ВИСНОВКИ ТА РЕКОМЕНДАЦІЇ З НАЦІОНАЛЬНОЇ ПРАВНИЧОЇ ДИСКУСІЇ

Висновки, яких дійшли автори з актуальної теми цього номера журналу, становлять інтерес як правозастосувачів норм Кримінального процесуального кодексу України (далі — КПК України), так і законодавця. Зрозуміло, що вони є певним внеском і у вітчизняну доктрину кримінального процесуального права.

1. Виокремлюючи та з'ясовуючи особливості доказування у деяких кримінальних провадження, зокрема, аналізуючи особливості порядку з'ясування визначених процесуальним законом обставин і перевірки їх доказами під час розгляду скарг слідчим суддею на рішення, дії та бездіяльність органів досудового розслідування та прокурора, автори дійшли висновку: незважаючи на те, що процедура розгляду та вирішення скарг слідчим суддею має свої особливості, вона є подібною до судового розгляду за своєю структурною побудовою, порядком проведення процесуальних дій, доказуванням. Слідчий суддя володіє процесуальними засобами (допитами, дослідженням речових доказів і документів, залученням спеціалістів для надання консультацій і роз'яснень тощо), які забезпечують його значним пізнавальним потенціалом для повної і всебічної перевірки аргументів, наведених у скарзі учасника провадження й обґрунтованого її вирішення.

Враховуючи позитивну характеристику та значення судового контролю за рішеннями, діями та бездіяльністю органів досудового розслідування і прокурора, можливим є розширення його меж, що можна розглядати як один зі шляхів поглиблення змагальності сторін на досудовому розслідуванні. Таке розширення фактично може здійснюватися двома шляхами: 1) розширенням кола рішень, дій та бездіяльності, що можуть бути оскаржені, а також 2) наданням права на скаргу іншим учасникам досудового розслідування.

2. З'ясовуючи та аналізуючи особливості доказування під час розгляду слідчим суддею клопотання слідчого або прокурора про здійснення спеціального досудового розслідування *(in absentia),* а також особливості доказової діяльності сторони захисту при цьому, автори вважають, що є підстави для виділення загального (на основі положень глави 24^1 КПК України) та спеціального (з урахуванням положень п. 20^1 розділу XI «Перехідні положення» КПК України) локальних предметів доказування. Елементами цих предметів доказування є підстави та умови здійснення спеціального досудового розслідування, відповідність змісту клопотання слідчого, прокурора про здійснення спеціального досудового розслідування вимогам КПК України. До підстав у межах загального локального предмета доказування слід віднести наявність достатніх даних, що підозрюваний переховується від органів слідства та суду з метою ухилення від кримінальної відповідальності та оголошений у міждержавний та/або міжнародний розшук. До умов слід віднести: 1) належність злочину, у вчиненні якого підозрюється особа, до переліку вказаного у ч. 2 ст. 297^1 КПК України; 2) повідомлення особи про підозру у вчиненні злочину з цього переліку та її обґрунтованість; 3) вік підозрюваного; 4) дотримання правил підслідності; 5) кримінально-процесуальну компетенцію слідчого, прокурора, який звертається із клопотанням до слідчого судді.

Для створення правового підґрунтя для надання показань (пояснень) підозрюваним під час спеціального досудо-

вого розслідування слід запропонувати у КПК України та використовувати механізм афідевіту, який слугуватиме додатковою (стосовно відеоконференції) гарантією реалізації процесуального права підозрюваного — права давати показання, пояснення, що є необхідною умовою реалізації права на справедливий судовий розгляд у контексті ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р (далі — Конвенція).

3. Ефективність кримінального провадження, його дієвість і належний перебіг, крім іншого, забезпечують передбачені законом заходи процесуального примусу. Кримінально-процесуальний примус за своїм змістом не є однорідним, до його правових форм варто віднести: а) заходи кримінально-процесуального примусу; б) заходи кримінально-процесуальної відповідальності; в) заходи забезпечення одержання і перевірки доказової інформації.

Систему заходів забезпечення кримінального провадження становлять далеко не всі заходи кримінально-процесуального примусу, кримінально-процесуальної відповідальності, забезпечення одержання й перевірки доказової інформації. Так, до заходів забезпечення кримінального провадження віднесено виклик слідчим, прокурором і судовий виклик, які, однак, не мають примусового характеру.

Законодавчо сформульована мета заходів забезпечення кримінального провадження (ч. 1 ст. 131 КПК України) викликає зауваження, адже будь-які інститути кримінально-процесуального права спрямовані на досягнення дієвості кримінального провадження. Мета цього інституту має бути сформульована з урахуванням мети правових форм кримінально-процесуального примусу, а також мети заходів інформаційного забезпечення кримінального провадження.

Тож заходи забезпечення кримінального провадження — це частина заходів кримінально-процесуального примусу, кримінально-процесуальної відповідальності, забезпечення одержання та перевірки доказової інформації, а також заходів інформаційного забезпечення кримінального провадження, що застосовуються на підставі, за умов та у порядку, встановленому кримінально-процесуальним законом, державними органами та службовими особами, які ведуть кримінальне провадження, а в окремих випадках й іншими особами, щодо підозрюваного, обвинуваченого, свідка, потерпілого або інших осіб з метою припинення вже розпочатого та запобігання вчиненню реально можливого правопорушення, покарання за невиконання процесуальних обов'язків, одержання і перевірки доказів, а також передачі інформації учасникам кримінального провадження.

4. Згідно зі ст. 1 КПК України кримінальне процесуальне законодавство України складається із відповідних положень Конституції України, міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, КПК України та інших законів України. Отже, закони є основною формою вираження і закріплення норм права, що регламентують порядок кримінального судочинства. Від того, наскільки якісними є норми кримінального процесуального права, багато в чому залежить законність правозастосовної діяльності.

Європейський суд з прав людини (далі — ЄСПЛ, Суд) поняття «якості закону» пов'язує з його точністю і зрозумілістю. Суд неодноразово наголошував на тому, що, по-перше, закон повинен містити зрозумілі й чіткі формулювання, які б давали можливість особі самостійно або за допомогою консультацій регулювати свою поведінку. По-друге, норми закону мають бути несуперечливими та пропонувати повне врегулювання суспільних відносин, не допускаючи існування прогалин. По-третє, закон має бути передба-

чуваним, із достатньою чіткістю встановлювати межі дискреційних повноважень, наданих органам влади, та спосіб їхнього здійснення.

На жаль, чинне кримінальне процесуальне законодавство не завжди відповідає зазначеним вище вимогам, оскільки містить неузгодженості, неточності, прогалини нормативного регулювання, колізії тощо. Це негативно позначається на правозастосовній практиці, породжує відсутність єдності у тлумаченні норм права суддями, сторонами обвинувачення та захисту.

З огляду на сказане на підтримку заслуговує ініціатива Комітету Верховної Ради України з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності щодо узагальнення пропозицій науковців із метою реновації КПК України, внесення до нього системних змін і доповнень.

5. Чинний КПК України передбачає особливі порядки кримінального провадження (розділ VI), серед яких окремо регулює провадження щодо категорії осіб, які є посадовими особами вибраних державних органів місцевого самоврядування, судової влади, правоохоронних органів, адвокати, кандидати у Президенти України. Серед особливостей цих кримінальних проваджень є і вручення названим посадовим особам повідомлення про підозру у вчиненні кримінального правопорушення. Що стосується суддів, то положення ст. 481 КПК України у цьому контексті є фрагментарними, оскільки законодавець не уточнює, хто із суб'єктів кримінального провадження повинен здійснити вручення повідомлення про підозру. Чинна нормативна модель не дає чіткої відповіді на питання про тотожність/нетотожність суб'єктів складання і вручення повідомлення про підозру щодо окремих категорій осіб, зокрема і суддів. За чинної моделі нормативної регламентації цього питання, беручи до уваги розмежування законодавцем формулювань «складення» і «вручення» повідомлення про підозру у главі 22 КПК України, а також те, що у ст. 481 вжито формулювання «письмове повідомлення про підозру здійснюється», та зважаючи на те, що повідомлення про підозру є комплексом процесуальних дій як щодо самого складання письмового повідомлення про підозру, так і його вручення особі, можна дійти висновку, що суб'єкти складення та вручення повідомлення про підозру для всіх окремих категорій осіб є однаковими. Таким суб'єктом має бути виключно Генеральний прокурор України або його заступник.

6. Передбачений чинним законодавством України порядок повідомлення про підозру судді у випадку його затримання на місці вчинення кримінального правопорушення чи безпосередньо після його вчинення (п. 1 ч. 1 ст. 276 КПК) є занадто ускладненим, адже, за загальним правилом, для затримання судді та повідомлення його про підозру Генеральному прокурору України або його заступнику необхідно отримати попередній дозвіл Вищої ради правосуддя. Єдиним винятком є затримання судді під час або відразу ж після вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину. Водночас передбачені в п. 2 абзацу 3 ч. 1 ст. 482 КПК України спеціальні ризики щодо мети затримання судді під час або відразу ж після вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину нівелюють саму сутність інститутів затримання і підозри у кримінальному провадженні. Мета затримання судді повинна відповідати загальній меті застосування запобіжних заходів, яка передбачена у ч. 1 ст. 177 КПК України.

Потребує удосконалення порядок повідомлення про підозру судді у випадку затримання його під час або відразу після вчинення злочину середньої чи невеликої тяжкості, адже якщо брати до уваги буквальне тлумачення положень абзацу 3 ч. 1 ст. 482 КПК України, то уповноважені суб'єкти сторони

обвинувачення у разі затримання судді під час або відразу після вчинення злочинів зазначеної тяжкості після встановлення його особи позбавлені права повідомити про підозру на підставі п. 1 ч. 1 ст. 276 КПК України, а зобов'язані негайно його звільнити й звертатися з поданням про затримання судді та застосування до нього запобіжного заходу тримання під вартою чи домашнього арешту до Вищої ради правосуддя. У цьому випадку виникає ризик втечі судді з метою ухилення від кримінальної відповідальності та знищення ним доказів, які можуть свідчити про його винуватість у вчиненні злочину.

7. Для одержання та перевірки доказової інформації під час проведення досудового розслідування чинний КПК України передбачив проведення гласних та негласних слідчих (розшукових) дій (далі — НС(Р)Д), які істотно обмежують конституційні права і свободи особи. Як засвідчує практика в процесі їхнього проведення, виникають певні ускладнення, пов'язані з недосконалостями їх правового регулювання. На окремі з них звертають увагу автори публікацій у цьому номері і пропонують обґрунтовані шляхи їхнього вирішення.

Так, якщо у процесі контролю за вчиненням злочину виникає необхідність проведення іншої НС(Р)Д, яка пов'язана з тимчасовим обмеженням конституційних прав особи (наприклад, права на приватне спілкування), то така дія не охоплюється процесуальним порядком контролю за вчиненням злочину (тільки за рішенням прокурора), а потребує ще й дозволу суду (ухвали слідчого судді). У цьому контексті необхідно забезпечити єдність судової практики щодо застосування положень ч. 8 ст. 271 КПК України.

8. У разі проведення НС(Р)Д, які є об'єктом судового контролю, на слідчого суддю покладається обов'язок визначення достатності підстав щодо вчинення злочину відповідної тяжкості. Для цього слідчий суддя може витребувати у необхідних випадках матеріали кримінального провадження.

Натомість у разі проведення НС(Р)Д, стосовно яких відсутній судовий контроль (проводяться лише за рішенням слідчого, прокурора), на суд першої інстанції при дослідженні відповідних протоколів покладається обов'язок з'ясування достатності підстав для кваліфікації діяння як тяжкого чи особливо тяжкого на момент прийняття рішення слідчим, прокурором.

У разі, коли стороною обвинувачення не відкриваються стороні захисту (в порядку ст. 290 КПК України) та в подальшому суду не подані в матеріалах провадження ухвали або постанови, якими надавався дозвіл на проведення НС(Р)Д, це ставить під сумнів його результати, отримані на підставі цих процесуальних документів. Тож нагальним є розроблення Верховним Судом порядку розсекречення ухвал слідчих суддів апеляційних судів, у якому було б закріплено процедуру та обов'язок суду розсекречувати ці ухвали.

Результатами НС(Р)Д є матеріально фіксовані джерела, що виникають (отримуються) у процесі їх проведення, змістом яких є відповідна інформація, дані, здобуті відповідно до мети конкретної НС(Р)Д уповноваженим суб'єктом, які становлять: а) документи (їхні копії), що містять відповідні фактичні дані; б) будь-які об'єкти речового походження, властивості, якості й стан яких об'єктивно пов'язані зі злочинною діяльністю або які були знаряддям злочину; в) всі інші матеріальні об'єкти, котрі можуть бути засобами розкриття і розслідування злочину.

Результати НС(Р)Д фіксуються у протоколах про їхнє проведення і додатках до них. Під протоколом НС(Р)Д слід розуміти процесуальний документ, що складається слідчим, прокурором у передбаченому КПК України порядку, в якому зафіксовані хід і результати проведення НС(Р)Д,

а також інші обставини, що мають значення для кримінального провадження.

Додатками до протоколу НС(Р)Д можуть бути: 1) спеціально виготовлені копії об'єктів; 2) письмові пояснення спеціалістів, які брали участь у проведенні відповідної процесуальної дії; 3) стенограма, аудіо-, відеозапис процесуальної дії; 4) фототаблиці, схеми, зліпки, носії комп'ютерної інформації та інші матеріали, які пояснюють зміст протоколу. Ці додатки долучаються до протоколу, роз'яснюють та уточнюють його зміст, проте самостійного процесуального значення не мають.

Протоколи НС(Р)Д разом із додатками можуть мати процесуальне значення документів — доказів у кримінальному провадженні. Тому було б доцільним виокремити протоколи процесуальних дій із сукупності інших документів як джерел доказів у кримінальному провадженні та викласти ч. 2 ст. 84 КПК України у такій редакції: «2. Процесуальними джерелами доказів є показання, речові докази, документи, протоколи процесуальних дій та додатки до них, висновки експертів».

Лише нерозривна єдність аудіо-, відеозаписів, інших носіїв інформації, на підставі дослідження яких складається протокол відповідної НС(Р)Д, разом із протоколом є джерелом доказу у кримінальному провадженні.

9. Одним із найбільш проблемних питань, що виникають під час досудового розслідування, є проведення обшуку особи. Проблемність, як вбачається, полягає у недосконалості положень глави 20 КПК України, яка визначає процесуальний порядок провадження слідчих (розшукових) дій, підстави їх проведення тощо. Однак визначаючи мету, підстави та порядок проведення такої слідчої дії, як обшук, вона регулює лише проведення обшуку в житлі чи іншому володінні особи, залишаючи поза увагою порядок проведення обшуку особи. Як підтверджує опитування слідчих, суддів, прокурорів й адвокатів, ця прогалина в процесуальному законодавстві викликає певні труднощі в правозастосовній діяльності під час застосування положень статей 234–236 КПК України для проведення обшуку особи.

Зважаючи на наведене вище, а також враховуючи законодавчий досвід кримінального процесуального законодавства багатьох зарубіжних країн, норми якого детально регламентують процесуальний порядок проведення стороною обвинувачення обшуку особи, вбачається необхідність доповнити чинний КПК України ст. 234^1 «Обшук особи», якою усунути зазначену прогалину в законодавстві і стабілізувати слідчу практику.

10. Аналіз теоретико-правових основ співробітництва України з міжнародними судовими установами в контексті кримінального провадження дає підставу для висновку, що у ст. 541 КПК України, яка містить роз'яснення термінів для засад міжнародного співробітництва під час кримінального провадження, слід надати тлумачення терміна «міжнародна судова установа». Отже, під міжнародною судовою установою слід розуміти судовий або інший орган, наділений аналогічними повноваженнями на здійснення кримінального провадження, створений на підставі міжнародного договору або рішенням міжнародної організації, членом яких є Україна, згода на юрисдикційність якого надана Україною у встановленому внутрішнім законодавством порядку (зокрема, у ст. 541 КПК України). До глави 46 КПК України, яка регламентує процесуальний порядок визнання і виконання вироків судів іноземних держав та передачу засуджених осіб, а також міжнародних судових установ, слід внести доповнення, які безпосередньо стосувалися б належної процесуальної регламентації визнання і виконання вироків міжнародних судових установ. Зокрема, визначити умови та підстави зносин із міжнародними

судовими установами, а також процедуру розгляду судом питання про визнання і виконання вироку міжнародної судової установи.

Останнім часом назріла необхідність виділення окремих процесуальних форм співробітництва держав із міжнародними судовими установами, насамперед видачі правопорушників такій установі; вчинення процесуальних дій щодо справи, яка перебуває у її провадженні, тощо.

11. Залишаються актуальними питання дотримання у кримінальному провадженні положень Конвенції з урахуванням практики її застосування ЄСПЛ. Асамблея Ради Європи у своїй Резолюції 2178 (2017) від 29 червня 2017 р. «Виконання рішень Європейського суду з прав людини» закликала національні парламенти держав — членів Ради Європи відстежувати виконання міжнародних зобов'язань у правозахисній сфері і насамперед тих, що випливають із Конвенції.

Зі свого боку, ЄСПЛ розробив мінімальні гарантії, які повинні бути встановлені в національному законодавстві з метою уникнення зловживання владою у випадках, коли законний привілейований матеріал було отримано за допомогою НС(Р)Д. По-перше, в законі необхідно чітко визначити сферу юридичного професійного привілею та вказати, яким чином, за яких умов і через кого слід проводити розмежування між привілейованими та непривілейованими матеріалами. Враховуючи, що конфіденційні відносини між адвокатом та його клієнтами належать до особливо чутливої сфери, яка безпосередньо стосується прав захисту, неприпустимо, щоб це завдання було віднесено до компетенції представника виконавчої влади без нагляду з боку незалежного судді. По-друге, правові положення, що стосуються дослідження, використання та зберігання отриманого матеріалу, запобіжні заходи, які слід вживати при передачі матеріалу іншим сторонам, та обставини, в яких записи можуть бути або повинні бути знищені (стерті), або матеріали, які були знищені, повинні забезпечити достатні гарантії для захисту законного привілейованого матеріалу, отриманого під час НС(Р)Д.

Крім того, у разі виникнення ситуації у кримінальному провадженні щодо реалізації обвинуваченим права на особистий допит свідків національні суди, зокрема й Верховний Суд, повинні враховувати такі принципи: 1) чи були вагомі підстави відсутності свідка на суді. Важливі причини відсутності свідка повинні існувати з погляду судового розгляду, а фактичні чи юридичні підстави з такої причини повинні бути відображені в рішеннях національних судів; 2) чи були докази, отримані від свідка, який не з'явився у судове засідання, єдиною та вирішальною підставою для засудження особи; 3) чи мали місце достатні урівноважуючі фактори, зокрема надійні процесуальні гарантії, здатні компенсувати недоліки, з якими зіткнулася сторона захисту у зв'язку з допустимістю неперевірених доказів, і забезпечити загальну справедливість судового розгляду.

Підготовлено координатором актуальної теми
національної правничої дискусії
«Кримінальне процесуальне законодавство України
у контексті судово-правової реформи: теорія і практика»
В. Нором
за результатами її обговорення на сторінках журналу