив і прокурор закривають кримінальну справу за відсутністю складу злочину, якщо провину обвинуваченого чи особи, яка перебуває під слідством, у вчиненні кримінального правопорушення не доведено.

11. Поводження з особою, вина якої у вчиненні кримінального правопорушення не встановлена обвинувальним вироком суду, що набрав законної сили, має відповідати поведженню з невинуватою особою.

12. Кожен має право на відшкодування за рахунок держави чи органів місцевого самоврядування матеріальної та моральної шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб за здійснення ними своїх повноважень».

Подальші дослідження проблеми полягають у розробці доктринальної моделі системи принципів права, а в перспективі – нового Кримінально-процесуального кодексу України, який гармонізував би приватні і публічні інтереси та ґрунтувався б на цілісній концептуальній моделі системи принципів права правової держави.

Список використаних джерел:

1. Аленін Ю.П., Волошина В.К. Поняття та система принципів кримінального провадження. Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія». 2014. Т. XIV. С. 78–89.
2. Галаган О.І. Письменний Д.П. Поняття та система засад (принципів) кримінального провадження. Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ. 2013. № 4. С. 167–172.
3. Гмирко В.П. Доказування у кримінальному процесі: Діяльнісна парадигма. Теоретичний аналіз. Проблематизація. СМД-репрезентація: монографія. Дніпропетровськ: Академія митної служби України, 2010. 314 с.
4. Євтошук Ю.О. Принцип пропорційності та його вимоги у сфері законотворчості. Віче. 2012. № 22. С. 22–24.
5. Корнієнко М.В., Тertiшник В.М. Принципи права в розв'язанні юридичних колізій. Міжнародний науковий журнал «Верховенство права». 2017. № 2. С. 10–16.
6. Кучинська О.П. Принципи кримінального провадження в механізмі забезпечення прав його учасників: монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2013. 288 с.
7. Малярєнко В.Т. Конституційні засади кримінального судочинства. Київ, 1999.
8. Молдован А.В. Засади кримінального процесу в Україні та ФРН. Підприємництво, господарство і право. 2013. № 4. С. 24–26.
9. Погребняк С.П. Основоположні принципи права (змістовна характеристика): монографія. Харків: Право, 2008. 240 с.
10. Пономаренко Д.В. Тактичні питання захисту у кримінальному провадженні: практ. посібник. Одеса: ВД «Гельветика», 2018. 112 с.
11. Сачко О.В. Забезпечення верховенства права при застосуванні спрощених та інших особливих форм і режимів кримінального провадження. Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. 2016. № 6. Т. 1. С. 133–135.
12. Слущка Т.І. Окремі істотні порушення, констатовані Європейським судом із прав людини у кримінальному провадженні. Протокол. URL: http://protokol.com.ua/ru/slutska_tetyana_ivanivna_okremi_istotni_porushennya_konstatovani_evropeyskim_sudom_z_prav_lyudini_u_kriminalnomu_provadgeni/.
13. Тertiшник В.М. Науково-практичний коментар Кримінального процесуального кодексу України. Київ: Правова єдність, 2018. 854 с.
14. Тertiшник В.М. Принципи права та стратегія і практика судово-правової реформи. Право і суспільство. 2016. № 6. С. 20–26.
15. Тertiшник В.М. Проблеми розвитку концептуальної моделі системи принципів кримінального процесу. Вісник прокуратури. 2001. № 5. С. 26–34.
16. Шевчук С.В. Принцип верховенства права та найвища юридична сила Конституції України. Право України. 2011. № 5. С. 175.
17. Щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України із прав людини про стан дотримання прав і свобод людини і громадянина в Україні. Київ, 2018.

V. M. Tochilovsky*

**ACCUSED'S TESTIMONY AND STATEMENTS IN JURISPRUDENCE
OF INTERNATIONAL CRIMINAL COURTS AND TRIBUNALS**

The article analyses jurisprudence of the international criminal courts and tribunals concerning accused's testimony under the oath and unsworn statements. In particular, the article addresses such issues as applicability of the privilege against self-incrimination, the right to communicate with the counsel in the course of the testimony, the timing of the testimony, and the probative value of the testimony and statements. This article can be a useful guide in drafting relevant legal norms and implementation of international standards in criminal justice into the national legislation on criminal procedure.

Key words: accused's testimony; international criminal courts and tribunals; jurisprudence.

В. М. Точилівський. Свідчення і показання обвинуваченого у судовій практиці міжнародних кримінальних судів та трибуналів

У статті аналізується судова практика міжнародних кримінальних судів і трибуналів щодо показань підсудного під присягою і його заявах без присяги. Зокрема, в статті розглядаються такі питання, як застосовність права не свідчити проти себе, права спілкуватися з адвокатом при дачі показань у суді, вибір часу для надання свідчень, а також доказова цінність свідчень і заяв. Стаття може стати корисним посібником при розробці відповідних правових норм та імплементації міжнародних стандартів в національне кримінально-процесуальне законодавство.

Ключові слова: показання підсудного; міжнародні кримінальні суди і трибунали; судова практика.

Introduction

The very first accused in the International Criminal Tribunal (ICTY) who decided to testify in his trial was immediately requested by the Presiding judge to take the oath to speak the truth:

[Presiding Judge]: Mr. [defence counsel], would you call your next witness, please?

[Defence counsel]: We call the accused Dusko Tadić ...

[The Presiding Judge]: Sir, would you please take the oath that is being handed to you?

[The accused]: I solemnly declare that I will speak the truth, the whole truth and nothing but the truth.¹

This must have been quite unusual experience for the accused from the former Yugoslavia, given its civil law traditions. In civil-law trials, the accused may question witnesses, make comments and statements without taking oath and he is not liable for perjury. It is even asserted that the giving untruthful testimony is a part of the accused's right to defence.²

In contrast, in common-law adversarial system, if the accused wants to testify, he is considered a witness in his case and shall testify under oath to speak the truth. He is subject to cross-examination and must answer questions truthfully. This approach was also adopted by the drafters of the Rules of Procedure and Evidence (Rules) of the UN International Criminal Tribunals. At the same time, both

¹ Tadić, Tr. Transcr., Case No. IT-94-0-T, T. Ch., 25 October 1996.

² Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар, О. Бандурка, Є. Блажівський, Є. Бурдоль та ін.; за заг. ред. В. Тація, В. Пшонки, А. Портнова. – Х.: Право, 2012, с. 284.

* Ph.D., formerly Trial Attorney at the ICTY (1994- 2010). Served as a member and the Vice-Chair of the UN Working Group on Arbitrary Detention from 2010 to 2016, Was official representative of the ICTY to the UN negotiations for the establishment of the ICC from 1997 to 2001. Served as a member of two expert groups that prepared recommendations for the ICC Office of the Prosecutor in 2002-2003.

the *ad hoc* Tribunals and the International Criminal Court (ICC) provide for possibility of unsworn statement of the accused.

Accused as a Witness in his Defence

Generally

Under Rule 85(C) of the ICTY, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), and Special Court for Sierra Leone (SCSL) Rules, the accused may appear as a witness in his own defence. Indeed, the provisions concerning witnesses cannot automatically apply to accused persons testifying under Rule 85(C) as the accused enjoys specific protection with regard to respect for the rights of the defence.³ In particular, while Rule 85(C), which states that an “accused may appear as a witness in his or her own defence”, could on its face be read as implying that the accused who chooses to testify in his own defence is subject to the same Rules as any other witness, there is a fundamental difference between being the accused, who might testify as a witness if he so chooses, and a witness.

Self-incrimination

According to the ICTY,⁴ ICTR,⁵ and SCSR⁶ Statutes, accused has the “rights not to be compelled to testify against himself or to confess guilt”. In the ICTY *Blagojević and Jokić* case, the Trial Chamber emphasised that it had the obligation to guarantee the right of the accused not to incriminate himself. To this end, prior to the accused’s testimony, the Chamber shall advise him or her to consult with counsel and warn of all the consequences of testifying in his case.⁷

In accordance with Rule 74 of the ICC Rules (“Self-incrimination by a witness”), the Chamber shall notify a witness of the provisions of this rule before his or her testimony. In this regard, the Trial Chamber in the *Katanga and Ngudjolo* case pointed out, that such assurances under Rule 74 are meant to compel witnesses to answer questions when they object to do so on the ground that answering might tend to incriminate them. Once the accused voluntarily testifies under oath, he waives his right to remain silent and must answer all relevant questions, even if the answers are incriminating.⁸ Thus, it would be inappropriate to apply this rule to the accused who has knowingly chosen to commit himself to answer all questions falling within the scope of cross-examination.⁹ Accordingly, the testimony of the accused may be used as evidence against him in such case. However, the questions in cross-examination must be *strictly related to the charges in the accused case*. The questions should not be aimed at incriminating the accused in relation to facts and circumstances falling outside the scope of his case.¹⁰ If the accused declines to answer a *permissible* question, the Chamber may draw any adverse inferences as appropriate.¹¹

Under Article 93(2) of the ICC Statute, the Court shall have the authority to provide an assurance to a witness that he will not be prosecuted, detained or subjected to any restriction of personal freedom by the Court in respect of any act or omission that preceded the departure of that person from the requested State. Such assurances, however, are meant to facilitate the appearance of witnesses before the Court and are not applicable to the accused.¹²

Chamber’s Control

³ Galić, Judgement, Case No. IT-98-29-A, App. Ch., 30 November 2006, par. 17 (Galić Judgement); Kvočka et al., Judgement, Case No. IT-98-30/1-A, App. Ch., 28 February 2005, para. 125 (Kvočka Judgement).

⁴ Article 21(4)(g).

⁵ Article 20(4)(g).

⁶ Article 17(4)(g).

⁷ Blagojević and Jokić, Decision on Vidoje Blagojević’s Oral Request, Case No. IT-02-60-T, T. Ch., 30 July 2004, p. 6 (Blagojević Decision).

⁸ Katanga and Ngudjolo, Decision on the Request of the Defence for Mathieu Ngudjolo to Obtain Assurances with Respect to Self-Incrimination for the Accused, Case No. ICC-01/04-01/07, T. Ch., 13 September 2011, para. 7. (Katanga Decision).

⁹ Ibid., para. 9.

¹⁰ Ibid., para. 11 (emphasis added).

¹¹ Ibid., para. 8.

¹² Ibid., para. 6.

Rule 90(F) of the ICTY, ICTR, and SCSL Rules states that Trial Chambers “shall exercise control over the mode and order of interrogating witnesses and presenting evidence so as to (i) make the interrogation and presentation effective for the ascertainment of the truth; and (ii) avoid needless consumption of time”. This provision gives Trial Chambers discretion in the administration of trials. In this regard, the ICTY Appeals Chamber pointed out that this provision also applies to the testifying accused.¹³

The Trial Chamber’s discretion, however, is subject to a Trial Chamber’s obligation to respect the rights of the accused.¹⁴ In particular, accused’s right to appear as a witness in his defence does not prevent a Trial Chamber from exercising its authority to control the conduct of a trial by imposing conditions on the right to appear as a witness, provided these conditions do not unreasonably interfere with the right to testify.¹⁵ The accused’s refusal to follow the procedure established in the Rules for the presentation of testimonial evidence constitutes an effective waiver to appear as a witness in his case.¹⁶ In the ICTY Appeals Chamber view, if the accused was not permitted to give his evidence on his own, under oath and subject to cross-examination, he did not have a fair trial and his case should be remanded for retrial.¹⁷

Timing of the Accused’s Testimony

Rule 85(C) of the ICTY and ICTR Rules does not provide for a timing of the accused’s testimony. According to the practice of these two tribunals, the accused who choose to testify may determine when to do so. He cannot be compelled to testify prior to other defence witnesses.¹⁸

It was also noted that the consistent practice before these *ad hoc* tribunals was that accused who testify choose the timing of their testimony which, in most cases, was given at or near the end of the defence case.¹⁹ This practice, however, did not create an enforceable right. At the start of the defence case, the Chamber may order the defence to indicate whether the accused intends to testify as a witness in his own defence.²⁰ In ordering a particular sequence of witnesses, a Chamber then shall consider the interests of justice and questions of judicial economy.²¹

In particular, under Rule 90 (“Testimony of Witnesses”) of the ICTY and ICTR Rules,²² the Trial Chambers have discretion to determine when the accused may testify in his own defence. It was noted, however, that this power must be exercised with caution, as it is, in principle, for both parties to structure their cases themselves, and to ensure that the rights of the accused are respected.²³ In the *Krajišnik* case, where the defence wanted the accused to testify with the numerous postponements, the Chamber cautioned that it may consider imposing a choice on the defence: to call the accused as its next witness prior to hearing other evidence, or to permanently strike from the its list of witnesses.²⁴

¹³ Galić Judgement, para. 18.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Blagojević and Jokić, Judgement, Case No. IT-02-60-A, App. Ch., 9 May 2007, para. 27 (Blagojević Judgement); Galić Judgement, paras 19, 20, 22.

¹⁶ Blagojević Decision, p. 9.

¹⁷ Blagojević Judgement, Partly Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, paras. 1 and 9.

¹⁸ See Bagosora et al., Decision on Motion to Compel Accused to Testify Prior to Other Defence Witnesses, Case No. ICTR-98-41-T, T. Ch., 11 January 2005, par. 5 (Bagosora Decision); Kordić and Čerkez, Decision on Prosecutor’s Motion on Trial Procedure, Case No. IT-95-14/2-PT, T. Ch., 19 March 1999, p. 4 (Kordić Decision).

¹⁹ Ntahobali, Decision on Motion for Disqualification of Judges, Case No. ICTR-97-21-T, the Bureau, 7 March 2006, para. 17 (Ntahobali Decision); Bagosora Decision, para. 5; Kordić Decision, p. 4.

²⁰ Brima et al., Order for Disclosure Pursuant to Rule 73 ter and the Start of the Defence Case, Case No. SCSL-04-16-T, T. Ch., 26 April 2006, p. 2.

²¹ Ntahobali Decision, para. 17.

²² Rule 90(F).

²³ Galić Judgement, para. 19.

²⁴ Krajišnik, Decision on Defence’s Rule 74 bis Motion; Amended Trial Schedule, Case No. IT-00-39-T, T. Ch., 27 February 2006, para. 26.

Indeed, the evidence of the accused is likely to carry more weight if it is given at the beginning of his case.²⁵ In this regard, it is noteworthy that in May 2005 the SCSL judges adopted amendment to Rule 85(C), which provided that the accused person who chooses to testify should appear before calling defence witnesses.

Communications with Counsel During the Accused's Testimony

The ICTY Appeals Chamber repeatedly reiterated that there is a fundamental difference between the accused testifying on his own behalf and any other witness.²⁶ Some of the rules concerning the testimony of witnesses are inapplicable to the accused who testifies as a witness in his case are incompatible with his rights. The accused who testifies as a witness continues to enjoy his rights as the accused guaranteed to him, in particular his right to communicate with counsel at any stage of the proceedings.²⁷

A decision on the extent of contact between the accused who chooses to testify and his counsel is vested in the Trial Chamber and is therefore discretionary.²⁸ Giving the magnitude, complexity and length of the trials before the International Tribunals, the accused must often consult with his counsel during the trial on the appropriate defence strategy or the significance of what is happening in the courtroom. To take away this right for an extended period of time could potentially undermine one of the most important basic rights of the accused and endanger the integrity and fairness of the proceedings as a whole.²⁹

It was noted that, considering the specific circumstances of a multi-accused case and the importance of cross-examination for all parties, the Chamber may find it necessary to impose some restrictions during cross-examination and re-direct examination. In that regard, the communications between counsel and accused during those stages shall not include the discussion of the substance of his testimony. The exceptions to that restriction would be twofold: First, at any time during cross-examination or re-direct, counsel for the accused may apply *ex parte* to the Trial Chamber if he considers it necessary, for leave to discuss of any matter of substance. Similarly, should the accused wish to raise a matter of substance with his lawyer, he may communicate that request directly to his counsel who can then raise the matter with the Trial Chamber in the same manner, and *ex parte* if so wishes. Indeed, at all times counsel is free to communicate any filings, including exhibit lists, to his client.³⁰

The ICTY and ICTR Appeals Chambers emphasised that a Trial Chamber should generally presume, absent evidence to the contrary, that conversations between the accused and his counsel will be appropriate.³¹ In particular, during the course of cross-examination, communications between the accused and his counsel shall not include discussion of the substance of his testimony, save by leave of the Trial Chamber, which may, if necessary, be requested on an *ex parte* basis.³² As to the concerns that counsel may coach the accused in order to tailor his testimony, the Appeals Chambers noted that the Prosecution might establish in cross-examination that the accused's reliability and/or credibility is in doubt or even destroyed because it appears from his testimony that during the course

²⁵ See, for instance, Milutinović et al., Tr. Transcr., Case No. IT-05-87, 22 June 2007, pp. 12814-12815; Mrksić et al., Tr. Transcr., Case No. IT-95-13/1, 21 June 2006, p. 10912; Orić, Tr. Transcr., Case No. IT-03-68, 23 May 2005, p. 8413.

²⁶ See Prlić et al., Decision on Prosecution's Appeal against Trial Chamber's Order on Contact between the Accused and Counsel during the Accused's Testimony pursuant to Rule 85(C), Case No. IT-04-74-AR73.10, App. Ch., 5 September 2008, para. 11 (Prlić Appeals Decision); Galić Judgement, para. 17; Kvočka Judgement, para. 125.

²⁷ Prlić Appeals Decision, para. 19; Galić Judgement, para. 17.

²⁸ Prlić Appeals Decision, para. 15.

²⁹ Ibid., para. 16.

³⁰ Popović et al., Tr. Transcr., Case No. IT-05-88, 26 January 2009, pp. 30637-30638.

³¹ Prlić Appeals Decision, para. 18.

³² Hadžić, Decision on Request for Access to and Communication with Counsel During Goran Hadžić's Testimony, Case No. IT-04-75-T, T. Ch., 2 July 2014, para. 15. See also ICC Katanga and Ngudjolo, Décision Relative à la « Requête Urgente de l'Accusation aux Fins de Prohibition des Contacts Entre les Accusés Mathieu Ngudjolo et Germain Katanga et Avec Leur Equipe de Défense Pendant la Durée de Leur Témoignage Sous Serment », Case No. ICC-01/04-01/07, T. Ch., 23 September 2011, para. 15

of his examination he was improperly coached by counsel on how to respond to certain questions.³³ Intentionally seeking to interfere with a witness's testimony is prohibited, and if evidence of this comes to light, a Trial Chamber can take appropriate action by initiating contempt proceedings and by excluding the evidence.³⁴ These actions need not be necessarily cumulative.³⁵ Similarly, the ICC Trial Chamber in the *Ntaganda* case pointed out that the Prosecution has the opportunity to seek to explore any instructions or preparation that may have taken place during its cross-examination of the accused, should the Prosecution have reason to believe that such communications may have been inappropriate.³⁶

Unsworn Statement of the Accused

Generally

In July 1999, the ICTY adopted Rule 84 *bis* "Statement of the Accused" according to which the accused may voluntarily make a statement, not under oath, at the outset of the trial under control of the Chamber. The Rule reads as following:

(A) After the opening statements of the parties or, if the defence elects to defer its opening statement pursuant to Rule 84, after the opening statement of the Prosecutor, if any, the accused may, if he so wishes, and the Trial Chamber so decides, make a statement under the control of the Trial Chamber. The accused shall not be compelled to make a solemn declaration and shall not be examined about the content of the statement.

(B) The Trial Chamber shall decide on the probative value, if any, of the statement.

It was noted that the concept of Rule 84 *bis* was drawn from the civil law system where such statements by the accused can have the effect of shortening the proceeding by narrowing issues, eliminating those not disputed and clarifying matters.³⁷ In particular, in one of the ICTY cases the accused's statement, made after completion of the Prosecutor's case, confirmed facts previously presented by the Prosecutor through voluminous testimony and exhibits by numerous witnesses. Had the accused made such a statement before presentation of the Prosecutor's case, the length of the trial would have been shortened substantially and many witnesses who testified would not have been needed.³⁸

A similar provision was incorporated into the ICC Statute. Namely, under Article 67(1)(h) of the Statute, the accused has the right to make an unsworn statement in his or her defence. This sub-paragraph, permitting the accused to make an unsworn statement, was introduced in the ICC Statute to address concerns of those states which permit or require the accused to do this.³⁹

The unsworn statement of the accused can be used as evidence. In the *Mrksić* case, the pre-trial judge noted that the accused should be cautioned that whatever he says in the courtroom may be held against him.⁴⁰ Such statement may touch upon any aspect of the case against the accused. It may be used to rebut prosecution evidence,⁴¹ including expert reports.⁴²

³³ Prlić Appeals Decision, para. 17; Karemera et al., Decision on Interlocutory Appeal Regarding Witness Proofing, Case No. ICTR-98-44-AR73.8, App. Ch., 11 May 2007, para. 13 (Karemera Decision).

³⁴ Karemera Decision, para. 13.

³⁵ Prlić Appeals Decision, para. 18.

³⁶ Ntaganda, Decision on Further Matters Related to the Testimony of Mr Ntaganda, Case No. ICC-01/04-02/06, T. Ch., 8 June 2017, para. 20.

³⁷ Report of the Expert Group to Conduct a Review of the Effective Operation and Functioning of the International Tribunal for the Former Yugoslavia and the International Criminal Tribunal for Rwanda, UN Doc. A/54/634 of 22 November 1999, para. 87.

³⁸ Ibid.

³⁹ The International Criminal Court, Making the Right Choices – Part V, Recommendations to the diplomatic conference, Amnesty International May 1998, AI Index: IOR 40/10/98, p. 62.

⁴⁰ Mrksić, Order for Filing of Motions and Related Matters, Case No. IT-95-13/1-PT, T. Ch., 2 September 2002, para. 7. See also Limaj et al., Judgement, Case No. IT-03-66-T, T. Ch., 30 November 2005, para. 636.

⁴¹ Prlić Appeals Decision, para. 17.

⁴² Blagojevic and Jokic, Tr. Transcr., Case No. IT-02-60, 17 June 2004, p. 10923.

Rule 84 *bis* of the ICTY Rules does not prohibit unsworn statements of the accused being given by the accused in written form. The ICC Statute explicitly provides for the right of the accused to make “an unsworn *oral or written* statement”.⁴³ Indeed, as emphasised by the ICTY Appeals Chamber, the admission of a written statement under Rule 84 *bis* would remain subject to the authorisation of the Trial Chamber, and under its control.⁴⁴ In particular, a Chamber may find that the accused could have used other procedures under the Rules to rebut the prosecution evidence and deny the admission of a supplement to his Rule 84 *bis* statement.⁴⁵

The scope and length of such statements remain under the control of the Trial Chamber.⁴⁶ In particular, a Chamber may limit the length if the Rule 84 *bis* statement exceeds a reasonable length.⁴⁷ The Trial Chamber may stop the accused for the protection of others or in relation to a certain topic.⁴⁸ Similarly, in the ICC practice, whenever the accused wishes to make an unsworn statement, he shall inform the Chamber, which will decide on the appropriate moment and modalities for making the statement.⁴⁹

In the ICTY *Prlić et al.* case, the Trial Chamber noted that, while it may not *compel* the accused to take an oath before making his opening statement, it may *allow* him to take an oath before making his opening statement if he so wishes.⁵⁰ The right of the accused to make an unsworn oral statement under Article 67(1)(h) of the ICC Statute does not affect his right to remain silent. When the accused makes an unsworn statement, he cannot be compelled to testify under oath. However, if the accused making an unsworn statement, consents to give evidence, he becomes subject to the same rules that apply to other witnesses.⁵¹

Timing of the Statement

In the *Kvočka et al.* case, the Trial Chamber opined that under Rule 84 *bis*, the accused cannot make his unsworn statement after the presentation of evidence has been completed.⁵² In other ICTY case, however, the Chamber pointed out that such statement can be made at the end of a party's presentation of a case.⁵³ Later the ICTY Appeals Chamber confirmed that although 84 *bis* is placed as part of Rule 84 pertaining to opening statements, in practice, however, while most statements made pursuant to Rule 84 *bis* have taken place at the end of opening statements of the parties,⁵⁴ Trial Chambers have on occasion allowed accused persons to make such statements at later stages of the trial proceedings.⁵⁵ In some situations it may be appropriate to allow a Rule 84 *bis* statement after

⁴³ Article 67(1)(h) of the ICC Statute (emphasis added).

⁴⁴ *Prlić Appeals Decision*, paras. 14, 17.

⁴⁵ *Ibid.*, para. 23.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Blagojević and Jokić*, Tr. Transcr., Case No. IT-02-60, 17 June 2004, p. 10923.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 10923., p. 10924.

⁴⁹ See, for instance, *Katanga and Ngudjolo*, Directions for the Conduct of the Proceedings and Testimony in Accordance with Rule 140, Case No. ICC-01/04-01/07, T. Ch., 20 November 2009, para. 12.

⁵⁰ *Prlić Decision on Praljak Defence Notice Concerning Opening Statements under Rules 84 and 84 bis*, Case No. IT-04-74-T, T. Ch., 27 April 2009, p. 8 (*Prlić Decision*).

⁵¹ See *Katanga and Ngudjolo*, Directions for the Conduct of the Proceedings and Testimony in Accordance with Rule 140, Case No. ICC-01/04-01/07, T. Ch., 20 November 2009, para. 51.

⁵² *Kvočka et al.*, Tr. Transcr., Case No. IT-98-30/1, 26 March 2001, p. 9449, at <http://157.150.195.168/x/cases/kvočka/trans/en/010326ed.htm>.

⁵³ *Mrkšić*, Order for Filing of Motions and Related Matters, Case No. IT-95-13/1-PT, T. Ch., 2 September 2002, para. 7.

⁵⁴ *Prlić Appeals Decision*, para. 16, with reference to *Dorđević*, Case No. IT-05-87/1, 27 January 2009, pp. 227-242; *Perišić*, Tr. Transcr., Case No. IT-04-81, 3 October 2008, pp. 424-432; *Haxhiu*, Tr. Transcr., Case No. IT-04-84-R77.5, 24 June 2008, p. 20; *Šešeljić*, Tr. Transcr., Case No. IT-03-67-T, 8 November 2007, p. 1855; *Martić*, Tr. Transcr., Case No. IT-95-11, 13 December 2005, pp. 295-319; *Mrkšić et al.*, Tr. Transcr., Case No. IT-95-13/1, 11 October 2005, pp. 520-530; *Milosević*, Tr. Transcr., Case No. IT-01-54, 14-15 February 2000, pp. 225-509.

⁵⁵ *Prlić Appeals Decision*, para. 16, with reference to *Stanišić and Simatović*, Decision on Future Course of Proceedings, Case No. IT-03-69-PT, T. Ch., 9 April 2008, para. 14; *Krajišnik*, Tr. Transcr., Case No. IT-00-39, 31 August 2006, pp. 27500-27534; *Blagojević and Jokić*, Decision on Vidoje Blagojević's Oral Request, Case No. IT-02-60-T, T. Ch., 30 July 2004, p. 7; *Mrkšić et al.*, Order for Filing of Motions and Related Matters, Case No. IT-95-13/1-PT, T. Ch., 28 November 2003, p. 3; *Stakić*, Order for Filing of Motions and Related Matters, Case No. IT-97-24-T, T. Ch., 7 March 2002, p. 3; *Kvočka et al.*, Tr. Transcr., Case No. IT-98-30/1, 26 March 2001, p. 9449-9473.

the presentation of the prosecution case. According to the ICTY Appeals Chamber, Trial Chambers retain the discretion to allow the accused to make Rule 84 *bis* statements in later stages of the trial in the interests of justice.⁵⁶

Probative Value

Pursuant to Rule 84 *bis*, the Chamber shall decide on the probative value, if any, of the statement. It was noted that because a statement under this Rule is unsworn and is not subject to cross-examination, it generally carries less weight than the testimony given under oath and which is subject to cross-examination.⁵⁷ Like the *ad hoc* Tribunals, the ICC Chambers also give little or no weight to such statements. In the *Ngudjolo* case, at the closing hearings both accused addressed the Chamber with a statement under Article 67(1)(h). The Chamber decided that, while it had taken into account their unsworn statements, only those statements they made under oath during the trial must be considered as evidence within the meaning of Article 74(2) of the ICC Statute.⁵⁸

Generally, a solemn declaration before a statement is given is significant, in terms of its possible probative value, only if it is accompanied by sanctions for false testimony, and that only in cases where there is provision for this sanction could such a statement have more probative value than an unsworn statement.⁵⁹ While Rule 84 *bis* does not provide for any sanction against the accused for false testimony, it is not impossible that the accused could be prosecuted for false testimony under Rule 77.⁶⁰

Conclusions

Like in civil-law jurisdictions, the accused in international criminal courts and tribunals may make unsworn statements. However, the Chambers of the UN Tribunals and the ICC give little or no weight to such statements. On the other hand, when the accused chooses to testify as a witness under the oath, he waives his privilege against self-incrimination and is subject to cross-examination. Such testimony under the oath is assessed by the Chambers as a testimony of any other witness but can be affected by its timing.

This article can be a useful guide for those drafting relevant legal norms and implementation of international standards in criminal justice into the national legislation on criminal procedure.

⁵⁶ Prlić Appeals Decision, para. 16.

⁵⁷ Blagojevic and Jokic, Tr. Transcr., Case No. IT-02-60, 17 June 2004, p. 10923., p. 10924.

⁵⁸ ICC, Prosecutor v. Ngudjolo, Trial Chamber, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Case No. ICC-01/04-02/12, 18 December 2012, para. 67.

⁵⁹ Prlić Decision, para. 11.

⁶⁰ Ibid.

О. К. Тугарова, кандидат юридичних наук, доцент
Національної академії Служби безпеки України

ЛОГІЧНА ПРИРОДА НЕПРЯМИХ ДОКАЗІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Статтю присвячено дослідженню логічної природи непрямих доказів. На підставі аналізу наукової літератури розкрито структуру непрямих доказів, охарактеризовано їх види, виокремлено типові логічні помилки, що можуть допускатися у доказуванні фактів і обставин вчиненого злочину за допомогою непрямих доказів.

Ключові слова: доказування, непрямий доказ, умовивід, логічні помилки.

O. K. Tuharova. Logical nature of indirect evidence in criminal process

The article is devoted to the study of the logical nature of indirect evidence in criminal process.

The assertion that the indirect evidence logical understanding does not coincide with the indirect evidence concept content in the science of the criminal process is proved. The argument of such a conclusion the author determines that in a criminal trial, the evidence is not understood as the pure process of selecting and finding arguments in favor of a particular thesis, but the final result achievement mean.

The double essence of indirect evidence in the criminal process is revealed: in relation to a partial thesis, they are direct evidence and independent means of proving its truth or falsehood; in relation to the main or generalizing thesis – indirect evidence, which only together with others can prove its truth or falsehood.

The types of indirect evidence have been characterized, typical logical mistakes that may occur in proving the facts and circumstances of the crime committed by indirect evidence are identified.

Key words: substantiation, indirect evidence (implicit proof), inference, logical errors.

Постановка проблеми. Глибинні соціально-політичні й економічні перетворення, що відбуваються в Україні, вплинули на характер злочинності – вона стала більш професійною та організованою. Значна частина злочинів вчиняється у стані неочевидності. Посилюється протидія розкриттю і розслідуванню злочинів: приховуються і знищуються сліди злочинця, фальсифікуються та знищуються предмети й документи, що можуть бути доказами у кримінальній справі. Зазначене обмежує можливості використання прямих доказів у встановленні фактів і обставин вчинення злочину та зумовлює необхідність залучення до процесу доказування непрямих доказів. Утім у чинному кримінальному процесуальному законодавстві відсутні нормативні приписи щодо поняття непрямих доказів та умов їх використання у процесі доказування. Тому правозастосувачі керуються відповідними фрагментарними знаннями з навчальної та наукової літератури.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. У різні часи дослідженню проблем доказів і доказування у кримінальному провадженні присвячували свої роботи Л.Є. Владимиров, М.М. Видря, В.П. Гмирко, Ю.М. Грошевий, В.Я. Дорохов, П.С. Елькінд, Л.Д. Кокорєв, В.К. Лисиченко, Є.Д. Лук'янчиков, П.А. Лупинська, М.М. Михеєнко, В.Т. Нор, М.А. Погорецький, М.М. Розін, В.Д. Спасович, М.С. Строгович, В.Т. Тertiшник, А.І. Трусов, Ф.Н. Фаткуллін, І.Я. Фойницький, М.О. Чельцов-Бебутов, С.А. Шейфер, М.Є. Шумило та інші дослідники. Проте у працях указаних учених питання непрямих доказів досліджувалися здебільшого побічно, у зв'язку з висвітленням інших аспектів доказового права. Виключно проблемі непрямих доказів присвятили свої роботи А.І. Вінберг, М.М. Гродзинський, О.О. Ейсман, В.І. Камінська, Г.М. Мінковський, Р.Д. Рахунов, М.П. Шаламов, О.О. Хмиров. Вони сформулювали низку важливих положень, які продуктивно використовувалися у процесі розслідування кримінальних справ протягом тривалого часу.

© О. К. Тугарова, 2018

Однак праці вказаних авторів були написані переважно до середини 80-х рр. минулого століття, а надалі теоретична розробка порушеної теми уповільнилася. Втрата наукового інтересу до проблеми непрямих доказів не є виправданою, оскільки і в сучасній науці кримінального процесу залишається ряд спірних і недосліджених питань, які потребують розв'язання задля їх правильного розуміння й однозначного застосування на практиці. Так, дискусійними є питання щодо поняття непрямих доказів, можливості й доцільності їх класифікації у кримінальному процесі, залишається малодослідженою й логічна природа непрямих доказів. Наявність законодавчих прогалин та дискусійність вищезазначених питань у теорії кримінального процесу не сприяють ефективному використанню непрямих доказів у судовій і слідчій практиці та зумовлюють потребу сучасної наукової розробки проблеми непрямих доказів у вітчизняному кримінальному процесі.

Метою статті є дослідження логічної природи непрямих доказів, з'ясування особливостей їх структури та правил побудови, а також визначення типових логічних помилок, які можуть допускатися у доказуванні обставин вчиненого злочину.

Виклад основного матеріалу. Поняття «доказ» займає одне із центральних місць у будь-якій сфері наукової і практичної діяльності. У процесі пізнання навколишнього світу, з'ясування властивостей окремих предметів у людей формуються певні уявлення стосовно того чи іншого об'єкта. Під час обміну думками про цей об'єкт досить часто власні сформовані уявлення не збігаються з поглядами інших, тому виникає потреба у відстоюванні та захисті своєї правоти, спростуванні позицій опонентів, тобто в обґрунтуванні і доведенні відповідності власних уявлень та знань предметам і явищам навколишньої дійсності. Засобами отримання знань, які забезпечують адекватне відображення такої дійсності, є докази.

Доказувати, тобто використовувати докази як засоби обґрунтування істинності або хибності певного судження, доводиться в усіх сферах наукової діяльності. Проте визначення поняття доказу в різних галузях наукового пізнання має різні змістові наповнення. У загальнонауковому значенні під доказом розуміють певний розумовий процес, коли істинність твердження виводиться з уже визнаних істинними тверджень. Таким чином доказ тлумачиться у логіці (грец. *logos* – слово, поняття, розум) – науці про закони й операції правильного мислення. Аналогічно поняття доказу трактує філософія. Аналіз наукових видань, які узагальнюють погляди на поняття доказу, свідчить про збіг понять доведення (доказування) та доказу. Останній визначається як логічна форма встановлення істинності тієї чи іншої думки на основі знань, істинність яких незаперечна [9, с. 165].

На відміну від вказаних наук, де доказом визнається розумовий процес, спрямований на обґрунтування певного положення, існує низка галузей наукового пізнання, які поняттю «доказ» надають дещо іншого значення. Так, у математичних науках доказом називають кінцеву послідовність формул, кожна з яких є або аксіомою (грец. *axioma* – загальнозначуще), тобто положенням, що приймається без доказів, або походить із попередніх формул послідовності за правилами умовиводу [4, с. 159]. У науках, які вивчають у хронологічній послідовності людське суспільство та закономірності його розвитку (археології, історії, історіографії), доказ ототожнюють: по-перше, із засобом отримання нових знань про певний факт; по-друге, із засобом, за допомогою якого підтверджується чи спростовується, що отримані знання відповідають реальній дійсності [2, с. 45].

Поняття доказу є одним із центральних і в юриспруденції, адже «навіть чи знайдеться ще якась галузь людської діяльності, де пізнання і доведення істини мали би настільки гостре за емоційною напругою сприйняття і настільки величезне за своїми соціальними наслідками значення, як це відбувається під час здійснення правосуддя» [6, с. 4].

Пізнання фактів, розумове відновлення й моделювання картини події, що відбулася у минулому, здійснюється за допомогою доказів. Як і в історичних науках, у юриспруденції

доказами є певні факти (відомості про факти, фактичні дані), за допомогою яких встановлюється та обґрунтовується наявність чи відсутність досліджуваної події та обставин, які перебувають із нею у зв'язку. Тобто доказами є одержані у встановленому порядку фактичні дані, що містять інформацію, необхідну для вирішення кримінальних, цивільних, господарських, конституційних та інших судових справ. Сам процес отримання доказів і використання їх для відтворення досліджуваної події називається доказуванням.

Таким чином, поняття доказу в системі наукових знань використовується як у широкому розумінні, так і у вузькому – стосовно конкретної галузі наукової діяльності. У широкому розумінні доказ ототожнюється з розумовим процесом, за якого логічним шляхом встановлюється або спростовується існування взаємозв'язку між окремими предметами, подіями чи явищами. У вузькому сенсі йдеться про докази математичні, історичні, судові як про засоби обґрунтування або спростування певного положення або твердження. Усі вони мають відповідні важливі відмінності, у яких відображається їхня специфіка та індивідуальність.

Загальне вчення про доказ, його структуру та умови логічної бездоганності є предметом вивчення логіки. Характерно, що логіка не досліджує змістові особливості доказів у різних галузях науки, тобто «вивчає лише те, що є для них загальним, незважаючи на ті чи інші конкретні особливості їх окремого змісту» [1, с. 12].

Сучасна формальна логіка виділяє в доказі три основні компоненти: тезу, аргумент і демонстрацію. *Теза* (грец. *thesis* – твердження) – це положення, істинність якого обґрунтовується у доказі, тобто судження, істинність якого слід встановити (доказати). Теза є основним елементом доказу, а на її обґрунтування спрямовується весь процес доказування. Саме «теза займає у доказі таке саме місце, яке відводиться королю у шаховій грі. Яким би чином не був доказ, які б факти і події не аналізувалися, які би паралелі й аналогії не проводилися, у центрі уваги завжди має залишатися завдання – обґрунтування висунутої тези і спростування антитези» [3, с. 206].

У логіці розрізняють основну і часткові тези. *Основна теза* є твердженням, що підлягає кінцевому обґрунтуванню низкою положень. *Часткова теза* – це положення, яке стає тезою на проміжному етапі побудови доказу. Як основна, так і часткова тези мусять відповідати конкретним вимогам, порушення яких може призвести до неспроможності або некоректності логічного доказу. До таких вимог належать:

- тезою може бути лише те положення, яке справді потребує обґрунтування за конкретних умов;
- теза має бути чітко визначеним судженням;
- теза повинна залишатися незмінною упродовж усього доказу;
- теза не може містити логічної суперечності [7, с. 132].

Засобами підтвердження або спростування певної тези є *аргументи* – судження (доводи), на підставі яких встановлюється істинність (хибність) основної або часткової тез. Аргументи, або, як їх ще називають, підстави доказу, також мають відповідати чітким вимогам:

- бути істинними судженнями;
- бути судженнями, істинність яких встановлюється незалежно від тези;
- мати достатні підстави для доказування тези.

Досліджуючи поняття доказу з логічного погляду, слід виділити ще один елемент його характеристики – спосіб проведення доказу, або *демонстрацію*, яка є засобом ілюстрації зв'язку між тезою та аргументами. Наявність такого зв'язку є неодмінною умовою правильності побудови кожного доказу. У літературі, присвяченій дослідженню проблем логіки доказування, підкреслюється: «Не усякі два судження можна поєднати в акті доказування, тому що не з усякого «одного» логічно випливає «друге». Це можливо лише тоді, коли між судженнями іс-

нує деякий об'єктивний зв'язок. З факту загрози можливо вивести наявність наміру і зробити непрямий висновок про вчинення злочину цією особою. Але безглуздо робити висновок про мотив вчинення вбивства, ґрунтуючись на кольорі волосся підозрюваного» [10, с. 22].

Залежно від способу проведення або демонстрації доказу в логіці розрізняють докази прямі й непрямі. У *прямому* доказі істинність (хибність) тези безпосередньо впливає з істинних аргументів, без звернення до конкуруючих із тезою припущень; побудова *непрямого доказу* ґрунтується на відносинах суперечливих суджень, які виключають одне одного.

У логіці розрізняють два види непрямих доказів: апагогічний і розділовий. *Апагогічний* (грец. *apagōgos* – відводити у бік) непрямий доказ – це такий доказ, у якому істинність тези доказується шляхом встановлення хибності антитези. Доказ такого виду має дві стадії. На першій – «*reductio ad absurdum*» (приведення до абсурду) – обґрунтовується хибність антитези. Спочатку замість аргументів, які прямо підтверджують істинність тези, тимчасово допускається істинність протилежного судження – антитези. У подальшому з цієї антитези виводяться висновки, які суперечать дійсності. У результаті виникає суперечність. На другій стадії на підставі закону виключеного третього – логічного закону, за яким істинним є або висловлювання, або його заперечення, – будується умовивід, що антитеза є хибною, а теза – істинною. Наприклад, підозрюваний А стверджує, що в день скоєння злочину він брав участь у науковій конференції в іншому місті і, відповідно, не міг безпосередньо його вчинити. У такому разі твердження А є тезою, істинність або хибність якої необхідно довести. На першому етапі доказу висувається антитеза – А не перебував на науковій конференції в іншому місті, через що мав можливість вчинити злочин. З цієї антитези виводяться висновки: А не виступав із науковою доповіддю перед багаточисельною аудиторією в іншому місті; А не реєструвався у книзі мешканців готелю; А не робив у посвідченні про відрядження позначку про прибуття до іншого міста. Через те, що вказані факти встановлені й події відбувалися насправді, на підставі закону виключеного третього – особа не може одночасно перебувати у двох місцях – робиться висновок: А справді перебував на науковій конференції в іншому місті. На другому етапі висновується, що висунута антитеза – підозрюваний А не перебував на науковій конференції – є хибною, а отже, його показання про перебування в іншому місці відповідають дійсності.

Апагогічний непрямий доказ досить часто є засобом досягнення істинності знань у науковій і практичній діяльності людей. У багатьох галузях науки він отримав назву «доказ від протилежного». Проте не меншого значення набуває й інший вид непрямого доказу – *розділовий*. На відміну від апагогічного, у цьому виді доказу не будується антитеза, а висувається декілька тез, кількість яких повністю вичерпує усі можливі альтернативи щодо певного питання. Відповідно, у процесі побудови доказу спростовуються усі альтернативи, окрім однієї, яка є тезою. Демонстрація розділового непрямого доказу відбувається так: відомо, що виникнення певної події може бути викликане тільки однією із трьох причин – А, Б, В. Встановлено, що ні А, ні Б не можуть викликати цю подію. Отже, причиною виникнення події є В.

У пізнавальній діяльності людей як апагогічні, так і розділові непрямі докази відіграють важливу роль і нерідко бувають єдиним засобом встановлення істинності певного твердження. Більшість людських відкриттів – розгадування таємниць давніх цивілізацій, пізнання глибин космосу, відкриття нових хімічних елементів – часто здійснювалися за неможливості використання очевидних аргументів. У таких випадках дослідники, спираючись на закони логіки, застосовували непрямий шлях доказування, чим забезпечували обґрунтованість і доведеність своїх відкриттів.

Поділ доказів на прямі й непрямі є традиційним і для науки кримінального процесу. Однак він відрізняється від аналогічної класифікації логічних доказів, збігається тут лише термінологія. Така розбіжність зумовлена принаймні двома чинниками. По-перше, у кримінальному

процесі під доказом розуміють не процес підбору або знаходження підстав на користь певної думки, а засіб досягнення кінцевої мети такого процесу. Іншими словами, доказами у кримінальному процесі є аргументи логічного доведення. По-друге, в основі розподілу процесуальних доказів на прямі й непрямі лежать не відношення суперечливих суджень, як у логіці, а відношення доказу (аргументу) до шуканого положення (тези). Тобто різниця між прямими і непрямими доказами полягає у спроможності аргументу безпосередньо і самостійно встановлювати основну або часткову тезу. Таким чином, з логічного погляду у кримінальному процесі прямим доказом є аргумент, який безпосередньо обґрунтовує основну тезу. Зміст такого аргументу повністю охоплює тезу і прямо обґрунтовує її істинність або хибність, без залучення часткових тез. Відповідно, аргумент, за допомогою якого безпосередньо обґрунтовується часткова теза, що надалі є аргументом основної тези, у кримінальному процесі називають непрямим доказом.

Процес доказування за допомогою непрямих доказів більш складний і тривалий, оскільки він є сукупністю послідовно побудованих елементарних актів доказування і здійснюється щонайменше у два етапи. На першому етапі за допомогою істинних аргументів обґрунтовується часткова теза; на другому – обґрунтовується основна теза, а доведена часткова теза використовується як аргумент або один з аргументів основної тези. Наприклад, показання свідка про те, що підозрюваний поспішно залишав місце події, будуть аргументом, який підтверджує факт перебування підозрюваного на місці вчинення злочину, тобто часткової тези. Водночас доведений факт такої присутності буде одним з аргументів обґрунтування основної тези – скоєння злочину підозрюваним.

Більшість учених-процесуалістів ототожнюють основну тезу з так званим головним фактом – сукупністю обставин, доведення яких визначає долю кримінальної справи і зумовлює прийняття двох можливих рішень у справі. Часткова теза ототожнюється із проміжним фактом, доведення якого не є кінцевою метою доказування, проте його встановлення – необхідна умова для досягнення такої мети.

З огляду на вищевикладене можемо стверджувати: характерними ознаками процесуальних непрямих доказів є такі:

- 1) вони одночасно фігурують як прямі й непрямі докази (аргументи); стосовно проміжного факту (часткової тези) такі докази є прямими, щодо головного факту (основної тези) – непрямими, оскільки доводять його опосередковано, за допомогою проміжної ланки – часткової тези;
- 2) жоден із непрямих доказів (аргументів), узятий ізольовано, не може самостійно підтвердити основну тезу, а висновок про зв'язок окремого непрямого доказу з головним фактом завжди має імовірнісний характер.

У логіці категорії імовірності та достовірності використовуються для визначення ступеня обґрунтованості певної думки, окремих форм логічного мислення або систем знань. Як зазначається в науковій літературі, «імовірним слід визнавати те твердження, підстави якого можуть бути використані і для іншого, зокрема й протилежного першому, твердження. Достовірним, навпаки, визнається таке твердження, яке виключає можливість на тих самих підставах побудувати протилежне твердження, і таким чином скасувати перше. Інакше кажучи, достовірність – це повна обґрунтованість знання, його повна доведеність» [5, с. 141].

Отже, в оцінці конкретного непрямого доказу ймовірність отриманого знання вказує на можливість існування іншого пояснення про зв'язок проміжного факту з головним фактом. Відповідно, такий висновок має альтернативний характер. Достовірність знання, яким підтверджується необхідний зв'язок між проміжним і головним фактами, забезпечується шляхом побудови надійної узгодженої системи доказів у кримінальній справі. Тільки в сукупності з іншими доказами непрямі докази можуть довести основну тезу.

Логічне обґрунтування основної тези за допомогою непрямих доказів здійснюється у формі умовиводів, які, тісно переплітаючись між собою, створюють ланцюг таких умовиводів. Не протиставляючи поняття умовиводу і доказу, слід зауважити, що основна відмінність між ними полягає в тому, що умовивід є логічною формою мислення, в якій отримується нове, раніше невідоме знання; у доказі ж відбувається обґрунтування відомого знання, істинність якого припускається.

Логіка поділяє умовиводи на дедуктивні й індуктивні. Дедуктивним є умовивід, у процесі якого здійснюється перехід від загального положення до часткового. У цьому розумінні дедуктивний умовивід протиставляється індуктивному, де логічний перехід здійснюється від знання про конкретні предмети і явища до загального знання про певний клас, сукупність досліджуваних об'єктів.

І дедуктивні, й індуктивні умовиводи використовуються у процесі доказування обставин злочинної події за допомогою непрямих доказів. При цьому вказані способи демонстрації існують у нерозривній єдності та застосовуються для обґрунтування і часткової, й основної тез. На початковому етапі, коли відбувається накопичення і констатація певних доказових фактів (аргументів) та встановлюється їх зв'язок із фактом проміжним (частковою тезою), здебільшого вдаються до дедуктивних умовиводів, у яких між засновками і висновками існують відносини прямого логічного слідування. Проте загальні індуктивні висновки фігурують як велике посилення дедуктивного умовиводу, тобто положення, що є одним з аргументів логічного доказу. На наступному етапі суб'єкт доказування тимчасово абстрагується від аргументів часткової тези, а на передній план виходить індуктивний спосіб демонстрації. Утім знову ж таки слід підкреслити, що індукція в цьому разі не існує у «чистому вигляді», і положення як посилення умовиводу є висновками дедуктивних умовиводів.

У науковій літературі з питань логічного доведення підкреслюється, що у процесі «опосередкованого пізнання завжди мають суворо виконуватися закони і правила логіки, оскільки без цього неможливо послідовно і обґрунтовано отримати істинний результат» [8, с. 230]. Указане повною мірою поширюється на процес доказування обставин злочину за допомогою непрямих доказів. Дотримання канонів логіки у разі використання непрямих доказів сприяє правильній побудові логічного доведення й убезпечує його від логічних помилок, які називаються логічними хитрощами. Найбільш поширеними з них є: помилка у доказуваній тезі; помилка хибних або недоведених підстав; помилка занадто поспішного висновку; помилка ототожнення випадкової ознаки із суттєвою ознакою.

Помилка у доказуваній тезі – найпоширеніша в логічних доведеннях. Її сутність полягає в тому, що теза, яка обґрунтовується в доказі, випадково або навмисно підмінюється іншою тезою. Логічна помилковість таких дій полягає у порушенні закону тотожності, згідно з яким ототожнюються різні судження – тези. У процесі доказування непрямыми доказами помилка заміни тези може статися в ототожненні основної та часткової тези. Так, факт виявлення відбитків пальців підозрюваного на місці скоєння злочину, що свідчить про його перебування на місці події (часткова теза), може помилково ототожнюватися з фактом вчинення злочину підозрюваним (основною тезою); факт виявлення у житлі особи знаряддя злочину, що свідчить лише про місцезнаходження такого знаряддя (часткова теза), ототожнюється з фактом вчинення злочину саме цією особою (основна теза). Отже, помилка підміни доказуваної тези найчастіше виникає там, де є упередженість. Таке упередження сприяє ототожненню різних тез і послаблює увагу до відмінностей, які існують між цими тезами [1, с. 57].

Помилка хибних або недоведених підстав може допускатися у доказуванні і прямими, і непрямыми доказами. Сутність такої помилки у тому, що для доведення певної тези використовуються хибні аргументи. Хибність може полягати як у неправильності фактичних

даних (наприклад, завідомо неправдиві показання свідка, ніби він бачив, що підозрюваний був на місці скоєння злочину), так і в недоведеності фактичних даних (наприклад, факт наявності слідів підозрюваного на місці події не підтверджено висновком експерта).

Помилка занадто поспішного висновку – це помилка в демонстрації доведення, тобто у способі здійснення логічного переходу від аргументів до доказуваної тези. Здебільшого така помилка стається на другому етапі непрямого доказування, коли застосовуються індуктивні висновки. Сутність її у тому, що фактичні дані, на підставі яких робиться висновок про існування або неіснування головного факту, є недостатніми або суперечливими. Зазвичай, ці обидва недоліки тісно пов'язані: недостатність даних призводить до того, що випадки, які існують у відносинах суперечності, залишаються непоміченими та неврахованими [1, с. 71].

Помилка ототожнення випадкової ознаки із суттєвою ознакою також є однією з розповсюджених логічних помилок у процесі доказування за допомогою непрямих доказів. Сутність її полягає в ототожненні випадкових і закономірних зв'язків, що існують між проміжними і головним фактами. Наприклад, факт знаходження певної речі, яка належить потерпілому, у квартирі підозрюваного (проміжний факт) може помилково ототожнюватися з фактом вчинення злочину підозрюваним. Проте ці факти можуть бути пов'язані випадковими зв'язками, тобто річ могла бути подарована підозрюваному, він міг її купити, знайти тощо. Указана помилка тісно пов'язана з помилкою хибного висновку про причину, коли проста послідовність подій у часі ототожнюється з необхідним причинним зв'язком між цими подіями. Так, факт поспішної втечі особи з місця події одразу після скоєння злочину може помилково сприйматися як факт причетності цієї особи до злочинного діяння. Але збіг у часі не завжди означає причинно-наслідковий зв'язок подій: особа могла втікати з місця події через небажання спілкуватися із працівниками правоохоронних органів, через переляк тощо.

У процесі доказування трапляються й такі логічні помилки: хибного наслідку, збільшення термінів, переходу від сказаного у певному сенсі до сказаного безвідносно та інші. Усі вони можуть допускатися і в доказуванні обставин вчиненого злочину за допомогою непрямих доказів. Тому їх розпізнавання та подолання, спираючись на закони і правила формальної логіки, забезпечує не лише правильну побудову логічно чітких доведень, а й сприятиме уникненню юридичних помилок у слідчій та судовій практиці.

Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі. З'ясування природи непрямих доказів у кримінальному процесі має відбуватися виходячи з логічних засад поняття доказу. При цьому слід враховувати, що:

1. Логічне поняття непрямих доказів не збігається зі змістом поняття непрямого доказу в науці кримінального процесу. Така розбіжність зумовлена принаймні двома чинниками: 1) у кримінальному процесі під доказом розуміють не процес підбору і знаходження аргументів на користь певної тези, а засіб досягнення кінцевого результату, тобто аргумент логічного доказу; 2) в основі класифікації процесуальних доказів на прямі й непрямі лежать не відношення суперечливих суджень, як у логіці, а здатність аргументу (доказу) безпосередньо встановлювати основну або часткову тези.

2. З логічного погляду непрямым доказом у кримінальному процесі є аргумент часткової тези, яка надалі виступає аргументом основної тези. Цим пояснюється подвійна сутність процесуальних непрямих доказів: стосовно часткової тези вони є прямими доказами і самостійними засобами доведення її істинності або хибності; щодо основної, або узагальнювальної, тези – непрямыми доказами, які лише у сукупності з іншими можуть доводити її істинність або хибність.

3. Доведення існування (неіснування) фактів і обставин минулого відбувається у формі умовиводу. Побудова умовиводу не виключає можливості логічних помилок, які допускаються

і в доказуванні обставин вчиненого злочину за допомогою непрямих доказів. Останні, зокрема, призводять до юридичних помилок на практиці. Знання законів і канонів логіки допомагає уникнути таких помилок в оцінці непрямих доказів, побудувати правильне, переконливе доведення, сприяє вдосконаленню знань про непрямі докази.

Список використаних джерел:

1. Асмус В.Ф. Учение о доказательстве и опровержении. 1954. 87 с.
2. Доказательство и опровержение: метод. пособие. Кишинев, 1967. 32 с.
3. Кириллов В.И., Старченко А.А. Логика: учебник. Москва: Юрист, 1995. 256 с.
4. Логический словарь-справочник / сост. М.И. Кондаков. Москва: Наука, 1975. 720 с.
5. Лузгин И.М. Расследование как процесс познания: учеб. пособие. Москва, 1969. 176 с.
6. Прохоров Ю.Б. Доказательство в уголовном процессе (гносеологическая и правовая интерпретация): монография. Санкт-Петербург, 2004. 336 с.
7. Торфул М.Г. Логіка: підручник. Київ: ВЦ «Академія», 2006. 287 с.
8. Старченко А.А. Логика в судебном доказывании. Москва: Госюриздат, 1958. 234 с.
9. Філософський енциклопедичний словник / ред.-упоряд.: Є.К. Бистрицький, М.О. Булатов, І.Т. Ішмуратов та ін.; за заг. ред. В.І. Шинкарука. Київ, 2002. 575 с.
10. Эйсман А.А. О некоторых логических системах связи косвенных доказательств. Вопросы криминалистики. 1964. № 12. С. 50–69.

В. П. Шибіко, кандидат юридичних наук, професор, заслужений юрист України, професор кафедри правосуддя юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПОВЕРНЕННЯ СПРАВИ НА ДОДАТКОВЕ РОЗСЛІДУВАННЯ Й НОВІ ФОРМИ ВІДНОВЛЕННЯ ДОСУДОВОГО ПРОВАДЖЕННЯ ЗА РІШЕННЯМ СУДУ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ

У статті розкриваються зміст і причини скасування інституту повернення кримінальної справи на додаткове розслідування, який існував до прийняття КПК України 2012 року, а також зміст інших, оновлених і нових (порівняно з КПК України 1960 року) форм відновлення досудового розслідування за чинним КПК України та їх значення для виконання завдань кримінального провадження.

Ключові слова: кримінальний процес України, завдання кримінального провадження, засади кримінального провадження, досудове розслідування, форми відновлення досудового розслідування судом, повернення судом справи на додаткове розслідування, справедливий судовий розгляд.

V. P. Shybiko. Return of the case for additional investigation and new forms of reinstatement of pre-trial investigation under the court decision in the criminal procedure of Ukraine

The institute of returning the case for further investigation have been seen by the legislator as a procedural mechanism for eliminating inaccuracies and incomplete pre-trial investigation both in the Soviet criminal procedure and the criminal procedure of the independent Ukraine (CPC 1927 and CPC 1960) same, and up to the adoption of a new Code of Ukraine 2012.

The main reason for the abolition of this institution is the widespread practice of the courts, that in the case for lack of evidence of guilt, instead of the acquittal the accused, returned the case for an additional investigation, which resulted in an increase in the length of the criminal proceedings, the closure of a criminal case on the same rehabilitation bases, for which the court had to adopt an acquittal.

The abolition of return cases for additional investigation does not reduce the significance of the pre-trial investigation as a mandatory stage of criminal proceedings. It is noted that is inadmissible to prohibit a court from substantiating a judicial decision with testimony given to an investigator, prosecutor or referring to them (Section 4 Article 95 CPC). The ECHR in its decisions warns against refusal to admit evidence in court only because they were received during the pre-trial investigation.

The analysis of the norms of the CPC of Ukraine 2012, allows a number of other forms of reinstatement by the court of pre-trial investigation, some of which were known in the CPC 1960, but suffered significant semantic changes, while others were not known to the CPC 1960, since they were based on new foundations and institutions, which were first foreseen by the CPC 2012.

There are: 1) return to the prosecutor the indictment, a request for release from criminal liability, the application of compulsory measures of medical or educational nature (Clause 3, Section 3 of Article 314 CPC); 2) court order granting pre-trial investigation to conduct certain investigative (detective) actions, but only as an exception and only if certain conditions exist (Article 333 CPC); 3) performance prosecutor of the court to postpone the trial to Articles 276–279, 290–293 CPC in case of nominating an additional charge (Section 2 of Article 339 CPC); 4) restoration of pre-trial investigation by the decision of the investigating judge, in which he cancels the decision of the investigator, the prosecutor of stopping or closing a criminal proceeding (CalusaI, Section 2, Article 307 CPC); 5) the court refusal to approve agreements on recognition of guilt or reconciliation or the abolition of the court sentence, which approved the agreement, in case of failure to execute the agreement and returning the criminal proceedings to complete the pre-trial investigation in a general manner (Clause 1, Section 3, Article 314, Section 7 Article 374, Section 3 Article 476 CPC); 6) the restoration of the decision of the court of pre-trial investigation in a criminal proceeding related to the

© **В. П. Шибіко**, 2018

release of a person from criminal liability (Section 4 Article 288 CPC). The last four forms are for the first time in the CPC 2012.

Updated and new forms of reinstatement of pre-trial investigation should contribute for the providing a quick, complete and impartial pre-trial investigation and trial, performing the tasks of criminal proceedings (Article 2 CPC), taking into account the international human rights and justice standards.

Key words: criminal process of Ukraine, criminal proceedings, principles of criminal proceedings, pre-trial investigation, forms of restoration of a pre-trial investigation by a court, return of the case for additional investigation, fair trial.

Постановка проблеми. У кримінальному процесі ухвалення законного, обґрунтованого й справедливого судового рішення неможливе без досудового розслідування, під час якого й починає формуватися той основний обсяг доказового матеріалу, на основі якого за результатами досудового розслідування формулюється в обвинувальному акті обвинувачення, яке має підтримуватися в суді прокурором і яке визначає межі судового розгляду (ст. 337 КПК України). Із прийняттям КПК України 2012 року скасовано інститут повернення кримінальної справи на додаткове розслідування, який у механізмі правового регулювання призначався й використовувався як процесуальний засіб усунення помилок, недоліків досудового розслідування, які робили неможливим судовий розгляд і вирішення кримінальної справи. У зв'язку із цим важливо з'ясувати, які форми відновлення досудового розслідування передбачив законодавець України в КПК 2012 року, яке їх конкретне призначення й достатність для заміни ліквідованого інституту повернення справи на додаткове розслідування.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання суті й значення досудового розслідування загалом і повернення кримінальної справи на додаткове розслідування зокрема досліджувалися низкою радянських, українських, російських учених-процесуалістів, зокрема Ю.П. Алєніним, Є.Г. Веретєхіним, В.І. Галаганом, І.В. Глов'юк, В.П. Гмирком, Л.В. Головком, Ю.М. Грошевим, О.В. Капліною, Л.М. Лобойком, В.Т. Маляренком, О.Р. Михайленком, М.М. Михеєнком, В.Т. Норм, Д.П. Письменним, М.А. Погорєцьким, А.Р. Ратіновим, С.М. Стахівським, О.Ю. Татаровим, В.М. Тертишником, Л.Д. Удаловою, О.Г. Шило, М.С. Шумилом та ін. Проте ці дослідження провадилися переважно до прийняття КПК України 2012 року й не у зв'язку з тими формами відновлення досудового розслідування судом, які передбачає нині КПК 2012 року.

Мета статті полягає в тому, щоб на основі дослідження відповідного нормативного матеріалу, спеціальних літературних джерел, даних судової статистики розкрити значення інституту повернення кримінальної справи на додаткове розслідування судом для виконання завдань кримінального процесу, причини відмови законодавця від нього, а також суть, значення й достатність інших форм відновлення досудового розслідування, передбачених новим КПК України 2012 року.

Виклад основного матеріалу. Інститут повернення кримінальної справи на додаткове розслідування слугував механізмом усунення порушень закону, допущених під час досудового провадження, починаючи ще зі Статуту кримінального судочинства 1864 року. Так, Статут передбачав, що якщо під час судового слідства буде виявлене нове злочинне діяння, не передбачене в обвинувальному акті, то справа повертається для попереднього слідства, якщо це виявиться потрібним, і для складання обвинувального акта за всіма злочинними діяннями підсудного (ст. 752, 753) [1, с. 102–103].

Тривалий час цей процесуальний інститут існував у радянському, а з набуттям Україною незалежності – і в українському кримінальному процесуальному праві.

Так, згідно зі ст. 23 КПК УРСР 1927 року, затвердженого Постановою ВУЦВК від 20 липня 1927 року [2], народний суддя одноособово повертав справу для проведення дізнання, якщо

визнавав проведення дізнання неповним. Якщо справа, яка надійшла до суду від прокуратури з обвинувальним актом, не могла бути призначена до слухання в судовому засіданні через істотну неповноту досудового розслідування, якщо її не можна виправити на судовому слідстві, тоді суддя виносив цю справу на розгляд підготовчого судового засідання, яке могло направити її на дослідження (п. «а» ст. 233-1, п. 2 ч. 1 ст. 233-3 КПК). При цьому явним проявом покладення на суд не властивої йому функції обвинувачення було положення п. 5 ч. 1 ст. 233-3 КПК 1927 року про те, що підготовче засідання, розглянувши справу, може визнати обвинувальний акт неправильно складеним і доручити народному судді (членові суду) скласти новий обвинувальний акт.

Згідно зі ст. 280 КПК 1927 року суд, визнавши, що справу недостатньо з'ясовано й що можна зібрати нові докази, мав право, з власної ініціативи або за клопотанням будь-якої сторони, відкласти розгляд справи й затребувати нові докази або ж направити справу до слідчого чи органу дізнання на додаткове розслідування. Направлення справи в судовому засіданні на додаткове слідство допускалося тільки тоді, коли суд установлював таку неповноту матеріалів у справі, яку не можна поповнити в тому самому судовому засіданні.

Переглядаючи справу в касаційному порядку, суд мав право скасувати вирок і надіслати справу на перегляд зі стадії попереднього розслідування (дізнання, попереднього слідства) (ч. 5 ст. 349 КПК).

У КПК Української РСР 1960 року інститут повернення справи на додаткове розслідування зберігся, продовжував існувати з певними змінами й доповненнями аж до прийняття КПК 2012 року. Як і КПК 1927 року, він передбачав підстави та порядок повернення справи на досудове розслідування з мотивів неповноти й неправильності досудового розслідування з різних судових стадій процесу – із розпорядчого засідання, судового розгляду, а також зі стадій перегляду судових рішень (ст. 246, 281, 374, 396 КПК) [3].

Згідно зі ст. 246 КПК при попередньому розгляді справи суддя з власної ініціативи чи за клопотанням прокурора, обвинуваченого, його захисника чи законного представника, потерпілого, позивача, відповідача або їх представників своєю постановою повертав справу на додаткове розслідування у випадках, коли під час порушення справи, провадження дізнання чи досудового слідства були допущені такі порушення вимог цього Кодексу, без усунення яких справа не могла бути призначена до судового розгляду. Крім того, за клопотанням прокурора, обвинуваченого, його захисника чи законного представника суддя вправі був повернути справу на додаткове розслідування для притягнення до кримінальної відповідальності інших осіб, якщо окремий розгляд справи щодо них неможливий. Нарешті, за клопотанням прокурора, потерпілого чи його представника суддя міг повернути справу на додаткове розслідування й у випадках наявності підстав для кваліфікації дій обвинуваченого за статтею Кримінального кодексу, яка передбачає відповідальність за більш тяжкий злочин, чи для пред'явлення йому обвинувачення, яке до цього не було пред'явлене.

Стаття 281 КПК передбачала повернення справи на додаткове розслідування зі стадії судового розгляду з мотивів неповноти чи неправильності досудового слідства лише тоді, коли ця неповнота або неправильність не може бути усунута в судовому засіданні. Після додаткового розслідування справа направлялася до суду в загальному порядку.

Пленум Верховного Суду України за час дії КПК 1960 року двічі приймав постанови з питання про повернення справи на додаткове розслідування, у яких роз'яснювалося, що слід розуміти під неповнотою й неправильністю попереднього (досудового) розслідування, яку не можна усунути в судовому засіданні, зверталась особлива увага на необхідність перевірки заяв про недозволені методи слідства й особливо наголошувалося на неприпустимості повернення справи на додаткове розслідування у випадках, коли немає доказів, які б підтверджували обвинувачення, і вичерпані всі можливості одержання додаткових доказів. За таких обставин суд мав витлумачити всі сумніви на користь підсудного й постановити згідно з ч. 4 ст. 327

КПК виправдувальний вирок (п. п. 4, 7, 22 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 25 березня 1988 року № 3 «Про застосування судами України кримінально-процесуального законодавства, що регулює повернення справи на додаткове розслідування» [4, с. 205–206, 206–207, 211], п. п. 8, 10, 11 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 11 лютого 2005 року № 2 «Про практику застосування судами України законодавства, що регулює повернення кримінальних справ на додаткове розслідування» [5, с. 290, 291, 293]).

Проте за передбаченої КПК 1960 року моделі кримінального процесу одних зусиль Пленуму Верховного Суду України було замало для того, щоб суд став об'єктивним і незалежним арбітром, якого недостатність доказів вини обвинуваченого має зобов'язувати ухвалити виправдувальний вирок, а не повертати справу на додаткове розслідування, що призводить до необґрунтованого затягування розгляду справи, збільшення строків кримінального провадження, закриття кримінальної справи за тими самими реабілітуючими підставами, за якими суд мав ухвалити виправдувальний вирок (п. п. 1, 2 ч. 1 ст. 6, ч. 4 ст. 327 КПК). За ці негативні сторони інститут повернення кримінальної справи на додаткове розслідування піддавався різкій, але справедливій критиці й у науковій літературі. Зокрема, В.Т. Маляренко із цього приводу слушно зазначав: «Повернення судом справи на додаткове розслідування – це яскравий прояв упередженості суду, на яку він не має права, цей інститут не відповідає завданням розкриття злочину, викриття винних і забезпечення правильного застосування закону в розумні строки, а навпаки, спонукає до тяганини й безвідповідальності. Повертаючи за власною ініціативою справу на додаткове розслідування у зв'язку з неповнотою дізнання чи досудового слідства, суд тим самим ініціює продовження слідчої діяльності з обґрунтування обвинувачення й виконує невласливу йому функцію обвинувачення» [6, с. 18].

Про необхідність скасування інституту повернення кримінальної справи на додаткове розслідування говорилося в обох офіційних концепціях, присвячених питанням удосконалення судочинства в Україні, зокрема кримінального. Так, відповідно до п. 2 розділу IV «Судочинство» Концепції вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів, схваленої Указом Президента України від 10 травня 2006 року № 361/2006, «кримінальний суд має позбутися властивого йому дотепер обвинувального ухилу. Слід законодавчо позбавити суд права направляти справи на додаткове розслідування та надавати органам досудового слідства доручення щодо пошуку доказів, установити обов'язок суду постановляти виправдувальний вирок, якщо обвинувачення не довело вини особи у вчиненні злочину» [7]. Значно коротішою була рекомендація законодавцю із цього приводу у Концепції реформування кримінальної юстиції, затвердженій Указом Президента України від 8 квітня 2008 року № 31/2008: «Має бути скасований інститут направлення судом справи на додаткове розслідування» (п. 2 розділу II «Зміст і напрями реформування кримінальної юстиції України. Реформування кримінального процесуального законодавства») [8].

Зрозуміло, що більш ефективним способом усунення такої практики було скасування інституту повернення справ на додаткове розслідування судом шляхом прийняття 13 квітня 2012 року нового КПК України, у якому інститут повернення кримінальних справ (проваджень) на додаткове розслідування не передбачений.

Кодекс набув чинності 20 листопада 2012 року. Проте інститут повернення кримінальної справи на додаткове розслідування продовжував і продовжує застосовуватися й у наступні роки. Це пояснюється тим, що згідно з п. 11 Розділу XI «Перехідні положення» КПК України 2012 року кримінальні справи, які до дня набрання чинності цим Кодексом надійшли до суду від прокурорів з обвинувальним висновком, постановою про застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру, постановою про направлення справи до суду для вирішення питання про звільнення особи від кримінальної відповідальності, розглядаються

судами першої, апеляційної та касаційної інстанцій і Верховним Судом України в порядку, який діяв до набрання чинності цим Кодексом. Тобто продовжували й продовжують діяти у таких справах положення попереднього КПК 1960 року й щодо можливості повернення кримінальних справ на додаткове розслідування судами першої, апеляційної та касаційної інстанцій. Розслідування кримінальних справ, передбачених пунктом 11 цього розділу, у разі повернення таких справ судом прокурору для проведення досудового розслідування проводиться в порядку, установленому цим Кодексом (п. 12 Розділу XI. Перехідні положення) [9].

Ось який вигляд має статистика повернення кримінальних справ судами на додаткове розслідування до й після набрання чинності КПК України 2012 року.

У 2012 році суди першої інстанції повернули на додаткове розслідування (згідно зі ст. ст. 246, 281 КПК 1960 р.) і прокурорам (ст. 249¹ КПК 1960 р.) для усунення виявлених порушень, а також прокурори відкликали із суду (у порядку, передбаченому ст. 232 цього Кодексу) 7,3 тис. кримінальних справ, що на 7,7% більше, ніж у 2011 р. Питома вага зазначених справ також дещо збільшилась і становила 3,8% (3,4%) від кількості тих, провадження в яких закінчене. На додаткове розслідування повернуто 5,4 тис. кримінальних справ публічного обвинувачення, що на 5,7% більше, їх питома вага становила 2,8% (2,5%). Із поверненням справи публічного обвинувачення на додаткове розслідування через неповноту досудового слідства за апеляціями скасовано вироки стосовно 1,8 тис. осіб, або 18,7 % [17,3 %] від кількості всіх осіб, щодо яких вироки скасовано [10].

У 2013 році (тобто в першому році після набрання чинності новим КПК України 2012 року) суди першої інстанції повернули на додаткове розслідування (згідно зі ст. ст. 246, 281 КПК 1960 р.) і прокурорам (ст. 249¹ КПК 1960 р.) для усунення виявлених порушень, а також прокурори відкликали із суду (у порядку, передбаченому ст. 232 цього Кодексу) 4,1 тис. кримінальних справ. Питома вага зазначених справ від кількості справ публічного обвинувачення, провадження в яких закінчене, становила 11,9% (3,8%) [11].

У 2014 році судами першої інстанції було повернуто для проведення додаткового розслідування 1307 кримінальних справ. Із поверненням справи публічного обвинувачення на додаткове розслідування через неповноту досудового слідства (ч. 1 ст. 374 КПК 1960 р.) за апеляціями скасовано вироки стосовно 670 осіб [12].

У 2015 році закінчене провадження з поверненням на додаткове розслідування (справ публічного обвинувачення за ст. ст. 246, 281 КПК 1960 року) 414 справ, у 2016 – 135, із поверненням прокурору в порядку ст. 249-1 КПК 1960 року відповідно 25 і 4 справи. В апеляційному порядку було скасовано вироки судів першої інстанції з поверненням справ на додаткове розслідування: щодо 219 осіб у 2015 році й щодо 100 осіб у 2016 році [13, с. 27, 34].

Загалом проблема повернення судом кримінальної справи на додаткове розслідування й інших форм відновлення досудового розслідування судом – це складова частина більш загальної проблеми значення процесуальної діяльності, яка здійснюється на стадії досудового розслідування, для судового провадження, для суду як органу правосуддя, який, дослідивши в судовому засіданні докази, зібрані сторонами обвинувачення й захисту переважно під час досудового розслідування й подані ними суду, а також витребувані самим судом, має ухвалити законне, обґрунтоване й справедливе рішення. Саме по собі скасування інституту повернення справи на додаткове розслідування не зменшує значення досудового розслідування у системі кримінального процесу. Це підтверджують і положення чинного КПК України, зокрема такі: 1) забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування й судового розгляду, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до кримінальної відповідальності в міру своєї вини й жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений; це є одним зі спільних завдань кримінального провадження для органів досудового розслідування, прокурора й суду (ст. 2 КПК); 2) досудове розслідування є першою й обов'язковою

стадією будь-якого кримінального провадження, зокрема з приватною формою обвинувачення (слідчий, прокурор зобов'язаний 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, внести відомості до Єдиного реєстру досудових розслідувань, розпочати розслідування (ч. 1 ст. 214 КПК)); 3) сформульоване в ч. 1 ст. 84 КПК визначення поняття доказів однаково стосується як суду, слідчого судді, так і слідчого, прокурора під час установлення наявності чи відсутності фактів і обставин, що мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню (ст. 91 КПК); 4) положення ст. 94 КПК щодо оцінки доказів стосуються як слідчого судді й суду, так і слідчого, прокурора: «Слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд за своїм внутрішнім переконанням, яке ґрунтується на всебічному, повному й неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального провадження, керуючись законом, оцінюють кожний доказ із погляду належності допустимості, достовірності, а сукупність зібраних доказів – із погляду достатності та взаємозв'язку для прийняття відповідного процесуального рішення»; 5) зібраними під час досудового розслідування доказами обґрунтовується підозра як підстава для повідомлення про підозру, на їх основі формулюється в обвинувальному акті обвинувачення, яке підтримується прокурором у суді і яке визначає межі судового розгляду (ст. 237 КПК); 6) якщо ж під час досудового розслідування не встановлені достатні докази для доведення винуватості особи в суді й вичерпані можливості їх отримання, то прокурор закриває кримінальне провадження (п. 3 ч. 1, ч. 4 ст. 284 КПК), що відповідає положенню ч. 1 ст. 283 КПК про те, що особа має право на розгляд обвинувачення проти неї в суді в найкоротший строк або на його припинення шляхом закриття провадження.

Значення досудового розслідування для судового розгляду підкреслюється й в інших положеннях КПК України, які передбачають можливість ухвалення судом вироку без дослідження доказів у судовому засіданні або лише частково досліджуючи їх, але лише за певних умов. По-перше, ідеться про так зване «скорочене» судове слідство. Згідно з ч. 3 ст. 349 КПК України суд має право, якщо проти цього не заперечують учасники судового провадження, визнати недоцільним дослідження доказів щодо тих обставин, які ніким не оскаржуються. По-друге, у спрощеному судовому провадженні щодо кримінальних проступків суд за клопотанням прокурора або слідчого, погодженого з прокурором, має право розглянути обвинувальний акт щодо вчинення кримінального проступку без проведення судового розгляду в судовому засіданні за відсутності учасників судового провадження, якщо обвинувачений, що був представлений захисником, беззаперечно визнав свою винуватість, не оспорує встановлені досудовим розслідуванням обставини і згоден з розглядом обвинувального акта за його відсутності, а потерпілий не заперечує проти такого розгляду. При цьому у вирокі суду за результатами спрощеного провадження замість доказів на підтвердження встановлених судом обставин зазначаються встановлені органом досудового розслідування обставини, які не оспоруються учасниками судового провадження (ст. ст. 381, 382 КПК). По-третє, якщо під час досудового розслідування було укладено угоду між прокурором і підозрюваним про визнання винуватості чи угоду між потерпілим і підозрюваним про примирення, то прокурор невідкладно надсилає обвинувальний акт із підписаною сторонами угодою до суду (ч. 1 ст. 474 КПК), і суд уже в підготовчому судовому засіданні, не досліджуючи доказів і переконавшись, що угода може бути затверджена, ухвалює вирок, яким затверджує угоду й призначає узгоджену сторонами міру покарання (п. 1 ч. 3 ст. 314, ч. 1 ст. 475 КПК). Як роз'яснив Пленум Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ (далі – ВССУ) у п. 15 Постанови № 13 від 11 грудня 2015 року «Про практику здійснення судами кримінального провадження на підставі угод», суд, «зважаючи на те, що під час підготовчого судового засідання може бути

прийняте рішення, яке по своїй суті є завершальним для судового провадження у суді першої інстанції (ухвалити вирок), вправі витребувати документи, подані сторонами під час досудового розслідування, а також інші матеріали досудового розслідування» [14].

Варто пригадати тут слова видатного розробника вчення про докази Л.Є. Владімірова про значення досудового слідства для слідства судового, який зазначав, що потрібно завжди пам'ятати, що судове слідство тоді тільки може бути цілком задовільним дослідженням, коли матеріали для нього заздалегідь підготовлені й належним чином установлені [15, с. 178].

Водночас певним (необґрунтованим, на наш погляд) відступом законодавця від визнання важливості доказів, зібраних під час досудового розслідування, для судового розгляду й вирішення кримінальної справи є положення КПК України про те, що суд не вправі обґрунтовувати судові рішення показаннями, наданими слідчому, прокурору, або посилаючись на них (ч. 4 ст. 95 КПК). Зазначимо, що й у Висновку Головного науково-експертного управління Верховної Ради України на проект КПК України (реєстраційний № 9700 від 13 січня 2012 року) містилася критика цього положення проекту, яке, на жаль, залишилося й в остаточному варіанті Кодексу: «Частиною четвертою статті 95 для суду встановлюється заборона обґрунтовувати свої рішення показаннями, поданими слідчому, прокурору, або посилаючись на них». У зв'язку із цим логічно виникає питання: навіщо взагалі в такому разі потрібна стадія досудового розслідування? Адже, наприклад, чинний КПК (1960 року – В. Ш.) надає суду можливість досліджувати отримані під час досудового слідства докази (зокрема й пояснення свідків), а також обґрунтовувати ними вирок. У цьому, на наш погляд, є раціональне зерно, оскільки неприбуття свідка в судові засідання може бути обумовлене різними об'єктивними й поважними причинами, наприклад смертю, хворобою, довготривалим відрядженням, виїздом за межі України, зокрема й на постійне місце проживання в іншу державу) тощо. Заборона дослідження цих пояснень у судовому засіданні видається необґрунтованою й такою, що не буде сприяти встановленню істини в кримінальному провадженні [16].

Зазначимо також, що Європейський Суд із прав людини (далі – ЄСПЛ) у своїх рішеннях застерігає від відмови визнавати в суді докази лише тому, що вони були отримані під час досудового слідства. Так, у своєму рішенні від 20 листопада 1989 року у справі «Костовський проти Нідерландів» він зазначив таке: «Згідно з принципом змагального судового процесу, усі докази мають пред'являтися в присутності обвинуваченого на відкритому слуханні. Це не означає, однак, що для того, щоб показання свідків були використані як доказ, вони завжди мають бути оголошені на відкритому слуханні в суді: використання як доказів таких показань, узятих на досудовому етапі провадження, саме по собі не суперечить пункту 3 (d) та пункту 1 статті 6, якщо при цьому дотримано гарантії прав сторони захисту.

Як правило, ці права вимагають надання обвинуваченому рівноцінної й належної можливості спростування показань свідка обвинувачення та його допиту – чи то під час давання свідком показань, чи на якомусь пізнішому етапі судового провадження» (пункт 41) [17].

Крім того, у п. 78 рішення від 26 березня 1996 року у справі «Дорсон проти Нідерландів» ЄСПЛ підкреслив: «Завдання Суду, згідно з Конвенцією, не полягає у встановленні того, чи були ці заяви свідків обґрунтовано допущені як докази; це належить до завдань внутрішніх судів, оскільки завданням Суду є з'ясування того, чи був справедливим судовий розгляд у цілому, включаючи й те, як були отримані докази. Суд не може абстрактно вважати, що заяви, зроблені свідками у відкритому судовому засіданні й під присягою, повинні завжди мати превалююче значення порівняно з іншими заявами, які зроблені тим самим свідком у ході процесу, навіть коли є розбіжності між одними й іншими» [18, с. 407].

Таким чином, положення ч. 4 ст. 95 КПК України, яка встановлює суду заборону обґрунтовувати свої рішення показаннями, поданими слідчому, прокурору, або посилаючись на них, не

відповідає рішенням ЄСПЛ із цього питання й підлягає виключенню, оскільки рішення ЄСПЛ є джерелом права України відповідно до ст. 17 Закону України від 23 лютого 2006 року «Про виконання рішень і застосування практики Європейського Суду з прав людини» [19].

Скасування інституту повернення кримінальної справи на додаткове розслідування стало можливим завдяки наданню засаді змагальності сторін у її системному зв'язку з іншими засадами кримінального провадження, зокрема верховенства права, законності, презумпції невинуватості й доведеності вини, забезпечення права на захист, доступу до правосуддя, безпосередності дослідження показань, речей і документів, публічності, диспозитивності, розумності строків (ч. 1 ст. 7 КПК) того значення, яке вона повинна мати в кримінальному процесі правової держави, якою проголосила себе Україна у ст. 1 Конституції України 1996 року.

Отже, новий КПК України 2012 року не передбачає можливості повернення справи (кримінального провадження) на додаткове розслідування з будь-якої стадії кримінального провадження. Натомість він передбачає низку інших форм відновлення досудового провадження судом, які не суперечать засадам кримінального провадження. Одні з них були відомі й КПК 1960 року, але зазнали значних змістових змін, а інші не були відомі КПК 1960 року, оскільки вони ґрунтуються на нових засадах та інститутах, які були вперше передбачені КПК 2012 року. Ідеться про такі форми відновлення досудового розслідування судом.

1. Повернення прокурору обвинувального акта, клопотання про звільнення особи від кримінальної відповідальності, про застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру (п. 3 ч. 3 ст. 314 КПК). Ст. 249-1 КПК 1960 року передбачала повернення прокурору справи в разі, якщо самим прокурором були суттєво порушені вимоги ст. ст. 228–232 КПК, для усунення виявлених порушень на заключному етапі досудового розслідування, на якому він перевіряв справу з обвинувальним висновком, складеним слідчим, і затверджував його або складав новий обвинувальний висновок тощо (ст. 231 КПК).

На відміну від КПК 1960 року, за КПК 2012 року до суду надсилається не обвинувальний акт чи клопотання про звільнення особи від кримінальної відповідальності, про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру з матеріалами розслідування, а лише обвинувальний акт чи відповідне клопотання з додатками до нього, оскільки закон забороняє до початку судового розгляду надавати суду інші документи (ч. 4 ст. 291, ст. 292 КПК). Як роз'яснив ВССУ в Інформаційному листі від 3 жовтня 2012 року № 223-1430/0/4-12 «Про порядок здійснення підготовчого судового провадження відповідно до Кримінального процесуального кодексу України», у підготовчому судовому засіданні суд має право прийняти рішення про повернення обвинувального акта, клопотання про застосування примусових заходів виховного чи медичного характеру прокурору, якщо вони не відповідають вимогам ст. ст. 291, 292 КПК: зокрема, якщо ці документи містять положення, що суперечать одне одному; у документах наведено недопустиму натуралізацію опису злочину; вони не підписані слідчим (крім випадків, коли прокурор склав їх самостійно) чи не затверджені прокурором; до них не долучено передбачені законом додатки. Своєю ухвалою суд зобов'язує прокурора усунути виявлені недоліки протягом визначеного ним розумного строку, який має бути достатнім для виправлення допущених недоліків.

Проведення будь-яких слідчих або інших процесуальних дій, окрім тих, що зазначені в ухвалі про повернення обвинувального акта, клопотання про застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру в кримінальному провадженні не допускається. Докази, отримані під час проведення процесуальних дій, не визначених в ухвалі про повернення зазначених матеріалів кримінального провадження, згідно з ч. 8 ст. 223 КПК є недопустимими [20]. У 2017 році судами першої інстанції було постановлено 2902 ухвали про повернення прокурору обвинувального акта, клопотання про застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру [21].

2. Надання судом доручень органу досудового розслідування про проведення окремих слідчих (розшукових) дій. Не можна сказати, що ідея надання суду права давати органам досудового розслідування судові доручення про проведення окремих слідчих та інших процесуальних дій з'явилася лише в процесі розроблення нового КПК України. Вона висловлювалася ще в радянському кримінальному процесі [22]. Наголошувалося на доцільності надання суду такого права в окремих випадках, не повертаючи справу на додаткове розслідування, зобов'язувати органи досудового розслідування вчинити конкретні процесуальні дії з метою недопущення тяганини та для економії процесуальних засобів у справі. Привабливою таку пропозицію назвав О.Р. Михайленко [23, с. 261].

Законом від 21 червня 2001 року «Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України» [24] КПК 1960 року було доповнено ст. 315-1, яка передбачала можливість, не повертаючи справу на додаткове розслідування, надавати судові доручення органу досудового розслідування про виконання визначених в ухвалі суду слідчих дій із метою перевірки й уточнення фактичних даних, одержаних у ході судового слідства. Протокол слідчої дії й інші здобуті докази передавалися суду, який дав доручення, досліджувалися в судовому засіданні й приєднувалися до справи.

Можливість надання судового доручення органу досудового розслідування передбачає й КПК 2012 року, проте лише як виняток і лише за певних умов. Згідно з ч. 3 ст. 333 КПК у разі, якщо під час судового розгляду виникне необхідність у встановленні обставин або перевірці обставин, які мають істотне значення для кримінального провадження, і вони не можуть бути встановлені чи перевірені іншим шляхом, суд за клопотанням сторони кримінального провадження своєю ухвалою має право доручити органу досудового розслідування провести певні слідчі (розшукові) дії. У разі прийняття такого рішення суд відкладає судовий розгляд на строк, достатній для проведення слідчої (розшукової) дії й ознайомлення учасників судового провадження з її результатами в порядку, передбаченому ст. 290 КПК. Проте суд відмовляє в задоволенні клопотання прокурора, якщо він не доведе, що слідчі (розшукові) дії, про проведення яких він просить, не могли бути проведені під час досудового розслідування через те, що не були й не могли бути відомі обставини, які свідчать про необхідність їх проведення.

Слідчі (розшукові) дії, що проводяться на виконання доручення суду, здійснюються в порядку, передбаченому главами 20 та 21 КПК для проведення відповідно слідчих (розшукових) і негласних слідчих (розшукових) дій. У 2017 році судами першої інстанції було постановлено 250 ухвал про надання судових доручень [25].

3. Виконання прокурором на підставі ухвали суду про відкладення судового розгляду вимог ст. ст. 276–278, 290–293 КПК у разі висунення ним особі додаткового обвинувачення (ч. 2 ст. 339 КПК).

Ідеться про необхідність виконання прокурором процесуальних дій, пов'язаних зі складанням нової підозри й врученням її підозрюваному (обвинуваченому), а також із виконанням процесуальних дій, пов'язаних із відкриттям матеріалів іншій стороні, складанням обвинувального акта, наданням його копій підозрюваному (обвинуваченому), його захиснику, законному представнику, представнику юридичної особи, щодо якої здійснюється кримінальне провадження, поданням обвинувального акта до суду, де провадження за ним має розпочатися з підготовчого судового провадження.

Ст. 276 КПК 1960 року передбачала, що коли нове обвинувачення тісно пов'язане з початковим і окремий розгляд їх неможливий, уся справа повертається для додаткового розслідування. Після додаткового розслідування справа повертається до суду в загальному порядку (ч. ч. 2 і 3).

4. Відновлення досудового розслідування ухвалою слідчого судді. На досудовому провадженні учасниками провадження можуть бути оскаржені до слідчого судді рішення слідчо-

го, прокурора про зупинення й про закриття досудового розслідування (п. п. 2–4 ч. 1 ст. 303 КПК). За результатами розгляду скарги слідчий суддя може постановити ухвалу про скасування такого рішення слідчого чи прокурора (п. 1 ч. 2 ст. 307 КПК) і таким чином відновити досудове розслідування. КПК 1960 року також передбачав можливість відновлення досудового розслідування постановою судді про скасування постанови органу дізнання, слідчого, прокурора про закриття кримінальної справи з направленням справи прокурору для відновлення слідства або дізнання (ч. 4 ст. 236-6 КПК). У 2017 році слідчими суддями було розглянуто 238 скарг учасників досудового розслідування на постанову слідчого, прокурора про зупинення досудового розслідування, 65 рішень було скасовано й відновлено досудове розслідування. У цьому ж році було розглянуто 12 501 скарга на рішення слідчого про закриття кримінального провадження, 7226 було скасовано з відновленням досудового розслідування. Розглянуто також 1097 скарг на рішення прокурора про закриття кримінального провадження, 562 рішення було скасовано з відновленням досудового розслідування [26].

5. Новим видом відновлення досудового провадження за рішенням суду є повернення судом матеріалів кримінального провадження, яке надійшло до суду з обвинувальним актом і доданими до нього угодами про примирення чи про визнання винуватості, причому таке повернення можливе як із суду першої інстанції, так і зі стадій перегляду та виконання судових рішень. Особливості такого провадження пов'язані саме з тим, що воно здійснюється на підставі угод, що вперше передбачено КПК України 2012 року (глава 35).

Згідно зі ст. 468 КПК у кримінальному провадженні можуть бути такі види угод: 1) угода про примирення між потерпілим і підозрюваним чи обвинуваченим; 2) угода між прокурором і підозрюваним чи обвинуваченим про визнання винуватості.

Укладення цих угод може ініціюватися в будь-який момент після повідомлення особі про підозру й до виходу суду до нарадчої кімнати для ухвалення вироку (ч. 5 ст. 469 КПК), тобто вони можуть ініціюватися й укладатися як під час досудового розслідування, так і в судовому провадженні.

Особливість досудового розслідування, під час якого досягнуто угоди, полягає в тому, що воно за законом може не проводитися в повному обсязі, що є своєрідним відступом від положень ст. 2 КПК про те, що одним із завдань кримінального провадження є забезпечення повного досудового розслідування, і ч. 2 ст. 9 КПК, яка зобов'язує прокурора, керівника органу досудового розслідування, слідчого всебічно, повно й неупереджено дослідити обставини, які підлягають доказуванню в кримінальному провадженні (ст. 91 КПК). Очевидно, для законодавця важливо в цьому кримінальному провадженні якомога швидше досягти врегулювання кримінально-правового конфлікту, породженого вчиненням кримінального правопорушення.

Згідно з ч. 1 ст. 474 КПК, якщо угоди досягнуто під час досудового розслідування, обвинувальний акт із підписаною сторонами угодою невідкладно надсилається до суду, тобто до закінчення досудового розслідування в повному обсязі. Прокурор має право відкласти направлення до суду обвинувального акта з підписаною сторонами угодою до отримання висновку експерта чи завершення проведення інших слідчих дій, необхідних для збирання та фіксації доказів, які можуть бути втрачені з плином часу або які неможливо буде провести пізніше без істотної шкоди для їх результату в разі відмови суду в затвердженні угоди.

Розгляд щодо угоди проводиться судом під час підготовчого судового засідання. Суд перевіряє угоду на відповідність законним вимогам. Якщо суд переконується, що угода може бути затверджена, він ухвалює вирок, яким затверджує угоду й призначає узгоджену сторонами міру покарання (ч. 1 ст. 475 КПК). У разі ж виявлення в укладенні угоди порушень, зазначених у ч. 7 ст. 474 КПК, він ухвалює рішення про відмову в затвердженні угоди та повернення кримінального провадження прокурору для продовження досудового розслідування в порядку, передбаче-

ному ст. ст. 468–475 КПК (п. 1 ч. 3 ст. 314 КПК), або, як роз'яснив Пленум ВССУ у Постанові № 13 від 11 грудня 2015 року «Про практику здійснення судами кримінального провадження на підставі угод», – про продовження судового розгляду в загальному порядку в разі подання прокурором відповідного клопотання, пов'язаного з відсутністю необхідності продовження досудового розслідування внаслідок його фактичного закінчення (підпункт «б» п. 18) [27]. За даними судової статистики, у 2017 році під час підготовчих проваджень судами першої інстанції було ухвалено 15 979 рішень про затвердження угод і 395 рішень про відмову в затвердженні угоди та повернення прокурору для продовження досудового розслідування [28].

Видається, що вжите законодавцем у п. 1 ч. 3 ст. 314 КПК формулювання «у порядку, передбаченому статтями 468–475 КПК» є помилковим, оскільки зазначені статті передбачають не загальний порядок здійснення й закінчення досудового розслідування, а порядок провадження на підставі угод і, відповідно, можливість звернення прокурора до суду з обвинувальним актом, до якого знову буде додана угода про примирення чи про визнання винуватості. Воно суперечить положенню ч. 8 ст. 474 КПК про те, що повторне звернення з угодою в одному кримінальному провадженні не допускається. Доцільно було б замінити його на інше формулювання, наприклад «у загальному порядку», як це запропоновано в п. 16 зазначеної вище Постанови Пленуму ВССУ [29]. Більш вдалим є формулювання закону у ст. 407 КПК, яка передбачає відновлення досудового розслідування в цій категорії кримінальних проваджень за рішенням суду апеляційної інстанції. Згідно з п. 2 ч. 2 цієї статті за наслідками апеляційного розгляду за скаргою на вирок суду на підставі угоди суд апеляційної інстанції має право скасувати вирок і направити кримінальне провадження до органу досудового розслідування для здійснення досудового розслідування в загальному порядку, якщо ця угода була укладена під час досудового розслідування.

Ще один випадок відновлення досудового розслідування за рішенням суду передбачений ст. 476 КПК, яка визначає наслідки невиконання угоди. Згідно з ч. 3 цієї статті суд своєю ухвалою скасовує вирок, яким затверджена угода, якщо особа, яка звернулася з відповідним клопотанням, доведе, що засуджений не виконав умови угоди. Наслідком скасування вироку є призначення судового розгляду в загальному порядку чи направлення матеріалів провадження для завершення досудового розслідування в загальному порядку, якщо угода була ініційована на стадії досудового розслідування.

6. Рішенням суду досудове розслідування може бути відновлене й у кримінальному провадженні, пов'язаному зі звільненням особи від кримінальної відповідальності (параграф 2 глави 24 КПК). Особа звільняється від кримінальної відповідальності виключно судом у випадках, передбачених законом України про кримінальну відповідальність: у зв'язку з дійовим каяттям (ст. 45 КК), примиренням винного з потерпілим (ст. 46 КК), передачею особи на поруки (ст. 47 КК), зміною обстановки (ст. 48 КК), закінченням строків давності (ст. 49 КК), а також у випадках, передбачених відповідними статтями Особливої частини КК України. Звернення прокурора до суду з клопотанням про звільнення особи від кримінальної відповідальності є однією з форм закінчення досудового розслідування (п. 2 ч. 2 ст. 283 КПК). Згідно з ч. 2 ст. 286 КПК, установивши на стадії досудового розслідування підстави для звільнення від кримінальної відповідальності й отримавши згоду підозрюваного на таке звільнення, прокурор складає клопотання про звільнення від кримінальної відповідальності та (як і в кримінальному провадженні на підставі угод) без проведення досудового розслідування в повному обсязі надсилає його до суду. У разі встановлення судом необґрунтованості клопотання прокурора про звільнення особи від кримінальної відповідальності суд своєю ухвалою відмовляє в його задоволенні та повертає клопотання прокурору для здійснення кримінального провадження в загальному порядку.

Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі. Таким чином, КПК України 2012 року, на відміну від КПК 1960 року, не сприйняв такого інституту, як повернення справи (кримінального провадження) на додаткове розслідування, передбачивши нову модель кримінального процесу, в основі якої визначено засаду змагальності сторін, яка діє в системному зв'язку з іншими засадами кримінального провадження, де суд є незалежним і об'єктивним арбітром, а не представником певної сторони, і де кожна особа має право на швидкий і справедливий судовий розгляд. Оновлені й нові форми відновлення досудового розслідування можуть достатньою мірою сприяти забезпеченню швидкого, повного й неупередженого досудового розслідування й судового розгляду, виконанню завдань кримінального провадження (ст. 2 КПК) з урахуванням міжнародних стандартів із прав людини й судочинства.

Список використаних джерел:

1. Устав уголовного судопроизводства. Санкт-Петербург: Издание кодификационного отдела при Государственном Совете, 1892. 239 с.
2. Кримінально-процесуальний кодекс УРСР 1927 року. Затверджений постановою ВУЦВК від 20 липня 1927 року. ЗУ УРСР 1927. № 36–38. Ст. 167–168.
3. Кримінально-процесуальний кодекс Української РСР від 28 грудня 1960 року. Відомості Верховної Ради УРСР. 1961. № 2. Ст. 15.
4. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 25 березня 1988 року № 3 «Про застосування судами України кримінально-процесуального законодавства, що регулює повернення справи на додаткове розслідування». Постанови Пленуму Верховного Суду України в цивільних та кримінальних справах. Бюлетень законодавства і юридичної практики України. 1993. № 6. С. 203–211.
5. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 11 лютого 2005 року № 2 «Про практику застосування судами України законодавства, що регулює повернення кримінальних справ на додаткове розслідування». Збірник постанов Пленуму Верховного Суду України з кримінальних справ (1973–2011 роки): станом на 26 вересня 2011 року / упоряд. Ю.М. Грошевий, О.В. Капліна, В.І. Тютюгін. Х.: Право, 2011. С. 288–293.
6. Маляренко В.Т. Перебудова кримінального процесу України в контексті європейських стандартів: теорія, історія і практика: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук:12.00.09. Харків: Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого, 2005. 36 с.
7. Концепція вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів. Схвалено Указом Президента України від 10 травня 2006 року № 361/2006. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/361/2006>.
8. Концепція реформування кримінальної юстиції. Затверджено Указом Президента України від 8 квітня 2008 року № 31/2008. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/311/2008>.
9. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 року. Голос України. 2012. 19 травня. № 90–91. С. 9–49.
10. Аналіз стану здійснення судочинства судами загальної юрисдикції у 2012 р. (за даними судової статистики). URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/E4549252C88A2C5BC2257B9B002F464C/](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/E4549252C88A2C5BC2257B9B002F464C/).
11. Аналіз стану здійснення судочинства судами загальної юрисдикції у 2013 р. (за даними судової статистики). URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/264C5A022472BВ31C2257D1900315B8D](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/264C5A022472BВ31C2257D1900315B8D).
12. Аналіз стану здійснення судочинства судами загальної юрисдикції у 2014 р. (за даними судової статистики). URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/08D6D81633314B66C2257E99003B23F0/](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/08D6D81633314B66C2257E99003B23F0/).

13. Статистичний збірник «Стан здійснення судочинства в Україні у 2016 році». Верховний Суд України. Відділ аналізу судової статистики та узагальнення судової практики. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/06EAA6C32D8DE08AC22580E400490AFC](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/06EAA6C32D8DE08AC22580E400490AFC).
14. Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 11 грудня 2015 року № 13 «Про практику здійснення судами кримінального провадження на підставі угод». URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0013740-15>.
15. Владимирев Л.Е. Учение об уголовных доказательствах. Части общая и особенная. Третье издание, измененное и законченное. СПб.: Издание книжного магазина «Законоведение», 1910. 400 с.
16. Проект Кримінального процесуального кодексу України, реєстраційний № 9700 від 13 січня 2012 року. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=42312.
17. Рішення ЄСПЛ від 20 листопада 1989 року у справі «Костовський проти Нідерландів». URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/980_089/page2.
18. Рішення ЄСПЛ від 26 березня 1996 року у справі «Дорсон проти Нідерландів». Де Сальвіа М. Прецеденты европейского Суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящейся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 г. СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2004. 1072 с.
19. Закон України від 23 лютого 2006 року «Про виконання рішень та застосування практики Європейського Суду з прав людини». Відомості Верховної Ради України. 2006. № 30. Ст. 260.
20. Інформаційний лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 3 жовтня 2012 року № 223-1430/0/4-12 «Про порядок здійснення підготовчого судового провадження відповідно до Кримінального процесуального кодексу України». URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v1430740-12>.
21. Звіт судів першої інстанції про розгляд матеріалів кримінального провадження у 2017 році (ДСА України, форма № 1-1). Розділ 2. Розгляд справ кримінального провадження. URL: https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/rik_2017.
22. Теория доказательств в советском уголовном процессе. Отв. редактор Н.В. Жогин, изд. 2-е исправленное и дополненное. М.: Юрид. лит., 1973. 736 с.; Веретехин Е.Г. Пробелы предварительного расследования и их восполнение в суде 1-й инстанции. Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1988. 88 с.
23. Михайленко А.Р. Расследование преступлений: законность и обеспечение прав граждан. Научно-практическое издание. К.: Юринком Интер, 1999. 448 с.
24. Закон від 21 червня 2001 року «Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України». Відомості Верховної Ради України. 2001. № 34–35. Ст. 187.
25. Звіт судів першої інстанції про розгляд матеріалів кримінального провадження у 2017 році (ДСА України, форма № 1-1). Розділ 2. Розгляд справ кримінального провадження. URL: https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/rik_2017.
26. Звіт судів першої інстанції про розгляд матеріалів кримінального провадження у 2017 році. ДСА України, форма 1-1. Розділ 5. Розгляд слідчим суддею клопотань, скарг, заяв під час досудового розслідування. URL: https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/rik_2017.
27. Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 11 грудня 2015 року № 13 «Про практику здійснення судами кримінального провадження на підставі угод». URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0013740-15>.
28. Звіт судів першої інстанції про розгляд матеріалів кримінального провадження у 2017 році (ДСА України, форма №1-1). Довідка до розділу 2. Розгляд справ кримінального провадження. URL: https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/rik_2017.
29. Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 11 грудня 2015 року № 13 «Про практику здійснення судами кримінального провадження на підставі угод». URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0013740-15>.

М. Є. Шумило, доктор юридичних наук,
професор, заслужений діяч науки і техніки України,
член-кореспондент Національної академії правових
наук України, професор кафедри правосуддя
юридичного факультету Київського національного
університету імені Тараса Шевченка

КАМО ГРЯДЕШИ, УКРАЇНСЬКИЙ СУДЕ?..

У статті обґрунтовано тезу про потребу встановлення відповідного місця суду в системі суспільних оцінок і очікувань та координат органів кримінальної юстиції, оскільки сучасне становище інституту суду, на жаль, не відповідає високому соціальному призначенню у структурі політико-правових гарантій захисту прав і свобод людини як найвищої соціальної цінності.

Ключові слова: кримінальний процес, кримінальне судочинство, судовий процес, засади судочинства, докази, доказування.

M. Ye. Shumylo. Quo vadis, Ukrainian court?..

The article substantiates the thesis of necessity to establish a proper place of the court in the system of public assessments and expectations and coordinates of the criminal justice bodies. Unfortunately, court's current position does not correspond to its high social purpose in the structure of political and legal guarantees of human rights and freedoms protection as the highest social value. The understatement of the court's role has historical and mental causes. Traditionally, the court used to be an appendage of executive branch. This tendency was especially evident during the Soviet period, when the court was considered as the part of the administrative-command system, and its activities were also controlled by the prosecutor's office. The destructive consequences of the court's "custody" in the Soviet past, unfortunately, remained in modern law and the thinking of lawyers. Therefore, in legislation and in the lawyers minds criminal procedure and criminal justice are unreasonably equated; the role and significance of conviction as a result of trial are leveled out; notification of suspicion and bringing criminal charge are identified; a person is discharged from criminal liability without applying appropriate legal procedure of establishing the fact of committing a crime; court proceedings remain an integral part of the criminal procedure stages system, which obviously contradicts the requirements of Art. 6 and Art. 129 of the Constitution of Ukraine; the inadequate court's position in the legal system prevents the liquidation of the investigator's method of forming procedural evidence and the correct understanding of proving in criminal proceedings. Based on these findings, amendments and additions to the legislation are offered.

Key words: criminal procedure, criminal justice, trial, principles of judicial trial, evidence, proving.

Постановка проблеми. Положення суду в чинному Кримінальному процесуальному кодексі (далі – КПК) України неповною мірою відповідає вимогам Конституції України.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Положення інституту суду традиційно досліджується у структурі системи стадій кримінального процесу. Проте питання відповідності вимогам Конституції України чинної моделі кримінального процесу в сучасних вітчизняних наукових дослідженнях практично не піднімалося.

Мета статті – обґрунтувати потребу приведення у відповідність до вимог Конституції України місця суду в корпусі кримінальної юстиції.

Виклад основного матеріалу. Як відомо, стаття 3 Конституції України визнає людину, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканість і безпеку найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави, яка відповідає перед народом, а утвердження й забезпечення прав і свобод людини є головним

обов'язком держави. Тому фокус роботи її органів повинен бути максимально спрямований на охорону та захист прав людини. Стандарти ж цього захисту мають формуватися, зокрема, повсякденною практикою кримінального суду. Щоб бути гідним цієї високої місії, сам суд повинен займати належне йому місце як у системі суспільних оцінок й очікувань, так і в системі координат самої кримінальної юстиції.

Проте твереза й незаангажована оцінка місця й ролі сучасного вітчизняного кримінального суду дозволяє стверджувати: щоб досягти вказаної мети, йому доведеться пройти складний і тернистий шлях, долаючи низку серйозних проблем об'єктивного і суб'єктивного характеру.

Відразу варто зазначити, що применшення ролі та суспільного значення суду в нашій країні має свої історичні та ментальні причини. Так, до середини 19 ст. судова система царської Росії мала архаїчний характер, коли була підпорядкована адміністрації, і залежала не лише від центральної і місцевої влади, але й від жандармерії та поліції [1]. Тому судово-правова реформа 1864 р. була покликана забезпечити передусім незалежність суду і створити самостійну судову владу. Для цього у Статуті кримінального судочинства закріплювалися такі фундаментальні європейські правові цінності, як презумпція невинуватості, гласність, усність, змагальність судочинства, окремі гарантії права обвинуваченого на захист, участь захисника, принцип оцінки доказів за внутрішнім переконанням суддів та інші демократичні принципи судочинства. Проте час, на жаль, засвідчив, що між положеннями згаданого Статуту і соціально-політичною реальністю крок за кроком почала утворюватися прірва, а задекларована незалежність суду стала втрачати життєздатність.

Із середини 80-х рр. позаминулого століття почалася справжня деградація судової влади. Як зазначав у цьому зв'язку професор О.І. Трусов, такі процеси розвивалися за трьома напрямками: «безконтрольність поліції і жандармерії, які підкорювалися лише вищій адміністративній владі; послаблення демократичних інститутів, введених Статутом 1864 р. в судові системи; більш широке використання військових і надзвичайних судів, що діяли за своїми правилами» [1]. До речі, вельми метафорично із цього приводу висловлювався відомий російський теоретик і пропагандист марксизму Г.В. Плеханов: «Реформоване судочинство в Росії залишилося екзотичною рослиною: воно пасує до всього державного ладу Росії, як шовковий циліндр до одягненого у звірину шкуру ескімоса» [2].

Так, події 1917 р. нібито створювали всі потрібні передумови для демократичної реконструкції тодішньої судової влади. І дійсно, радянська судово-правова реформа 1922–1924 рр. спочатку не цуралася демократичних ідей Статуту 1864 р. Але, на жаль, уже з 1928 р. почалася соціально-юридична деградація новоствореної судової системи. Не дивно, що в умовах адміністративно-командної системи управління суд цілком прогнозовано став її невід'ємним елементом, втрачаючи своє призначення і перестаючи бути гарантом захисту й охорони прав та свобод людини. Інакше кажучи, суд перетворився на відомчу структуру управлінських установ, стаючи *de facto* залежним і підконтрольним органом прокуратури і виконавчої влади.

Наприклад, 1933 р. постановою ВЦВК і РНК СРСР була заснована Прокуратура СРСР. Згідно з її приписами, на прокуратуру покладался обов'язок «наглядати за правильним і однаковим застосуванням законів судовими установами союзних республік із правом витребувати судові й слідчі справи на будь-якій стадії провадження, опротестування вироків і рішень судів у вищій судовій інстанції і призупинення їх виконання» [3]. Указана норма була закріплена в Положенні про Прокуратуру СРСР, затверджене постановою ЦВК і РНК СРСР [4], а також у Положенні про прокурорський нагляд 1955 р. Не уникнув цього і Закон «Про прокуратуру СРСР» 1979 р., у якому також прямо зазначалось, що прокуратура здійснює нагляд за розглядом справ у судах.

Як бачимо, таким чином у законодавстві колишнього СРСР формувалась і карбувалась антидемократична ідея концентрації наглядових функцій прокуратури стосовно діяльності

суду. Крім цього, для контролю за діяльністю судів і «поліпшення» якості їхньої роботи в липні 1936 р. створено загальносоюзний орган судового управління – Народний комісаріат юстиції СРСР, який здійснював нагляд за застосуванням судами норм кримінального, цивільного і процесуальних кодексів, узагальнював судову практику і в разі потреби готував пропозиції на вдосконалення законодавства.

Роль науки за радянських часів, на думку професора О.С. Александрова, була «придворною», оскільки вона обслуговувала авторитарну владу, а тому дослідженню проблеми соціальної природи та правового положення суду увага практично не приділялася, адже «радянський суд був авторитетний сам для себе» [5]. Таке становище суду в суспільстві та державі не відповідало його природі як соціального та публічно-правового феномена, «в основі якого лежить соціо-антропологічна здатність людини до логічного мислення шляхом сприйняття інформації, її аналізу та оцінки» [6].

Як слушно стверджує професор С.В. Прилуцький, суд «розвивається й існує за правилами та законами соціального розвитку людей, іноді навіть незалежно та у розрізі з позитивним правом держави» [6]. Тому незалежність і справедливість суду треба поновлювати відповідно до соціальних очікувань. Дійсно, деструкційні наслідки політичного «опікування» судом із боку виконавчої влади в нашому історичному минулому, на жаль, ще наявні в сучасному юридичному мисленні та практиці правозастосування, а завдання зламати їх є надважким.

Теоретики права, характеризуючи вчення про моделі розуміння поведінки, звертають увагу на те, що, крім закону як юридичної непорушності, існує феномен так званого м'якого права. Останнє є сукупністю «діяльнісних норм», які виникають у рамках конкретної юридичної діяльності, привласнюються юристами, фіксуються у їхній правосвідомості, і ці юристи успішно керуються ними. Сила неписаного «м'якого права» полягає в його традиціях, звичаях, інституційних зв'язках з іншими структурними елементами кримінального процесу та органічній єдності із середовищем його функціонування. Відтак закони легко змінюються за велінням законодавця, а традиції, стереотипи юридичного мислення, правову свідомість сучасних юристів переформатувати куди важче, оскільки вони піддаються лише повільній корекції під тиском новітніх положень правової системи певної країни.

Відтак, коли новий закон не вкладається в матрицю раніше набутих уявлень юристів, то в процесі тлумачення і застосування починає спрацьовувати механізм його відторгнення, спричиняючи свідому або підсвідому *деконструкцію* закону. Тому й на визначення позиції суду у сфері кримінальної юстиції негативно впливають ряд успадкованих від *ancien régime* доктринальних положень кримінального права. Наприклад, у ч. 1 ст. 2 Кримінального кодексу України вказується, що «підставою кримінальної відповідальності є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбаченого цим Кодексом».

Отже, підставою кримінальної відповідальності є *самий* факт вчинення злочину. Очевидно, що ця нормативна конструкція зумовлена теоретичним посилом, згідно з яким кримінально-правові відносини виникають із моменту вчинення злочину, а відтак кримінально-процесуальні відносини виникають *лише* в рамках кримінально-правових відносин. Така позиція законодавця й окремих доктринерів не узгоджується із принципом презумпції невинуватості: ніхто не може констатувати наявності кримінально-процесуальних відносин до вступу обвинувального вироку суду в законну силу. На мою думку, такі нормативні конструкції аж ніяк не узгоджуються із загальним місцем сучасного права щодо статусу суду в процесі доказування фактів і обставин вчинення злочину.

Натомість обґрунтованою вважається доктринальна позиція, що *підставою* для кримінальної відповідальності є доведення в суді складу злочину в діянні особи, про що також ідеться в п. 3 ст. 373 КПК України. Закон установлює, що «обвинувальний вирок не може ґрун-

туватися на припущеннях; він ухвалюється лише за умови доведення в ході судового розгляду винуватості особи у вчиненні кримінального правопорушення».

Ганджовитим і принизливим для суду є також визначення терміна «притягнення до кримінальної відповідальності» як стадії кримінального провадження, яка починається з моменту повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального правопорушення (п. 14 ст. 3 КПК України). Це ніщо інше, як відвертий прояв обвинувального ухилу в кримінальному процесі, адже таке рішення не належить до компетенції прокурора або органів досудового розслідування.

На мою думку, повідомлення про підозру – це лише офіційна постановка стороною обвинувачення питання про потенційну кримінальну відповідальність особи. Остання може вважатися притягнутою до кримінальної відповідальності лише після позитивної констатації судом підстав для цього в обвинувальному вирокі до набрання ним законної сили. Така критична оцінка повною мірою стосується і ст. 228 КПК України, де чітко зазначено, що суд своєю ухвалою може звільнити особу від кримінальної відповідальності в разі встановлення підстав, передбачених законом про кримінальну відповідальність. Таким чином, навряд чи викладені положення кримінального та кримінального процесуального законодавства відповідають вимогам ст. 62 Конституції України. Негативно впливає на проблему визначення справжнього місця суду в царині кримінальної юстиції похідний продукт *політизованої юстиції* і концепт про похідну природу кримінального процесу від кримінального права і так далі.

На жаль, не зафіксоване закріплення відповідного місця суду й у чинному КПК України, примхливо змонтованому з положень англо-саксонського, континентального та радянського типів кримінального процесу. Відтак наявна стандартна пострадянська ситуація *конвергенційного тренду* сучасних процесуальних систем у контексті світової *глобалізації*.

Практично у кожній національній моделі кримінального процесу легко відшукати типологічні ознаки різних моделей. Тому, позичаючи із прогресивного світового досвіду, законотворець має додержуватися таких, зокрема, правил: 1) проєктований (реформований) КПК передусім *повинен* ефективно захищати права і свободи людини; 2) згаданий Кодекс *повинен* відповідати вимогам конституційних засад; 3) КПК *повинен* бути внутрішньо несуперечливим.

На жаль, чинний КПК України неповною мірою відповідає зазначеним вимогам. Зрозуміло, що така плутанина не могла не спричинити виникнення в кодифікованому законі конкурентних, а й інколи суперечливих положень, що неабияк ускладнює осмислення ролі і місця суду, спричиняючи зрештою соціальне напруження. Не можуть впоратися із правильним визначенням місця суду й у навчальних та наукових джерелах, де часто ототожнюються поняття «кримінальний процес» і «кримінальне судочинство». Наприклад, у «Курсі радянського кримінального процесу» (1989 р.) вказується: «Найбільш розповсюдженим і правильним є судження про те, що кримінальний процес (або кримінальне судочинство, що одне і те саме) є діяльністю з розслідування і вирішення кримінальних справ» [7]. Указана ідеологема виявлена і в КПК 2012 р. Так, у п. 10 ст. 3 згаданого Кодексу зафіксовано: «Кримінальне провадження – це досудове розслідування і судове провадження, процесуальні дії у зв'язку із вчиненням діяння, передбаченого законом України про кримінальну відповідальність». Як синонім до словоформи «кримінальне провадження» термін «кримінальне судочинство» використовується у ч. 1 ст. 221 КПК України.

Указане свідчить, що в рамках розуміння нинішніх законотворців діяльність суду залишається складовою частиною більш широкого поняття «кримінальний процес». Така позиція є панівною як у доктрині кримінально-процесуальної науки, так і в законодавстві. Тому не дивно, що в радянських і сучасних підручниках кримінальний процес і далі тлумачиться як діяльність органів розслідування, прокуратури і суду, спрямована на розслідування злочинів і розв'язання

питання про винуватість або невинуватість особи у вчиненні злочину [8]. У такому форматі тлумачення судова діяльність виявляється складовою частиною системи стадій кримінального процесу. Обґрунтовується ця позиція квазітеоретичними штампами, які «кочують» з одного навчального видання до іншого. Наприклад, типовим підручковим аргументом на підтримку визначення поняття кримінального процесу є посилання на значення слова «процес» як на певний рух (з лат. *procedere* – котитися). Відтак поняття «кримінальний процес» означає рух кримінальної справи відповідно до її стадій. Тому словосполученням «кримінальний процес» і «кримінальне судочинство» надається однакове значення. Щоправда, чомусь замовчується те, що стадія досудового розслідування і стадії судової діяльності істотно різняться за своїм змістом і призначенням. Також у навчальних виданнях стверджується, що досудове розслідування і судові стадії мають спільні засади кримінального процесу, але «залежно від окремих процесуальних форм і стадій деякі з них можуть бути обмеженими на стадії попереднього слідства» [9]. Однак така «аргументація» залишає поза увагою загальновизнане положення, що засади повинні бути загальними для всіх без винятку стадій кримінального провадження, а дія нормативних настанов лише на одній або декількох стадіях позбавляє їх статусу принципів.

Припущенням ролі суду в доведенні винуватості особи у вчиненні злочину (виправданні) також є наявність *функціонально* єдиного для слідства і суду інституту доказів і доказування. У рамках обговорюваної конструкції кримінального процесу суду відводилася другорядна роль порівняно з попереднім слідством. Проте заради справедливості варто сказати, що в науці кримінального процесу були й *інші* позиції.

Так, авторитетний радянський процесуаліст, професор М.С. Строгович у фундаментальному підручнику «Кримінальний процес» (1946 р.) окремо від поняття кримінального процесу виділяв поняття правосуддя, яке, на його думку, полягає в тому, що «спеціально уповноважений орган – суд – в определенном, установленном законом порядке решает вопрос о применении права, закона к конкретному действию, факту, отношению, спору и, в зависимости от решения этого вопроса, определяет для участвующих в возникшем правоотношении лиц (юридических и физических) соответствующие правовые последствия: признает подсудимого виновным в совершении преступления и применяет к нему наказание или признает его по суду оправданным» [10]. Він також підкреслював, що встановлення фактичних обставин вчинення злочину і застосування норм кримінального права здійснюється судом за участю сторін і в особливих процесуальних формах. Таким чином М.С. Строговичем фактично проводилося розмежування між діяльністю суду та діяльністю органів розслідування.

Далі варто зазначити, що характерною особливістю сучасного вітчизняного кримінального процесуального законодавства має бути його відповідність вимогам Конституції. Не випадково вважають, що кримінальний процес – це частина Конституції. Аналіз відповідних норм чинної Конституції України свідчить про неоднорідність правового регулювання діяльності суду й органів досудового розслідування.

Так, у ст. 129 Конституції України закріплено такі засади судочинства: 1) рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом; 2) забезпечення доведеності вини; 3) змагальність сторін та свобода в наданні ними суду своїх доказів й у доведенні перед судом їх переконливості; 4) підтримання публічного обвинувачення в суді прокурором; 5) забезпечення обвинуваченому права на захист; 6) гласність судового процесу та його повне фіксування технічними засобами; 7) розумні строки розгляду справи судом; 8) забезпечення права на апеляційний перегляд справи та у визначених законом випадках – на касаційне оскарження судового рішення; 9) обов'язковість судового рішення. Зі змісту цієї конституційної норми випливає, що згадані засади стосуються винятково судової діяльності і не поширюються на досудове розслідування.

Характерно, що на рівні Конституції в тексті засад судочинства у двох випадках підкреслюється, що вказані положення стосуються саме судового процесу. Важливо і те, що засади судочинства викладені в окремій главі Конституції України «Правосуддя», у якій про досудове розслідування не згадується. Така теза підтверджується ще й тим, що у п. 14 ст. 92 Конституції підкреслюється, що винятково законами України визначається діяльність судочинства, судоустрій, діяльність органів дізнання і слідства.

Таким чином, згаданою конституційною нормою законодавець проводить демаркаційну лінію між судочинством, з одного боку, та дізнанням і слідством – з іншого. Інакше кажучи, на конституційному рівні проведено розмежування між двома видами юридичної діяльності: досудовим розслідуванням і судовим розглядом. Це повною мірою кореспондує з вимогами ст. 6 Конституції, відповідно до якої «державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу і судову. Органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених цією Конституцією межах і відповідно до законів України».

Варто згадати, що відповідно до ст. 38 КПК України органи досудового розслідування відносяться до виконавчої влади і є структурними підрозділами органів Національної поліції України, органів безпеки, що здійснюють контроль за додержанням податкового законодавства, державного бюро розслідувань, Національного антикорупційного бюро України. Їхня діяльність відрізняється від судової за суб'єктами, метою, засобами і наслідками. Згідно із чинним КПК України провадження органів досудового розслідування включає поліційну (негласні слідчі (розшукові) дії) і процесуальну складові частини.

Попри очевидне діяльнісне розмежування, зміст розслідування формально зберігає процесуальний характер і регулюється КПК України. Але немає потреби доводити, що йдеться не про «чистий» процес, а мішаний – гібридна процесуальна діяльність.

Варто підкреслити, що прокурори та слідчі не наділені повноваженнями судової влади. Вони не є незалежними, бо в їхній діяльності наявна засада субординації, змістом якої є відношення влади і підкорення. У цьому контексті доречно послатися на рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України із прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) ч. 6 ст. 216 Кримінального процесуального кодексу України від 24 квітня 2018 р. № 3-р/2018, у якому зазначається, що «розслідування має бути, зокрема, незалежним, тобто з погляду безстороннього спостерігача не має існувати жодних сумнівів щодо інституційної або ієрархічної незалежності державного органу (його службових осіб), уповноваженого здійснювати офіційне розслідування порушень прав людини, гарантованих ст. ст. 27, 28 Конституції України. Конституційний суд вважає, що ієрархічне підпорядкування слідчих органів Служби вищим посадовим особам Міністерства не здатне забезпечити дотримання конституційних вимог щодо незалежності офіційного розслідування злочинів, вчинених проти осіб, які перебувають в установах відбування покарань, слідчих ізоляторах. Така ієрархічна залежність нівелює процесуальні гарантії незалежності слідчого, тобто він буде певним чином упередженим під час здійснення досудового розслідування».

Звернемо увагу ще на одну важливу очевидність: досудове розслідування побудоване не за правилами *арбітрального* методу правового регулювання, а тому має односторонній характер. Про це, зокрема, свідчить той факт, що в чинній моделі досудового розслідування органам обвинувачення належить державна монополія на встановлення фактичних обставин кримінального правопорушення, тобто діяння, що може мати ознаки злочину. Сторона ж захисту практично позбавлена можливостей істотно впливати на розв'язання таких питань, а її повноваження в досудовому розслідуванні мають декларативний характер. Наприклад, на

стадії досудового розслідування прокурор і слідчий можуть проігнорувати подані захисником матеріали для визнання їх доказами, й останні не можуть вплинути на формулювання підозри чи обвинувачення. Розгляд таких та інших клопотань сторони захисту на стадії підготовчого провадження (ст. ст. 314–317 КПК України), як правило, втрачає свою актуальність.

На відміну від досудового розслідування, судочинство бере свій початок із того моменту, коли органи обвинувачення обґрунтовано вказують на особу, що вчинила правопорушення, а тому вона заслуговує покарання. Але щоб ця версія змогла перевтілитися в доведений юридичний факт, потрібна відповідна правова процедура, якій притаманні надійні процесуальні гарантії. Останні є там, де реально діє принцип презумпції невинуватості і є формально рівні сторони обвинувачення та захисту, які мають можливість переконувати незалежний і неупереджений суд у правдивості своїх правових позицій. Тому намагання поширити засади судочинства, передбачені ст. 129 Конституції України, на досудове розслідування є контрпродуктивними.

Викладене вище дає підстави поставити під сумнів чинну систему стадій кримінального процесу. Судове провадження не може вважатися конструкційним продовженням досудового розслідування, тобто частиною юридичної роботи, виконаної спільними зусиллями прокурора, слідчого та суду. Судове провадження не може бути складовою частиною структури кримінальної процесуальної діяльності, у якій у єдине ціле об'єднані досудове розслідування і судові провадження. Судочинство – це самостійний, уособлений судовий процес, передбачений ст. 129 Конституції України. Тому досудове розслідування і судовий процес повинні регулюватися окремими законодавчими актами [11].

Демонтаж системи стадій кримінального процесу передбачає остаточну руйнацію слідчим способом формування доказів та запровадження змагального порядку їх визнання. Для цього в законодавстві слід передбачити відповідні чіткі процесуальні механізми. В іншому разі важко зрозуміти характер діяльності суду першої інстанції, оскільки постає питання: що робить суд першої інстанції у судовому розгляді? Досліджує докази – речові докази, документи, звуко- і відеоматеріали (ст. ст. 357–359 КПК України) – чи проводить слідчі (розшукові) дії (ст. ст. 351–357, 361 КПК України)? Виходячи з імперативної логіки ч. 2 ст. 23 КПК України, яка приписує визнавати доказами відомості, що містяться в показаннях, речах і документах лише після безпосереднього дослідження їх у суді, ані перше, ані друге неможливе – як можна перевіряти те, чого реально немає?

На мою думку, у законі доречно вказати, що суд досліджує *матеріали*, представлені сторонами, і в разі наявності підстав може визнати їх судовими доказами (кримінальними судовими доказами в термінах В.С. Гмирка). Саме із цієї причини у ст. 317 КПК України зазначено, що в ході підготовчого провадження його учасники долучають до обвинувального акта не докази, а *матеріали* кримінального провадження. А це вже тягне за собою вимогу анулювання ст. 84 КПК України і зміни відповідних норм, що стосуються процедури судового розгляду.

Зрозуміло, що існування вказаної конструкції судових доказів дезавуєє односторонній «слідчий стандарт» формування доказів у кримінальному процесі. Судовий же стандарт формування доказів передбачає реальну можливість для сторін брати участь у дослідженні матеріалів досудового провадження в перспективі визнання їх судовими доказами. Відтак варто зазначити, що зміна концептуальної основи кримінального судочинства, його переорієнтація на захист прав особи, визнання на рівні конституційних принципів змагальності та презумпції невинуватості передбачає реконструкцію застарілої моделі доказування.

На жаль, законодавець у чинному КПК України не подолав стереотипів у поглядах на визначення феномена доказування. Тому нормативно закріплене у чинному КПК України поняття доказування як збирання, перевірка та оцінка доказів для встановлення обставин, що

мають значення для кримінального провадження, суттєво спрощує його зміст (п. 2 ст. 91 КПК України). Треба визнати, що згадане поняття не охоплює істотних ознак цього явища, а лише вказує на види процесуальних дій, що застосовуються суб'єктами доказування.

Як справедливо зазначає професор В.А. Лазарева, «таке уявлення про доказування спирається на єдність державної влади, пріоритет публічних інтересів перед інтересами особи, переконання в тому, що кримінальний процес є засобом боротьби зі злочинністю» [12]. Критикована інтерпретація доказування залишає неабияку невизначеність щодо місця й ролі суду і сторін в аналізованій діяльності. Також доказування ототожнюється з досудовим розслідуванням, і тоді воно стає підготовкою до судового доказування. Тому потрібно чітко позиціюватися: доказування там, де є юридична суперечка, а діяльність сторін і суду спрямована на переконання суду в істинності своїх суджень.

Пропонований підхід суттєво розширює уявлення про зміст доказування і дає можливість його учасникам в умовах інтелектуальної конкуренції: 1) чітко визначитися із предметом спору; 2) сформулювати власні правові позиції щодо суті спірних положень; 3) аргументувати їх судовими доказами і переконувати суд у правомірності своїх суджень; 4) у процесі надання аргументації підкреслити цінність кожного судового доказу та їх сукупності, а також виділити більш переконливі докази; 5) запропонувати суду варіант розв'язання основного питання судового процесу.

Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі. На завершення хотів би наголосити, що в науці кримінального процесу і законодавстві пострадянського простору поступово – не без ускладнень і контроверз, кроку вперед і двох кроків назад – таки відроджуються європейські постулати кримінального процесу. Наприклад, змагальна парадигма доказування закріплена у ст. 123 КПК Латвійської республіки, яка маніфестує: «Доказування – це діяльність з обґрунтування наявності або браку фактів і обставин, що входять у предмет доказування». Зазначене надихає, адже дуже хотілося б вірити, що на питання-заголовок цієї статті відповідь буде не за горами.

Список використаних джерел:

1. Кудрявцев В.Н., Трусев А.И. Политическая юстиция в СССР. Санкт-Петербург, 2002.
2. Плеханов В.Г. Собрание сочинений. Москва; Ленинград, 1925. Т. 5.
3. Собрание законов СССР. 1933. № 40. Ст. 239.
4. Собрание законов СССР. 1934. № 1. Ст. 2.
5. Александров А.С. Духless русского уголовно-процессуального права. Уголовное судопроизводство: в 3 т. / под ред. Н.А. Колоколова. Москва: Юрайт, 2017. Т. 1.
6. Прилуцький С.В. Суд як фундаментальний соціально-правовий феномен (зародження, еволюція, сучасність). Journal «Science Rice: Juridical Science». 2017. № 2 (2). С. 42–43.
7. Курс советского уголовного процесса / под ред. А.Д. Бойкова, И.И. Карпеца. Москва, 1989.
8. Назаров В.В. Омеляненко Г.М. Кримінальний процес України. Київ: Атіка, 2007.
9. Принципы современного российского уголовного судопроизводства: монография / науч. ред. И.В. Смолькова; отв. ред. Р.В. Мазюк. Москва: Юрлитинформ, 2015.
10. Строгович М.С. Уголовный процесс. Москва, 1946.
11. Демидов И.Ф. Реструктуризация уголовного судопроизводства (концепция как гипотеза). Государство и право. 2012. № 1. С. 38.
12. Лазарева В.А. Проблемы реализации состязательности в уголовном процессе Российской Федерации. Уголовное судопроизводство: в 3 т. / под ред. Н.А. Колоколова. Москва: Юрайт, 2017.