

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС

**Лобойко Л.М.
Банчук О.А.**

Л.М. ЛОБОЙКО, О.А. БАНЧУК

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС

Навчальний посібник

Київ
Ваіте
2014

УДК 343.1(075.8)

ББК 67.411я73

Л68

РЕЦЕНЗЕНТИ:

НОР Василь Тимофійович, завідувач кафедри кримінального процесу та криміналістики Львівського національного університету імені Івана Франка, доктор юридичних наук, професор, академік Національної академії правових наук України

ШИЛО Ольга Георгіївна, завідувач кафедри кримінального процесу та оперативно-розшукової діяльності Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, доктор юридичних наук, професор, заслужений діяч науки і техніки України

Лобойко Л.М., Банчук О.А. Кримінальний процес: Навчальний посібник. – К.: Ваіте, 2014. – 280 с.

ISBN 978-966-2310-09-2

У навчальному посібнику викладені основні поняття кримінального процесу. Книга підготовлена в рамках проекту ОБСЄ «Підтримка розвитку юридичної освіти та освіти з прав людини в Україні».

Для студентів і курсантів, які навчаються за спеціальностями «Правознавство» та «Правоохоронна діяльність», викладачів, практичних працівників та всіх, хто цікавиться проблемами кримінального процесу.

АВТОРИ:

ЛОБОЙКО Леонід Миколайович, головний науковий співробітник сектора дослідження проблем судової, слідчої і прокурорської діяльності НДІ вивчення проблем злочинності імені академіка В.В. Сташиса Національної академії правових наук України, доктор юридичних наук, професор

БАНЧУК Олександр Анатолійович, експерт Центру політико-правових реформ, кандидат юридичних наук

УДК 343.1(075.8)

ББК 67.411я73



Організація з безпеки та співробітництва в Європі
Координатор проектів ОБСЄ в Україні

Це видання здійснене за сприяння Координатора проектів ОБСЄ в Україні.

Координатор проектів ОБСЄ в Україні не несе відповідальності за зміст та погляди, висловлені у цій публікації.

ISBN 978-966-2310-09-2

© ОБСЄ, 2014

Шановний читачу!

Висока якість юридичної освіти є однією з невід'ємних ознак успішного демократичного суспільства. Визнаючи важливу роль правників в утвердженні верховенства права та забезпеченні захисту прав і основоположних свобод людини, Координатор проектів ОБСЄ в Україні з 2005 року впроваджує низку проектів, метою яких є реформування системи юридичної освіти в Україні.

Сьогодні українська академічна спільнота потребує нових стандартів юридичної професії для фахової підготовки правників відповідно до європейських стандартів вищої освіти та правничої професії. Також необхідним є оновлення змісту та методики викладання правничих дисциплін. Відповідно до Рекомендацій Комітету міністрів Ради Європи в університетську освіту має запроваджуватись професійне навчання щодо Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та практики Європейського суду з прав людини. Професійні знання та навички випускників правничих вузів повинні відповідати потребам правничої професії, тому важливим є поєднання та баланс теоретичних та практичних складових в межах правничих дисциплін.

У рамках діяльності Координатора проектів ОБСЄ в Україні було проведено комплексне дослідження щодо стану юридичної освіти та науки в Україні. За результатами дослідження основними напрямками діяльності стала розробка стандарту

юридичної освіти та поліпшення навчально-методичного забезпечення навчальних посібників. Розробці навчальних посібників передувала розробка відповідних модельних програм навчальних дисциплін та їх широке обговорення. Метою Координатора проектів ОБСЄ в Україні було створення таких модельних програм навчальних дисциплін, які допоможуть сформува-ти нові підходи до викладання фундаментальних юридичних дисциплін. Методологічною основою навчальних посібників є викладання правничих доктрин, принципів та інститутів, на яких базується та чи інша галузь права, у поєднанні з прикладами із судової практики, наведенням статистичних даних, прикладів з історії та законодавства тощо, а запитання і завдання сформульовані так, щоб допомогти студентам підготуватися до практичної діяльності.

Цей посібник є одним із низки публікацій, які розроблялись Координатором проектів ОБСЄ в Україні з фундаментальних правничих дисциплін. Сподіваюсь, що посібник буде цікавим та корисним як для викладачів з кримінального процесу, так і для правничої спільноти України.

Наталія СТУПНИЦЬКА

*Національний менеджер проектів
Координатора проектів ОБСЄ в Україні*

ЗМІСТ

ВСТУП	9
--------------------	---

ПЕРЕЛІК СКОРОЧЕНЬ	11
--------------------------------	----

Розділ 1. ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ

1.1. Кримінальний процес: загальна характеристика	12
1.2. Наука кримінального процесу. Діяльнісний підхід у науці кримінального процесу	14
1.3. Принципи кримінального процесу, що визначають його суть і побудову	15
1.4. Учасники (суб'єкти) кримінального процесу	18
1.5. Кримінальна процесуальна форма: уніфікація і диференціація	20
1.6. Стадії кримінального процесу	21
1.7. Кримінальні процесуальні функції	24
1.8. Альтернативні способи вирішення кримінально-правових конфліктів	25
Запитання і завдання	30
Додаткова література	31

Розділ 2. СУД КРИМІНАЛЬНОЇ ЮРИСДИКЦІЇ

2.1. Поняття суду кримінальної юрисдикції	32
2.2. Безсторонність суду	42
2.3. Суд за участю «народного елемента»	50
2.4. Зміна складу суду	52
2.5. Вимоги до облаштування зали судових засідань	54
Запитання і завдання	55
Додаткова література	57

Розділ 3. ОБВИНУВАЧЕННЯ

3.1. Суть обвинувачення	58
3.2. Розподіл повноважень між суб'єктами, які здійснюють обвинувачення	62
3.3. Формування обвинувачення на досудовій стадії	65
3.4. Припинення кримінального провадження (переслідування) під час досудового розслідування	70
3.5. Оскарження рішення про припинення провадження (переслідування)	74
3.6. Передання кримінальної справи до суду (порушення державного обвинувачення)	75
3.7. Підтримання державного обвинувачення	76
3.8. Відмова від обвинувачення	77
3.9. Право на розгляд справи упродовж розумного строку	77
Запитання і завдання	81
Додаткова література	83

Розділ 4. ЗАХИСТ

4.1. Право на захист	84
4.2. Вибір захисника і його залучення до процесу	85
4.3. Кваліфікація захисника	88
4.4. Присутність на слуханнях	89
4.5. Вихід захисника із процесу	90
4.6. Права сторони захисту	92
4.7. Переваги захисту	102
4.8. Обов'язок щодо ефективного розслідування заяв сторони захисту про жорстоке поводження з обвинуваченим	110
Запитання і завдання	111
Додаткова література	113

Розділ 5. ПОТЕРПІЛИЙ

5.1. Поняття потерпілого	114
5.2. Набуття статусу потерпілого	118

5.3. Права потерпілого	123
Запитання і завдання	127
Додаткова література	129

Розділ 6. ЗАХОДИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

6.1. Поняття і різновиди заходів забезпечення кримінального провадження	130
6.2. Запобіжні заходи	134
6.3. Інші заходи забезпечення кримінального провадження	167
Запитання і завдання	168
Додаткова література	170

Розділ 7. ДОКАЗУВАННЯ

7.1. Предмет і межі доказування	171
7.2. Обов'язок і тягар доказування	175
7.3. Слідчі дії	178
7.4. Зобов'язання надавати відомості	181
7.5. Зобов'язання щодо нерозголошення відомостей	183
7.6. Оцінка доказів	184
7.7. Зберігання доказів після закінчення кримінального провадження	191
Запитання і завдання	192
Додаткова література	195

Розділ 8. РОЗГЛЯД СПРАВИ У СУДІ ПЕРШОЇ ІНСТАНЦІЇ

8.1. Поняття і значення судового розгляду	196
8.2. Відкрите судове засідання	196
8.3. Вирок	202
8.4. Прозорість судових рішень: зміст і значення	210

8.5. Заочний судовий розгляд	212
Запитання і завдання	214
Додаткова література	216

Розділ 9. ПРОВАДЖЕННЯ З ПЕРЕГЛЯДУ СУДОВИХ РІШЕНЬ

9.1. Загальні положення	217
9.2. Апеляція	220
9.3. Інші форми перегляду	227
Запитання і завдання	233
Додаткова література	236

Розділ 10. РЕАБІЛІТАЦІЯ

10.1. Поняття реабілітації	237
10.2. Юридичні підстави реабілітації і момент виникнення права на відшкодування	239
10.3. Недопустимість відмови на підставі підозр	241
10.4. Недопустимість відмови без слухання або наведення мотивів	243
10.5. Різновиди відшкодування шкоди	243
Запитання і завдання	245
Додаткова література	246

Розділ 11. ОСОБЛИВІ ПРОВАДЖЕННЯ

11.1. Провадження у справах неповнолітніх	247
11.2. Провадження у справах неосудних	257
11.3. Провадження у справах приватного обвинувачення	263
11.4. Провадження із надання міжнародної правової допомоги	265
Запитання і завдання	267
Додаткова література	269

ПЕРЕЛІК НОРМАТИВНИХ ДЖЕРЕЛ	270
---	------------

ВСТУП

Перед читачем, який ознайомлюється зі змістом книги, присвяченої питанням, котрі раніше викладалися у багатьох інших виданнях, мимоволі постає питання: «Що нового можна в ній віднайти?».

У нашому посібнику застосовуються інноваційні підходи до викладання кримінального процесу, що ґрунтуються на ідеї запровадження європейських правових цінностей у сфері кримінального судочинства в український освітній простір, а відтак – у свідомість майбутніх вітчизняних правників.

Навчальний посібник викладений за логікою кримінального провадження, обумовленою необхідністю реалізації принципу змагальності на усіх його стадіях. Зміст посібника не «прив'язаний» до змісту кримінального процесуального законодавства, що має властивість змінюватися. Для вивчення студентам пропонуються рекомендації Комітету міністрів Ради Європи, рішення Європейського суду з прав людини, міжнародні договори, конвенції тощо. У посібнику пріоритет віддається викладенню навчального матеріалу, що стосується дотримання під час кримінального провадження прав та інтересів його учасників. Безумовно, там, де це є необхідним, викладаються і підстави та процесуальний порядок вчинення дій і ухвалення рішень державними органами та їхніми службовими особами.

Автори навчального посібника відходять від притаманного для вітчизняних підручників та посібників підходу, за якого дублюється навчальний матеріал з інших дисциплін, наприклад, від викладення змісту конституційних прав громадян, забезпечення яких подається як засада кримінального провадження.

У посібнику демонструється провідна роль суду у вирішенні найважливіших питань під час кримінального провадження як у судових, так і в досудових стадіях.

Увага студентів акцентується на доктринах, принципах та інститутах, що є методологічною основою цього посібника:

1. Доктрина верховенства права у вирішенні конкретних кримінальних справ.
2. Доктрина розуміння кримінального процесу не як засобу протидії злочинності, а як засобу справедливого вирішення кримінально-правових конфліктів.
3. Доктрина розумного поєднання публічних і приватних інтересів.

4. Доктрина кримінального позову.

5. Доктрина застосування заходів забезпечення кримінального провадження і обмеження конституційних і конвенційних прав громадян лише у ситуаціях, коли іншими засобами неможливо досягти цілей процесу в цілому або цілей окремих процесуальних дій чи рішень.

6. Принципи змагальності, диспозитивності, публічності (офіційності), відкритості судового розгляду, презумпції невинуватості.

7. Інститути обвинувачення, захисту та правосуддя у кримінальних справах.

8. Інститут перегляду судових рішень.

9. Інститут реабілітації.

Основою змісту навчального посібника стала навчальна програма з кримінального процесу, підготовлена у рамках проекту ОБСЄ «Підтримка удосконалення юридичної освіти в Україні».

ПЕРЕЛІК СКОРОЧЕНЬ

ВСУ	Верховний Суд України
ВССУ	Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ
ЕКПЛ	Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р.
ЄКомПЛ	Європейська комісія з прав людини ¹
ЄСПЛ	Європейський суд з прав людини
ЗДПЛ	Загальна декларація прав людини від 10 грудня 1948 р.
ЗМІ	засоби масової інформації
ІТТ	ізолятор тимчасового тримання
КК	Кримінальний кодекс
КМ РЕ	Комітет міністрів Ради Європи
КПК	Кримінальний процесуальний кодекс
КПЛ	Комітет ООН з прав людини
КСУ	Конституційний Суд України
МК	Митний кодекс
МПГПП	Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16 грудня 1966 р.
ЄДРСР	Єдиний державний реєстр судових рішень
ООН	Організація Об'єднаних Націй
ПЗМХ	примусові заходи медичного характеру
ПЗВХ	примусові заходи виховного характеру
РЕ	Рада Європи
РК	Республіка Казахстан
РФ	Російська Федерація
СІЗО	слідчий ізолятор
СК	Сімейний кодекс
СНД	Союз Незалежних Держав
СРСР	Союз Радянських Соціалістичних Республік (Радянський Союз)
ФРН	Федеративна Республіка Німеччина
ЦК	Цивільний кодекс

¹ До 1998 р. існувала дволанкова система конвенційних органів, яка складалася з Європейської комісії і ЄСПЛ, що об'єдналися в одну інституцію ЄСПЛ.

Розділ 1

ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ

1.1. Кримінальний процес: загальна характеристика

Кримінальний процес у системі юридичних процесів

Кримінальний процес як галузь права покликаний «давати життя» нормам кримінального (матеріального) права. Якщо кримінально-правові норми – це «тіло», то процесуальні норми – це їхня «душа». Автор баварського кодексу А. Фейєрбах¹ визначав кримінальний процес як «прагматичну частину кримінального права»².

Зв'язок цих двох галузей права виявляється через такі положення:

- вони є галузями публічного права;
- термін «кримінальне процесуальне право» походить від терміна «кримінальне право»;
- кримінальне процесуальне право містить ряд бланкетних норм, які відсилають до положень кримінального права;
- кримінальний процес розпочинається у разі виявлення відомостей про кримінальне правопорушення, поняття якого визначається кримінальним правом;
- переважна більшість питань, що вирішуються судом при постановленні вироку, мають кримінально-правовий характер, наприклад:
 - чи мало місце діяння, у вчиненні якого обвинувачується особа;
 - чи має це діяння склад кримінального правопорушення, і якою саме статтею закону про кримінальну відповідальність він передбачений;
 - чи винен обвинувачений у вчиненні цього кримінального правопорушення;

¹ Ансельм Фейєрбах – відомий німецький криміналіст (батько філософа Людвіга Фейєрбаха).

² У Австрійській Республіці кримінальне процесуальне право взагалі не виокремлюється як самостійна галузь права. Там воно називається «формальним кримінальним правом». У КК Канади 17 його розділів містять норми, що стосуються юрисдикції судів, журі присяжних, права апеляції, процедури попереднього допиту, а також інших процесуальних питань. Крім того, окремий розділ присвячений процесуальним документам, що застосовуються у Канаді, й містить їх зразки (див.: Навроцький В.О. Кримінальне законодавство зарубіжних держав: питання Особливої частини. – Львів, 1999. – С. 40).

– чи підлягає обвинувачений покаранню за вчинене ним кримінальне правопорушення;

– чи є обставини, що обтяжують або пом'якшують покарання обвинуваченого, і які саме;

- кримінальне право встановлює перелік обставин, що пом'якшують та обтяжують покарання;

- кримінальним правом регламентовані види, підстави і порядок застосування ПЗМХ, підстави застосування і види ПЗВХ та багато інших питань, безпосередньо пов'язаних із кримінальним процесуальним правом.

У державі існують й інші різновиди юридичних процесів, кожний із яких забезпечує реалізацію однієї чи кількох галузей матеріального права. До їх числа належать цивільний, господарський, адміністративний, конституційний процеси.

У багатьох державах, у тому числі в Україні, кримінальний процес поєднується з цивільним у разі завдання кримінальним правопорушенням матеріальної та/або майнової шкоди.

У державах, що є членами СНД, разом з кримінальним процесом існує оперативно-розшуковий процес. У демократичних, правових державах такого різновиду юридичного процесу не існує, оскільки він є складовою кримінального процесу і регламентується не окремими законами, як це має місце в СНД, а КПК.

Особливості кримінальних процесуальних норм

Нормам кримінального процесуального права притаманні всі ознаки юридичних норм. Але оскільки ними регламентуються специфічні суспільні відносини, вони мають свої особливості.

Загальними особливостями кримінальних процесуальних норм є такі:

1) вони є похідними від норм кримінального (матеріального) права (останнім в субординації норм належить провідне місце);

2) вони регламентують в основному процедуру здійснення кримінальної процесуальної діяльності, а тому відображають динамічні характеристики процесуальних відносин;

3) адресатами кримінальних процесуальних норм є переважно службові особи органів досудового розслідування, державні обвинувачі та судді;

4) процесуальні норми характеризуються специфічною структурою.

Особливості структури норм кримінального процесуального права:

1) у них не завжди чітко в межах однієї статті закону сформульовані гіпотеза, диспозиція і санкція. Часто ці елементи норм містяться у рамках кількох статей;

2) оскільки вони є формою реалізації норм кримінального права, то останні завжди немовби «присутні» у гіпотезі процесуальної норми;

3) гіпотеза кримінальної процесуальної норми, як правило, містить підстави провадження процесуальної дії або прийняття процесуального рішення;

4) у диспозиції – власне правилі поведінки – найчастіше відображаються процедурні (здійснювані у певній послідовності) елементи діяльності. Тому диспозиції не можуть відсилати до норм матеріальних галузей права;

5) санкції не завжди чітко формулюються у нормі кримінального процесуального права. Найчастіше вони містяться у нормах інших галузей права (кримінального, адміністративного, цивільного тощо). Санкції, закріплені у нормі кримінального процесуального права, є кримінальними процесуальними санкціями. Санкції, що передбачають відповідальність за порушення приписів норм процесуального права, але містяться в нормах інших галузей права, називаються санкціями норм кримінального процесуального права;

6) санкціями норм кримінального процесуального права встановлюється відповідальність за порушення не тільки приписів, сформульованих у їх диспозиції, а й тих, що викладені у гіпотезі.

1.2. Наука кримінального процесу. Діяльнісний підхід у науці кримінального процесу

Наука кримінального процесу – це *галузь юридичної науки, предметом дослідження якої є кримінальне процесуальне право, практика його застосування, а її метою – вироблення рекомендацій щодо удосконалення законодавства та практики діяльності органів досудового розслідування, служб обвинувачення, суду, адвокатів.*

У науці кримінального процесу існують два підходи до його визначення.

Перший підхід пов'язаний із розумінням кримінального процесу як *сукупності кримінальних процесуальних (юридичних) відносин*, що виникають, розвиваються і припиняються під час порушення, досудового розслідування, судового розгляду і вирішення кримінальних справ.

Прибічники другого підходу розглядають кримінальний процес як специфічну *діяльність* органів правопорядку із застосування норм пра-

ва. Такий підхід переважає в теорії процесу. Причиною цього є динамічність руху процесу, що не дає можливості простежити швидку і часту зміну об'єкта, суб'єкта і змісту кримінальних процесуальних відносин.

Як і будь-яку іншу людську діяльність, кримінальний процес характеризують такі категорії: мета, завдання, функції, учасники, засоби, спосіб, структура, форма, гарантії, строки, витрати.

1.3. Принципи кримінального процесу, що визначають його суть і побудову

Змагальність

Змагальність сторін – це *правова засада*¹, згідно з якою двом рівноправним сторонам (обвинувачення і захисту) забезпечується можливість брати активну участь у дослідженні обставин кримінального провадження перед незалежним арбітром – судом, який не може здійснювати інших функцій, крім функції правосуддя.

Принцип змагальності складається із окремих положень, одні з яких мають загальний для всієї процесуальної системи характер, а інші стосуються досудового провадження або провадження у судових стадіях.

Загальні положення принципу змагальності:

- ніхто не може бути суддею у власній справі;
- розмежування у суді 3 кримінальних процесуальних функцій (обвинувачення, захисту і вирішення справи);
- виконання кожної із функцій органами, незалежними один від одного;
- на сторони не покладається обов'язок сприяти встановленню істини у справі;
- рівність прав сторін² і підтримання судом рівного становища сторін протягом всього часу провадження у кримінальній справі;

¹ Терміни «засада» і «принцип» вживаються в посібнику як тотожні.

² Йдеться про формальну рівність прав сторін. Насправді сторона обвинувачення, до складу якої входить такий потужний учасник процесу, як прокурор, є набагато сильнішою від сторони захисту. Щоб вирівняти баланс прав сторін, законодавець наділяє сторону захисту деякими перевагами. Останні в теорії кримінального процесу називаються «перевагами захисту» (І.Я. Фойницький, О.В. Смірнов). До них належать: права обвинуваченого (підсудного) відмовитися надавати свідчення та надавати неправдиві свідчення, право на останнє слово та на останню репліку, презумпція невинуватості, право запросити кількох захисників.

- провідна роль суду;
- заборона на вирішення судом з власної ініціативи спірних питань, що виникають між сторонами;
- заборона суду виходити за межі висунутого обвинувачення;
- передбачена законом можливість потерпілого і обвинуваченого скористатися допомогою відповідно представника і захисника своїх прав.

Положення принципу змагальності, що діють в **досудовому провадженні**:

- вирішення судом питання про надання дозволу на застосування органами досудового розслідування заходів забезпечення кримінального провадження;
- розгляд судом скарг на дії, бездіяльність і рішення органів досудового розслідування, публічного обвинувача;
- вирішення судом питання про надання дозволу на здійснення окремих процесуальних дій, наприклад огляду та обшуку в житлі чи іншому володінні особи.

Положення принципу змагальності, що діють **на судових стадіях**:

- обов'язкова участь сторін під час провадження в суді;
- вирішення судом клопотань, заявлених сторонами;
- право представників сторін обвинувачення і захисту брати участь у судових дебатах.

Публічність

Публічність – це *правова засада, згідно з якою органи досудового розслідування, публічний обвинувач і суд повинні на підставі наданих їм державою повноважень здійснити в офіційному порядку незалежно від позиції будь-яких суб'єктів всі процесуальні дії для досягнення мети кримінального провадження і задоволення таким чином загальносуспільних інтересів у сфері протидії злочинності.*

Принцип публічності у кримінальному процесі виявляється потрійно:

- 1) як вимога закону до державних органів, які уповноважені здійснювати кримінальне судочинство, вести процес від імені держави (ex officio);
- 2) як вимога закону до цих органів керуватися законом, діяти в межах своїх повноважень на виконання поставлених завдань за власною ініціативою, в інтересах держави незалежно від інтересів, бажань та уподобань будь-яких інших державних органів, службових осіб, політичних партій і громадських організацій, окремих осіб;

3) заінтересовані особи та організації мають право звертатися до уповноважених державних органів за захистом своїх прав та інтересів, а останні зобов'язані вжити заходів для захисту їхніх прав та інтересів¹.

Отже, суть принципу публічності полягає не в тому, що органи досудового розслідування, служби обвинувачення і суду не враховують під час провадження у кримінальних справах бажання та інтереси учасників процесу. Навпаки, ці органи повинні охороняти права та інтереси учасників провадження і зобов'язані задовольняти всі їхні законні й обґрунтовані клопотання, що мають значення для справи.

Зміст принципу публічності визначають такі положення:

• **обов'язки органів досудового розслідування, публічного обвинувача:**

– в межах своєї компетенції розпочати кримінальне провадження в кожному випадку виявлення ознак кримінального правопорушення і вжити передбачених законом заходів щодо встановлення події правопорушення, осіб, винуватих у його вчиненні, і щодо їх покарання;

– встановити всі суттєві обставини, зібрати і перевірити всі необхідні докази незалежно від клопотань учасників процесу протягом певного строку;

– забезпечити реалізацію прав усіх учасників кримінального процесу;

• **заборони для органів досудового розслідування, публічного обвинувача:**

– на здійснення кримінального провадження у випадках, коли у них з'являються інші, крім інтересів справи (загальносуспільних інтересів), інтереси;

– домогатись свідчень обвинуваченого та інших осіб шляхом насильства, погроз та інших незаконних заходів.

Диспозитивність

Диспозитивність – це *правова засада, згідно з якою суб'єктам кримінального процесу надається і забезпечується можливість вільно в межах закону обирати способи поведінки для захисту своїх прав, а також впливати на хід і результати кримінальної процесуальної діяльності, головним призначенням якої є забезпечення гнучкості та повноти захисту заінтересованими суб'єктами процесу своїх прав, а також стимулювання їхньої активності у захисті цих прав.*

¹ Попелюшко В.О. Публічність кримінального судочинства і захист // Адвокат. – 2003. – № 2. – С. 7–10.

Положення, що розкривають зміст принципу:

- права учасників (сторін) процесу на вільне розпорядження своїми матеріальними правами:
 - право потерпілого у справах приватного обвинувачення подавати до суду скарги про притягнення певних осіб до кримінальної відповідальності;
 - право потерпілого підтримувати обвинувачення у справах приватного обвинувачення;
 - право потерпілого продовжувати підтримувати обвинувачення в разі відмови публічного обвинувача від підтримання державного обвинувачення в суді;
 - право потерпілого і обвинуваченого на примирення, що має наслідком закриття справи;
- права учасників (сторін) процесу на вільне розпорядження своїми процесуальними правами:
 - право на ініціювання кримінального процесу шляхом надання компетентним органам інформації про кримінальне правопорушення;
 - право заявляти відводи;
 - право розпоряджатися доказовим матеріалом;
 - право на свободу від самовикриття, викриття членів сім'ї чи близьких родичів;
 - забезпечені законом права учасників кримінального процесу активно впливати на його рух і результати:
 - право заявляти клопотання;
 - право оскаржувати дії та рішення службових осіб і органів, які ведуть процес.

1.4. Учасники (суб'єкти) кримінального процесу

Учасники (суб'єкти) кримінального процесу – це державні органи та їхні службові особи, громадські об'єднання, особи, які під час досудового розслідування, судового розгляду та виконання судових рішень, здійснюючи певну процесуальну функцію, вступають між собою у юридичні відносини¹.

¹ Однією із сторін кримінальних процесуальних відносин обов'язково є державний орган, який здійснює кримінальне провадження.

Ознаки учасників (суб'єктів) кримінального процесу:

- 1) їх участь у процесі передбачена законом;
- 2) вони є суб'єктами певних процесуальних прав і обов'язків;
- 3) вони діють у кримінальному процесі відповідно до своїх прав і обов'язків;
- 4) вони вступають у процесуальні відносини.

Учасники кримінального провадження різняться за своїм процесуальним становищем, виконанням кримінальних процесуальних функцій і завдань. Вони переслідують кожен власну мету, вступають між собою у різноманітні юридичні відносини. Це створює передумови для їх класифікації – в наукових, навчальних і правозастосовних цілях. Існують різноманітні класифікації учасників процесу. Але найбільш вдалою є класифікація, основою якої є **процесуальна функція учасника**. За цією класифікаційною ознакою всі учасники поділяються на 4 групи.

1. Учасники, які виконують функцію правосуддя (суд, слідчий суддя).
2. Учасники, які виконують функцію кримінального переслідування (публічний обвинувач, керівник органу досудового розслідування, слідчий, потерпілий, представник потерпілого, цивільний позивач, представник цивільного позивача) – сторона обвинувачення.
3. Учасники, які виконують функцію захисту (підозрюваний, обвинувачений, засуджений, виправданий, захисник, цивільний відповідач, представник цивільного відповідача) – сторона захисту.
4. Учасники, які виконують допоміжну функцію (заявник про кримінальне правопорушення, свідок, експерт, спеціаліст, перекладач, особа, яка розуміє знаки німого або глухого, поняті, поручителі, педагог, лікар, батьки або інші законні представники неповнолітнього свідка, особи, разом з якими особа підлягає впізнанню, секретар судового засідання тощо).

Для того, щоб скласти уявлення про характеристику того чи іншого учасника кримінального провадження, доцільно розглянути такі її елементи:

- 1) визначення поняття учасника;
- 2) підстава його участі у процесі;
- 3) вимоги процесуального закону, яким він повинен відповідати, або обставини, що виключають його участь;
- 4) процесуальний статус (обов'язки і права);
- 5) час, протягом якого він перебуває в такому статусі;
- 6) юридична відповідальність за невиконання процесуальних обов'язків.

1.5. Кримінальна процесуальна форма: уніфікація і диференціація

Кримінальна процесуальна форма – це визначений законом порядок провадження в цілому, порядок виконання окремих процесуальних дій та порядок прийняття процесуальних рішень.

Значення кримінальної процесуальної форми полягає в тому, що вона забезпечує юридичну визначеність процедур у кримінальному провадженні, а отже – дотримання принципу верховенства права.

Зазвичай порядок провадження є єдиним (уніфікованим) у всіх кримінальних провадженнях. Але в деяких випадках законодавець встановлює особливі – диференційовані – порядки провадження. Диференціація кримінальної процесуальної форми може бути пов'язана як з ускладненням, так і зі спрощенням порядку провадження.

Ускладнення процесуальної форми необхідне для повнішого забезпечення прав та інтересів:

- осіб, які належать до числа вразливих категорій населення (неповнолітні, особи з психічними і фізичними вадами тощо);
- осіб, які виконують важливі функції держави і є її громадянами (депутати, судді, публічні обвинувачі, адвокати тощо);
- осіб, які виконують на території іншої держави, громадянами якої вони не є, функції держави, яку вони представляють (особи, які мають дипломатичний імунітет).

Під час провадження щодо цих осіб законодавець надає їм додаткові гарантії дотримання прав у вигляді:

- обов'язкової участі захисника, обов'язкового провадження певних процесуальних дій (вразливі категорії населення);
- отримання дозволу парламенту на притягнення до кримінальної відповідальності (депутати парламенту, судді) або притягнення до кримінальної відповідальності публічним обвинувачем вищого рівня (депутати місцевих представницьких органів влади, адвокати тощо);
- отримання згоди особи або згоди компетентного органу держави (міжнародної організації), яку представляє особа (особи, які мають дипломатичний імунітет).

Спрощення процесуальної форми застосовується, як правило, у кримінальному провадженні, розпочатому в зв'язку із кримінальним правопорушенням незначної тяжкості. Спрощення форми полягають у:

- незастосуванні до обвинувачених найбільш суворих заходів забезпечення кримінального провадження (взяття під варту, домашній арешт);

- забороні проведення негласних слідчих дій;
- встановленні порядку, згідно з яким кримінальне провадження за певними кримінальними правопорушеннями може бути розпочате лише за заявою потерпілого (провадження у формі приватного обвинувачення);
- наданні можливості завершення провадження у зв'язку з укладанням угод про примирення та визнання винуватості.

У основу диференціації кримінальної процесуальної форми можуть покладатися й інші ознаки провадження, зокрема: потреба збереження державної таємниці; необхідність урахування особливостей, пов'язаних з тим, що провадження здійснюється на території України, розташованій поза її межами, – на території дипломатичних представництв, консульських установ, на повітряних, річкових чи морських суднах тощо.

Формальності, передбачені кримінальним процесуальним законом, становлять собою зміст процесуальної форми. Але за певних умов формальності можуть утворювати явище, що називають формалізмом. «Діяти формально» означає виконувати ту чи іншу дію, приймати те чи інше рішення на підставі закону, але без урахування обставин конкретного кримінального провадження.

1.6. Стадії кримінального процесу

Стадії є структурними елементами кримінального процесу, що відображають його динаміку.

Стадії кримінального процесу – це його відносно самостійні частини, кожна із яких має власні завдання, специфічне коло учасників і процесуальних засобів діяльності, проходить притаманні тільки для неї етапи і завершується прийняттям певного рішення, яким вона, як правило, трансформується в наступну стадію.

Ознаками стадії є її завдання, коло учасників, процесуальні засоби, кінцеві рішення. Діяльність у кожній стадії здійснюється на підставі загальних положень, притаманних тільки їй.

Завдання стадії – це наперед визначений, запланований для виконання обсяг процесуальної діяльності, яку необхідно здійснити для досягнення мети кримінального процесу. Кожна стадія забезпечує виконання своїх завдань, що в кінцевому підсумку має наслідком виконання завдань кримінального процесу.

Другою ознакою, притаманною для будь-якої стадії і яка є підставою для виокремлення частини кримінальної процесуальної діяльності як самостійної стадії, є певне *коло учасників*. У кожній зі стадій кримінального процесу беруть участь учасники, коло яких є особливим.

Третя ознака стадії – *процесуальні засоби* кримінальної процесуальної діяльності, які також є специфічними для кожної стадії. Найчастіше розмежування стадій провадиться на підставі аналізу засобів діяльності, що спрямовані на одержання нового знання, – пізнавальних засобів. Так, для досудового розслідування притаманними є слідчі дії, виконувані органами поліції (міліції), публічним обвинувачем. Ці дії спрямовані на отримання знання про обставини кримінального правопорушення, але докази у результаті їх проведення не виникають за винятком випадків, коли слідчі дії провадить слідчий суддя (суддя з питань досудового розслідування) у присутності сторін. Під час судового розгляду використовуються судові слідчі дії, що відрізняються певною специфікою їхнього змісту і умовами провадження, обумовленими відкритістю (гласністю) судового провадження.

У кримінальному процесі кожна його стадія завершується прийняттям *кінцевого рішення*. Особливістю таких процесуальних рішень є те, що з їх прийняттям кожна попередня стадія трансформується в наступну стадію. Так, з прийняттям рішення про складання обвинувального акта, що є кінцевим для стадії досудового розслідування, кримінальний процес трансформується у наступну – судову стадію. Виняток становить лише стадія виконання вироку, яка не має кінцевого рішення, оскільки цією стадією процес завершується.

Кримінальний процес у різних державах має різну кількість стадій, діяльність у яких відрізняється за змістом. Але будь-який процес у сучасній державі обов'язково проходить:

- досудову стадію (досудове розслідування¹, слідство, дізнання тощо);

- систему судових стадій – розгляд по суті (у першій інстанції) і перегляд (апеляційний, касаційний, в порядку нагляду, за нововиявленими обставинами тощо) судового рішення;

¹ У КПК деяких держав – членів СНД, прийнятих після розпаду СРСР, збереглася стадія порушення кримінальної справи, у межах якої фактично у непроцесуальний спосіб здійснюється так звана дослідча перевірка заяв про злочини, у межах якої встановлюється відсутність або наявність підстав до початку досудового розслідування.

– виконання вироку – вирішення процесуальних питань, що виникають під час виконання судового рішення.

Зазначені стадії називають стадіями функціональної послідовності. Вони тісно пов'язані зі стадіями логічної послідовності, до числа яких у теорії права відносять:

- встановлення обставин діяння;
- вибір норми права, що підлягає застосуванню (юридична кваліфікація факту);
- прийняття рішення;
- виконання рішення.

Перші дві стадії логічної послідовності (встановлення обставин діяння і вибір норми права, за якою воно має бути кваліфіковане) тривають протягом часу, відведеного законом на досудове розслідування і судовий розгляд. Постановлення судом вироку є третьою стадією, яка міститься у межах стадії судового розгляду, а у разі перегляду вироку триває до остаточного вирішення кримінальної справи в стадіях із перегляду. Постановлення відповідними судовими інстанціями остаточного рішення є умовою виникнення останньої стадії логічної послідовності – виконання рішення, яка збігається у часі із однойменною стадією функціональної послідовності.

Кримінальний процес не завжди проходить усі стадії. Він може завершитися закриттям кримінальної справи на будь-якій із них при встановленні обставин, що виключають провадження (відсутність складу чи події кримінального правопорушення тощо).

Провадження у кожній стадії кримінального процесу здійснюється із урахуванням вияву його принципів. Але це не виключає наявності положень, що мають загальний характер для тієї чи іншої конкретної стадії процесу. Стосовно окремих стадій, то вони прямо передбачаються у кримінальному процесуальному законі. Що ж до інших стадій кримінального процесу, то законодавець не виділив їхні загальні положення в окремі глави КПК. Однак це не означає, що таких положень не існує. Вони можуть бути виведені із тих норм процесуального інституту, якими регламентується провадження у конкретній стадії процесу.

Загальні положення стадії кримінального процесу – це обумовлені принципами кримінального процесу правила, що виражають найважливіші типові властивості стадії процесу і визначають найбільш суттєві вимоги, що висувуються до порядку здійснення процесуальних дій та прийняття процесуальних рішень і виявляються протягом усього періоду її реалізації.

1.7. Кримінальні процесуальні функції

Кримінальний процес становить собою діяльність багатьох учасників, у кожного із яких є власні інтереси, цілі, завдання у конкретній кримінальній справі. Кожен із учасників здійснює діяльність у певному напрямі. Основні напрями кримінальної процесуальної діяльності називають функціями. При цьому основними напрямками (кримінальними процесуальними функціями) можна називати лише ті, що відображають суть змагальної побудови кримінального процесу.

Кримінальне правопорушення є антисуспільним явищем. Саме тому держава встановлює відповідальність за його вчинення і створює органи, які покликані протидіяти кримінальним правопорушенням, – органи правопорядку. Останні виявляють кримінальні правопорушення, встановлюють обставини їх вчинення і висувають обґрунтоване обвинувачення конкретним особам. Діючи у межах кримінального процесу, ці органи виконують функцію *обвинувачення*, яку часто називають функцією кримінального переслідування, а державні органи – органами кримінального переслідування¹.

Особа, якій висунуто обвинувачення, має право захищатися від нього засобами, не забороненими законом. Вона може робити це самостійно або за допомогою інших осіб – найчастіше адвокатів. Обвинувачена особа та її захисник виконують кримінальну процесуальну функцію *захисту*.

Органи кримінального переслідування не мають права визнавати людей винуватими в учиненні кримінальних правопорушень, оскільки вони є заінтересованими у поліпшенні результатів боротьби зі злочинністю. Оскільки ці органи фінансуються із державного бюджету, вони також заінтересовані у збільшенні показників виявлених кримінальних правопорушень, аби виправдати перед суспільством своє існування. Тому держава покладає вирішення питання про визнання осіб винуватими у вчиненні кримінального правопорушення і призначення їм покарання на державний орган, перед яким не ставиться завдання боротьби зі злочинністю, – суд. Суд приймає рішення на основі доказів, поданих сторонами обвинувачення і захисту, здійснюючи у такий спосіб кримінальну процесуальну функцію *правосуддя*.

¹ Проблеми забезпечення ефективності діяльності органів кримінального переслідування в Україні: Монографія / В.І. Борисов, Л.В. Дорош, В.С. Зеленецький, Л.М. Лобойко та ін. – Харків: Право, 2010. – 400 с.

Інші учасники кримінального процесу (свідки, експерти, поняті) теж здійснюють певну кримінальну процесуальну діяльність, але напрями, в яких вони діють, є занадто «дрібними», щоб називатися кримінальними процесуальними функціями. Особи, які у кримінальному процесі не виконують функції обвинувачення, захисту, правосуддя, лише допомагають реалізації цих функцій.

1.8. Альтернативні способи вирішення кримінально-правових конфліктів

У світі існують дві кримінально-політичні концепції реакції на кримінальні правопорушення:

1) **класична концепція** – переслідування державою в публічному порядку (в загальносуспільних інтересах) всіх осіб, які вчинили кримінальні правопорушення, і призначення їм за рішенням суду кримінального покарання¹;

2) **«альтернативна» концепція** – відмова держави від переслідування із застосуванням певних альтернатив.

Альтернативи кримінальному переслідуванню – це *такі форми реакції на кримінальні правопорушення, що пов'язані:*

– *по-перше*, з відмовою від класичного кримінального переслідування (в процесуальному сенсі) і покарання (в матеріально-правовому сенсі);

– *по-друге*, з виконанням особою, яка підлягає кримінальному переслідуванню, певних умов, що є підставою для її звільнення від такого переслідування.

24 липня 2002 р. Економічна і Соціальна рада при ООН ухвалила Резолюцію «Про основні принципи програм відновлювального правосуддя у кримінальних справах», яка рекомендує всім країнам роз-

¹ Таку концепцію намагалися реалізувати у новому процесуальному законодавстві, а вірніше – залишити у незмінному вигляді розробники проекту КПК (реєстраційний номер 1233). Вона була піддана критиці експертами РЄ (див.: Коментарі до проекту Кримінально-процесуального кодексу експертів Ради Європи // <http://helsinki.org.ua/index.php?id=1109854088>; Коментар до проекту КПК України експерта Венеціанської комісії Іоахіма Херрмана. Аусбурзький ун-т. Німеччина. – 2007. – 21 травня; Коментар до проекту КПК України експерта Венеціанської комісії Ричарда Воглера. Сусекський ун-т. Сполучене Королівство. – 2007. – Вересень).

вивати та впроваджувати програми відновлювального правосуддя у національне судочинство. Існують кілька моделей подібного правосуддя, а найпоширенішою його формою є програми примирення жертв і правопорушників (медіація).

Медіація (угода про примирення)

Відповідно до Рамкового рішення ради Європейського Союзу «Про становище жертв у кримінальному судочинстві» від 15 березня 2001 р. **медіація у кримінальних справах** – це процес пошуку до або під час кримінального процесу взаємоприйняттого рішення між потерпілим та правопорушником за посередництва компетентної особи – медіатора.

На підставі цього рішення всі країни Європейського Союзу зобов'язані поширювати посередництво в кримінальних справах та забезпечувати прийняття до розгляду будь-якої угоди між жертвою та правопорушником, досягнутої в процесі посередництва. До 22 березня 2006 р. всі країни ЄС в обов'язковому порядку повинні були прийняти закони, які б забезпечували проведення посередництва в кримінальних справах¹.

У Франції публічний обвинувач, який вирішує питання про порушення публічного позову, має право на власний розсуд оцінювати доцільність кримінального переслідування в кожному окремому випадку.

Вважається, що медіація зародилася у м. Валанс. Місцевий прокурор, аналізуючи дрібну злочинність, дійшов висновку, що традиційна кримінальна юстиція «не здатна усунути незначні конфлікти; навпаки – вона їх тільки загострює».

Публічний обвинувач, звичайно, може на підставі принципу доцільності кримінального переслідування прийняти рішення про відмову в порушенні публічного позову. Але в такому разі він «залишає незадоволеним потерпілого і культивує у порушника почуття безвідповідальності». З цієї причини Голова трибуналу інстанції і Прокурор Республіки м. Валанса спробували віднайти третій, «нестандартний» спосіб вирішення кримінально-правового конфлікту. Таким способом і стала медіація, яка існувала спершу як правозастосовна процедура без юридичної регламентації. Суть медіації полягає в такому:

1. Особа, яка вчинила діяння, заборонене кримінальним законом, відшкодовує шкоду відповідно до мирової угоди, що укладається

¹ Юридичний вісник України. – 2005. – № 3. – С. 12.

сторонами, а публічний обвинувач відмовляється від порушення публічного позову.

2. Для вирішення питання про примирення сторін залучається арбітр – медіатор. У м. Валанс вирішили залучати для цього авторитетних нейтральних осіб, які знають місцеве населення і не наділені владними повноваженнями щодо сторін (своєрідних «третейських суддів»). В різних кварталах міста за допомогою Комунальної ради запобігання злочинності були обрані від 4 до 6 осіб як штатні громадські «примирювачі».

Публічний обвинувач, прийнявши рішення щодо доцільності замість традиційного кримінального переслідування застосувати примирну процедуру, відбирає двох осіб і передає їм справу. В разі досягнення примирення власне самі громадські арбітри і контролюють виконання умов угоди.

Якщо сторони не примирилися або не виконують умов угоди, справа повертається публічному обвинувачу, який вирішує питання про її подальшу долю відповідно до вимог КПК.

Пізніше, спочатку 2 жовтня 1992 р. Циркуляром міністра юстиції Франції, а потім і Законом від 4 січня 1993 р. про внесення змін і доповнень до КПК, медіація отримала юридичну регламентацію.

Наразі процедури медіації широко використовуються у багатьох державах Європи із застосуванням таких основних принципів, сформульованих у Рекомендації № R (99) 19 КМ РЄ державам-членам «Про посередництво у кримінальних справах»¹:

1. Медіація у кримінальних справах повинна мати місце тільки тоді, коли всі сторони добровільно дійшли згоди з цього приводу. Сторони також можуть відмовитися від своєї згоди на будь-якому етапі проведення медіації.

2. Будь-які обговорення під час зустрічі мають конфіденційний характер та не можуть використовуватися в майбутньому, крім випадків, коли наявна згода сторін.

3. Медіація у кримінальних справах має бути доступним заходом.

4. Медіація у кримінальних справах має допускатися на будь-якій стадії кримінального процесу.

5. Медіація є незалежною та автономною в рамках кримінальної юстиції.

¹ Рекомендація № R (99) 19 КМ РЄ «Про посередництво у кримінальних справах» від 15 вересня 1999 р. // Адвокат. – 2007. – № 7.

Угода про визнання винуватості

Цей американський (англосаксонський) кримінальний процесуальний інститут є найвідомішим і найбільш вивченим серед вітчизняних спеціалістів. Причина такої уваги наших вчених до цього інституту полягає в тому, що він є найбільш «контрастним» порівняно з принципом встановлення істини у кожному кримінальному провадженні.

Історично «угоди про визнання» отримали процесуальне оформлення в США в XIX столітті, де спочатку вони існували як *правозастосовний захід* (так само як і медіація у Франції). Але поступово вони були офіційно визнані і законодавцем, і суддями. Так, в 1968–1970 рр. Верховний Суд США в ряді своїх рішень у конкретних справах визнав конституційність практики «угод про визнання», фактично остаточно їх легалізувавши.

Суть інституту «угоди про визнання винуватості» можна розкрити через такі положення:

1. В американському кримінальному процесі, як відомо, перед судом ніколи не ставилося завдання щодо встановлення об'єктивної (матеріальної) істини, тобто:

- з'ясування всіх фактичних обставин справи;
- їх юридичної кваліфікації;
- прийняття належного рішення в інтересах абстрактного публічного правопорядку (безвідносно до того, на чому наполягають сторони).

У цьому сенсі функцією американського суду є не безстороннє самостійне дослідження у кримінальній справі, а безстороннє вирішення спору між двома сторонами, що змагаються.

Звісно, це не означає, що суд є байдужим до істини. Він прагне встановити істину, але лише тією мірою, наскільки це є необхідним для того, щоб правильно вирішити спір. В цьому сенсі американський суддя є не «дослідник», а «арбітр».

2. Змагальність визнається в американському процесі більшою цінністю, ніж абстрактне прагнення до об'єктивної істини.

Між принципами об'єктивної істини і змагальності існує зворотна пропорція в тому сенсі, що чим менше суд зобов'язаний шукати істину офіційно, тим більш рух кримінального процесу і доля кримінальної справи визначаються процесуальною позицією сторін (ступенем їхньої активності).

Суд є пасивним у збиранні доказів. Останні подаються сторонами, які переконують суд в правильності своєї позиції.

3. За такого підходу відмова однієї зі сторін від «змагання» зі своїм процесуальним опонентом повинно зв'язувати суд під час прийняття

ним рішення по суті справи (йдеться про певну подібність до цивільних процесуальних інститутів відмови від позову і визнання позову).

Якщо від кримінального переслідування відмовляється сторона обвинувачення, то суд не має права постановити обвинувальний вирок навіть в тому випадку, коли він переконаний в його повній обґрунтованості.

І навпаки – якщо обвинувачений визнає себе винуватим, то суд, переконавшись у добровільності визнання, зобов'язаний постановити обвинувальний вирок і призначити покарання без проведення судового слідства (навіть в скороченому обсязі).

4. Саме така ситуація становить зміст відомого англосаксонського інституту «оголошення себе винуватим», який настільки поширений на практиці, що переважна кількість обвинувальних вироків постановляються не в результаті успішного доказування з боку сторони обвинувачення, а лише тому, що на початку судового розгляду обвинувачений дав ствердну відповідь на питання головуючого: «Чи визнаєте Ви себе винуватим по висунутих пунктах обвинувачення?»¹.

5. Таке тлумачення змагальності в цілому і інститут «оголошення себе винуватим» породили специфічний феномен судочинства – «угоди про визнання».

Оскільки визнання обвинуваченим своєї винуватості повністю позбавляє обвинувачення тягаря доказування і абсолютно зв'язує суд, то за відсутності суворо формалізованого попереднього провадження (де справу веде слідчий суддя, слідчий тощо) ніхто не заважає обвинуваченню і захисту «домовитися» так, щоб обвинувачений визнав себе винуватим і був підданий кримінальному покаранню в обмін на деякі «пільги», наприклад:

- виключення із обвинувального акта окремих епізодів обвинувачення;
- більш м'яку (пільгову) кваліфікацію кримінального правопорушення тощо.

¹ В континентальній «кримінально-процесуальній американістиці» досі нерідко цитують фразу міністра юстиції США, висловлену вже досить давно і опубліковану *New York Times* 11 серпня 1970 р. (с. 24), про те, що якби число випадків «оголошення себе винним» становило не 90% від загальної кількості розглянутих судами справ, а припустімо, 80% (на перший погляд, розбіжність не така вже й велика), то відразу знадобилося б двократне, як мінімум, збільшення корпусу суддів і судового персоналу (*Cedras J. La celerite de la procedure penale dans le droit des Etats-Unis // Revue internationale de droit penal. – Vol. 66. – 1995. – № 3–4. – P. 511. Цит. за: Головки Л.В. Альтернативи уголовному преследованию в современном праве. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 180*).

Оскільки суд зв'язаний не тільки визнанням винуватості, а й межами пред'явленого обвинувачення, то сторони за наявності «угоди» гарантують для себе певні процесуальні і матеріально-правові блага, хоч і в «компромісному» варіанті.

б. Часто до переговорів між сторонами залучаються і судді. Суд до укладання угоди не повинен називати обвинуваченому захід покарання. Інакше визнання ним винуватості буде розцінюватися як таке, що здійснене під тиском, а отже, як юридично нікчемне.

У юридичній літературі (Л.В. Головка) вважається, що «угоди про визнання» є лише частковим звільненням від кримінального переслідування, оскільки особа легально звільняється від переслідування за вчинення інших кримінальних правопорушень (за винятком тих, за які вона переслідується в класичному порядку).

Крім того, обвинувачений не усуває шкідливих наслідків вчинених діянь. Особа лише полегшує обвинуваченню притягнення «себе» до відповідальності за вчинення певних кримінальних правопорушень, за що отримує від нього щось на зразок «індульгенції» за вчинення інших кримінальних правопорушень.

З прийняттям у 2012 р. нового КПК процесуальний інститут «угод про визнання винуватості» був запроваджений і в Україні (глава 35).

У світі існують й інші альтернативні форми вирішення кримінально-правових конфліктів. Так, наприклад, у Новій Зеландії у справах про кримінальні правопорушення неповнолітніх проводять «сімейні конференції». У Канаді і США застосовують таку форму, як «кола правосуддя».

Запитання і завдання

1. Ознайомтеся зі змістом глави 35 КПК і дайте відповідь на запитання: яка концепція реакції держави на кримінальні правопорушення – каральна чи відновлювальна – запроваджена у КПК 2012 р.?

2. Яку із засад кримінального провадження (змагальність, публічність чи диспозитивність) покладено в основу регулювання кримінально-процесуальних відносин у главі 35 КПК?

3. Згідно з п. 7 Рекомендації № R (99) 19 КМ РЄ в державах, які зацікавлені в організації медіації у кримінальних справах, повинні існувати певні вказівки, які б визначали використання медіації у кримінальних справах. Такі вказівки мають характеризувати умови передання справ на медіацію (зустріч), а також висвітлювати підходи до вирішення питань, які можуть виникнути після закінчення процесу ме-

діації. З'ясуйте, чи існують такі вказівки у главі 35 КПК? Чи існують вони в інших законах?

4. Ознайомтеся зі змістом ч. 1 ст. 9 КПК і дайте відповідь на запитання: чи означатиме виключення із КПК цієї норми, що під час кримінального провадження суд, слідчий суддя, прокурор, керівник органу досудового розслідування, слідчий, інші службові особи органів державної влади не повинні будуть дотримуватися вимог законів?

5. Ознайомтеся із назвами усіх розділів і глав КПК. Виберіть серед них ті, у яких відтворені назви стадій кримінального процесу.

6. Заява Єфименка про грабіж надійшла до органу внутрішніх справ 14 травня 2013 р. Заяву зареєстрували наступного дня. Повідомлення про підозру Петрову вручено 25 травня 2013 р.

Ознайомтеся зі змістом глави 19 КПК і дайте відповідь на запитання:

1) з якого моменту за заявою Єфименка розпочалася стадія досудового розслідування?

2) у який день досудове розслідування повинно бути завершене?

7. З використанням якого методу юридичного регулювання у ст. 140 КПК врегульовано привід?

8. Визначте структурні елементи норм права, викладених у ст. 140 КПК.

9. Проаналізуйте за схемою, запропонованою у підрозділі 1.4 цього розділу, таких учасників: підозрюваного, потерпілого, свідка.

10. Яку кримінальну процесуальну функцію виконує слідчий суддя? Віднайдіть у ЄДРСР три рішення апеляційних судів щодо рішень, ухвалених слідчими суддями, і з'ясуйте підстави, з яких вони були оскаржені.

Додаткова література

1. Головки Л.В. Альтернативы уголовному преследованию в современном праве. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – 544 с.

2. Іваненко І.В. Інститут слідчого судді за новим Кримінальним процесуальним кодексом України // <http://court.gov.ua/sud2390/practice/uzagalnennja/0001/>

3. Лобойко Л.М. Реформування кримінально-процесуального законодавства в Україні (2006–2011 роки). Частина 1: Загальні положення і досудове провадження: Монографія. – К.: Істина, 2012. – 288 с.

4. Точилковский В. Новый УПК Украины – гибрид процессуальных моделей // http://interjustice.blogspot.com/2013/02/blog-post_23.html

5. Яцемірська Н. Новий КПК за принципом змагальності // <http://klyuch.com.ua/articles/crime/novyy-kpk-za-pryntsypom-zmagalnosti/>

Розділ 2

СУД КРИМІНАЛЬНОЇ ЮРИСДИКЦІЇ

2.1. Поняття суду кримінальної юрисдикції

Визначення поняття «суд»

У сучасному демократичному суспільстві правосуддя є важливою підвалиною свободи громадян. Держави створили суди з тим, щоб вони гарантували справедливість відправлення правосуддя на своїх територіях. Значення правильного (справедливого) відправлення правосуддя у кримінальних справах є суттєвим, оскільки санкції норм кримінального права є найсуворішими із усіх різновидів юридичних санкцій.

Суд не має повноважень здійснювати розгляд кримінальних справ ініціативно, тобто готувати їх до розгляду і розглядати з постановленням вироку. Суд розпочинає здійснення правосуддя у конкретних кримінальних справах у зв'язку із надходженням до нього від органів обвинувальної влади обвинувального акта, у якому сформульовано обвинувачення.

Обвинувачення щодо особи висувають органи обвинувальної влади, які не уповноважені констатувати винуватість особи у вчиненні кримінального правопорушення. Така можливість їм не надається принаймні з двох причин.

Крім політичної причини (про яку йшлося вище – необхідність протидії злочинності), друга причина є суто процесуальною. Якби органи обвинувальної влади (поліція, служба обвинувачення) визнавали осіб, щодо яких вони здійснюють процесуальні дії з викриття у вчиненні кримінального правопорушення, винуватими у цьому, то тоді одна сторона процесуального змагання (обвинувачення) ухвалювала б рішення про винуватість і покарання свого процесуального супротивника – сторони захисту.

Отже, судом є орган державної влади, уповноважений нею на розгляд представленого обвинувальною владою обвинувачення і вирішення питання про його обґрунтованість і доведеність та невизнання/визнання осіб винуватими у вчиненні кримінальних правопорушень та призначення покарання. А оскільки обвинувачення переважно має державний (офіційний, а не приватний) характер, то суди відправля-

ють правосуддя між державою в особі обвинувальної влади і особою. Виняток становлять так звані «кримінальні справи приватного обвинувачення», у яких обвинувачення підтримує потерпілий.

ЄСПЛ вважає, що, враховуючи принципи, закріплені в його прецедентній практиці, і його автономне тлумачення терміна «суд», вжитого в ч. 1 ст. 6 ЄКПЛ, інші органи також можуть підпадати під означення поняття «суд», незалежно від їх класифікації в національному законодавстві. Крім того, ЄСПЛ зауважує, що «суд» за змістом ст. 6 ЄКПЛ – це суд в значенні ст. 2 «Право на оскарження в кримінальних справах» Протоколу № 7 до ЄКПЛ¹. У справі «Didier v. France» ЄСПЛ за цією ознакою визнав «судом» Комісію з фінансових ринків, вважаючи, що особі було забезпечене право на оскарження у кримінальній справі.

Справедливість судового розгляду

Справедливість є засадою що покладається в основу діяльності суду в юридичних справах. Важливість такої засади у кримінальному процесі порівняно з іншими різновидами юридичних процесів значно підвищується, зважаючи на розглядувані судом питання.

Вимога щодо справедливості судового розгляду викладена у ст. 6 ЄКПЛ. Справедливість судового розгляду дістає вияв у двох аспектах: матеріальному і процесуальному.

Справедливість судового розгляду в матеріальному аспекті стосується матеріальних прав (вирішення кримінально-правового спору між сторонами обвинувачення і захисту) і дістає вияв у результатах розгляду, що викладаються у остаточному рішенні суду про невинуватість чи винуватість особи, якій було висунуто обвинувачення у вчиненні кримінального правопорушення. У цьому аспекті можна вести мову про справедливість результату судового розгляду (справедливість вироку). Справедливим є вирок, у якому правильно, із урахуванням суспільних і приватних інтересів визначена міра рівності осіб перед законом і судом, а також міра кримінально-протиправного діяння і покарання за нього.

Процесуальний аспект справедливості судового розгляду стосується справедливості процедури, застосованої судом. Справедливість у цьому сенсі виявляється через такі положення:

¹ Протокол № 7 від 22 листопада 1984 р. до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. // Офіційний вісник України. – 2006. – № 32. – Ст. 2375.

– суддя повинен дотримуватися всіх вимог справедливості (незалежності, безсторонності, публічності тощо) і повною мірою розглядати усі звинувачення про порушення прав сторін або свідків, в тому числі звинувачення про неправильне тлумачення доказів чи свідчень;

– судді повинні виявляти повагу до членів адвокатури, публічних обвинувачів, експертів та присяжних;

– держава повинна гарантувати належне і правильне виконання наказів і рішень судів. Однак нагляд за виконанням наказів і рішень має здійснюватися представниками суддівського корпусу;

– судді повинні бути поінформовані про міжнародні конвенції та інші документи і засоби, що стосуються прав людини, і впроваджувати їх у межах, передбачених конституцією та законодавством своїх країн.

Право на справедливий судовий розгляд у сенсі ч. 1 ст. 6 ЄКПЛ не обмежується процесуальними гарантіями, поширюючись також на остаточне судове вирішення самої справи. Дійсно, було б абсурдно, якщо б ЄКПЛ забезпечувала належне здійснення процесуальних дій при висуненні кримінального обвинувачення, залишаючи водночас обвинуваченого незахищеним щодо результату вирішення справи. Такий підхід дозволяв би справедливому судовому розгляду закінчитися з явно необґрунтованим або несправедливим результатом¹.

Справедливість, публічність і швидкість судового розгляду не мають жодної цінності, якщо вони призводять до явно несправедливих результатів.

Громадяни не можуть відмовитися від свого права на справедливе кримінальне правосуддя. Це право надається їм у суспільних інтересах. Воно не є приватним правом, з приводу якого можна вести перемовини з іншими суб'єктами. Відмова від права на справедливий судовий розгляд звільняла б державу від обов'язку забезпечувати саме такий розгляд справ судами. У ст. 1 ЄКПЛ зазначено, що держави повинні «забезпечувати кожному, хто перебуває під їхньою юрисдикцією, права і свободи, визначені в ... Конвенції», а отже, відмова від справедливого публічного судового розгляду незалежним і безстороннім судом, утвореним на підставі закону, не повинна мати сили.

Однак прецедентна практика ЄСПЛ визнала можливість відмови від певних прав, гарантованих ЄКПЛ. Так, у справі «Albert and Le Compte

¹ Лукайдес Л.Г. Справедливое судебное разбирательство (комментарий к п. 1 ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод) / Пер. с англ. Ю. Берестнева, М. Виноградова // Российская юстиция. – 2004. – № 2. – С. 8–20.

v. Belgium» ЄСПЛ встановив: «Правило, що вимагає проведення публічного судового розгляду, закріплене у ст. 6 Конвенції, може також призводити до позитивного результату за певних обставин з волі особи, що бере у ньому участь. За загальним визнанням, природа деяких прав, забезпечуваних Конвенцією, є такою, що виключає можливість відмови від права на їх здійснення, але це саме не можна сказати про інші права».

ЄСПЛ не встановив критерію, за яким особа могла б відмовитися від реалізації права на справедливий судовий розгляд. ЄСПЛ при вирішенні цього питання виходить із ситуації у конкретній справі, а також із природи і важливості прав та суспільних інтересів. Наприклад, в одному з його рішень йдеться про те, що право на свободу «є занадто важливим для особи в демократичному суспільстві за змістом Конвенції, щоб втратити вигоди захисту Конвенції з одноразової причини і дозволити утримувати себе в ув'язненні. Утримання під вартою порушує ст. 5 Конвенції, навіть якщо особа погодилася з цим» («De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium»).

У іншій справі («Håkansson and Sturesson v. Sweden») ЄСПЛ зазначив: «Публічний характер судових слухань становить основоположний принцип, закріплений у ст. 6 Конвенції. Загальновідомо, що ані буква, ані дух такого положення не перешкоджає особі відмовитися від своєї вільної волі або прямо, або мовчазно, а саме від публічного розгляду в її справі. Однак відмова має бути зроблена недвозначно і не повинна суперечити важливим суспільним інтересам». Отже, ЄСПЛ констатував, що у складних справах засада відкритості слухань має бути непопушною, незалежно від позиції обвинуваченого.

Суд, встановлений законом

Кожен має право на розгляд обвинувачення щодо нього судом, встановленим законом (ч. 1 ст. 6 ЄКПЛ). Формулювання зазначеної норми ЄКПЛ наголошує на якісному наповненні цього права громадян. У рішенні у справі «Olsson v. Sweden» ЄСПЛ встановив, що фраза «відповідно до закону» не тільки відправляє до національного права, а й становить собою приклад якісного вираження закону, що вимагає, щоб воно відповідало нормі права.

Коли говориться про суд, встановлений законом, то маються на увазі два аспекти утворення суду: статутний («матеріальний») і процесуальний.

Перший із них пов'язаний з тим, що суд встановлюється законом як державна установа для здійснення правосуддя, яка у певних випадках

може залучати до судового процесу представників народу – присяжних або народних засідателів.

Другий (процесуальний) аспект відображає організаційно-процесуальні умови утворення судової колегії лише з числа професійних суддів або з числа професійних суддів і засідателів для розгляду конкретної кримінальної справи.

Так, не буде законним (компетентним) судом суд:

1) утворений органом, не уповноваженим на те законом. Утворення судів хоча й залежними органами (адміністраціями), проте на підставі закону, відповідає вимогам ч. 1 ст. 6 ЄКПЛ («Cyprus v. Turkey»);

2) у складі суддів (професійних чи засідателів), хоча б у одного з яких закінчилися повноваження. Наприклад, до судової колегії включені народні засідателі згідно із загальним списком, дія якого закінчилася. У справі «Posokhov v. Russia» ЄСПЛ констатував порушення вимоги щодо «суду, встановленого законом» через те, що двоє народних засідателів були залучені для виконання обов'язків судді за списком, дія якого закінчилася 4 лютого 2000 р., а новий список був затверджений Законодавчими зборами Ростовської області лише 15 червня 2000 р. Тому ЄСПЛ визнав, що Неклиновський районний суд, який 22 травня 2000 р. постановив вирок щодо заявника, не був «судом, встановленим законом»;

3) створений з порушенням процедури його утворення. Наприклад, судова колегія для розгляду конкретної кримінальної справи призначена з порушенням положень закону про обрання конкретного судді на участь у кримінальній справі за допомогою автоматизованої системи;

4) не в тому кількісному складі, що передбачений законом (наприклад, замість трьох суддів – два);

5) що розглядає кримінальні справи, які не належать до його підсудності. ЄСПЛ у справі «Coëme and others v. Belgium» зазначив, що Касаційний Суд не був «судом, установленим законом», оскільки він, крім віднесених до його підсудності кримінальних справ щодо державних міністрів, розглядав ще й інші справи щодо осіб, які ніколи не обіймали міністерських посад.

Правильне визначення підсудності не можна вважати звичайною юридично-технічною акцією. Воно має суттєве процесуальне значення, яке дістає вияв у такому:

а) виключається суб'єктивізм службових осіб (публічних обвинувачів, суддів) у вирішенні питання про те, до якого суду необхідно направити справу для її розгляду по суті (не до будь-якого, а тільки до того, що визначений правилами про підсудність);

б) вибір суду, де має розглядатися кримінальна справа, і визначення його складу є важливими передумовами для реалізації під час розгляду і вирішення справи принципу повноти, всебічності і об'єктивності дослідження обставин вчинення кримінального правопорушення;

в) забезпечується своєчасність ухвалення кінцевого судового рішення (вироку);

г) реалізується одне з невід'ємних прав людини – право на розгляд і вирішення кримінальної справи щодо неї компетентним судом, тобто тим судом, до підсудності якого належить ця справа (ст. 7 ЗДПЛ, ч. 1 ст. 14 МПГПП);

г) забезпечується реалізація принципу незалежності судових органів, оскільки вони «володіють компетенцією стосовно всіх питань судового характеру і мають виняткове право вирішувати, чи належить передана їм справа до їхньої встановленої законом компетенції» (ст. 3 Основних принципів незалежності судових органів¹);

д) враховується специфіка окремих категорій кримінальних правопорушень (наприклад, вчинених неповнолітніми);

е) розподіл кримінальних справ між судами (український кримінальний процес не знає добровільної підсудності) повинен гарантувати правильне вирішення справ, а також забезпечити необхідну для чіткої роботи судів рівномірність надходження кримінальних справ. Тому держава зацікавлена в точному дотриманні законів про підсудність;

б) у складі якого перебувають судді, які раніше брали участь у розгляді справи, якщо рішення, ухвалене за їхньої участі, було скасоване («*Lavens v. Latvia*»).

У демократичних державах заборонено утворювати надзвичайні суди, у тому числі для судового розгляду якогось одного факту або лише щодо окремої категорії осіб, як це мало місце у СРСР. «Сталінські трійки» утворювалися не згідно із законом, а на підставі секретних наказів НКВС.

Не є надзвичайним судом суд, якщо він утворений на підставі закону для розгляду окремих категорій справ, у тому числі щодо окремої категорії обвинувачених (неповнолітніх, державних службовців тощо).

¹ Основні принципи незалежності судових органів, схвалені резолюціями 40/32 та 40/146 Генеральної Асамблеї ООН від 29 листопада та 13 грудня 1985 р. // http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_201

Незалежність суду

Незалежність судових органів має велике значення для виконання судами своєї ролі щодо захисту прав людини. Основоположним принципом положення про незалежність судів є поділ влади.

Довіра суспільства до судової системи, а також до її авторитету щодо моралі, чесності та невідкупності судових органів займає першочергове місце в сучасному демократичному суспільстві. Однак ще трапляються випадки невідповідності між уявленням про принципи незалежності і фактичним становищем.

Вимога щодо незалежності суду під час кримінального судочинства викладена у ст. 6 ЄКПЛ та інших міжнародних правових актах.

Незалежність суду ґрунтується на таких постулатах:

а) судді повинні приймати безсторонні рішення відповідно до власної оцінки фактів і знання права, без будь-якого втручання, прямого або непрямого, з будь-якого боку і з будь-яких причин;

б) судді мають юрисдикцію, пряму або шляхом перегляду, над усіма питаннями юридичного характеру;

в) ніхто не може надавати або намагатися надавати судді будь-які інструкції, що можуть вплинути на юридичне рішення судді, за винятком, коли це допускається, думки вищого суду з конкретної справи.

Незалежність суду є однією із основних гарантій справедливого вирішення кримінальної справи. Тому суддя повинен втілювати в життя принципи незалежності судових органів.

Згідно з Основними принципами незалежності судових органів до основних засад незалежності судових органів належать такі:

1. Незалежність судових органів гарантується державою і закріплюється в конституції або законах країни. Усі державні та інші установи зобов'язані поважати незалежність судових органів і дотримуватися її.

2. Судові органи вирішують передані їм справи безсторонньо, на основі фактів і відповідно до закону, без будь-яких обмежень, неправомірного впливу, спонукань, тиску, погроз або втручання, прямого чи непрямого, з будь-якого боку і з жодних причин.

3. Судові органи володіють компетенцією щодо всіх питань судового характеру і мають виняткове право вирішувати, чи належить передана їм справа до їхньої компетенції, встановленої законом.

4. Не повинно мати місце неправомірне чи несанкціоноване втручання в процес правосуддя, і судові рішення, ухвалені суддями, не підлягають перегляду. Цей принцип не перешкоджає здійснюваному відповідно до закону судовому перегляду чи пом'якшенню вироків, постановлених судовими органами.

5. Кожна людина має право на судовий розгляд у звичайних судах або трибуналах, які застосовують встановлені юридичні процедури. Не повинні утворюватися трибунали, що не застосовують встановлені належним чином юридичні процедури, з метою підміни компетенції звичайних судів або судових органів.

6. Принцип незалежності судових органів дає судовим органам право і вимагає від них забезпечення справедливого ведення судового розгляду і дотримання прав сторін.

7. Кожна держава-член повинна надавати відповідні засоби, які давали б змогу судовим органам належним чином виконувати свої функції.

Пізніше були сформульовані Бангалорські принципи поведінки суддів¹, які для втілення у життя принципу незалежності суддів передбачають здійснення ними окремих дій.

1. Суддя повинен здійснювати свою судову функцію незалежно, виходячи винятково з оцінки фактів, відповідно до свідомого розуміння права, незалежно від стороннього впливу, спонукання, тиску, загроз чи втручання, прямого чи опосередкованого, що здійснюється з будь-якого боку та з будь-якою метою.

2. Суддя дотримується незалежної позиції як щодо суспільства в цілому, так і щодо конкретних сторін судової справи, в якій він повинен ухвалити рішення.

3. Суддя не тільки виключає будь-які взаємовідносини, що не відповідають посаді, чи втручання з боку органів законодавчої та виконавчої влади, а й робить це таким чином, щоб це було зрозуміло навіть сторонньому спостерігачеві.

4. У тих випадках, коли рішення у справі має бути прийняте суддею одноосібно, він діє незалежно від своїх колег по суду.

5. Суддя обстоює та підтримує гарантії виконання суддями своїх обов'язків з метою збереження та підвищення інституціональної та оперативної відповідальності суддів.

6. Суддя виявляє та підтримує високі стандарти поведінки суддів з метою укріплення суспільної довіри до судових органів, що має першочергове значення для підтримки незалежності судових органів.

¹ Бангалорські принципи поведінки суддів від 19 травня 2006 р., схвалені Резолюцією 2006/23 Економічної та Соціальної Ради ООН 27 липня 2006 р. (Бангалорські принципи) // http://zakon.nau.ua/doc/?doc_id=635336

Монреальська універсальна декларація про незалежність правосуддя¹ адресує насамперед судовим органам, а також державі такі положення:

1. Судді як особи є вільними та зобов'язані приймати безсторонні рішення згідно з власною оцінкою фактів і знанням права, без будь-яких обмежень, впливів, спонукань, примушування, загроз або втручання, прямих або непрямих, з будь-якого боку і з жодних причин.

2. У процесі прийняття рішень судді є незалежними від своїх колег по суду та вищих службових осіб. Жодна ієрархічна структура суддівства і жодна різниця у ранзі чи класі суддів ніяким чином не можуть перешкоджати праву судді на вільне постановлення вироку.

3. Судді є незалежними від виконавчих і законодавчих органів держави.

4. а) Судді мають юрисдикцію, пряму або шляхом перегляду, стосовно усіх питань юридичного характеру, в тому числі питання власної юрисдикції та компетенції.

б) Не повинно створюватися жодних спеціальних тимчасових трибуналів.

с) Кожна особа має право на швидкий і ефективний розгляд справи у звичайних судах або суддівських трибуналах на законних підставах в межах судової компетенції.

д) Дозволяються певні обмеження під час надзвичайних чи критичних ситуацій, що піддають загрозі життєздатність держави, але лише за умов, передбачених законом, і лише до такої міри, яка чітко відповідає міжнародно-прийнятим мінімальним стандартам прав людини.

е) У таких надзвичайних ситуаціях держава має гарантувати, що цивільні особи, обвинувачувані у кримінальних порушеннях будь-якого характеру, заслуховуються звичайними судами (для цивільних осіб), які можуть за необхідності бути розширені за рахунок додаткових компетентних громадських суддів. Адміністративне затримання осіб без обвинувачення підлягає перегляду звичайними судами шляхом habeas corpus (перегляду судом законності арешту) або подібних процедур для того, щоб підтвердити законність затримання, а також розглянути будь-які претензії щодо неправильного поводження з затриманим.

¹ Монреальська універсальна декларація про незалежність правосуддя (Перша світова конференція з незалежності правосуддя, Монреаль, 1983 р.) // <http://www.judges.org.ua/d5.htm>

f) Юрисдикція військових трибуналів обмежується військовими порушеннями, вчиненими військовим персоналом. Завжди повинно існувати право апеляції до юридично кваліфікованого апеляційного суду.

g) Ніяка сила не може бути застосована з метою втручання в судовий процес.

h) Виконавчі органи не повинні контролювати судові органи через адміністрування судів.

i) Виконавчі органи не мають повноважень закривати або зупиняти діяльність судів.

j) Виконавчі органи повинні утримуватися від будь-яких дій або бездіяльності, які випереджають рішення суду або заважають правильному виконанню суддівського рішення.

5. Жоден нормативний акт законодавчої чи виконавчої влади не може бути спробою змінити конкретні рішення суду, а також змінювати склад суду з метою впливу на прийняття рішень цим судом.

6. Судді можуть колективно захищати свою незалежність.

7. Судді завжди повинні діяти таким чином, щоб зберігати гідність своєї посади і незалежність судової системи.

Незалежність суддів забезпечується також заборонаю примушувати їх до давання свідчень з приводу професійної таємниці щодо своєї роботи та конфіденційної інформації, отриманої під час розгляду кримінальних справ (за винятком відкритих судових розглядів).

Незалежність судді під час виконання своїх функцій у судовому розгляді кримінальної справи повинна забезпечуватися незалежно від будь-якої внутрішньої судової ієрархії. Це означає, що суддя, який здійснює кримінальне провадження, має бути незалежним від голови суду, а також від вищестоящих судових інстанцій. Однак це положення не поширюється на випадки перегляду вищестоящими судами рішень суду першої інстанції, здійснюваного на підставі процесуального закону.

Незалежність судді є важливою умовою безстороннього судочинства, що відповідає вимогам закону (ст. 1 Загальної (Універсальної) хартії судді¹).

¹ Загальна (Універсальна) хартія судді, ухвалена 17 листопада 1999 р. Центральною радою Міжнародної асоціації суддів в Тайпеї (Тайвань) // http://zakon.nau.ua/doc/?doc_id=627463

2.2. Безсторонність суду

Безсторонність суду є засадою його діяльності. Безсторонність суду значною мірою обумовлюється його незалежністю, але у прямому зв'язку з нею не перебуває. Залежний суд може діяти безсторонньо і постановляти справедливі рішення. Але існує велика ймовірність зворотного.

Вимога щодо безсторонності суду під час здійснення ним кримінального судочинства викладена у ст. 6 ЄКПЛ.

Судді повинні бути безсторонніми, а саме вільними від будь-яких зв'язків, прихильності чи упередження, що впливає – або може сприйматися як таке, що впливає – на здатність судді приймати незалежні рішення. Незалежність судової влади є втіленням загального принципу: «Ніхто не може бути суддею у власній справі».

Значення цього принципу виходить далеко за конкретні інтереси певної сторони в будь-якому спорі. Судова влада повинна користуватися довірою не тільки з боку сторін у конкретній справі, а й з боку суспільства в цілому. І суддя повинен не тільки бути реально вільним від будь-якого невідповідного упередження або впливу. Він повинен бути вільним від цього й в очах розумного спостерігача. В іншому разі довіра до незалежності судової влади буде підірвана (п. 12 Висновку № 1 (2001) Консультативної ради європейських суддів про стандарти незалежності судових органів та незмінюваність суддів¹).

У Монреальській універсальній декларації про незалежність правосуддя сформульовані критерії неспроможності суддів здійснювати безсторонньо свою діяльність на посаді взагалі (організаційні критерії) і судовий розгляд у конкретних кримінальних справах зокрема (процесуальні критерії) (пункти 22–25). Процесуальним критерієм неспроможності судді бути безстороннім є об'єктивні побоювання, що він не зможе розглядати справу безсторонньо, або його участь у цій справі може спровокувати конфлікт інтересів, що несумісний з виконанням ним судових функцій (п. 25).

Бангалорські принципи (п. 2) наголошують на необхідності дотримання положення щодо об'єктивності судді, що є необхідною умовою для належного виконання ним своїх обов'язків. Об'єктивність дістає

¹ Висновок № 1 (2001) Консультативної ради європейських суддів для про стандарти незалежності судових органів та незмінюваність суддів від 1 січня 2001 р. // http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_a52

вияв не тільки у змісті винесеного рішення, а й в усіх процесуальних діях, що супроводжують його прийняття. Вона виявляється через такі положення:

1. При виконанні своїх обов'язків суддя вільний від будь-яких схильностей, упередженості чи забобонів.

2. Поведінка судді в ході засідання та за стінами суду має сприяти підтримці та зростанню довіри суспільства, представників юридичної професії та сторін у справі до об'єктивності суддів та судових органів.

3. Суддя за можливості обмежує себе в здійсненні дій, що можуть стати приводом для позбавлення його права брати участь в судовому засіданні та виносити рішення у справах.

4. Перед розглядом справи (про який відомо, що він відбудеться, або він тільки передбачається) суддя утримується від будь-яких коментарів, що могли б, виходячи з розумної оцінки ситуації, якимось чином вплинути на хід цієї справи чи поставити під сумнів справедливе ведення процесу. Суддя утримується від публічних та інших коментарів, оскільки це може перешкодити безсторонньому розгляду справи щодо певної особи чи питання.

5. Суддя заявляє самовідвід від участі в розгляді справи в тому випадку, якщо для нього не є можливим винесення об'єктивного рішення у справі, або тоді, коли у стороннього спостерігача могли б виникнути сумніви в безсторонності судді.

Приклади таких випадків:

а) у судді склалося реальне упереджене ставлення до якоїсь зі сторін, або судді з його власних джерел стали відомі якісь докази чи факти, що стосуються справи, що розглядається;

б) раніше при розгляді цього самого предмету спору суддя виступав як адвокат чи долучався до справи як важливий свідок;

в) суддя чи члени його родини матеріально заінтересовані в рішенні у відповідній справі.

Суддя не може бути відсторонений від участі у розгляді кримінальної справи в тому випадку, коли жоден інший суд не може бути призначений для розгляду такої справи або через терміновий характер справи, коли зволікання в її вирішенні може призвести до серйозної судової помилки.

Поведінка судді під час перебування у нього на розгляді кримінальної справи має бути бездоганною і з етичного боку. У особистих стосунках з адвокатами, які мають постійну практику в суді, де розглядає справи цей суддя, та публічними обвинувачами суддя уникає ситуацій, що могли б викликати обґрунтовану підозру чи створити видимість наявності у судді певних схильностей чи упередженого ставлення. Для

уникнення ситуацій, які б давали підстави для підозр про прихильне ставлення судді до однієї зі сторін, йому доцільно у час, вільний від судових засідань, зустрічатися у суді (у тому числі у своєму робочому кабінеті) із представниками сторін обвинувачення і захисту і уникати зустрічей окремо з однією зі сторін.

До числа етичних вимог, що ставляться до поведінки судді, належать також такі:

- при виконанні своїх судових обов'язків він не повинен словами чи поведінкою демонструвати прихильність чи упередженість щодо будь-якої особи чи групи осіб, керуючись причинами, що не стосуються кримінальної справи;

- суддя виконує судові функції належним чином, враховуючи інтереси всіх осіб, а саме сторін у справі, свідків, адвокатів, співробітників суду та колег по суду, не розрізняючи осіб на підставах, що не є суттєвими для належного здійснення таких функцій;

- суддя не повинен свідомо допускати, щоб співробітники суду чи інші особи, що знаходяться під впливом судді, йому підпорядковуються чи знаходяться під його наглядом, диференційовано ставилися до вказаних осіб у справі, що розглядається судом, на будь-яких підставах, що не стосуються справи;

- суддя вимагає від юристів, що беруть участь в судовому засіданні, утримуватися від демонстрації (на словах чи через поведінку) упередженості чи прихильності, на підставах, що не стосуються кримінальної справи, за винятком випадків, що мають значення для предмету судового розгляду та можуть бути законним чином виправдані.

Виконання суддею вимоги щодо безсторонності має два аспекти: суб'єктивний і об'єктивний.

Суб'єктивний аспект передбачає урахування особистого переконання певного судді, тобто чи мав він у кримінальній справі якусь особисту упереджену думку. Існує презумпція, згідно з якою суддя є безстороннім, якщо не буде доведено інше.

Об'єктивний аспект безсторонності судді полягає у гарантованому виключенні будь-яких обґрунтованих сумнівів щодо його упередженості. Суддя не повинен своєю поведінкою давати сторонам, іншим учасникам кримінального провадження, присутнім у залі, суспільству взагалі підстави для сумнівів щодо його безсторонності.

Суддя, щодо якого є обґрунтовані підозри у його упередженості у кримінальному провадженні, має бути усунений від розгляду. З цієї метою у процесуальному законодавстві існує інститут відводу (само-відводу).

Участь на попередніх стадіях

Підставою для побоювань стосовно відсутності безсторонності судді може бути його участь на попередніх стадіях кримінального провадження. Такі побоювання можуть виникати кожного разу, коли суддя вирішував раніше у цій самій кримінальній справі певні питання. Підґрунтям для таких побоювань є бажання судді обстоювати у подальших стадіях кримінального провадження рішення, ухвалені ним на попередніх стадіях. Однак попередня участь судді у справі не завжди є підставою для визнання судового розгляду таким, що не відповідає вимозі безсторонності.

Побоювання щодо упередженості судді можуть бути об'єктивними або суб'єктивними. Усе залежить від того, які питання вирішував суддя на попередніх стадіях.

Так, наприклад, суддя, який на досудовій стадії вирішував питання про арешт обвинуваченого, не висловлюючи суджень з приводу його винуватості, уповноважений розглядати під час судового розгляду питання про винуватість і покарання. У рішенні у справі «Nortier v. Netherlands» ЄСПЛ зазначив, що лише те, що суддя ухвалював рішення на досудовій стадії, зокрема рішення щодо попереднього ув'язнення, не можна саме по собі бути підставою для сумнівів у його безсторонності. Має значення обсяг і характер цих рішень. Крім рішень, пов'язаних із попереднім ув'язненням обвинуваченого, суддя жодних рішень на досудовій стадії не ухвалював, за винятком рішення задовольнити подання служби обвинувачення про психіатричну експертизу обвинуваченого, яке останній не оспорував. Своїх повноважень слідчого судді з іншою метою він не застосовував. За таких обставин ЄСПЛ вирішив, що побоювання щодо відсутності безсторонності у судді не можна розглядати як об'єктивно виправдані.

По-іншому ЄСПЛ вирішує питання щодо безсторонності судді у випадках, коли суддя, дозволяючи утримання обвинуваченого під вартою, дає оцінку обґрунтованості підозр, а в стадії судового розгляду вирішує питання про винуватість особи і її покарання. Це, на думку ЄСПЛ, свідчить про те, що суддя є переконаним у наявності «особливо високої міри ясності у питанні про вину», а отже, є упередженим («Hauschildt v. Denmark»).

У винятково процесуальному сенсі переконаність судді у винуватості обвинуваченого, що склалася у нього ще на досудовій стадії, є суттєвою перешкодою для безстороннього ведення судового процесу і прийняття об'єктивного рішення у кримінальній справі. Суддя на початку судового розгляду має бути «чистим» від аргументів як сторони

обвинувачення, так і сторони захисту. Саме тому дослідження доказів у кримінальній справі починається у судовому розгляді і там само має завершитися постановленням вироку – виправдувального чи обвинувального, залежно від результатів оцінки судом доказів, наданих сторонами. Переконаність судді у винуватості обвинуваченого ще до початку судового розгляду здатна перетворити його на «інструмент обвинувачення», тобто сприяти отриманню ним «статусу» сторони обвинувачення.

У справі «*Oberschlik v. Austria*» ЄСПЛ також визнав порушення правила щодо безсторонності суду, оскільки при розгляді справи на другому етапі апеляційним судом головував той самий суддя, що і при розгляді справи на першому етапі. ЄСПЛ вирішив, що не має значення, що не було заявлено відвід і не висувалися заперечення проти участі головуючого судді, оскільки головуючий, а також два інші члени апеляційного суду повинні були *ex officio* заявити самовідвід.

У справі «*Baturlova v. Russia*» голова обласного суду, порушуючи процедуру початку наглядного провадження, надіслав лист до суду першої інстанції, в якому недвозначно інструктував нижчестоящий суд переглянути остаточне рішення у зв'язку з нововиявленими обставинами. При цьому голова вищестоящего суду мав повноваження порушувати дисциплінарні провадження проти судді, який вчинив дисциплінарний проступок. За таких обставин сумніви у безсторонності суду можна вважати об'єктивно виправданими.

Сумніви в упередженості судді, що розглядає кримінальну справу, можуть виникнути і у тому разі, коли він раніше працював у службі обвинувачення, співробітники якої готували обвинувачення, яке стало предметом цього судового розгляду. Для висновків про упередженість судді у такому разі не має значення, чи він особисто брав участь у підготовці обвинувачення, чи працював у тому структурному підрозділі, працівники якого займалися цим, чи був керівником служби обвинувачення.

У справі «*Piersack v. Belgium*» головуючий суддя раніше працював старшим заступником Королівського прокурора м. Брюсселя і до свого призначення на пост судді був главою відділу, до підвідомчості якого було віднесено справу заявника. Заявник звернув увагу на особисту упередженість судді. Докази про те, що суддя під час своєї служби в органі обвинувачення дійсно мав у розпорядженні інформацію про розслідування справи заявника, були відсутні. Проте ЄСПЛ визнав, що мало місце порушення вимоги щодо безсторонності, оскільки за обставин справи безсторонність цього судді ґрунтувалася на об'єктивній

перевірці, здатній створити сумніви. Рішення ЄСПЛ не ґрунтувалося на конкретних фактах щодо упередженості судді. Однак такий підхід ЄСПЛ наголошує на його відповідальному ставленні до реального забезпечення безсторонності суду.

Особиста упередженість

Особиста упередженість судді не пов'язується із його професійною діяльністю. Підстави для сумнівів у його безсторонності виникають поза цією діяльністю – у сфері приватного і сімейного життя. Ці підстави обумовлені презумпцією, згідно з якою суддя, який перебуває у родинних або в інших, менш чи більш близьких стосунках з певними особами, які стали учасниками судового розгляду, завжди буде діяти на користь близьких йому людей. Презумпція впливає із принципу «Не можна бути суддею у власній справі».

Відсутність безсторонності судді матиме місце і тоді, коли він вступає у певні стосунки з кимось із учасників судового процесу, які не є його родичами чи близькими, або раніше перебував з ними у таких стосунках.

Так, наприклад, у справі «Demicoli v. Malta» ЄСПЛ констатував порушення ч. 1 ст. 6 ЄКПЛ (в частині порушення вимоги щодо безсторонності суду) у зв'язку з тим, що двоє членів суду, чию поведінку піддали критиці в спірній справі, брали участь у всіх стадіях провадження у справі проти обвинувачених, зокрема в стадіях визнання винуватості та (за винятком одного з них, який на той час помер) призначення покарання.

Сумніви в об'єктивності дій і рішень суддів виникають і у зв'язку з тим, коли вони заявляють про те, що висловлювання обвинуваченого у суді і поза судом є для них образливими. У рішенні у справі «Kyrgianou v. Cyprus» ЄСПЛ встановив, що судді у своєму рішенні про призначення покарання визнали, що вони були «глибоко ображені» обвинуваченим «як особою». На думку ЄСПЛ, ця заява сама по собі свідчить про те, що слова і поведінка обвинуваченого завдала суддям особистої образи, та вказує на те, що йшлося про їхні особисті відчуття. Крім того, рішучі формулювання, які судді постійно використовують у своєму рішенні, передають почуття обурення і враженості, що суперечить безсторонній позиції, якої очікують від судових рішень.

Вичерпного переліку обставин, які б могли свідчити про особисту упередженість судді, навести неможливо. Зокрема, до них належать такі:

– суддя отримував від учасників судового розгляду на безоплатній основі певне майно («Belukha v. Ukraine»);

- члени суду висловлювались з питань, розглядуваних ними у суді, як консультанти («Procola v. Luxembourg»);
- член суду за службовим становищем був підлеглим щодо однієї зі сторін у судовому процесі («Sramek v. Austria»);
- член колегії присяжних працював у фірмі, партнером якої був свідок з боку обвинувачення («Pullar v. the United Kingdom»);
- суддя перебував у інтимних стосунках із обвинуваченим («Chmelíř v. the Czech Republic»);
- суд заважає захисникові обстоювати версію сторони захисту («C.G. v. the United Kingdom») та ін.

Змішування процесуальних ролей

Про упередженість суду свідчить переймання ним обов'язків обвинувача. При цьому не має значення, що закон дозволяє судді виконувати певні функції, що за правилами змагального процесу і за європейськими стандартами в галузі кримінального судочинства є суто обвинувальними (прокурорськими).

Так, у справі «Ozerov v. Russia» ЄСПЛ визнав неприпустимим, коли суд, розглядаючи справу по суті і засуджуючи заявника за відсутності прокурора, змішав ролі обвинувача та судді і тим самим дав підстави для законних сумнівів у своїй безсторонності. Суддя перейняв на себе обов'язки, які могли б виконуватися прокурором, якби він був присутнім. Районний суд зачитав обвинувальний висновок, наданий прокуратурою, потім він допитав заявника й інших свідків, також досліджував інші докази і визнав деякі письмові докази обвинувачення неприпустимими. Прокурор же не мав можливості висловити свою думку з приводу вказаних дій. У разі присутності прокурора він міг би і відмовитися від підтримки обвинувачення.

До червня 2001 р. в Україні згідно з чинним на той час процесуальним законодавством суд мав повноваження у разі відмови прокурора від обвинувачення продовжувати розгляд кримінальної справи, виконуючи усі ті дії, про які йдеться у наведеному вище рішенні ЄСПЛ, і постановити за його результатами обвинувальний вирок.

У справі «Kurgianou v. Cyprus» ЄСПЛ дійшов висновку, що змішування ролей позивача, свідка, публічного обвинувача і судді саме по собі вселяє об'єктивно виправдані побоювання в упередженості суду, зважаючи на перевірений часом принцип, що ніхто не може бути суддею у власній справі. У розглядуваній справі адвокат був засуджений за образу в залі суду виїзною сесією суду, який розглядав справу його підзахисного про вбивство. ЄСПЛ дійшов висновку про змішування у

діях суду ролей суду і обвинувача, оскільки адвокат вчинив кримінальне правопорушення проти судді у приміщенні суду, судді якого пізніше постановили вирок проти адвоката. За таких умов можна констатувати, що судді, розглядаючи кримінальну справу про образу, не були вільні від негативного впливу на них власне факту того, що адвокат вчинив кримінальне правопорушення у приміщенні суду, де вони працюють, та ще й проти їхнього колеги.

Заяви поза судом

Судді (як професійні, так і присяжні та народні засідателі), роблячи заяви поза судом з приводу розгляду ними кримінальних справ, повинні пам'ятати про те, що будь-яке їхнє негативне висловлювання щодо учасників розгляду є підставою для відводу чи самовідводу. Підставою відводу є підозри щодо їхнього упередженого ставлення до тих учасників судового процесу, щодо яких вони негативно висловилися.

У справі «Sander v. the United Kingdom» ЄСПЛ дійшов висновку про те, що расистські висловлювання присяжного засідателя здатні підірвати безсторонність суду.

У справі «Remli v. France» ЄСПЛ констатував, що суд, який повинен судити іноземців, не буде безстороннім, якщо до його складу входить особа, яка публічно заявляла до початку розгляду справи про свої расистські настрої.

Вплив з боку ЗМІ

Розгляд справ у всіх судах відбувається відкрито, з допуском усіх бажаних, за винятком випадків, визначених законом. Представники ЗМІ мають право бути присутніми під час слухань кримінальних справ і робити коментарі. Однак існує проблема «надлишкової публічності», що може мати наслідком вплив на суддів, а отже, ставлення під сумнів їхньої безсторонності.

У 1962 р. ЄКомПЛ визнала, що у окремих справах діяльність ЗМІ може справити вплив на справедливість судового розгляду і потягнути відповідальність держави (справа «X. v. Austria»).

Пізніше ЄКомПЛ та ЄСПЛ розглядали питання впливу ЗМІ на судові процеси, визнаючи, що від ЗМІ і навіть влади, відповідальної за здійснення кримінальної політики, не можна чекати, щоб вони утримувалися від будь-яких висловлювань не про винуватість обвинувачених, а про їх небезпечний характер, якщо їм доступна безперечна інформація про це («Ensslin, Baader and Raspe v. Germany»).

Коментарі ЗМІ про судовий розгляд, на якому розглядаються питання громадської важливості, також вважаються допустимими («X. v. Norway», «Sunday Times v. the United Kingdom»).

ЄСПЛ вважає, що у демократичному суспільстві ніяк не можна уникнути того, що ЗМІ висловлюватимуть коментарі – іноді різкі – з приводу резонансних справ. Допустимими є публікації про дійсні факти, що стосуються кримінальної справи. ЄСПЛ виходить із того, що професійні судді мають досвід та підготовку, що дозволяє їм не піддаватись впливу якихось зовнішніх чинників, коли йдеться про судовий розгляд («Craxi v. Italy»).

Такий підхід є правильним щодо професійних суддів, але присяжні засідателі можуть бути піддані впливу ЗМІ, які іноді підігрують пристрасті навколо судового розгляду, формуючи ще до його початку суспільну думку таким чином, начебто обвинувачений винен. Якщо факти, викладені у ЗМІ, і відповідають дійсності, присяжним дуже важко уникнути їхнього впливу на формування внутрішнього переконання у винуватості обвинуваченого. Тому постановлення присяжними справедливого вердикту ставиться під загрозу. Виходом із цього може бути проведення судового засідання у іншому місці (районі, області). Однак, коли кримінальна справа набуває «загальнонаціонального значення», то із забезпеченням вимоги щодо безсторонності суддів у разі тиску з боку ЗМІ виникає проблема.

ЗМІ, висвітлюючи розгляд справ у судах, повинні діяти на підставі певних принципів, зокрема Принципів, що стосуються отримання інформації за допомогою засобів масової інформації про розгляди у кримінальних справах (додаток до Рекомендації № R (2003) 13 КМ РЄ). У зазначених Принципах викладені основні положення щодо дотримання журналістами і представниками органів правопорядку та суду певних правил при висвітленні судових процесів, зокрема презумпції невинуватості, збереження таємниці досудового слідства, охорони приватного життя, поведінки у суді тощо.

2.3. Суд за участю «народного елемента»

Правосуддя у кримінальних справах є однією із форм реалізації права. Тому його мають здійснювати професійні судді, тобто ті, хто має вищу юридичну освіту, призначені на посаду судді у порядку, визначеному законом, тобто перебувають на публічній службі. Однак у

багатьох державах до здійснення правосуддя у кримінальних справах закон дозволяє залучати непрофесійних суддів. Причин цьому кілька.

По-перше, у здійсненні правосуддя – діяльності однієї із гілок державної влади – мають брати участь представники народу. У цьому дістає вияв демократичність правосуддя.

По-друге, професійні судді, як і представники інших професій, піддаються професійній деформації. Участь представників народу в суді вносить «свіже дихання».

По-третє, кожен має право на те, щоб справу щодо нього розглядав «рівний йому» суддя, який розуміє його проблеми, а тому здатен на прийняття справедливого рішення у кримінальній справі.

У судах із «народним елементом» головує завжди є професійний суддя, який забезпечує правильне застосування процесуального закону.

Процесуальним системам сучасних держав відомі дві форми організації суду з участю «народного елемента»:

- 1) суд присяжних (суд «асизів» (*assisa*) у середньовічній Англії);
- 2) суд народних засідателів («шюффенський» (*Schöffen*) суд у середньовічній Німеччині, суд «ешевенів» (*echevins*) у середньовічній Франції).

Суть суду присяжних полягає у тому, що він складається із двох відносно самостійних колегій: професійний суддя (головуючий) і присяжні (кількість їх може бути різною – 7, 8, 12, 14 осіб). Колегія присяжних у судовому процесі вирішує питання «факту»:

- чи було вчинено кримінальне правопорушення;
- чи вчинив його обвинувачений;
- чи заслуговує він на помилуваність.

Результат вирішення цих питань присяжними відображається у вердикті. При цьому часто закон вимагає, щоб голосування присяжних щодо винуватості було однотайним. Іноді для того, щоб рішення про винуватість було ухваленим, допускається один або два голоси «проти».

Після проголошення обвинувального вердикту присяжними професійний суддя переходить до вирішення питань «права»:

- якою є кваліфікація кримінального правопорушення, у якому обвинуваченого визнано винуватим;
- яке покарання підлягає застосуванню до нього тощо.

Виправдувальний вердикт присяжних оскарженню не підлягає, оскільки «народ» сказав, що обвинувачений не винен. У деяких про-

цесуальних системах допускається оскарження виправдувального вердикту присяжних лише з питань надання їм професійним суддею інструкцій перед виходом до нарадчої кімнати.

Суди народних засідателів діють у складі однієї колегії, яка вирішує як питання «факту», так і питання «права».

2.4. Зміна складу суду

Незмінність складу суду є принциповим положенням судового розгляду. Його зміст полягає в тому, що у вирішенні кримінальної справи по суті можуть брати участь тільки ті судді, які брали участь у її розгляді від початку до кінця. Зміст цього положення полягає в такому:

1. Розгляд кожної кримінальної справи повинен бути розпочатий і завершений одним і тим самим судом. Мета цієї вимоги пов'язана з тим, що судді мають бути «в курсі справи» протягом всього часу її слухання.

2. Якщо суддя (професійний або присяжний чи народний засідатель) через тривалу хворобу, заявлення і задоволення відводу або з інших причин позбавлений можливості у подальшому брати участь у засіданні, він замінюється іншим суддею, і розгляд справи здійснюється з початку. З метою економії часу в справі, для розгляду якої необхідний значний час, закон передбачає можливість залучення запасних суддів. Вони перебувають в залі судового засідання з початку розгляду справи і в разі вибуття суддів із складу суду замінюють їх. Розгляд справи в цьому разі може бути продовжений лише за умови, що запасний суддя, який ввійшов у справу замість того, що вибув, не вимагає відновлення судових дій з початку.

3. Якщо з причин нетривалої хвороби, нещасного випадку в сім'ї тощо із складу суду вибуває головуючий, то розгляд справи відкладається.

4. Порушення положення про незмінність складу суду належить до безумовних підстав для скасування вироку чи іншого судового рішення вищестоящим судом.

Незмінність складу суду обумовлена правилом про безпосередність судового розгляду. Згідно з ним на суддів покладається обов'язок вирішувати кримінальну справу не за паперами, наданими органами досудового розслідування, а, головним чином, на підставі того, що кожному судді самому безпосередньо доведеться почути, побачити і з'ясувати в судовому засіданні. Суддя, вирішуючи кримінальну спра-

ву, повинен сприймати інформацію не з чужого голосу, а насамперед з джерела відповідної інформації, тобто з'ясувати обставини справи із доказів, отриманих з «перших рук».

Вимога процесуального закону щодо безпосередності дослідження доказів зобов'язує суд, до якого направлена за підслідністю кримінальна справа, слухання у якій здійснювалися іншим судом, розпочати судовий розгляд з початку.

Зміна складу суду може мати місце з різних причин: закінчення повноважень судді, заявлення і задоволення відводу (самовідводу) судді тощо. Зміна складу суду є звичним явищем у судовій практиці. Однак у окремих випадках вона може ставити під сумнів справедливості судового розгляду і вироку.

Зміна судді може завдати шкоди справедливості судового розгляду, наприклад, у таких випадках:

- сторонам не доведено інформацію про зміну окремого судді чи усього складу судової колегії. Сторони мають право знати, хто саме вирішуватиме питання про винуватість обвинуваченого;

- сторонам не повідомлено причин зміни судді. Рішення про зміну судді повинно бути вмотивованим і оголошеним у судовому засіданні. Тоді зміна складу буде зрозумілою для сторін, інших учасників судового розгляду і присутніх у залі судового засідання.

Часті й немотивовані заміни членів суду, без будь-якого пояснення у процесуальних документах викликають обґрунтовані підозри щодо безсторонності суду. Немотивована заміна судді, а особливо головуючого у судовому засіданні може свідчити про те, що на суддю або чиниться тиск і він сам відстороняється від ведення кримінальної справи, або судова адміністрація усуває його від справи через те, що він не бажає виконувати її вказівок щодо ведення цієї справи чи забезпечення «потрібного» результату її розгляду.

ЄСПЛ неодноразово робив висновки з цього приводу.

Так, у справі «Sutyagin v. Russia» сумніви заявника щодо незалежності і безсторонності суду при розгляді кримінальної справи визнані об'єктивно виправданими у аспекті заміни головуючого судді, що сталася з незрозумілих причин і не була забезпечена жодними процесуальними гарантіями.

У справі «Moiseyev v. Russia» ЄСПЛ визнав порушеною вимогу ст. 6 ЄКПЛ у зв'язку з тим, що сумніви заявника в незалежності і безсторонності суду першої інстанції були об'єктивно виправданими у зв'язку з багатократною і частою заміною членів суду в його кримінальній справі. Під час другого судового розгляду справи заявника сталося одинадцять

замін суддів у складі суду, чотири головуючих судді один за одним вели справу, кожна заміна головуючого судді супроводжувалася заміною обох народних засідателів, що, знову ж таки, здійснювалось з незрозумілих підстав і не було забезпечено жодних процесуальних гарантій.

2.5. Вимоги до облаштування зали судових засідань

Для того, щоб судовий розгляд кримінальної справи був справедливим, недостатньо лише виконання судом усіх приписів кримінального процесуального права. Судовий розгляд має здійснюватися у належному приміщенні – залі судових засідань.

Для забезпечення справедливості судового розгляду важливо, щоб громадяни не лише знали про те, що правосуддя у кримінальних справах здійснюється. Важливо, щоб вони бачили і чули, як це відбувається. Саме тому в судовому процесі діє засада гласності (публічності). Зала судових засідань має бути обладнана таким чином, аби усі учасники судового розгляду і присутні мали можливість слідкувати за ходом судового розгляду. Якщо є підстави вважати, що не усі зможуть побачити учасників судового засідання, то залу доцільно облаштувати відповідними технічними засобами трансляції. Якщо є підстави думати, що під час судового розгляду через велику кількість присутніх не буде чути голос, то залу судових засідань слід обладнати мікрофонами у відповідних місцях.

У справі «Stanford v. the United Kingdom» ЄСПЛ розглядав заяву про відповідальність уряду Сполученого Королівства за погану акустику в залі і визнав, що це безумовно те, що може давати підстави для розгляду питання відповідно до ст. 6 ЄКПЛ. Однак, вивчивши обставини справи, ЄСПЛ дійшов висновку про те, що, крім мінімального послаблення звуку через наявність скляної перегородки, акустичні рівні в залі суду були задовільними.

Зала судових засідань має бути такою за розміром, щоб вмістити усіх учасників судового розгляду і осіб, які не є учасниками розгляду, проте бажають бути присутніми під час слухання кримінальної справи. До початку судового засідання суддя повинен подбати про те, щоб розмістити усіх. Якщо уже на цьому етапі судді зрозуміло, що жодна із залів, що є у приміщенні суду, не здатна вмістити усіх (наприклад через те, що справа є занадто резонансною), то він повинен обрати найбільшу залу.

Якщо серед усіх залів у суді обирається зала для слухань, що не може вмістити усіх присутніх, у той час як у приміщенні суду є зала, де могли б розміститися усі учасники судового розгляду і бажаючи, то це є нічим іншим, як штучним обмеженням гласності судового розгляду. Такий спосіб дій судді є підставою для визнання судового розгляду таким, що не є справедливим.

Зал судового засідання має бути обладнаний спеціальним місцем для обвинуваченого, який перебуває під вартою, щоб виключити його втечу. Це місце має бути обладнане таким чином, щоб не давати присутнім у залі жодних підстав для того, аби вважати обвинуваченого винуватим ще до проголошення судом обвинувального вироку. Таке враження у присутніх може скластися тоді, коли заарештований буде перебувати за ґратами (у металевій клітці), а не поряд зі своїм захисником, або у виняткових випадках – за прозорим склом. Крім того, обвинувачений у таких випадках почувається психологічно більш комфортно, ніж у клітці, оскільки ґрати «відсувають» обвинуваченого від публіки (від рівних собі). А учасники судового розгляду, бачачи обвинуваченого поряд із захисником, а не в клітці, психологічно налаштовуються на те, що обвинувачений ще не винуватий. Таким чином, обладнання місця перебування заарештованого обвинуваченого у залі судових засідань здатне або сприяти реалізації презумпції невинуватості, або ні.

Важливим моментом у облаштуванні зали судових засідань має і розміщення місць обвинуваченого і його захисника. Місця повинні знаходитися поруч, щоб обвинувачений і захисник мали можливість вільно у будь-який час спілкуватися протягом судового розгляду.

Запитання і завдання

1. Обвинувальний акт щодо заступника голови обласної державної адміністрації стосовно обвинувачення його в одержанні хабара у великому розмірі направлений до суду. Обвинувачений заявив клопотання про розгляд його справи судом присяжних.

Який суд і у якому складі суддів повинен розглядати кримінальну справу?

Які юридичні наслідки потягне судовий розгляд справи не у тому складі суддів, що встановлений КПК?

2. Які, на вашу думку, способи розподілу кримінальних справ між суддями взмозі виключити їхню упередженість під час судового розгляду?

3. Апеляційний суд згідно з п. 6 ч. 1 ст. 407 КПК скасував вирок, постановлений судом першої інстанції у складі трьох суддів, і призначив новий судовий розгляд у цьому суді. Місцевий суд розглянув справу повторно у складі трьох суддів, один із яких раніше брав участі у розгляді, і постановив вирок. Захисник подав на цей вирок апеляцію, в якій зазначив, що справу розглянуто з порушенням закону: місцевий суд мав її розглядати у іншому складі.

Чи підлягає апеляційна скарга захисника задоволенню?

Якою є позиція ЄСПЛ з питання повторного (після апеляційного чи касаційного перегляду) судового розгляду судом першої інстанції у тому самому складі суддів?

4. КПК (п. 4 ч. 1 ст. 75) передбачає таку підставу для відводу судді: «За наявності інших обставин, які викликають сумнів у його безсторонності». Назвіть п'ять таких «інших обставин», не включаючи до їх числа ті, що регламентовані ч. 1 ст. 75 КПК.

5. Під час судового розгляду захисником обвинуваченого заявлено відвід судді у зв'язку з тим, що під час досудового розслідування у цій справі він ухвалював рішення про привід його підзахисного, а отже, є упередженим, оскільки заінтересований в постановленні щодо нього обвинувального вироку.

Чи є обставини, зазначені захисником у заяві, підставою для відводу судді?

6. Кримінальні справи про які правопорушення є підсудними суду присяжних? Чи відрізняється склад суду присяжних в Україні від складу цього суду в інших державах? Якщо так, то якими є ці відмінності?

7. Суд присяжних розглядав кримінальну справу щодо Ігнатенка протягом чотирьох місяців. За цей час було замінено два присяжних і один суддя – головуєчий. Про причини заміни суддів Ігнатенка не повідомляли.

Чи мали місце у цій справі порушення норм кримінального процесуального права щодо незмінності складу суду?

Якщо так, то які юридичні наслідки це може мати?

8. Обвинуваченого, щодо якого обрано запобіжний захід у вигляді тримання під вартою, під час судового розгляду, розпочатого 23 травня 2013 р., утримували у металевій клітці, яка знаходилася на відстані п'яти метрів від місця, визначеного для захисника.

Чи не порушені вимоги кримінального процесуального закону в цій ситуації? Якщо так, то які саме? Чи матимуть ці порушення юридичні наслідки?

Додаткова література

1. Куйбіда Р.О. Реформування правосуддя в Україні: стан і перспективи: Монографія. – К.: Атіка, 2004. – 288 с.
2. Лукайдес Л.Г. Справедливое судебное разбирательство (комментарий к п. 1 ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод) / Пер с англ. Ю. Берестнева, М. Виноградова // Российская юстиция. – 2004. – № 2. – С. 8–20.
3. Международная амнистия. Руководство по справедливому судопроизводству. – М.: Права человека, 2003. – 196 с.
4. Толочко О.М. Право на справедливий судовий розгляд кримінальних справ // Юридичний журнал. – 2006. – № 1 (43). – С. 84–89.
5. Юдківська Г.Ю. Конфлікт між презумпцією невинуватості та свободою слова при висвітленні ЗМІ кримінальних процесів: точка зору Європейського суду з прав людини // Вісник Верховного Суду України. – 2007. – № 1. – С. 40–44.

Розділ 3

ОБВИНУВАЧЕННЯ

3.1. Суть обвинувачення

Поняття обвинувачення

Термін «обвинувачення» у кримінальному процесі вживають у кількох значеннях:

- як твердження компетентних органів про вчинення певною особою кримінального правопорушення;
- як кримінальну процесуальну функцію (основний напрям кримінальної процесуальної діяльності);
- як вимогу органів обвинувальної влади (у кримінальних справах приватного обвинувачення – потерпілого), звернену до суду щодо судового визнання належного державі права публічно оголосити особу винуватою і обґрунтовано, відповідно до закону, справедливо її покарати;
- як офіційне повідомлення особі компетентними органами про те, що вона обвинувачується у вчиненні кримінального правопорушення.

З огляду на те, що ЄКПЛ та інші міжнародні правові документи, а також конституції європейських держав та національне законодавство проголошують людину найвищою соціальною цінністю, останнє значення якнайкраще відображає суть терміна «обвинувачення». Адаже йдеться про інформування особи про те, що у органів обвинувальної влади є до неї претензії через ймовірне порушення норм кримінального права.

У ч. 1 ст. 6 ЄКПЛ за тлумаченням ЄСПЛ відображено концепцію терміна «кримінальне обвинувачення», яка характеризується скоріш матеріальним, ніж формальним характером («*Deweer v. Belgium*»).

У справі «*Eckle v. Germany*» ЄСПЛ зазначив, що кримінальне обвинувачення може бути визначене як «офіційне повідомлення особі компетентним органом про те, що вона підозрюється у вчиненні кримінального порушення». У справі «*Foti and others v. Italy*» ЄСПЛ навів ширше розуміння цього визначення, включивши до нього також «інші підстави, що підтверджують це звинувачення і можуть спричинити серйозні наслідки, що можуть ускладнити становище підозрюваного».

ЄКомПЛ та ЄСПЛ визнали, що такими підставами, які можуть спричинити серйозні наслідки, можуть бути видання ордеру на арешт, обшук приміщення чи особистий обшук. Однак, на їхню думку, такі дії, як початок досудового (поліцейського) розслідування, допит свідків або інші дії, що безпосередньо не впливають на особу, не можуть бути віднесені до таких підстав. Водночас особа, викликана як свідок у кримінальному провадженні, але фактично підозрювана у вчиненні кримінального правопорушення (якщо їй під час допиту були поставлені запитання, які можуть бути використані проти неї як обвинувальні), користується гарантіями ст. 6 ЄКПЛ («*Serves v. France*»).

Офіційним повідомленням про обвинувачення також є початок досудового слідства проти конкретної особи чи арешт банківських рахунків конкретної особи («*Ringeisen v. Austria*»).

Згідно з практикою ЄСПЛ визначення повідомлення особи як обвинувачення у сенсі ст. 6 ЄКПЛ не завжди може бути сформульоване у кримінальному процесуальному чи кримінальному праві. При вирішенні питання про те, чи є певне повідомлення особи обвинуваченням, слід виходити із того, які санкції передбачені за діяння. Отже, обвинувачення може мати місце у разі повідомлення особи про те, що вона вчинила цивільне, адміністративне чи дисциплінарне правопорушення.

Так, ЄКомПЛ та ЄСПЛ ухвалили рішення про те, що характер санкцій, які можуть бути застосовані за певних обставин, може спричинити перекваліфікацію цивільної справи на кримінальну, наприклад у випадку, коли несплата штрафу може призвести до ув'язнення. Водночас ЄСПЛ наголосив, що визнання окремого кримінального правопорушення таким, що «не підлягає покаранню», не виключає його із сфери застосування ст. 6 ЄКПЛ («*Adolf v. Austria*», «*Öztürk v. the Federal Republic of Germany*»).

Суд також наголосив, що держава не повинна маскувати кримінальні справи під адміністративні з метою виключення їх із сфери дії ст. 6 ЄКПЛ. У справі «*Öztürk v. the Federal Republic of Germany*» ЄСПЛ відзначив: «Якби Договірні Держави з метою перешкодити застосуванню основних положень ст. 6 і ст. 7 (ЄКПЛ – *авт.*) могли на свій власний розсуд кваліфікувати правопорушення як «адміністративне», а не як «кримінальне», тоді застосування цих положень залежало б від їхньої суверенної волі. Як наслідок, розширення тлумачення могло б призвести до результатів, що були б несумісними з метою та завданням цієї Конвенції».

У справі «*Engel and others v. the Netherlands*» четверо військово-службовців заявили про те, що при розгляді військовими органами

дисциплінарної справи були порушені різні аспекти їхнього права на справедливий судовий розгляд згідно зі ст. 6 ЄКПЛ. ЄСПЛ встановив свої критерії, за якими було визначено, чи може дисциплінарна процедура одночасно розглядатись як кримінальне обвинувачення, а отже, підпадати під дію ст. 6 ЄКПЛ. ЄСПЛ вирішив, що кваліфікація цього обвинувачення згідно з нормами внутрішнього законодавства не була вирішальним чинником. Навпаки, вирішальними чинниками для кваліфікації справи як «кримінальної» згідно із завданнями ЄКПЛ є ступінь порушення норми, а також характер і суворість можливого покарання (розмір штрафу, можливість ув'язнення, тривалість можливого ув'язнення тощо). Оскільки авторам заяви загрожувало ув'язнення тривалістю кілька місяців, ЄСПЛ ухвалив рішення про прийнятність справи.

ЄКомПЛ та ЄСПЛ застосовували ці критерії при розгляді інших справ – у справах «Eggs v. Switzerland» (п'ять днів арешту), «Campbell and Fell v. the United Kingdom» (рішення тюремної адміністрації лише тоді підпадає під дію ст. 6, коли передбачає збільшення строку перебування у в'язниці) та в інших подібних справах.

Саме таке визначення поняття кримінального обвинувачення зумовлене самостійним («автономним») його значенням стосовно поняття кримінального обвинувачення, що дається у національному законодавстві.

Повідомлення про обвинувачення має містити як фактичні (вид правопорушення), так і юридичні відомості (назва і зміст відповідної статті кримінального закону). Пункт 3 (а) ст. 6 ЄКПЛ визнає за особою право бути повідомленою не лише про фактичні підстави обвинувачення, а й про юридичну кваліфікацію фактів.

Виходячи із визначених ЄСПЛ критеріїв, в Україні «кримінальне обвинувачення» вважатиметься висунутим у таких випадках:

- 1) фактичне затримання особи, підозрюваної у вчиненні кримінального правопорушення;
- 2) повідомлення про підозру у вчиненні кримінального правопорушення;
- 3) застосування заходу забезпечення кримінального провадження до підозрюваного до моменту повідомлення про підозру;
- 4) фактичне адміністративне затримання особи за вчинення адміністративного правопорушення, за яке передбачене стягнення у вигляді арешту, оплатного вилучення майна, конфіскації майна та позбавлення спеціального права;

5) складення протоколу про вчинення адміністративного правопорушення, за яке передбачена сувора санкція у вигляді арешту, платного вилучення майна, конфіскації майна та позбавлення спеціального права;

б) складення протоколу про вчинення корупційного діяння, санкцією за яке може бути відмова у призначенні на посаду або позбавлення права балотуватись у депутати або на виборні посади в державні органи.

Обвинувачення в кримінальному процесі характеризується такими ознаками:

1) поділ обвинувачення на первинне і остаточне. Первинне обвинувачення за Статутом кримінального судочинства Російської імперії 1864 р. називалося «судовим переслідуванням» (ст. 1 і ст. 2), а в юридичній літературі – «кримінальним переслідуванням». Остаточне обвинувачення в законодавстві мало назву «викриття обвинувачених перед судом» (ст. 3 і ст. 4), а в літературі – «підтримання обвинувачення перед судом»);

2) зближення діяльності щодо первинного обвинувачення з діяльністю із розшуку і припинення кримінальних правопорушень (обмеження гласності, усності, тісна взаємодія з оперативно-розшуковими органами тощо);

3) має суворо індивідуальний характер. Так, у разі смерті обвинуваченого обвинувачення не може переходити на інших осіб, а справа має бути закрита;

4) забезпечення обвинувачення державною підтримкою і поширення на нього державного контролю.

Обвинувачення має як якісні, так і кількісні характеристики.

Якісні характеристики обвинувачення визначаються кваліфікацією кримінального правопорушення чи кримінальних правопорушень, що ставляться в провину особі, а кількісні – обсягом обвинувачення, тобто кількістю кримінальних правопорушень, у вчиненні яких вона обвинувачується. Ці характеристики мають значення для вирішення питань про зміну і доповнення обвинувачення, про закриття справи в частині висунутого обвинувачення та в деяких інших випадках.

Обвинувачення є рушійною силою процесу. Відмова державного обвинувача від підтримання обвинувачення і небажання потерпілого підтримувати обвинувачення перед судом має наслідком припинення кримінального провадження.

Різновиди обвинувачення

Залежно від того, хто здійснює обвинувачення, воно поділяється на державне, приватне, додаткове та субсидіарне.

Державне обвинувачення здійснюється представником служби державного (публічного) обвинувачення¹, а **приватне** – потерпілим.

Додаткове обвинувачення здійснюють разом із державним обвинувачем чи потерпілим (основним обвинувачем) інші особи – представник потерпілого, громадський обвинувач² тощо.

Субсидіарне (замісне) обвинувачення здійснюється замість основного обвинувача іншими особами. Так, наприклад, якщо із кримінальної справи вибуває державний обвинувач, а потерпілого, який би міг «підхопити» обвинувачення, у справі немає, то замість нього як обвинувача допускають будь-яку особу, якій не байдужі суспільні (публічні) інтереси³.

3.2. Розподіл повноважень між суб'єктами, які здійснюють обвинувачення

Державне (офіційне) обвинувачення уповноважені здійснювати лише службові особи, спеціально визначені законом. Причому це не обов'язково мають бути публічні обвинувачі. Головне, щоб їхня посада була відділеною від суддівських функцій (п. 10 Керівних принципів ООН щодо ролі обвинувачів⁴).

¹ У країнах Західної Європи здебільшого використовується назва «служба державного (публічного) обвинувачення/представництва». А назва «прокуратура» залишилася в країнах – колишніх республіках СРСР та окремих посткомуністичних країнах Східної Європи (Польща, Болгарія, Словаччина). Наприклад, у ФРН, Австрії, Швейцарії, Чехії, Іспанії – служба державного представництва («Staatsanwaltschaft» (нім.), «Státní zástupitelství» (чес.), «del Ministerio Fiscal» (іспан.), у Італії, Португалії – служба публічного представництва («Pubblico Ministero» (італ.), «Ministerio Público» (порт.), у Франції, Бельгії – «parquet» (орган обвинувачення; буквальний переклад – «ті, хто стоять на паркеті (у суді)»), у Словенії – служба державного обвинувачення («državnotožilska služba»).

² Інститут громадського обвинувачення існував в Україні до 21 червня 2001 р.

³ В Україні такого виду обвинувачення не існує.

⁴ Керівні принципи ООН щодо ролі обвинувачів, ухвалені Восьмим Конгресом ООН з профілактики і поводження з правопорушниками, Гавана, Куба, 27 серпня – 7 вересня 1990 р. // http://www.pravo.org.ua/files/oon_com_split_1.pdf

Приватне обвинувачення здійснюють потерпілі. Якщо потерпілий через своє малолітство чи хворобу не зможе здійснювати обвинувачення, то законодавство передбачає можливість порушення і підтримання обвинувачення державними органами (службою обвинувачення, поліцією).

У процесуальних системах держав Європи за підготовку обвинувачення до суду і підтримання обвинувачення перед судом (судове переслідування) відповідають державні обвинувачі¹. Вони здійснюють процесуальне керівництво досудовим розслідуванням, тобто повністю відповідають за його результати. Від моделі досудового розслідування, здійснюваного у повному обсязі слідчим суддею, європейські держави відмовляються. Так, Швейцарія це зробила у 2010 р.² Німеччина у 1975 р. скасувала посаду слідчого судді на користь одноосібної відповідальності служби державного представництва (Staatsanwaltschaft).

Оскільки публічний обвинувач повністю відповідає за досудове розслідування і обвинувачення, то теоретично можливо було б передати функцію розслідування до служби обвинувачення. Але практично це неможливо здійснити з історичних, політичних, економічних та інших причин. Поліція як орган виконавчої влади має значні технічні й людські ресурси, що дозволяє їй здійснювати на належному рівні розслідування кримінальних правопорушень. Запровадження паралельного розслідування кримінальних правопорушень службою обвинувачення, у якій згадані ресурси є набагато меншими, було б недоцільним.

Самостійна підготовка обвинувачення обвинувачами є недоцільною і з суто процесуальних причин. Формування обвинувачення під час досудового розслідування передбачає здійснення певних процесуальних, у тому числі пізнавальних, дій. Якщо публічний обвинувач буде їх здійснювати особисто, а у суді він може бути допитаний як свідок, то він підлягатиме відводу. У такому разі буде порушено принцип незмінності обвинувача, який закріплений у КПК багатьох держав, у тому числі в Україні.

¹ Донедавна у Великій Британії обвинувачення готувала для суду і підтримувала його у суді поліція. Наразі за підготовку і підтримання обвинувачення відповідає обвинувач.

У РФ прокурори мають повноваження доручати слідчим підтримання обвинувачення перед судом у справах про нетяжкі злочини.

² У Швейцарії восени 2010 р. після 25-річної підготовки замість законів окремих 29 кантонів набув чинності єдиний для конфедерації КПК, у якому закріплено модель прокурорського розслідування.

Отже, новітні тенденції щодо розмежування повноважень між органами обвинувачення полягають у тому, що публічний обвинувач повинен лише керувати діями службових осіб державних органів, які здійснюють розслідування кримінальних правопорушень. Такими органами є поліція, податкова служба, органи безпеки та інші, яким право на розслідування надано національним законом. Якщо служба обвинувачення несе повну відповідальність за результати підготовки обвинувачення до суду, то вона має право керувати цією підготовкою, тобто діяльністю слідчих із розслідування¹.

У зв'язку з таким розподілом повноважень органів обвинувачення виникає питання щодо незалежності слідчих у вирішенні процесуальних питань, захисту їх від «зовнішніх впливів». З огляду на те, що обвинувачення, підготовлене слідчим під керівництвом обвинувача, останній представляє у суді, логічно, щоб слідчий виконував усі його вказівки щодо провадження процесуальних дій, прийняття процесуальних рішень, а також розслідування в цілому. Такий підхід не є обмеженням незалежності слідчого, оскільки обвинувач, який наглядає за законністю досудового розслідування, не уповноважений давати незаконні вказівки. Однак слідчий може не погодитися із вказівками обвинувача, вважаючи, що вони зашкодять досягненню цілей досудового розслідування. Для вирішення таких спірних ситуацій кримінальне процесуальне законодавство передбачає для слідчого можливість оскарження вказівок обвинувача, який здійснює процесуальне керівництво, керівнику органу обвинувачення або до вищестоящого обвинувача.

КМ РЄ у Рекомендації R (2000) 19 щодо ролі служби публічного обвинувачення в системі кримінальної юстиції висловив своє бачення відносин між службою обвинувачення й поліцією. Воно полягає у тому, що обвинувачі повинні ретельно перевіряти законність поліцейських розслідувань, особливо на етапі, коли вирішується питання про порушення або продовження кримінального переслідування (п. 21).

У країнах, де поліція або підлегла обвинувачам, або де поліцейські розслідування провадяться під наглядом служби обвинувачення, держава повинна вжити відповідних заходів, щоб гарантувати, що обвинувачі можуть:

а) давати поліції відповідні вказівки для ефективного виконання пріоритетів кримінальної політики, особливо стосовно рішень про те, які

¹ Розслідування кримінальних правопорушень поліцією та іншими органами під процесуальним керівництвом прокуратури отримало назву «прокурорського дізнання».

категорії справ повинні розглядатися службою обвинувачення, про способи збирання доказів, роботи персоналу, про тривалість розслідування, про інформацію, що надається обвинувачам, тощо;

б) якщо існують різні підрозділи поліції, направляти справу до того підрозділу, де вона буде найкраще вирішена;

в) здійснювати оцінку і внутрішній контроль тією мірою, якою вони є необхідними для нагляду за виконанням вказівок обвинувача;

г) установлювати відповідальність або, якщо доречно, сприяти встановленню відповідальності за можливі порушення (п. 22).

А у державах, де поліція є незалежною від служби обвинувачення, слід вживати ефективних заходів для того, щоб гарантувати належне й функціональне співробітництво між службою обвинувачення й поліцією (п. 23).

3.3. Формування обвинувачення на досудовій стадії

Слідчий, публічний обвинувач у разі отримання відомостей про вчинення кримінального правопорушення чи самостійного виявлення ознак кримінального правопорушення розпочинають діяльність із встановлення факту вчинення кримінального правопорушення. Ця діяльність провадиться під час досудового (попереднього) розслідування під процесуальним керівництвом обвинувача.

Підготовка обвинувачення до суду і для суду не означає, що сторона обвинувачення повинна збирати лише обвинувальні докази. У різних процесуальних системах питання щодо збирання слідчим і обвинувачем виправдувальних доказів вирішується по-різному.

У системах досудового провадження, побудованих за моделлю слідчого судді, який здійснює розслідування у повному обсязі, на нього покладено обов'язок виявляти і фіксувати у матеріалах досудового розслідування як обвинувальні, так і виправдувальні докази.

У тих системах, де досудове провадження здійснюють слідчі під керівництвом обвинувача, обов'язок збирати виправдувальні докази на сторону обвинувачення, як правило, не покладається. Однак у разі, коли під час процесуальної дії слідчий (обвинувач) виявляє докази, які можуть свідчити про непричетність підозрюваного до вчинення кримінального правопорушення, він зобов'язаний внести їх до протоколу слідчої дії.

Коли до осіб, які здійснюють кримінальне переслідування (обвинувачення), надходять докази проти підозрюваних, отримані, як їм це відомо чи як вони мають розумні підстави вважати, за допомогою незаконних методів, що істотно порушують права людини, особливо якщо вони пов'язані із застосуванням катувань або жорсткого поводження чи видів поводження, що принижують гідність, вони повинні відмовитися від використання таких доказів проти будь-якої особи, крім тієї, що застосовувала такі методи (п. 16 Керівних принципів ООН щодо ролі обвинувачів).

Формування обвинувачення у досудовому провадженні здійснюється доти, доки публічний обвинувач не дійде висновку, що зібраних доказів достатньо для складання обвинувального акту. Достатність доказів означає таку їх сукупність, яка викриває певну особу в учиненні кримінального правопорушення і встановлює (доказує) в її діях склад кримінального правопорушення (в теорії процесу використовується також поняття «недостатня сукупність доказів»), тому доказів має бути стільки, щоб у публічного обвинувача виникло суб'єктивне переконання в тому, що в діях особи, яка підлягає притягненню як обвинувачений, є склад кримінального правопорушення.

«Достатність доказів», так само, як і «недостатність доказів» є оцінювальними поняттями.

Щоб притягнення обвинуваченого було обґрунтованим, в будь-якому разі повинні бути доведені:

1) склад кримінального правопорушення (об'єкт, суб'єкт, об'єктивна сторона, суб'єктивна сторона);

2) вчинення цього діяння конкретною особою, яка за своїми характеристиками може бути суб'єктом кримінального правопорушення (фізична; осудна; яка досягла віку кримінальної відповідальності);

3) характер і розмір завданої шкоди;

4) обставини, що впливають на ступінь і характер відповідальності (покарання) обвинуваченого:

а) обтяжуючі чи пом'якшуючі;

б) кваліфікуючі ознаки кримінального правопорушення (наприклад, повторність).

Не можуть бути підставами для притягнення особи як обвинуваченого:

– припущення, здогадки слідчого (впливає із презумпції невинуватості);

– визнання обвинуваченими своєї вини без підтвердження цього визнання сукупністю доказів.

Питання щодо підстав притягнення як обвинуваченого тісно пов'язане із презумпцією невинуватості, яка починає діяти вже під час досудового розслідування. Чи можна стверджувати, що слідчий, обвинувач, притягуючи особу як обвинуваченого, керуються презумпцією невинуватості? Навпаки, вони виходять із припущення щодо винуватості особи у вчиненні кримінального правопорушення. Але при цьому слідчий, публічний обвинувач повинні дотримуватися презумпції невинуватості як засади, що допускає притягнення конкретної особи як обвинуваченого лише за наявності підстав вважати, що загальне припущення про законслухняність особи не виправдалося.

Притягнення особи як обвинуваченого є надзвичайно важливим етапом провадження під час досудового розслідування, тому воно має здійснюватися за певними правилами. Одні з них можуть бути визначені у законі, інші – напрацьовані практикою.

Правилами притягнення як обвинуваченого є такі:

1. Акт притягнення особи як обвинуваченого є можливим лише за наявності передбачених законом *підстав*.

2. Притягнення як обвинуваченого може бути здійснене лише *належним суб'єктом*. Таким суб'єктом є слідчий або обвинувач.

3. Притягнення як обвинуваченого має бути здійснене *вчасно*. Тільки вчасне висунення обвинувачення є гарантією реалізації засади забезпечення обвинуваченому права на захист і права на розгляд обвинувачення упродовж розумного строку.

Якщо у кримінальній справі здобуті докази, що вказують на вчинення кримінального правопорушення конкретною особою, слідчий, публічний обвинувач зобов'язані висунути цій особі обвинувачення. Відкладення прийняття такого рішення є порушенням прав особи, щодо якої здійснюється провадження. Чим раніше (за наявності для цього підстав) особа буде притягнута як обвинувачений, тим скоріше вона отримає можливість реалізації прав із захисту від обвинувачення. На жаль, у практиці діяльності з розслідування непоодинокими є випадки, коли висунення обвинувачення відбувається безпосередньо перед закінченням досудового розслідування, а іноді – одночасно з відкриттям стороні захисту матеріалів досудового розслідування. Таке стає можливим через те, що законом не врегульовано, коли саме слідчий повинен висунути обвинувачення.

Цьому сприяє і об'єктивна причина: слідчий, публічний обвинувач оцінюють докази за своїм внутрішнім переконанням, яке не піддається юридичній регламентації. Однак, вирішуючи питання про момент притягнення особи як обвинуваченого (вручення повідомлення про

підозру), треба враховувати практику ЄСПЛ щодо визначення цього моменту і дотримуватися розумних строків розгляду обвинувачення.

4. Формулювання обвинувачення повинно бути *конкретним, ясным, із точним зазначенням кваліфікації кримінального правопорушення*. Неконкретність обвинувачення, «розмитість» його формулювання не сприяє реалізації обвинуваченим свого права на захист. Кваліфікація кримінального правопорушення повинна бути точною. У процесуальному документі (постанові) про притягнення як обвинуваченого не повинно бути кваліфікації на зразок: «Дії обвинуваченого кваліфікуються за частиною 2 або частиною 3 статті 186 КК».

Точність обвинувачення, висунутого особі, має суттєве значення для забезпечення її захисту. Тому навмисне маніпулювання обвинуваченим під час досудового розслідування є неприпустимим як у бік погіршення становища особи, так і в бік його поліпшення.

Навмисна кваліфікація кримінального правопорушення за статтею КК з більш суворою санкцією зі сподіванням, що під час судового розгляду кваліфікацію буде змінено на правильну, є незаконною, оскільки обвинувачення має бути точним. А навмисна кваліфікація кримінального правопорушення, що ставиться у провину за статтею з менш суворою санкцією, може мати наслідком порушення права обвинуваченого на захист. Наприклад, це може мати місце у випадку, коли слідчий, публічний обвинувач безпідставно кваліфікують діяння, за яке у разі правильної його кваліфікації передбачено покарання у вигляді довічного позбавлення волі і є обов'язковою участю захисника, як таке, за яке передбачено більш м'яке покарання і не передбачено обов'язкової участі захисника.

Обвинувачення (кваліфікація) може «коригуватися» під час судового розгляду шляхом зміни, доповнення тощо. Але дотримання правила щодо точної кваліфікації кримінального правопорушення, у вчиненні якого обвинувачують особу, є вкрай актуальним для досудового етапу кримінального провадження, коли обвинувачення лише починає формуватися. На цьому акцентує увагу і Пленум ВСУ у своїй постанові від 24 жовтня 2003 р. № 8 «Про застосування законодавства, яке забезпечує право на захист у кримінальному судочинстві», зазначаючи, що постановою про притягнення як обвинуваченого (повідомлення про підозру – за КПК 2012 р. – *авт.*), в якій формулюється обвинувачення, має бути конкретно за змістом.

5. Слідчому, публічному обвинувачу *заборонено домагатися від обвинуваченого визнання ним винуватості у вчиненні кримінального правопорушення*. Надання свідчень є правом обвинуваченого. У кон-

тексті реалізації у кримінальному процесі принципу змагальності право не надавати свідчення є однією із «переваг сторони захисту».

6. Притягнення як обвинуваченого повинно здійснюватися у порядку, визначеному кримінальним процесуальним законом. Встановивши підстави притягнення особи як обвинуваченого, слідчий, публічний обвинувач в певному порядку (з дотриманням встановленої законом процедури) здійснює сукупність дій, які фіксуються у відповідних процесуальних документах.

Існують загальний і особливий порядки притягнення особи як обвинуваченого. Особливий порядок (процедура) здійснення цього акту може встановлюватися національним законодавством. Цей порядок полягає у встановленні додаткових порівняно з недоторканністю особи гарантій недоторканності для окремих категорій службових осіб і має на меті створення належних умов для виконання покладених на них державою обов'язків та захист від незаконного втручання у їх діяльність.

Недоторканність службових осіб є гарантією більш високого рівня порівняно з недоторканністю, яка встановлюється для всіх інших осіб, що не суперечить принципу рівності прав і свобод громадян та їх рівності перед законом (ст. 24 Конституції України).

До числа осіб, щодо яких законом може бути встановлено особливий порядок притягнення до кримінальної відповідальності, належать Президент, члени парламенту, омбудсмен, судді та інші. Особливості притягнення цих осіб до кримінальної відповідальності полягають у тому, що, наприклад, для Президента передбачено процедуру імпичменту, членів парламенту, омбудсмена і суддів не можна притягнути до відповідальності без дозволу парламенту.

Обвинувачення, про яке особі офіційно повідомлено під час досудового розслідування, може у цій стадії змінюватися і доповнюватися. Це пов'язано з тим, що після висунення обвинувачення формування сукупності доказів продовжується, а тому можуть бути встановлені нові обставини вчинення кримінального правопорушення, обвинувачення у якому пред'явлене, або факт вчинення іншого кримінального правопорушення.

Зміна обвинувачення – це зміна його на обвинувачення у вчиненні:

- більш тяжкого кримінального правопорушення, тобто кримінального правопорушення, кваліфікованого за законом, що передбачає більш суворе покарання;

- кримінального правопорушення, що суттєво відрізняється за своїми фактичними обставинами;

- менш тяжкого кримінального правопорушення.

Доповнення обвинувачення – це одночасне ставлення обвинуваченому первинного обвинувачення і обвинувачення у вчиненні іншого, самостійного кримінального правопорушення.

Повідомлення особи про кримінальне обвинувачення (підозру), його зміну та доповнення передбачає невідкладне інформування її про це з тим, щоб вона мала можливість вчасно розпочати захист або припинити захист у разі виключення із обвинувачення окремих складових (епізодів, пунктів, фактів тощо).

3.4. Припинення кримінального провадження (переслідування) під час досудового розслідування

Обвинувачення (кримінальне переслідування), розпочате під час досудового розслідування, може не лише змінюватися чи доповнюватися, а й припинятися. Підставами припинення обвинувачення на цій стадії можуть бути різні обставини, що свідчать про відсутність підстав для складання обвинувального акту (відсутність події кримінального правопорушення, недосягнення особою віку кримінальної відповідальності тощо), у тому числі у зв'язку із недоведеністю участі обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення. Ситуації, коли особі пред'явлено обвинувачення, а пізніше провадження щодо неї припиняється (закривається), виникають, якщо після пред'явлення обвинувачення слідчий, публічний обвинувач встановлюють обставини, що виключають подальше кримінальне переслідування особи. Продовження кримінального переслідування у таких ситуаціях було б необґрунтованим, а отже – незаконним. Згідно з п. 14 Керівних принципів ООН щодо ролі обвинувачів особи, які здійснюють кримінальне переслідування, не порушують перед судом переслідування у тих випадках, коли безстороннє розслідування свідчить про необґрунтованість обвинувачення.

Недоведеність участі обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення як підстава припинення кримінального провадження пов'язана з тим, що після притягнення особи як обвинуваченого органам розслідування, публічному обвинувачу не вдалося зібрати достатньо доказів для складання обвинувального акту, а можливості для збирання доказів вичерпані. Рішення про припинення криміналь-

ного провадження за цією підставою приймається в разі, коли особа притягнута як обвинувачений, але в ході подальшого розслідування виявляється, що:

1) сукупність доказів, які вказують на вчинення кримінального правопорушення обвинуваченим, «переважає» інша сукупність доказів – тих, що спростовують його участь у вчиненні кримінального правопорушення;

2) ці дві підсистеми сукупності доказів «урівноважують» одна одну. Такі ситуації в теорії кримінального процесу називають «ситуаціями інформаційної рівноваги» (В.С. Зеленецький). В цьому разі справа має бути вирішена на користь обвинуваченого («усі сумніви щодо доведеності винуватості вирішуються на користь обвинуваченого» – один із елементів принципу презумпції невинуватості).

Цікаво вирішувалося питання про рух кримінальної справи за наявності «ситуацій інформаційної рівноваги» в російському кримінальному процесі у XIX столітті. Особа за рішенням судового слідчого не вважалася невинуватою, а «залишалася під підозрою». Незважаючи на відсутність у новому КПК подібних положень, в підзаконних актах досі зберігається зазначений рудимент у вигляді «нереабілітуючих підстав закриття кримінального провадження» (див., наприклад, абз. 2 п. 60 Положення про проходження служби в Державній службі спеціального зв'язку та захисту інформації особами рядового і начальницького складу, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 27 грудня 2006 р. № 1828, підпункт 5 п. 16 Порядку проведення розслідування та ведення обліку нещасних випадків, професійних захворювань і аварій на виробництві, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 30 листопада 2011 р. № 1232).

Після припинення кримінального провадження за недоведеністю участі обвинуваченого кримінальне правопорушення вважається нерозкритим.

Припинення кримінального провадження під час досудового розслідування може мати місце і у разі, коли за цим самим фактом або щодо цієї самої особи є рішення слідчого, публічного обвинувача, суду про припинення провадження або вирок. Здійснення кримінального провадження (кримінального переслідування) у цьому випадку було б порушенням принципу, в основу якого покладено відому формулу римського права «*non bis in idem*» – «не можна двічі карати за одне й те саме».

Заборона на повторне покарання за одне й те саме правопорушення міститься і міжнародних правових актах.

Так, МПГПП (ч. 7 ст. 14) встановлює, що ніхто не може бути повторно засудженим чи покараним за кримінальне правопорушення, за яке він уже був остаточно засуджений або виправданий відповідно до закону і кримінального процесуального права кожної держави.

У ст. 4 Протоколу № 7 до ЄКПЛ зазначено, що ніхто не повинен бути повторно засудженим чи покараним у кримінальному порядку в межах юрисдикції однієї і тієї самої держави за кримінальне правопорушення, за яке уже був виправданий чи засуджений відповідно до закону і кримінальних процесуальних норм цієї держави. Повторне провадження може мати місце, якщо є відомості про нові чи нововиявлені обставини, або якщо під час попереднього розгляду були допущені суттєві порушення, що вплинули на результат справи.

Принцип «non bis in idem» регламентований Європейською конвенцією про видачу правопорушників¹, яка встановлює заборону видання особи, якщо компетентні органи запитованої сторони прийняли остаточно рішення щодо відповідної особи у зв'язку із правопорушенням (правопорушеннями), за яке вимагається видання (ст. 9). У виданні може бути відмовлено, якщо компетентні органи запитованої сторони ухвалили рішення або не порушувати, або припинити переслідування у зв'язку із таким самим правопорушенням (правопорушеннями).

Заборона повторного притягнення до кримінальної відповідальності за одне правопорушення стосується і випадків, коли судові рішення були постановлені за результатами спрощеного провадження. На цьому наголошено у Рекомендації № 6 R (87) 18 КМ РЄ щодо спрощення кримінального правосуддя² (п. 7 розділу 2).

У окремих державах (наприклад, у Франції) публічний обвинувач наділений дискреційним повноваженням щодо розпорядження обвинуваченням, сформульованим під час досудового розслідування. Він уповноважений не розпочинати переслідування особи перед судом. У цих державах обвинувач, приймаючи рішення про припинення кримінального переслідування, керується не приписами закону, а власним розсудом, враховуючи наслідки кримінального правопо-

¹ Європейська конвенція про видачу правопорушників від 13 грудня 1957 р. // Офіційний вісник України. – 2004. – № 26. – Ст. 1734.

² Рекомендація № 6 R (87) 18 КМ РЄ державам-членам «Щодо спрощення кримінального правосуддя», ухвалена 17 вересня 1987 р. // http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_339

рушення для суспільства. Дискреційні повноваження публічного обвинувача стосуються вирішення питання про порушення переслідування перед судом лише за кримінальні правопорушення, що не є тяжкими. Можливість надання публічним обвинувачам дискреційних повноважень передбачена п. 17 Керівних принципів ООН щодо ролі обвинувачів.

Підстави припинення кримінальної справи залежно від впливу на розвиток кримінального процесу поділяються на:

1) підстави, за якими провадження припиняється повністю. Якщо сформульоване обвинувачення (теза) повністю анулюється, то стає неможливою реалізація функції обвинувачення. Такий розвиток процесу обумовлює необхідність завершення всього провадження;

2) підстави, за якими провадження припиняється частково:

– щодо окремих частин обвинувачення (епізодів злочинної діяльності), що не знайшли свого підтвердження;

– щодо окремих осіб у межах одного кримінального провадження.

В цьому разі щодо одних (одного) обвинувачених провадження припиняється, а щодо інших направляється до суду з обвинувальним актом або з клопотанням про звільнення особи від кримінальної відповідальності.

Значення припинення кримінального провадження полягає в такому:

1. У провадженні припиняються кримінально-правові та кримінальні процесуальні відносини.

2. Рішення про припинення кримінального провадження має преюдиційне значення. Доти, доки воно не скасоване, здійснювати провадження щодо тієї самої особи чи за тим самим фактом не можна, оскільки згідно зі ст. 61 Конституції України ніхто не може бути двічі притягнений до юридичної відповідальності одного виду за одне й те саме правопорушення.

3. Припинення кримінального провадження свідчить про виконання стадією досудового розслідування всіх своїх завдань.

4. Рішення про припинення провадження може бути підставою для відшкодування особі шкоди, завданої незаконними діями органів досудового розслідування, служби обвинувачення.

5. Припинення кримінального провадження виключає дію повноважень компетентних державних органів. З цього моменту вони втрачають право викликати і допитувати свідків, призначати експертизи тощо. В свою чергу учасники досудового розслідування (обвинувачений, потерпілий та інші) звільняються від обов'язку підкорятися процесуальним вимогам слідчого, обвинувача.

6. Прийняття цього рішення покладає на слідчого, публічного обвинувача обов'язок ліквідувати наслідки застосування заходів забезпечення кримінального провадження і реалізувати прийняте рішення (зняти арешт з майна, звільнити затриманого, скасувати запобіжні заходи тощо).

3.5. Оскарження рішення про припинення провадження (переслідування)

Рішення про припинення провадження є правостановлювальним юридичним фактом. Тому з моменту прийняття цього рішення суб'єкти досудового розслідування, заінтересовані у вирішенні справи, отримують право на його оскарження.

Залежно від того, хто має право ухвалювати рішення про припинення кримінального провадження, закон встановлює суб'єкта, до якого учасники провадження мають право звертатися зі скаргами на відповідне рішення.

Рішення про припинення кримінального провадження може бути оскарженим, не виходячи за межі, так би мовити, «середовища» органів кримінального переслідування. Так, наприклад, рішення слідчого може бути оскаржене службовій особі, що є його керівником за службовим підпорядкуванням, – керівнику органу досудового розслідування (керівнику слідчого відділу, управління), або процесуальному керівникові досудового розслідування – державному обвинувачу. Якщо рішення ухвалює державний обвинувач, то – вищестоящому обвинувачу.

Рішення слідчого чи публічного обвинувача про припинення провадження можна оскаржити також до місцевого суду (слідчого судді). Питання про те, чи запроваджувати у процесуальне законодавство апеляційний (касаційний) порядок оскарження рішення про припинення кримінального провадження, кожна держава вирішує самостійно. Оскільки рішенням про припинення провадження воно завершується, можливо назавжди, у заінтересованих учасників, насамперед у потерпілого, має бути можливість зняти усі питання щодо правильності ухваленого рішення, «пройшовши» апеляційну і касаційну інстанції оскарження.

3.6. Передання кримінальної справи до суду (порушення державного обвинувачення)

У разі, коли немає підстав для припинення кримінального провадження, обвинувачення, сформоване під час досудового розслідування, публічний обвинувач передає до суду, де він буде підтримувати державне обвинувачення. Підтримання державного обвинувачення є однією із конституційних функцій служби обвинувачення.

Для того, щоб підтримувати обвинувачення у суді, потрібно, щоб воно виникло. Державне обвинувачення виникає (порушується) в момент затвердження обвинувачем обвинувального акту, складеного слідчим, або в результаті складання самим обвинувачем цього акту.

На етапі порушення державного обвинувачення і передання його до суду публічний обвинувач повною мірою реалізує свої процесуальні функції:

- нагляд за законністю у діяльності органів, що здійснюють досудове розслідування;

- процесуальний контроль за діяльністю цих органів;

- державне обвинувачення (початок).

Передаючи кримінальну справу до суду з обвинувальним актом, публічний обвинувач трансформується із «наглядача» і «процесуального керівника» у «державного обвинувача».

Юридичне значення порушення державного обвинувачення полягає в тому, що:

- слідче (попереднє, службове) обвинувачення трансформується в державне обвинувачення;

- порушення проти конкретної особи державного обвинувачення є підставою передання кримінальної справи до суду;

- порушене державне обвинувачення є предметом судового розгляду.

На етапі передання кримінальної справи до суду публічний обвинувач виконує *дві функції*:

- контрольну, пов'язана із перевіркою дотримання під час формування обвинувачення під час досудового розслідування вимог кримінального процесуального закону;

- організаційну, що полягає у переведенні порушеного державного обвинувачення до суду для вирішення питання про призначення судового розгляду та підготовці до підтримання державного обвинувачення у суді.

3.7. Підтримання державного обвинувачення

Оскільки підтримання обвинувачем державного обвинувачення у суді є його конституційною функцією, жодна інша службова особа будь-якого державного органу або приватна особа не має права підтримувати державне обвинувачення.

Підтримання обвинувачення перед судом означає діяльність із обґрунтування обвинувальної тези, сформульованої у обвинувальному акті, з метою переконання суду у винуватості обвинуваченого і необхідності призначення йому покарання.

На відміну від приватного обвинувача, державний обвинувач має не право, а обов'язок підтримувати обвинувачення. Його присутність у залі судового засідання є обов'язковою, а відсутність є підставою для перенесення судового розгляду.

За загальним правилом державний обвинувач підтримує обвинувачення у тому обсязі, у якому воно було офіційно висунуто під час досудового розслідування. Однак у суді першої інстанції можуть виникати ситуації, коли фактичні обставини кримінального правопорушення змінюються порівняно із встановленими раніше, що має наслідком зміну юридичної їх оцінки – кримінально-правової кваліфікації – як у бік погіршення, так і у бік поліпшення становища обвинуваченого. У такому випадку публічний обвинувач повинен ухвалити рішення про зміну раніше пред'явленого обвинувачення. Право зміни обвинувачення у суді належить до компетенції відповідного державного обвинувача у конкретному кримінальному провадженні. Однак у окремих процесуальних системах законодавець встановлює обов'язок державного обвинувача узгоджувати свої дії із зміни обвинувачення з керівником органу обвинувачення.

У певних державах (наприклад, у ФРН) право на зміну юридичної кваліфікації кримінального правопорушення, що є предметом судового розгляду, має суд. Вважається, що у цьому випадку суд не стає на бік державного обвинувача, оскільки йдеться про зміну юридичної ситуації у судовому провадженні, а не про зміну обвинувачення.

Такий підхід до вирішення питання про зміну судом кваліфікації кримінального правопорушення фактично нівелює ідею кримінального позову, згідно з якою розпоряджатися позовом (підтримувати, відмовитися, змінити) має сторона (обвинувачення), яка його заявила. Однак повноваження суду щодо зміни кваліфікації кримінального

правопорушення у певних випадках може бути гарантією дотримання прав обвинуваченого. Зокрема – права на захист у випадку, якщо зміна кваліфікації має наслідком застосування норми права, що передбачає обов’язкову участь захисника у зв’язку із тяжкістю розглядуваного кримінального правопорушення.

3.8. Відмова від обвинувачення

Повноваження публічного обвинувача на відмову від підтримання державного обвинувачення може бути реалізоване ним на підставі його особистого переконання у тому, що обвинувальних доказів недостатньо для подальшого обстоювання своєї позиції у кримінальній справі. Таке рішення публічний обвинувач повинен прийняти і тоді, коли він має сумніви щодо доведеності винуватості обвинуваченого. По-перше, тут спрацьовує принцип презумпції невинуватості, одним із елементів якого є тлумачення усіх сумнівів у справі на користь обвинуваченого. По-друге, у багатьох процесуальних системах (в тому числі в Україні) діє стандарт доведеності винуватості обвинуваченого – «переконання поза розумним сумнівом» (ч. 2 ст. 17 КПК), а тому будь-який, навіть найменший, сумнів у винуватості обвинуваченого виключає можливість подальшого обвинувачення.

На рішення про відмову від обвинувачення не може впливати чинник завантаженості судів, на чому наголошується у міжнародних правових документах, зокрема у п. 18 Керівних принципів ООН щодо ролі обвинувачів.

Підтримуючи державне обвинувачення у суді, публічний обвинувач може наділятися законодавцем дискреційними повноваженнями щодо розпорядження обвинуваченням, аж до відмови від нього.

3.9. Право на розгляд справи упродовж розумного строку

Визначення поняття «розумний строк»

Право на розгляд офіційно висунутого кримінального обвинувачення упродовж розумного строку гарантоване ст. 6 ЄКПЛ. Суть цього права ґрунтується на постулаті про те, що особа, проти якої висунуто

кримінальне обвинувачення, не повинна протягом тривалого часу чекати доки воно, а разом з ним і доля людини, буде остаточно вирішене постановленням виправдувального чи обвинувального вироку суду.

Висунення особі обвинувачення, як правило, супроводжується певними обмеженнями її прав і свобод. Так, протягом часу перебування «під обвинуваченням» щодо особи можуть бути застосовані запобіжні заходи та інші заходи забезпечення кримінального провадження, що суттєво обмежують конституційні права.

Висунення особі кримінального обвинувачення пов'язане з її психічними переживаннями щодо результатів вирішення обвинувачення. У зв'язку із зазначеними обставинами кожна особа повинна мати право на «швидкий» суд. Особливо це стосується випадків, коли обвинувачення висувають неповнолітній особі й коли обвинуваченого беруть під варту. Тому держава, видаючи закони, має подбати про те, щоб кримінальні обвинувачення щодо цих осіб були розглянуті першочергово.

Правило про розгляд справи упродовж розумного строку має значення засади кримінального провадження, оскільки діє протягом усього часу провадження після появи у ньому певної особи як обвинуваченого.

Право на розгляд кримінальної справи щодо себе упродовж розумного строку виникає у особи в момент, коли компетентний суб'єкт (слідчий, обвинувач) вручає особі офіційне повідомлення зі звинуваченням її у вчиненні кримінального правопорушення, тобто висуває проти певної особи офіційне обвинувачення¹.

Право особи на розгляд обвинувачення упродовж розумного строку корелює із обов'язком органів кримінального переслідування повно та всебічно встановити обставини кримінального правопорушення і обов'язком суду швидко розглянути обвинувачення, подане до суду. Однак прискорення розгляду справи не повинно мати наслідком зниження якості такого розгляду, що може призвести до порушення правила щодо справедливості судового розгляду і прийнятих у його результаті рішень.

Право на розумні строки може бути порушеним як внаслідок невинуватих затримок із розглядом висунутого особі обвинувачення, так і у разі занадто швидкого розгляду обвинувачення. Затягування через суб'єктивні причини з вирішенням обвинувачення часто є причиною втрати доказів, які у разі їх вчасного збирання і подання до суду могли

¹ Про момент, коли офіційне обвинувачення вважається висунутим, див. підрозділ 3.1 цього розділу.

б суттєво вплинути на судові рішення. Натомість поспішність у прийнятті остаточного рішення може стати причиною ігнорування важливих доказів заради швидкості кримінального провадження.

Строки розгляду кримінального обвинувачення мають бути адекватними ситуації кримінального провадження. Право особи на розумні строки вирішення обвинувачення щодо неї може бути реалізоване лише за умови досягнення балансу між швидкістю і якістю процесуальних дій та процесуальних рішень органів кримінального переслідування та суду.

У кримінальному процесуальному законодавстві пострадянських держав (і в деяких державах Східної Європи) встановлені конкретні (формалізовані) строки досудового розслідування – час від моменту висунення обвинувачення до передання його публічним обвинувачем до суду. Водночас законодавством передбачена можливість продовження цих строків та зупинення досудового розслідування, що має наслідком переривання перебігу процесуального строку. Така можливість дозволяє «регулювати» жорсткий строк досудового розслідування у бік його збільшення.

Формалізація строків досудового розслідування не виключає потреби дотримання права особи на розгляд обвинувачення щодо неї упродовж розумного строку. У законодавстві встановлюють граничні (максимальні) строки розслідування. Тому якщо для завершення розслідування максимальний строк, встановлений законом, не є необхідним, воно має бути завершено раніше.

Законодавець не передбачає конкретних (формалізованих) строків судового провадження. Суди під час розгляду кримінального обвинувачення повинні керуватися загальним правилом про розумні строки провадження. Встановлення жорстких строків для здійснення правосуддя було б «тиском» на суд, який, враховуючи розміри кримінальних санкцій, у багатьох випадках фактично вирішує долю людини. Тому «підганяти» суд під час вирішення таких важливих для особи питань було б неправильним.

Для визнання строку розгляду обвинувачення розумним чи нерозумним беруть проміжок часу, обмежений моментами висунення обвинувачення і його остаточного розгляду судом, що має бути відображено у вироку, котрий набув законної сили.

Отже, **розумний строк** можна визначити як *найкоротший і достатній (без невиправданих зволікань) строк формування кримінального обвинувачення під час досудового розслідування, розгляду і вирішення такого обвинувачення судом.*

Питання, що мають значення для встановлення факту порушення розумного строку

Забезпечення дотримання розумних строків покладається на суд. Під час досудового розслідування цим опікується слідчий суддя, а у судових стадіях – відповідна судова колегія.

Критеріями оцінювання розумності строку розгляду кримінального обвинувачення є такі:

- складність кримінальної справи (значна кількість епізодів злочинної діяльності, обвинувачених, потерпілих);
- вчинення кримінальних правопорушень у різних регіонах держави;
- кількість і характер процесуальних дій, необхідних для встановлення обставин кримінального правопорушення, тощо);
- поведінка особи, яка вважає, що її відповідне право було порушене;
- поведінка органів державної влади (насамперед суду);
- важливість предмету розгляду для заявника («*Alletet de Ribemont v. France*»).

Відповідальність держави за затягування провадження у кримінальній справі, як правило, настає в разі:

- нерегулярного призначення судових засідань;
- призначення судових засідань з великими інтервалами;
- затягування при переданні або пересиланні справи з одного суду до іншого;
- невжиття судом заходів для дисциплінування сторін у справі, свідків, експертів;
- направлення справи на новий судовий розгляд.

Причиною цього найчастіше є велике навантаження на суди, недофінансування судів, відсутність достатньої кількості суддів та допоміжних працівників тощо. Але ці причини не є підставою для визнання строків розгляду обвинувачення щодо особи розумними, оскільки держави – учасниці РЄ зобов'язані «організувати свою правову систему таким чином, щоб забезпечити додержання вимог п. 1 ст. 6 разом із вимогами судового розгляду впродовж розумного строку» («*Guincho v. Portugal*»).

Затягування строків розгляду справи може відбуватися внаслідок не своєчасного проведення судових експертиз. ЄСПЛ зобов'язує суддів слідкувати за проведенням експертиз: «Експерти працюють в межах судового розгляду, який контролюється суддею. Він залишається від-

повідальним за підготовку справи до судового розгляду та швидкий перебіг процесу» («Caruano v. Italy»).

Довга тривалість розгляду кримінальної справи є розумною тоді, коли справа є складною як з фактичного, так і з юридичного боку.

Поведінка учасника кримінального провадження, як було зазначено вище, також впливає на дотримання права на розумний строк. Так, у справі «Circicosta and Viola v. Italy» ЄСПЛ визнав розумним 15-річний строк розгляду справи, оскільки заявники (до ЄСПЛ) самі сімнадцять разів зверталися з проханням про відстрочення процесу і не заперечували проти шістьох перенесень розгляду, здійснених на підставі заяви іншої сторони у справі.

Водночас неможливо вимагати від особи, щоб вона сприяла суду в розгляді справи, якщо таке сприяння призведе до її засудження («Eskle v. Germany»). Використання всіх засобів оскарження, передбачених національним законодавством, ЄСПЛ не вважає обставиною, що свідчить про затягування строків розгляду справи через поведінку заявника («Reinhardt and Slimane-Kaïd v. France»).

Кінцевим моментом обчислення розумного строку розгляду кримінального обвинувачення є набрання законної сили постановленням судом обвинувальним чи виправдувальним вироком, а у разі його оскарження – набрання законної сили рішенням вищестоящего суду.

Запитання і завдання

1. Слідчий допитав Юріна як свідка у кримінальному провадженні, зареєстрованому в Єдиному реєстрі досудових розслідувань за ч. 5 ст. 191 КК, за фактом розтрати майна на державному підприємстві, де той працював головним бухгалтером. Оскільки запитання слідчого були спрямовані на викриття його у розтраті майна, Юрін під час допиту заявив вимогу роз'яснити йому, в чому його підозрюють, інакше він не буде надавати свідчення.

Слідчий роз'яснив Юріну, що він є свідком і за законом несе кримінальну відповідальність за відмову від надання свідчень, а також за надання завідомо неправдивих свідчень, а оголошувати свідку, у чому і хто підозрюється, слідчий не зобов'язаний.

Визначте процесуальний статус допитуваного Юріна.

Оцініть правильність роз'яснень слідчого.

Якими статтями Конституції України, рішеннями ЄСПЛ і нормами КПК мав би керуватися у цьому випадку слідчий?

2. Слідчий, вирішивши, що у матеріалах досудового розслідування є досить доказів, які вказують на вчинення убивства Комаровим, склав мотивовану постанову про притягнення його як підозрюваного за ч. 1 ст. 115 КК і поміщення до ІТТ.

Чи ґрунтується на законі рішення слідчого?

З якого моменту особа набуває статусу підозрюваного у кримінальному провадженні?

Яке рішення мав би ухвалити слідчий у цій ситуації?

Чим відрізняється процесуальний статус підозрюваного від статусу обвинуваченого?

3. Хто і за якими критеріями визначає «достатність доказів» для підозри?

Як під час досудового розслідування має бути вирішене звернене до прокурора клопотання особи про вручення їй повідомлення про підозру, якщо особа вважає, що щодо неї здійснюється діяльність із викриття її у вчиненні кримінального правопорушення, а прокурор переконаний, що для ухвалення такого рішення доказів ще не достатньо?

4. Прокурор склав щодо студента Міщенка письмове повідомлення про підозру, але не зміг його вручити через те, що студент не з'явився на виклик. Прокурор через три дні після складання повідомлення вручив його декану факультету, де навчався Міщенко, і зобов'язав передати повідомлення студенту.

Чи діяв прокурор у цьому випадку на підставі вимог процесуального закону?

5. Чим відрізняється зміна підозри від нової підозри? Наведіть приклади зміни підозри і нової підозри.

6. Хто, до кого і в якому процесуальному порядку має право оскаржити рішення про закриття кримінального провадження під час досудового розслідування?

7. Обґрунтованість обвинувачення має бути встановлена судом впродовж розумних строків (ч. 1 ст. 6 ЄКПЛ).

Якими є критерії розумності строків?

Чи забезпечує, на вашу думку, встановлення у законі конкретних строків кримінального провадження виконання вимог ч. 1 ст. 6 ЄКПЛ?

Визначте позитивні і негативні наслідки відмови від встановлення у процесуальному законі конкретних строків провадження.

8. Підозрюваний звернувся до слідчого судді із скаргою на прокурора і слідчого про те, що вони здійснюють досудове розслідування з порушенням правила про розумні строки. Слідчий суддя не задоволь-

нив скаргу з причини того, що підозрюваний сам винен у затягуванні строків розслідування, оскільки відмовляється надавати свідчення про місцезнаходження викрадених речей.

Оцініть рішення слідчого судді на відповідність ЄКПЛ та КПК.

Додаткова література

1. Лоскутов Т.О. Кримінальне переслідування, здійснюване слідчим: Монографія. – Дніпропетровськ: Ліра ЛТД, 2011. – 164 с.

2. Матієк С. Щодо визначення поняття «обвинувачення» // Вісник прокуратури. – 2002. – № 5. – С. 55–59.

3. Меркулов С.М. Реалізація обвинувачення: поняття, сутність, етапи за новим кримінальним процесуальним законодавством // Форум права. – 2012. – № 2. – С. 456–459 // <http://www.nbuv.gov.ua/ejournals/FP/2012-2/12mcmkrz.pdf>

4. Статус органів публічного обвинувачення: міжнародні стандарти, зарубіжне законодавство і пропозиції щодо реформування в Україні / За заг. ред. О.А. Банчука. – К.: Атіка, 2012. – 264 с.

5. Щегель Н.І. Форми кримінального переслідування // Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ України. – 2002. – № 4. – С. 184–191.

Розділ 4

ЗАХИСТ

4.1. Право на захист

Право на захист є складовою частиною права на справедливий суд, передбаченого ст. 6 ЄКПЛ. Мінімальний обсяг конкретних прав, який дозволяє обвинуваченому реалізувати «загальне» право на захист, визначений ч. 3 цієї статті. Зокрема, йдеться щонайменше про такі права:

- бути негайно і детально повідомленим зрозумілою для нього мовою про характер і причини обвинувачення, висунутого проти нього;
- мати час і можливості, необхідні для підготовки свого захисту;
- захищати себе особисто чи використовувати юридичну допомогу захисника, вибраного на власний розсуд, або – за браком достатніх коштів для оплати юридичної допомоги захисника – одержувати таку допомогу безоплатно, коли цього вимагають інтереси правосуддя;
- допитувати свідків обвинувачення або вимагати, щоб їх допитали, а також вимагати виклику й допиту свідків захисту на тих самих умовах, що й свідків обвинувачення;
- якщо він не розуміє мови, яка використовується в суді, або не розмовляє нею, – одержувати безоплатну допомогу перекладача.

Право на захист є частиною ширшого поняття – «право на правову допомогу». Право на правову допомогу мають усі особи, які перебувають під юрисдикцією певної держави, і усі учасники кримінального провадження, а право на захист – лише ті учасники провадження, щодо яких висунуто обвинувачення.

Забезпечення права на захист у кримінальному процесуальному законодавстві й у практиці процесуальної діяльності розглядається як засада, згідно з якою державні органи і службові особи зобов'язані не лише роз'яснити особі, щодо якої здійснюється обвинувачення, її права, а й вжити заходів до надання можливості ними скористатися для захисту від обвинувачення.

4.2. Вибір захисника і його залучення до процесу

Жоден юридичний процес, в тому числі кримінальний, не може ігнорувати представництва одного суб'єкта іншим, більш кваліфікованим у вирішенні юридичних питань. Таким (більш кваліфікованим) суб'єктом у кримінальному процесі є захисник.

Право на захисника забезпечується у законодавстві правилом про те, що участь захисника у всіх випадках є обов'язковою, за винятком тих, коли обвинувачений відмовився від його послуг і його відмова прийнята¹. Але і у випадку відмови обвинуваченого від участі захисника участь останнього є обов'язковою, якщо обвинувачений належить до числа вразливих категорій населення (є неповнолітнім, страждає на психічну чи іншу хворобу, не володіє мовою судочинства тощо). У законодавствах різних держав існують різні переліки випадків обов'язкової участі захисника обвинуваченого. Ці випадки спрямовані на реалізацію права особи на захист від обвинувачення, а отже, і інтересів правосуддя. Тому якщо особа не здатна заплатити адвокату за надання ним послуг із захисту, йому призначається захисник безкоштовно. Усі витрати в цьому разі держава покладає на себе (принцип 17 (2) Зводу принципів захисту всіх осіб, підданих затриманню чи ув'язненню у будь-якій формі² (далі – Звід принципів щодо затримань)). Вирішуючи питання про забезпечення обвинуваченого послугами захисника за рахунок держави, зважають і на тяжкість кримінального правопорушення, у вчиненні якого особу обвинувачують, і на суворість покарання, що загрожує.

Обираючи юриста – захисника своїх прав і укладаючи угоду, обвинувачений бере на себе відповідальність за результати його захисної діяльності. Такий підхід повністю узгоджується із процесуальними принципами диспозитивності і змагальності. Держава не може нав'язувати обвинуваченому свою волю, аби не бути згодом звинуваченою ним у разі неналежної діяльності захисника.

Згідно з ч. 1 ст. 59 Конституції України кожен є вільним у виборі захисника своїх прав. Це положення треба розуміти як конституційне право

¹ Відмова від захисника може бути анульована самим обвинуваченим у будь-який час кримінального провадження.

² Звід принципів захисту всіх осіб, підданих затриманню чи ув'язненню у будь-якій формі, ухвалений Резолюцією 43/173 Генеральної Асамблеї ООН від 9 грудня 1988 р. // http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_206

підозрюваного, обвинуваченого під час захисту від обвинувачення з метою отримання правової допомоги обирати захисником своїх прав особу, яка є фахівцем у галузі права і за законом має право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи. КСУ у п. 4 Рішення у справі про право вільного вибору захисника (2000 р.)¹ відзначив, що суб'єктами надання правової допомоги, крім адвокатури України, є:

- державні органи України, до компетенції яких належить надання правової допомоги (Міністерство юстиції України, Міністерство праці та соціальної політики України, нотаріат тощо);

- суб'єкти підприємницької діяльності, які надають правову допомогу клієнтам у порядку, визначеному законодавством України;

- об'єднання громадян для здійснення і захисту своїх прав і свобод (ч. 1 ст. 36 Конституції України). Після прийняття цього Рішення практика пішла шляхом допуску до участі у кримінальних справах як захисників практично усіх осіб, які мають вищу юридичну освіту.

Але Пленум ВСУ у своїй постанові «Про застосування законодавства, яке забезпечує право на захист у кримінальному судочинстві»² зазначив, що при вирішенні питання про наявність у фахівців у галузі права повноважень на здійснення захисту в кримінальній справі належить також з'ясувати, яким саме законом їм надано право брати участь у кримінальному судочинстві як захисникам. Роз'яснення ВСУ сприяло тому, що інші фахівці в галузі права (крім адвокатів) не допускалися як захисники до участі у справі.

Новий КПК визнав статус захисника лише за адвокатами.

У практиці інших країн існують кілька підходів до вирішення питання про те, хто може бути захисником у кримінальній справі:

- широкий, що передбачає допуск всіх без винятку осіб за бажанням обвинуваченого (повна свобода у виборі захисника);

- вузький, згідно з яким захисником може бути винятково адвокат (свобода вибору обмежується однією категорією осіб);

¹ Рішення КСУ від 16 листопада 2000 р. № 13-рп/2000 у справі за конституційним зверненням громадянина Солдатова Геннадія Івановича щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України, статті 44 Кримінально-процесуального кодексу України, статей 268, 271 Кодексу України про адміністративні правопорушення (справа про право вільного вибору захисника) // Офіційний вісник України. – 2000. – № 47. – Ст. 2045.

² Постанова Пленуму ВСУ від 24 жовтня 2003 р. № 8 «Про застосування законодавства, яке забезпечує право на захист у кримінальному судочинстві» // <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0008700-03>

– змішаний, який надає переслідуваному свободу вибору із кількох категорій осіб. Крім адвокатів, захисниками можуть, наприклад, бути: фахівці у галузі права, які не є адвокатами, але за законом мають право надавати юридичну допомогу населенню (Україна – до 2003 р.); особи, які мають вчений ступінь із юридичної спеціальності (Польща); викладачі права у вищих навчальних закладах (ФРН) тощо.

Аксіоматичним є твердження про те, що обвинувачення здійснюється в публічних (загальносуспільних) інтересах. Такою самою аксіомою має стати і публічність здійснення фахівцями у галузі права захисної діяльності. Суспільство однаково заінтересоване як у притягненні винуватих до кримінальної відповідальності, так і в недопущенні притягнення до такої відповідальності невинуватих, а також у призначенні справедливого покарання. Зважаючи на це, для забезпечення загальносуспільних інтересів другої форми держава повинна забезпечити таку кількість кваліфікованих фахівців (адвокатів), які могли б забезпечити обвинуваченим право на кваліфіковану правову допомогу.

Захисник може з'явитися у обвинуваченого трьома шляхами:

1) обвинувачений сам або через своїх родичів чи знайомих підшукує захисника;

2) захисника призначає слідчий, публічний обвинувач, суд за клопотанням обвинуваченого в разі відсутності у останнього коштів на оплату послуг захисника;

3) слідчий, публічний обвинувач, суд, незалежно від клопотання обвинуваченого, призначає захисника у випадках його обов'язкової участі у справі.

Повноваження захисника на участь у справі повинні бути підтверджені:

– документом (свідоцтвом) про право на заняття адвокатською діяльністю;

– документом (ордером) адвокатського об'єднання про наявність угоди чи доручення на участь у справі, а для адвоката, який не є членом адвокатського об'єднання, – документом про право на заняття адвокатською діяльністю та угодою чи дорученням на участь у справі.

Зазначених документів достатньо для того, аби захисник міг бути допущеним до участі у справі. Встановлення будь-яких додаткових вимог щодо надання інших документів має розцінюватися як перешкода реалізації права на захист. Так само слід розцінювати встановлення у законодавстві правил про прийняття стороною обвинувачення чи судом формалізованого рішення про допуск чи недопуск адвоката до участі у кримінальному провадженні.

4.3. Кваліфікація захисника

У своєму історичному розвитку інститут надання послуг обвинуваченому іншими особами проходить три етапи, на яких існували певні види захисту:

1) захист як представництво прав обвинуваченого, підставою для якого були сімейні і родинні стосунки (родовий захист). Цей захист повністю заміщав (витісняв) обвинуваченого;

2) захист як певне ремесло, що належить певній групі людей. Останні утворюють особливі цехи, члени яких пропонують свої послуги із захисту всім, хто його потребує (цеховий захист). На перший план тут виступають не завдання суспільного служіння, а лише вузькі особисті матеріальні інтереси;

3) захист як мистецтво, що здійснюється представниками вільної професії – адвокатами.

Два перші види захисту є «пережитками минулого» (Р.С. Фельдштейн). Але КПК 1960 р. передбачав можливість участі близьких родичів обвинуваченого, засудженого, виправданого, його опікунів або піклувальників (далі – близькі родичі) як захисників у кримінальних справах, що є юридичним анахронізмом. Однак прихильники цього підходу виділяють позитивні моменти участі близьких родичів та інших осіб, які не є фахівцями в галузі права, як захисників:

1) мотивація до здійснення захисної діяльності обумовлена родинними стосунками, а не сумою гонорару. Ця обставина спонукає близьких родичів до більш активної діяльності із захисту;

2) повна довіра підзахисного до свого захисника;

3) близький родич може вчасно виявити факти застосування незаконних методів ведення досудового слідства;

4) економія коштів підзахисного, які він міг би витратити на участь захисника-професіонала (адвоката чи іншого фахівця у галузі права).

До числа недоліків їхньої участі в статусі захисників належать такі:

1) ці особи не можуть належно виконати передбачені законом обов'язки захисника щодо надання своєму підзахисному необхідної юридичної допомоги, оскільки не є компетентними у використанні способів захисту. Винятком є нечисленні випадки, коли близький родич є юристом належної кваліфікації;

2) у слідчій і судовій практиці реалізація права захисника мати побачення із підзахисним без обмеження їх кількості та тривалості призвела до перетворення камер ІТТ і СІЗО на кімнати для побачень із затриманими і заарештованими родичами;

3) близький родич не пов'язаний положеннями присяги, яку дає адвокат. А отже, він здійснює захист без клятви про те, що буде суворо додержуватись законодавства, міжнародних стандартів захисту права і свободи людини, з високою громадянською відповідальністю виконувати покладені на нього обов'язки, бути завжди справедливим і принциповим, чесним і уважним до людей.

Не можна обмежувати право обвинуваченого на звернення до будь-якого юриста за допомогою для захисту і обстоювання його прав на всіх стадіях кримінального судочинства. Таке право обвинуваченого закріплене ст. 1 Основних принципів, що стосуються ролі адвокатів¹. Зважаючи на вимоги міжнародних правових актів щодо надання послуг захисника кваліфікованими особами, право здійснювати функцію захисника у кримінальній справі в окремих країнах надається викладачам кримінального і кримінального процесуального права. Для них пріоритетом є не гроші (гонорар), а підтримання престижу професії викладача і набуття практичного досвіду, який може бути використаний для підвищення рівня викладання відповідних навчальних дисциплін.

До викладачів права з метою допущення їх участі у кримінальних справах як захисників можуть бути висунуті додаткові вимоги:

- стаж практичної діяльності на посадах, пов'язаних з веденням кримінальних справ (слідчий, публічний обвинувач, суддя, адвокат);
- науковий ступінь (кандидат або доктор юридичних наук зі спеціальностей, що пов'язані з дослідженням проблем провадження у кримінальних справах).

Відповідність одночасно цим двом критеріям буде свідченням високого кваліфікаційного рівня зазначених осіб.

4.4. Присутність на слуханнях

Захисник (адвокат), прийнявши на себе захист обвинуваченого, повинен бути присутнім під час проведення з ним процесуальних дій під час досудового розслідування і протягом всього часу судового розгляду.

¹ Основні принципи, що стосуються ролі адвокатів, ухвалені Восьмим Конгресом ООН з попередження злочинності і поводження з правопорушниками – Гавана, 27 серпня – 7 вересня 1990 р. // http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_313

ду. Такий обов'язок адвоката обумовлений його, так би мовити, «генеральним» обов'язком надавати своєму підзахисному юридичну допомогу, забезпечуючи право на захист.

Під час кримінального провадження виникають ситуації, коли представлений у процесі захисником обвинувачений не бажає захищати себе особисто, а обраний ним адвокат не виконує свого обов'язку щодо присутності на судових слуханнях. У таких випадках суд може діяти по-різному: або спонукати адвоката виконати свій обов'язок, або замінити його офіційно призначеним адвокатом в межах надання безоплатної правової допомоги¹. Однак адвокатура є незалежним органом, а тому примусити адвоката виконати обов'язок для суду може виявитися неможливим. До того ж обвинувачений може відмовитися від офіційно призначеного захисника (у досудовому провадженні – від захисника для окремої процесуальної дії) і не подавати клопотань про призначення іншого захисника.

За умови, що участь захисника у кримінальному провадженні не є обов'язковою, продовження судом слухання справи без участі захисника не є порушенням права на справедливе судочинство у тому разі, коли він зупиняє (відкладає) слухання справи для забезпечення виконання захисником свого обов'язку. Описані дії суду спрямовані й на забезпечення реалізації права обвинуваченого на розгляд висунутого проти нього обвинувачення упродовж розумного строку.

Обвинувачений у будь-якому разі повинен бути присутнім у залі судового засідання, за винятком встановлених законодавством випадків проведення заочного розгляду кримінальної справи або видалення його за порушення порядку в судовому засіданні.

4.5. Вихід захисника із процесу

Захисник може припинити участь у кримінальному провадженні або (1) в результаті відмови від нього обвинуваченого, або (2) в разі власної відмови від захисту з певних причин.

1. Обвинувачений має право самостійно розпоряджатися своїм правом на захист: може делегувати усі свої права захиснику, крім тих, які

¹ З метою врегулювання подібних ситуацій у досудовому провадженні кримінальним процесуальним законом може бути врегульовано правило про «захисника для окремої процесуальної дії».

він має право здійснювати лише самостійно (наприклад, надавати свідчення), або захищати себе самостійно.

Обвинувачений має право у будь-який момент *відмовитися від захисника або замінити його*, не наводячи причин для прийняття такого рішення.

Для контролю за добровільністю волевиявлення обвинуваченого відмова від захисника чи його заміна повинна відбуватися лише у присутності захисника. Перед цим захиснику і обвинуваченому має бути надана можливість для конфіденційного спілкування.

Відмова від захисника не може бути прийнята у тому разі, коли процесуальний закон передбачає його обов'язкову участь у справі. Тому якщо обвинувачений, відмовившись від послуг одного захисника, не запросив до участі іншого, слідчий, публічний обвинувач, суддя, суд повинні залучити захисника за призначенням в порядку надання безоплатної правової допомоги.

2. Якщо обвинувачений має право у будь-який момент кримінального провадження відмовитися від обраного ним захисника або залучити іншого, то захисник, прийнявши на себе захист, за загальним правилом не має права від нього відмовитися. Однак із цього загального правила можуть бути винятки.

Так, захисник повинен відмовитися від захисту обвинуваченого у тому разі, коли він підлягає *відводу* від участі у кримінальному провадженні через наявність певних обставин, визначених кримінальним процесуальним законом.

Наступна причина відмови пов'язана із необхідністю забезпечення права обвинуваченого на надання йому *кваліфікованої* правової допомоги. Якщо захисник переконаний, що його кваліфікації недостатньо для надання правової допомоги у кримінальному провадженні, що є особливо складним (наприклад, потребує глибоких знань в галузі техніки), він повинен відмовитися від захисту. Продовження захисту за таких умов було б порушенням ним принципу діяльності адвоката – «не нашкодь клієнту».

Адвокат у кримінальному провадженні не може діяти всупереч вказівкам і інтересам свого підзахисного. Усі найважливіші свої рішення у справі (наприклад, чи подавати скаргу на вирок) захисник повинен узгоджувати із обвинуваченим¹. Водночас і обвинувачений має при-

¹ Виняток становлять лише випадки, коли адвокат здійснює захист неповнолітніх, осіб, які мають фізичні або психічні вади, що робить неможливим отримання від них згоди.

слухатися до порад обраного ним захисника, особливо з огляду на необхідність виконання укладеного договору. Якщо обвинувачений і захисник не досягають згоди щодо обраного способу захисту, або обвинувачений навмисно не виконує умов укладеного з захисником договору, що дістає вияв, зокрема, у систематичному недодержанні законних порад захисника, то останній також має право відмовитися від захисту обвинуваченого.

Вихід захисника із процесу не може залежати від волі сторони обвинувачення (слідчого, публічного обвинувача) чи суду¹. Він не може бути примусово усунений від участі у кримінальному провадженні з причин займаної позиції, «перешкоджання» розслідуванню чи судовому розгляду в законний спосіб тощо.

Вихід захисника не підлягає оформленню процесуальним документом – постановою, ухвалою, крім виходу в порядку відводу.

4.6. Права сторони захисту

Достатній час і можливості для захисту

Для забезпечення права на захист обвинувачений і його захисник повинні мати достатній час і можливості (умови) для підготовки до захисту. Це правило міститься у п. «b» ч. 3 ст. 14 МПГПП, п. «b» ч. 3 ст. 6 ЄКПЛ.

Право на надання достатнього часу і можливостей для підготовки до захисту є важливою умовою основоположної засади «рівності сторін кримінального провадження». І сторона захисту, і сторона обвинувачення повинні мати рівні можливості для підготовки своєї справи в усіх стадіях кримінального провадження, в тому числі в досудовому розслідуванні, а також під час проваджень з перевірки рішення суду першої інстанції. Так, ЄСПЛ відзначив, що вимога п. «b» ч. 3 ст. 6 ЄКПЛ щодо «достатніх часу і можливостей» поширюється також і на апеляційні судові процедури. ЄСПЛ визнав порушення цього положення у справі, в якій йшлося про те, що військовий суд недостатньо мотивував своє рішення і залишив дуже мало часу для того, щоб подати апеляцію («*Nadjanastassiou v. Greece*»).

¹ За винятком тих ситуацій, коли існують обставини, що виключають участь захисника у справі.

ЄСПЛ, розкриваючи значення принципу «рівності сил», відзначив, що «кожній стороні повинна бути надана розумна можливість надати свою версію у справі за умови, що це не ставить її в значно менш вигідне становище vis-a-vis до її опонентів» («*Dombo Beheer B.V. v. the Netherlands*»).

У своїх рішеннях ЄСПЛ наголошує, що «сторона судового розгляду повинна мати можливість ознайомитися з доказами, наданими до суду, так само як і можливість дати свої коментарі про їх наявність, зміст і справжність в належній формі і в розумний строк, у разі необхідності, в письмовій формі і заздалегідь» («*Krčmář and others v. the Czech Republic*»).

Право на достатній час і умови для підготовки до захисту передбачає, що обвинуваченому дозволяється конфіденційне спілкування з адвокатом, що є вкрай важливим для осіб, які перебувають під вартою.

Достатність часу, необхідного для підготовки захисту, у кожному випадку визначається із урахуванням характеру кримінального провадження (досудове розслідування, попередні слухання, судовий розгляд, апеляційне провадження тощо) і фактичних обставин справи. Зазначені чинники охоплюють складність справи, доступ обвинуваченого до свого адвоката, а також часові межі, встановлені національним законом (Загальні коментарі КПЛ 13, § 9). Право на достатній час для підготовки до захисту корелює із правом обвинуваченого на судовий розгляд упродовж розумного строку.

Час для підготовки до захисту від обвинувачення охоплює час для спілкування із захисником¹, для ознайомлення з матеріалами справи. Якщо обвинувачений вважає, що йому було виділено недостатньо часу, він має право звернутися із клопотанням щодо відкладення судового розгляду.

Відкладення слухання справи про вбивство і надання адвокату, який ввійшов у справу замість того, який вибув, 4 годин для спілкування з обвинуваченим і підготовки справи були визнані КПЛ недостатніми для підготовки до ведення справи стороною захисту («*Smith v. Jamaica*»). Комітет також визнав порушенням ч. 3 ст. 14 МПГПП у кримінальній справі, де новопризначений захисник зустрівся з обвинува-

¹ ЄСПЛ ухвалив, що адвокат захисту і підзахисний повинні мати змогу вільно спілкуватись без порушення правила щодо конфіденційності, незалежно від форми спілкування – усної або письмової («*S. v. Switzerland*»). ЄСПЛ визнав, що затримка у пересиланні листа адвокату від ув'язненої особи є порушенням п. «b» ч. 3 ст. 6 ЄКПЛ («*Domenichini v. Italy*»).

ченим за десять хвилин до початку судового розгляду, а попередній адвокат не з'являвся на слухання під час її попереднього розгляду («George Winston Reid v. Jamaica»).

Важливим аспектом права на достатні можливості підготовки до захисту є конфіденційність спілкування обвинуваченого із адвокатом. У справах «Can v. Austria» та «Campbell and Fell v. the United Kingdom» особи скаржились на те, що присутність поліцейських або інших охоронців під час зустрічей захисника з обвинуваченим порушувала їхнє право на достатні можливості, гарантовані п. «b» ч. 3 ст. 6 ЄКПЛ. ЄКомПЛ ухвалила рішення про те, що переговори між обвинуваченим та його адвокатом мають відбуватися віч-на-віч, щоб було забезпечено конфіденційність спілкування між ними, а також право на професійну таємницю самого адвоката. Проте у справі «Campbell and Fell v. the United Kingdom» ЄСПЛ зазначив, що за певних виняткових умов держава може обмежити подібні конфіденційні консультації, якщо існують достатні підстави підозрювати адвоката у зловживанні професійним становищем, наприклад, коли цей адвокат перебуває у таємній змові зі своїм клієнтом з метою приховати або знищити докази чи якимось іншим чином серйозно перешкодити здійсненню правосуддя.

Передумовою реалізації права на достатній час і можливості підготовки обвинуваченого і його захисника до захисту від обвинувачення є право обвинуваченого на побачення із захисником без обмеження їх кількості і тривалості. Тому в справі «Öcalan v. Turkey» ЄСПЛ визнав, що обмеження кількості і тривалості зустрічей з адвокатом ускладнило підготовку обвинуваченого до захисту. Так, було встановлено, що після двох перших відвідувань обвинуваченого захисниками, між якими був проміжок приблизно у два тижні, контакти між обвинуваченим і його адвокатами були обмежені до двох зустрічей тривалістю одна година на тиждень.

Право бути вчасно повідомленим про обвинувачення

Право захисту бути вчасно повідомленим про висунуті обвинувачення тісно пов'язане із правом мати достатній час на підготовку до захисту від нього. Сторона обвинувачення повинна повідомити сторону захисту про висунуті обвинувачення вчасно, тобто в момент висунення обвинувачення або невідкладно після цього. Тільки так сторона захисту може отримати реальну можливість вчасно розпочати діяльність із захисту від обвинувачення.

Цей аспект права сторони захисту корелює із обов'язком сторони обвинувачення не затягувати із висуненням обвинувачення, коли для

цього є достатні підстави. Сторона обвинувачення не може на власний розсуд визначати момент висунення обвинувачення і інформування про нього сторони захисту. Якщо сторона обвинувачення фактично здійснює дії з викриття особи у вчиненні кримінального правопорушення, то це вже є обвинуваченням. А тому про нього невідкладно має бути повідомлена сторона захисту. Винятком є лише проведення дій із викриття особи під час так званого «таємного розслідування», коли інформування особи, щодо якої воно здійснюється, може зашкодити інтересам розслідування.

Сторону захисту треба інформувати також про зміну обвинувачення, тобто про висунення нових обвинувачень, що може бути пов'язано як з фактичними обставинами (ставлення в провину чи виключення із обвинувачення епізодів злочинної діяльності або суттєва зміна його фактичних обставин), так і з юридичною кваліфікацією фактів (зміна юридичної кваліфікації кримінального правопорушення, що ставиться в провину). Невиконання цієї вимоги є порушенням права особи на захист, а отже, і на справедливий судовий розгляд.

Так, у справі «Chichlian and Ekindjian v. France» заявники скаржилися на порушення їхніх прав за п. «а» і п. «b» ст. 6 ЄКПЛ, а саме на те, що під час судового процесу суддя кваліфікував факти справи як два окремих кримінальних правопорушення, а не як одне, як про це йшлося в попередньому обвинувальному акті. Визнавши обвинувачених винуватими як за попереднім, так і за новим обвинуваченням, суддя відповідно збільшив покарання. Обвинувачені наполягали на тому, що їх не було повідомлено про новий пункт обвинувачення, не було надано відповідний час та можливості для підготовки захисту і не було забезпечено засаду презумпції невинуватості.

Кримінальне провадження у демократичних державах побудоване на засаді змагальності. У цій засаді закладене поняття, згідно з яким кожна із сторін має право отримувати інформацію про факти та аргументи, якими володіє інша сторона, а також користуватись однаковими можливостями надання відповіді іншій стороні («Feldbrugge v. the Netherlands»). Тому ЄСПЛ визнав порушення ст. 6 ЄКПЛ у випадках, коли суди ухвалювали рішення, посилаючись на аргументи, про які обвинуваченим не було нічого відомо («Brandstetter v. Austria», «Bulut v. Austria», «Nideröst-Huber v. Switzerland»).

Особа, якій висувається обвинувачення, може ухилитися від з'явлення до органів обвинувальної влади (слідчого, публічного обвинувача), внаслідок чого інформування обвинуваченого про обвинувачення стає неможливим. У таких випадках висуненням обвинувачення вважається-

ся вручення копії процесуального документа, в якому воно сформульоване (постанова про висунення обвинувачення, повідомлення про підозру тощо), захисникові обвинуваченого.

Право на послуги перекладача

Реалізація права особи бути повідомленою про висунуте обвинувачення може виявитися під загрозою через незнання мови, якою воно сформульоване у офіційному повідомленні. Так, у справі «Brozicek v. Italy» ЄСПЛ констатував порушення права бути повідомленим у випадку, коли особу, яка постійно проживала в одній державі, було обвинувачено у вчиненні кримінального правопорушення в іншій державі та надано документи про це мовою тієї держави. Незважаючи на прохання обвинуваченого перекласти обвинувачення «однією з офіційних мов ООН», ця друга держава заочно постановила обвинувальний вирок, остаточно визнавши його винуватим і залишивши без відповіді його прохання. Отже, обвинувачений отримав відповідне повідомлення, але через незнання мови, якою воно було викладено, не зміг ознайомитися зі змістом.

Пунктом «а» ч. 3 ст. 6 ЄКПЛ передбачено право кожного обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення не просто бути негайно і детально повідомленим про характер і причини обвинувачення, а бути повідомленим про це зрозумілою для нього мовою. Про це саме йдеться і у ч. 2 ст. 5 ЄКПЛ, якою це право регламентовано для заарештованих. Якщо обвинувачений не розуміє мови, яка використовується в суді, або не розмовляє нею, він має право одержувати безоплатну допомогу перекладача.

Для забезпечення права обвинуваченого на справедливий судовий розгляд значення мають два аспекти:

1) право обвинуваченого на послуги перекладача поширюється на спілкування його тільки зі слідчим, публічним обвинувачем, суддями чи з іншими учасниками кримінального провадження (наприклад, із захисником);

2) поширення цього права на переклад усіх матеріалів кримінального провадження чи лише тих, ознайомлення з якими надає обвинуваченому можливість знати наявні проти нього доводи і викласти суду свою версію подій.

1. Згідно з практикою ЄСПЛ і ЄКомПЛ допомога перекладача обвинуваченому поширюється лише на його відносини з суддею. Так, у справі «X. v. Austria» обвинувачений скаржився, що йому не надали безкоштовної допомоги перекладача для підтримання контактів зі своїм за-

хисником, який не володів рідною мовою заявника. ЄКомПЛ констатувала, що п. «е» ч. 3 ст. 6 ЄКПЛ поширюється лише на відносини між обвинуваченим і суддею¹, водночас зазначивши, що внаслідок непорозуміння між обвинуваченим і його адвокатом підготування захисту ускладнилося. Проте відповідальність за такий стан ЄКомПЛ поклала на обвинуваченого, оскільки саме від нього залежало, чи призначити іншого адвоката, який добре знав мову, якою розмовляв обвинувачений, чи найняти перекладача, послуги якого йому б довелося оплачувати. Якби він не мав достатніх коштів для оплати послуг адвоката, то міг клопотати про надання безоплатної правової допомоги. А суд, призначаючи адвоката, врахував би конкретні мовні вимоги. Навіть більше: умови про безоплатну правову допомогу можуть бути поширені й на послуги перекладача.

2. У тій самій справі («X. v. Austria») ЄКомПЛ зазначила, що вивести із ч. 3 ст. 6 ЄКПЛ наявність загального права обвинуваченого на переклад матеріалів судової справи не можна. Права, які вона гарантує, є правами захисту в цілому, а не правами окремого взятого обвинуваченого. Частина матеріалів справи була викладена німецькою мовою, яку розумів адвокат заявника, водночас багато інших документів – французькою (і їх обвинувачений міг прочитати сам). Відповідальність за решту мовних труднощів обвинувачений повинен взяти на себе.

У справі «Kamasinski v. Austria» ЄСПЛ відхилив скаргу заявника, в якій він скаржився на ненадання зрозумілою для нього мовою певної інформації стосовно обвинувачення проти нього, матеріалів слідства та судового рішення. ЄСПЛ вирішив, що призначення обвинуваченому захисника, який міг спілкуватись і мовою суду, і мовою заявника, задовольнило вимоги п. «а» ч. 3 ст. 6 ЄКПЛ.

Право на послуги перекладача виникає у обвинуваченого лише тоді, коли він не розуміє мови, яка використовується у суді, чи не розмовляє нею. Тому якщо обвинувачений вимагає забезпечення здійснення свого захисту непоширеною мовою за допомогою перекладача, а суду відомо, що обвинувачений володіє мовою судочинства, то така вимога обвинуваченого може бути відхилена без завдання шкоди його правам на захист і на послуги перекладача. Так, у справі «K. v. France»

¹ Наявність згідно з КПК у слідчих, прокурорів суддівських повноважень (викликати свідків, продовжувати строки досудового розслідування тощо) дає підстави стверджувати, що за українським законодавством обвинувачений має право спілкуватися за допомогою перекладача також з цими суб'єктами.

обвинувачений стверджував, що трибунал не дав йому дозволу на користування послугами перекладача, щоб він міг вести свій захист бретонською мовою. ЄСПЛ встановив, що обвинувачений народився і здобув освіту у Франції, і йому не було важко розуміти й спілкуватися французькою мовою, якою вели провадження в суді.

Для того, щоб право, гарантоване п. «е» ч. 3 ст. 6 ЄКПЛ, було здійсненим і ефективним, обов'язок компетентних органів (слідчого, публічного обвинувача, судді) не обмежується призначенням перекладача, а може поширюватися і на здійснення певного подальшого контролю за адекватністю забезпечуваного перекладу («Kamasinski v. Austria»). Свідченням того, що переклад є неякісним, може бути оскарження обвинуваченим його якості («Hussein v. Italy»).

Не лише процесуальний документ про офіційне висунення обвинувачення, а й інші важливі документи у кримінальній справі (ухвала про арешт, обвинувальний акт, вирок, ухвали судів апеляційної та касаційної інстанцій) повинні вручатися обвинуваченому в перекладі на його рідну мову.

Порушення права обвинуваченого користуватися рідною мовою чи мовою, якою він володіє, і допомогою перекладача є порушенням права на захист, а тому може бути підставою для скасування судового рішення.

Доступ до матеріалів справи

Право сторони захисту на доступ до матеріалів кримінального провадження тісно пов'язане із правом бути повідомленим про обвинувачення, оскільки саме у матеріалах провадження містяться ті докази, якими обґрунтовується обвинувачення. Оскільки засада змагальності у кримінальному провадженні починає діяти з моменту висунення особи обвинувачення, то сторона захисту для врівноважування можливостей зі стороною обвинувачення повинна мати доступ до матеріалів провадження, що знаходяться у розпорядженні останньої.

ЄСПЛ визнавав порушення права на справедливий судовий розгляд, коли одній із сторін у процесі було відмовлено у доступі до відповідних документів, що знаходились у справі («Kerojärvi v. Finland», «McMichael v. the United Kingdom», «Foucher v. France»).

Право на доступ до матеріалів, зібраних стороною обвинувачення, у сторони захисту існує на всіх стадіях кримінального провадження. Так, під час досудового розслідування сторона захисту повинна мати право доступу до матеріалів розслідування як до його завершення, так і після завершення. Крім того, «додаткові можливості» обвинуваченого охо-

плюють також ознайомлення з підсумками розслідування протягом усього часу розгляду справи в суді, незалежно від місця, де відбувався розгляд справи, та самої ухвали («Jespers v. Belgium»).

Цій меті також слугує встановлення для сторони обвинувачення обов'язку надавати захисту кожного разу матеріали, які обґрунтовують необхідність застосування заходів забезпечення провадження, в тому числі запобіжних заходів.

Однак право на доступ до матеріалів обвинувачення не є безмежним. У справі «Jespers v. Belgium» ЄКомПЛ ухвалила рішення про те, що право на доступ до матеріалів справи особа не може витлумачувати як право на необмежений доступ до матеріалів розслідування.

Право на доступ до матеріалів провадження має як обвинувачений, так і його захисник. При цьому доступ лише захисника обвинуваченого до матеріалів вже є достатньою умовою, яка задовольняє вимоги щодо справедливого судочинства. Сам обвинувачений при цьому не наділений жодним правом самостійно і систематично ознайомлюватися з матеріалами власної справи («Jespers v. Belgium», «Kamasinski v. Austria»).

Доступ сторони захисту до матеріалів кримінального провадження не може залежати від волі сторони обвинувачення. Остання не може вирішувати, які матеріали мають значення для захисту, а які не мають. Захист сам повинен мати змогу вирішувати, які саме матеріали мають для нього значення, в тому числі для виправдання обвинуваченого.

Відмова сторони обвинувачення у наданні доступу до матеріалів закінченого досудового розслідування не завжди свідчить про порушення права обвинуваченого на захист. Адже законом встановлюються обмеження на доступ до певних матеріалів, наприклад, до матеріалів про забезпечення безпеки свідків, а також тих, ознайомлення з якими на цьому етапі провадження може завдати шкоди суспільним інтересам, або тих, що містять охоронювану законом таємницю, тощо.

У разі існування, на думку сторони обвинувачення, загрози, що можуть виникнути в результаті доступу до матеріалів сторони захисту, обвинувачення повинно повідомити про це суд. Не допускається знищення матеріалів розслідування без надання їх до суду для вирішення питання про можливість допуску захисту. Суд уповноважений розглянути таку можливість у засіданні «ex parte» (за участю однієї сторони – обвинувачення) і ухвалити рішення про розголошення або про нерозголошення матеріалів у суді. Важливо, щоб сторона обвинувачення надала такі докази у суді першої інстанції, оскільки тоді

сторона захисту матиме змогу висунути версії у різних напрямках, що сприятимуть захисту від обвинувачення.

Якщо рішення про розкриття матеріалів справи ухвалює апеляційний суд, то він здійснює свою оцінку постфактум і може, потрапивши під вплив думки суду першої інстанції щодо винуватості особи, недооцінити значення нерозкритих доказів, що було констатовано у рішенні ЄСПЛ у справі «Rowe and Davis v. the United Kingdom».

Право збирати докази. Альтернативна експертиза

Вчасне інформування обвинуваченого про висунуті обвинувачення і доступ його до матеріалів кримінального провадження здійснюється з тією метою, щоб сторона захисту мала можливість законно протидіяти стороні обвинувачення, захищаючись від обвинувачень. Одним із способів захисту обвинуваченого є його право подавати суду докази.

Обвинувачений і його захисник під час досудового розслідування можуть ініціювати перед слідчим, публічним обвинувачем проведення слідчих дій, спрямованих на збирання доказів, шляхом заявлення клопотань. У разі відмови у задоволенні клопотання сторона захисту має право звернутися до слідчого судді з проханням зобов'язати слідчого, публічного обвинувача провести слідчу дію.

Сторона захисту, як правило, не наділяється правами щодо самостійного збирання доказів, якщо це пов'язано з обмеженнями прав і свобод людини (наприклад, обшук, примусовий огляд тіла живої людини), або буде здійснюватися проти волі особи.

Захисник має право опитувати осіб за їхньою згодою, вилучати предмети і документи за згодою осіб або за судовим рішенням, ухваленим на підставі його клопотання.

Процедура збирання доказів стороною захисту в законодавстві не деталізується, що виправдано з таких причин. Захист має можливість використовувати для збирання доказів всі засоби, які навіть не передбачені законами. В цьому випадку діє принцип: «Дозволено все, що прямо не заборонено законом». Але порушення законів під час збирання відомостей має наслідком визнання цих доказів недопустимими.

Доволі спірним у теорії і практиці кримінального процесу є питання щодо надання стороні захисту права залучати експерта для проведення так званої «альтернативної» експертизи. Складність залучення експертів двома сторонами полягає у тому, що предмет, який стане об'єктом експертного дослідження, може бути знищений повністю або частково під час експертизи, призначеної стороною обвинувачення. Тоді сторона захисту уже не матиме змоги призначити експертизу.

Однак згідно з принципом «рівності сил» держава зобов'язана надати захисту можливість доступу до матеріалів, що підлягають дослідженню, і за необхідності – дослідити з допомогою власних експертів будь-які матеріали, що можуть бути використані як докази проти обвинуваченого («Korellis v. Syrgus»).

ЄСПЛ також встановив, що за певних обставин принцип «рівності сил» не створює позитивного обов'язку для держав з надання обвинуваченим можливості до провадження судових слухань у їхніх справах здійснити власні експертизи (нарівні з обвинуваченням) тих предметів або інших матеріалів, які можуть бути використані як докази проти них. Однак такий обов'язок ґрунтується на презумпції того, що з фактів справи випливає фізична неможливість проведення паралельних експертиз одних і тих самих предметів, і результати будь-яких досліджень, здійснених обвинуваченим, можуть мати значення в аспекті розгляду відповідних питань у справі. Наприклад, фізично неможливо надати обвинуваченому можливість провести його власні експертизи слідів крові на крихітному шматочку матерії, яка скоріше за все буде знищена після першої експертизи. Але тією мірою, якою такі паралельні експертизи можуть провадитися, має місце зобов'язання із забезпечення їх здійснення. Якщо це неможливо, тоді обвинуваченням вживаються заходи, щоб експерти з боку обвинуваченого змогли ефективно прослідкувати за провадженням досліджень, здійснюваних експертами з боку обвинувачення, і висловити свої думки щодо здійснених досліджень¹.

Не є порушенням права на захист ненадання стороні захисту матеріалів для експертного дослідження у тих випадках, коли вони були знищені під час проведення експертизи стороною обвинувачення до появи (встановлення) у справі обвинуваченого.

Обвинувачений повинен мати право допитувати свідків обвинувачення (п. «d» ч. 3 ст. 6 ЄКПЛ). ЄСПЛ визнавав порушення цього пункту там, де судові вироки базувалися на свідченнях анонімних свідків, яких не можна було допитати представникам захисту («Kostovski v. the Netherlands», «Windisch v. Austria», «Saidi v. France»). Однак у випадку, коли анонімним свідком був поліцейський, порушення визнано не було («Van Mechelen v. the Netherlands»).

¹ Лукайдес Л.Г. Справедливое судебное разбирательство (комментарий к п. 1 ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод) / Пер. с англ. Ю. Берестнева, М. Виноградова // Российская юстиция. – 2004. – № 2. – С. 8–20.

4.7. Переваги захисту

Поняття переваг захисту

У багатьох державах на органи кримінального переслідування покладається обов'язок виявляти і фіксувати не лише обвинувальні, а й виправдувальні докази. Якщо законодавство навіть не передбачає такого обов'язку, то ці органи під час виконання своїх службових обов'язків із досудового розслідування можуть виявити як обвинувальні, так і виправдувальні докази.

Відомо, що перевагу має той, хто нападає. Обвинувачення є рушійною силою кримінального провадження, оскільки саме завдяки йому воно рухається вперед, а сторона захисту мусить увесь час захищатися від висунутих звинувачень. Отже, сторона захисту обирає спосіб своєї поведінки залежно від поведінки сторони обвинувачення.

Сторона обвинувачення має набагато більше повноважень щодо здійснення кримінальних процесуальних дій і прийняття кримінальних процесуальних рішень, ніж сторона захисту.

Зазначені обставини змусили законодавця подбати про те, щоб з метою належної реалізації засади змагальності і пов'язаної з нею рівності сторін запровадити у законодавство положення, які б певною мірою вирівнювали можливості сторін обвинувачення і захисту. Такі положення у юридичній літературі отримали назву «переваги захисту» («favor defensionis»).

До їх числа належать:

- презумпція невинуватості;
- заборона самообвинувачення (право не свідчити проти себе, членів сім'ї і близьких родичів);
- відсутність відповідальності за завідомо неправдиві свідчення;
- право обвинуваченого на останнє слово;
- право останньої репліки у судових дебатах;
- право обвинуваченого запросити кількох захисників у кримінальній справі, провадження у якій здійснює один слідчий, тощо.

Презумпція невинуватості

Презумпція невинуватості – це положення, згідно з яким особа вважається (припускається) невинуватою у вчиненні кримінального правопорушення доти, доки її вину не буде доведено у передбаченому законом порядку і встановлено обвинувальним вироком суду.

Презумпція невинуватості врегульована у ч. 2 ст. 6 ЄКПЛ: «Кожен, кого обвинувачено у вчиненні кримінального правопорушення, вва-

жається невинуватим доти, доки його вину не буде доведено в законному порядку»¹, Конституції України (ст. 62) та у кримінальному процесуальному законодавстві (ст. 17 КПК).

Суть презумпції невинуватості полягає не в тому, що особа є невинуватою, а в тому, що існує припущення щодо її невинуватості.

Презумпція невинуватості не може бути виправдана одним лише ліберальним прагненням полегшити становище обвинуваченого. Вона стимулює доведення винуватості особи², і доки цього не буде досягнуто, ніхто не може бути визнаний винуватим.

Е. Феррі³ справедливо зазначав: «Якщо кримінальний кодекс – кодекс злочинного населення, то процесуальний кодекс – кодекс чесних людей, ще не визнаних винуватими». Він вважав, що суть кримінального процесуального закону полягає у встановленні гарантій для чесних громадян від притягнення їх до кримінальної відповідальності і засудження.

Загальне припущення щодо добропорядності громадян⁴ не заважає в конкретному випадку службовій особі, яка здійснює кримінальне переслідування, припустити щодо обвинуваченого зворотне – його винуватість у вчиненні кримінального правопорушення. Тобто припустити, що обвинувачений становить виняток серед добропорядних громадян. Але якщо обвинувачений, на думку службової особи, яка здійснює кримінальне переслідування, становить виняток, то наявність цього винятку в цьому конкретному випадку треба довести. Доти, доки винуватість не доведена, діє загальне припущення.

¹ Презумпція невинуватості закріплюється і в міжнародних правових документах: у ст. 11 ЗДПЛ проголошується: «Кожна людина, обвинувачена у вчиненні злочину, має право вважатися невинуватою доти, доки її винуватість не буде встановлена в законному порядку шляхом прилюдного судового розгляду, за якого їй забезпечують усі можливості для захисту»; у ч. 2 ст. 14 МПГПП зазначено: «Кожен обвинувачений у кримінальному злочині має право вважатися невинуватим, доки винуватість його не буде доведена згідно з законом».

² У ст. 17 КПК назва засади сформульована як «презумпція невинуватості та забезпечення доведеності вини».

³ Енріко Феррі – італійський криміналіст, послідовник Ч. Ломброзо. З 1919 р. очолював комісію з підготовки проекту італійського кримінального кодексу. Багато розроблених ним положень увійшли до КК Італії 1930 р.

⁴ Йдеться про добропорядність осіб в частині невчинення ними кримінальних правопорушень. Взагалі поняття добропорядності осіб є набагато ширшим. Воно передбачає поведінку осіб, що відповідає всім суспільним нормам, в тому числі моральним.

Зміст презумпції невинуватості розкривається через такі положення:

1) визнати особу винуватою у вчиненні кримінального правопорушення може лише суд;

2) 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;

3) вона виражає не особисту думку тієї чи іншої службової особи (слідчого, публічного обвинувача, судді), а є об'єктивним юридичним положенням. Презумпція невинуватості існує у кримінальному процесі як психологічний стан службових осіб, які його здійснюють (М.О. Чельцов);

4) обвинувачений не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні злочину (ч. 2 ст. 62 Конституції України). Обов'язок доведення вини обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення («тягар доказування») покладається на сторону обвинувачення (слідчого, публічного обвинувача). Зміст цього обов'язку полягає у *необхідності доводити вину, а не довести* її. Інакше на службових осіб державних органів довелося б покласти юридичну відповідальність за невиконання обов'язку. Відповідальність компетентних службових осіб встановлена лише за невжиття всіх заходів для встановлення винуватості обвинуваченого. Тобто за неналежне здійснення процесу доказування, а не за отриманий в ході законного і об'єктивного доказування результат – невстановлення винуватості обвинуваченого;

5) висновки суду про винуватість обвинуваченого не можуть бути обґрунтовані відсутністю доказів його невинуватості;

6) ненадання обвинуваченим доказів своєї невинуватості за жодних обставин не може розглядатись як доказ його винуватості;

7) обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, а також на припущеннях;

8) усі сумніви щодо доведеності винуватості особи тлумачаться на її користь (ч. 3 ст. 62 Конституції України);

9) недоведена винуватість юридично дорівнює доведеній невинуватості;

10) затримання особи як підозрюваного чи притягнення її до участі у справі як обвинуваченого, застосування до неї запобіжного заходу, в тому числі взяття під варту, не повинні розцінюватись як доказ її винуватості або покарання винуватого;

11) до остаточного вирішення кримінальної справи й офіційного визнання особи винуватою у вчиненні кримінального правопорушення обвинувальним вироком суду з обвинуваченим не можна поводи-

тись як з винуватим, а також публічно, в ЗМІ чи офіційних документах, стверджувати, що він є злочинцем.

ЄСПЛ поширив на інших публічних службовців дію принципу, згідно з яким працівники судових органів не повинні допускати висловлювань щодо винуватості особи доти, доки не буде ухвалене остаточне судове рішення стосовно такої винуватості. ЄСПЛ визнав порушення ч. 2 ст. 6 ЄКПЛ у випадку, коли під час прес-конференції представник від уряду та поліцейський, якому було доручено провести розслідування, назвали підозрюваного винуватим ще до того, як було порушено кримінальну справу проти цієї особи («*Allenet de Ribemont v. France*»).

Ім'я фізичної особи, яка затримана, підозрюється чи обвинувачується у вчиненні кримінального правопорушення, може бути використане (оприлюднене) лише у разі набрання законної сили обвинувальним вироком суду щодо неї (ч. 4 ст. 296 ЦК);

12) в разі скасування вироку як незаконного держава відшкодовує особі матеріальну, моральну та інші види шкоди;

13) презумпція невинуватості є спростовною юридичною презумпцією. Її дія припиняється після набрання законної сили обвинувальним вироком суду (але може бути відновлена у провадженнях з перегляду судових рішень).

Презумпція невинуватості у різних державах врегульована по-різному. Так, у законодавстві Франції вона «не є догмою», тому в деяких випадках тягар доказування переходить на захист:

- у певних категоріях справ, пов'язаних з окремими видами кримінальних правопорушень (спеціальні правила про тягар доказування);
- у всіх категоріях справ, коли йдеться про доказування деяких обставин справи (загальні правила про покладання тягарю доказування на захист).

На виконання загального правила саме захист повинен довести наявність обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння (наприклад, необхідної оборони). Іноді суди вимагають, щоб захист довів суб'єктивні обставини, які роблять кримінальну відповідальність неможливою, наприклад, неосудність в момент вчинення діяння.

Право не бути примушеним до визнання винуватості або надання свідчень проти себе (свобода від самообвинувачення)

Право обвинуваченого не бути примушеним до визнання винуватості або надання свідчень проти себе («свобода від самообвинувачення» або «право зберігати мовчання») є одним із основних положень

презумпції невинуватості. Це право підлягає застосуванню як під час досудового розслідування, так і під час судових стадій. Воно стосується права не надавати свідчення щодо обставин кримінального правопорушення, а не щодо своїх анкетних даних. Надання останніх не несе для особи жодної загрози кримінального переслідування.

Право зберігати мовчання є дуже вразливим під час допиту затриманих за підозрою у кримінальних правопорушеннях, адже співробітники органів правопорядку часто намагаються зробити усе можливе для отримання визнання від затриманого, і використання затриманим права зберігати мовчання робить марними ці зусилля¹.

Визнаючи вразливість становища осіб, які перебувають під вартою, принцип 21 Зводу принципів щодо затримань передбачає заборону зловживання становищем затриманого з метою примушування його до визнання, будь-якого іншого викриття самого себе або до давання свідчень проти будь-якої іншої особи.

ЄСПЛ постановив, що «хоча воно (право на мовчання – *авт.*) не згадується спеціально у ст. 6 (Європейської) конвенції, немає сумнівів, що право зберігати мовчання на поліцейському допиті і право не надавати свідчення проти себе є повсюдно визнаними нормами, що становлять суть висловлювання про справедливий розгляд відповідно до ст. 6» («John Murray v. the United Kingdom»).

У рішеннях у справах «Yaremenko v. Ukraine», «Kolesnik v. Ukraine», «Shabelnik v. Ukraine» ЄСПЛ відзначив, що право відмовитися надавати свідчення та право не обмовляти себе є загальновизнаними міжнародними стандартами, основними складовими поняття справедливого розгляду, закріпленого у ч. 1 ст. 6 ЄКПЛ.

Суд не може робити негативні висновки з мовчання обвинуваченого (наприклад, висновок про намагання обвинуваченого через мовчання уникнути кримінальної відповідальності), адже дозвіл робити такі висновки може бути ефективним засобом примусу, внаслідок чого тягар доведення перекладається з обвинувачення на обвинуваченого. Це є несумісним з правом не надавати примусових свідчень проти себе або не визнавати вину, оскільки в обвинуваченого не залишається іншого розумного вибору між мовчанням – яке вважатиметься доказом проти нього – та свідченням.

¹ Международная амнистия. Руководство по справедливому судопроизводству. – М.: Права человека, 2003. – С. 63.

Отже, мовчання обвинуваченого не може бути визначальним при вирішенні питання щодо винуватості чи невинуватості.

Право не надавати свідчення проти себе не виключає із кримінального провадження отриманих від обвинуваченого у результаті застосування елементів примусу даних, що існують незалежно від волі підозрюваного, таких як документи, зразки крові, дихання, сечі і тканини для аналізу ДНК («Saunders v. the United Kingdom»).

Водночас ЄСПЛ встановив, що притягнення особи до кримінальної відповідальності за відмову надати документи співробітникові митниці є «спробою змусити обвинуваченого надати докази вчинення кримінального правопорушення, в якому він підозрюється» і «порушенням права обвинуваченого в кримінальному правопорушенні ... зберігати мовчання і не надавати свідчень проти себе» («Funke v. France»). Отже, документи у обвинуваченого можуть бути вилучені примусово. Але вимога щодо надання документів, «підкріплена» юридичною відповідальністю за відмову це зробити, є порушенням права на мовчання.

ЄСПЛ визнав порушення права на справедливий судовий розгляд у випадку, коли у кримінальній справі було використано доказ, одержаний шляхом примусового застосування «блювотного засобу» до обвинуваченого у торгівлі наркотиками («Jalloh v. Germany»). ЄСПЛ наголосив, що навіть якщо влада не мала наміру завдати обвинуваченому болю і страждань, доказ було одержано в спосіб, який порушує одне з основоположних прав, гарантованих ЄКПЛ. Отриманий доказ став вирішальним для його засудження. На думку ЄСПЛ, публічний інтерес у засудженні цього заявника не міг виправдати способу здобуття доказу в кримінальному процесі. Суд погодився з аргументом обвинуваченого про те, що примусовий засіб і використання доказу в кримінальному процесі обмежило його право не обвинувачувати себе у вчиненні кримінального правопорушення.

У кримінальному процесі США право обвинуваченого на мовчання є елементом «правила Міранди» (справа Міранди проти штату Аризона, 1966 р.) про недопустимість використання у суді заяв обвинуваченого, взятого під варту, якщо йому не було роз'яснено право не відповідати на запитання.

Однак у США з кінця 90-х років минулого століття триває жвава дискусія щодо доцільності існування правила Міранди. Так, наразі поліція п'яти південних штатів (Меріленд, Вірджинія, Західна Вірджинія, Північна Кароліна, Південна Кароліна) не зобов'язана повідомляти заарештованим про їхнє право зберігати мовчання згідно з рішенням

Федерального апеляційного суду в Річмонді (1999 р.). Однією із причин скасування «правила Міранди» суд назвав ту обставину, що його застосування суттєво зменшує готовність підозрюваних відповідати на запитання поліції¹.

Верховний Суд США встановив винятки у правилах оголошення попередження Міранди «в цілях суспільної безпеки» у справі «Штат Нью-Йорк проти Кварлза»². Поліція отримала інформацію про те, що озброєний злочинець проник до овочевого магазину. Знайшовши його там, поліцейські провели особистий обшук і виявили порожню кобуру. Не оголошуючи попередження Міранди, поліцейський запитав підозрюваного, де той сховав пістолет. Він вказав на місце. Оскільки «допит заарештованої особи» відбувався в умовах існування загрози суспільній безпеці, Верховний Суд змінив рішення суду нижчої інстанції про заборону використання свідчень щодо пістолета. Суд відзначив, що право обвинуваченого на мовчання переважили міркування суспільної безпеки³.

Отже, право зберігати мовчання у певних випадках може бути обмеженим в цілях суспільної безпеки. У США дискусія щодо абсолютності права на мовчання набула особливого значення після терористичних актів у вересні 2001 р.

ЄСПЛ також визнав, що право зберігати мовчання не є абсолютним. Навіть більше – питання про те, чи порушується право на справедливий судовий розгляд, якщо суд складає несприятливе судження через мовчання обвинуваченого, має вирішуватися з урахуванням усіх обставин справи. ЄСПЛ постановив, що суд може скласти несприятливе судження через небажання обвинуваченого пояснити свою присутність на місці кримінального правопорушення під час допиту в поліції і в суді, не порушуючи презумпцію невинуватості і право не бути примушеним до надання свідчень. Роблячи цей висновок, ЄСПЛ вирішив, що такі факти повинні мати вирішальне значення:

– таке судження було складено лише після того, як сторона обвинувачення визнала наявність достатньо вагомих доказів для початку кримінального провадження;

¹ Махов В., Пешков М. Правила Миранды подвергаются критике // Российская юстиция. – 2000. – № 1. – С. 55–57.

² United States Reports, v.467, 1984. – P. 649.

³ Бернхем В. Вступ до права та правової системи США. – К.: Вид-во «Україна», 1999. – С. 278–279.

- суддя мав право вирішувати, чи складати йому подібне судження;
- єдиним допустимим судженням було судження на підставі «здорового глузду», і причини його були пояснені у рішенні суду;
- дані у справі проти обвинуваченого були дуже «вагомими» («John Murray v. the United Kingdom»).

Відсутність відповідальності за завідомо неправдиві свідчення

Покладання законом на обвинуваченого обов'язку надавати правдиві свідчення ставило би його у незручне становище, адже у кримінальній справі міститься багато даних про обставини кримінального правопорушення, у якому особа обвинувачується. Тому встановлення відповідальності за неправдиві свідчення може породжувати побоювання обвинуваченого бути притягненим до неї навіть на наявності свідчень одного свідка, що не співпадають з його свідченнями.

Встановлення факту надання обвинуваченим завідомо неправдивих свідчень не є доказом його винуватості. Вчений І. Петрухін ще у 1965 р. справедливо зазначив, що давання обвинуваченим неправдивих свідчень є правомірним, оскільки обвинувачений не порушує жодних юридичних заборон. Це робить доказування більш складним. Однак за такої організації судочинства всі зусилля органів розслідування спрямовуються на пошук доказів, які не обмежуються свідченнями обвинуваченого, його зізнанням та поведінкою. Якщо визнати, що кожен контраргумент обвинуваченого у випадку його непідтвердження виявиться непрямим доказом його винуватості, то цим буде паралізовано право на захист. Обвинувачений перестане активно захищатись, побоюючись, що будь-яка невдала спроба захисту буде витлумачена не на його користь¹.

Проблемність у використанні такого способу захисту, яким є право надавати завідомо неправдиві свідчення, полягає у тому, що обвинувачений може використовувати його на порушення прав інших осіб, заявляючи, наприклад, що кримінальне правопорушення вчинив не він, а інша особа, яка насправді його не вчиняла. Такі заяви обвинуваченого повинні розглядатися з урахуванням того, чи стосуються свідчення обставин, що є елементами предмету обвинувачення.

¹ Петрухин И. Имеют ли доказательственное значение ложные показания обвиняемого // Советская юстиция. – 1965. – № 7. – С. 15–17.

Якщо завідомо неправдиві свідчення обвинуваченого стосуються предмету обвинувачення, то він не повинен нести за них юридичної відповідальності. Адже в іншому разі у обвинуваченого не буде вибору більш, ніж з двох варіантів: визнати винуватість у вчиненні кримінального правопорушення або відмовитися надавати свідчення.

У разі, коли неправдиві свідчення обвинуваченого спрямовані на обмову особи у вчиненні кримінального правопорушення, за яке йому обвинувачення не висувалося і не буде висуватися, то для обвинуваченого може наставати юридична відповідальність на загальних підставах.

4.8. Обов'язок щодо ефективного розслідування заяв сторони захисту про жорстоке поводження з обвинуваченим

У кримінальному провадженні існує велика небезпека порушення вимоги щодо дотримання гідності, прав, свобод та інтересів шляхом жорстокого поводження з обвинуваченим з боку співробітників органів досудового розслідування.

Вибір способу захисту своєї гідності, прав, свобод та інтересів, порушених під час здійснення кримінального провадження, належить учаснику провадження. Учасники кримінального провадження мають право використовувати кримінальні процесуальні засоби захисту цінностей, зокрема звернення до публічного обвинувача із заявами про застосування методів проведення розслідування¹. Цьому праву сторони захисту кореспондує обов'язок публічного обвинувача чи іншої уповноваженої особи розслідувати факти, викладені у заяві. Інакше нівелюватиметься не лише конституційне право особи на гідність, а й суто процесуальне право на рівність можливостей сторін обвинувачення і захисту.

Існування позитивного обов'язку розслідувати факти жорстокого поводження було чітко відзначене ЄСПЛ виходячи з того, що положення-

¹ Протидіяти злочинності злочинними методами заборонено. Попри це, у практиці досудового розслідування такі методи продовжують застосовуватися.

ми ст. 3 ЄКПЛ створюється позитивний обов'язок *ефективно* (виділено нами – *авт.*) розслідувати заяви про жорстоке поводження («*Assenov and others v. Bulgaria*»).

Критеріями визначення ефективності розслідування заяв про жорстоке поводження є його незалежність і безсторонність, ретельність, невідкладність, компетентність, залучення потерпілих і контроль громадськості¹.

Ефективне розслідування заяв про катування та інші різновиди жорстокого поводження забезпечує, зокрема, захист особи від необґрунтованого засудження і покарання завдяки виключенню судом доказів, здобутих із застосуванням насильства.

Запитання і завдання

1. Фоміна затримано за підозрою у вчиненні розбійного нападу. Йому роз'яснено право мати захисника, після чого Фомін заявив клопотання про допуск як захисника свого двоюрідного брата Йолкіна, який є юристом і працює приватним нотаріусом.

Слідчий роз'яснив Фоміну, що Йолкін не може бути допущений як захисник у справі.

Чи правильними є роз'яснення слідчого?

Хто має право бути захисником у кримінальному провадженні?

Яким є порядок допуску захисника до участі у провадженні?

2. Під час судового розгляду справи щодо обвинувачення Паляничка і Кириленка адвокат Симонов, який захищає Кириленка, заявив відвід адвокату Резникову, який захищає Паляничка. Симонов стверджує, що Резников раніше консультував батька Кириленка у зв'язку із цим кримінальним провадженням і дав деякі роз'яснення, що, на його думку, суперечать закону. Резников у своїх поясненнях суду підтвердив факт консультування батька обвинуваченого Кириленка, але вважає, що підстав для відводу чи самовідводу немає, тим паче, що обвинувачений Паляничко йому повністю довіряє.

Чи підлягає заява захисника Симонова задоволенню?

¹ Докладніше про такі критерії див.: Сванідзе Е. Ефективне розслідування фактів жорстокого поводження: Керівні принципи застосування європейських стандартів. – К.: К.І.С., 2009. – С. 52–73.

3. Захисник підозрюваного звернувся з листом до керівника Бюро судово-медичної експертизи з проханням провести експертизу щодо тяжкості тілесних ушкоджень на договірних засадах. Керівник Бюро відмовив захисникові на підставі того, що Інструкція, яка визначає порядок проведення судово-медичних експертиз, не передбачає залучення експерта захисником на договірних засадах.

Викладіть можливі законні варіанти дій захисника у зв'язку з відмовою керівника Бюро судово-медичної експертизи у залученні експерта.

4. Захисник звернувся до слідчого з клопотанням про проведення слідчої дії – пред'явлення для впізнання свого підзахисного потерпілому. Слідчий відмовив у задоволенні клопотання.

Чи може бути оскаржена захисником відмова слідчого у задоволенні клопотання про проведення слідчої дії? Якщо так, то якій посадовій особі має бути адресована скарга?

Від імені захисника складіть обґрунтовану скаргу на рішення слідчого про відмову в задоволенні клопотання.

5. За інформацією, викладеною у вироку Оболонського районного суду м. Києва, зареєстрованому в ЄДРСР за № 29001912 (судова справа № 756/862/13-к), складіть судову промову захисника обвинуваченого.

6. Обвинувачений, який не володіє українською мовою, заявив суду клопотання про надання йому безоплатних послуг перекладача для спілкування із захисником-адвокатом, який не володіє мовою, що є рідною для обвинуваченого.

Яке рішення має ухвалити суд за клопотанням обвинуваченого? Наведіть аргументи, які суд має покласти в основу свого рішення.

7. Прокурор звернувся до суду з клопотанням про розгляд додаткового обвинувачення в одному провадженні з первісним обвинуваченням. Суд задовольнив клопотання прокурора і з'ясувавши його думку про час, необхідний стороні захисту для підготовки до захисту від додаткового обвинувачення, відклав судовий розгляд на п'ять днів. Заяви сторони захисту про те, що для підготовки до захисту їй треба вісім днів, суд до уваги не взяв.

Чи базуються на законі дії суду?

Які обставини повинен враховувати суд, відкладаючи судовий розгляд для підготовки сторони захисту до захисту від додаткового обвинувачення?

8. Прокурор повідомив підозрюваному і його захиснику про завершення досудового розслідування, а також про те, що їм буде надано доступ до матеріалів розслідування 13 квітня 2013 р. з 9:00 до

18:00 год. У призначений прокурором день і час з'явився лише захисник, якому було надано доступ до усіх матеріалів досудового розслідування. Оскільки підозрюваний не з'явився, прокурор склав обвинувальний акт і направив його до суду.

Проаналізуйте ситуацію і визначте, чи не порушив прокурор право підозрюваного на захист.

Додаткова література

1. Гончаренко В.Г. Про призначення судової експертизи адвокатом // Вісник Академії адвокатури України. – 2008. – Число 3 (13). – С. 5–10.

2. Правова допомога: Зарубіжний досвід та пропозиції для України / Автори – упорядники О.А. Банчук, М.С. Демкова. – К.: Факт, 2004. – 336 с.

3. Михайловская И.Б. Правило «благоприятствования» защите и его влияние на процесс доказывания // Государство и право. – 2007. – № 9. – С. 41–49.

4. Попелюшко В.О. Функція захисту в кримінальному судочинстві України: правові, теоретичні та прикладні проблеми: Монографія. – Острог: Вид-во Національного університету «Острозька академія», 2009. – 634 с.

5. Сурдукова О.В. Адвокатське розслідування як інститут кримінально-процесуального права // Вісник Академії адвокатури України. – 2005. – № 4. – С. 97–103.

Розділ 5

ПОТЕРПІЛИЙ

5.1. Поняття потерпілого

Потерпілим є суб'єкт, якому внаслідок вчинення кримінального правопорушення завдано шкоду.

До числа суб'єктів, які можуть визнаватися потерпілими, належать фізичні та юридичні особи.

Фізичним особам кримінальним правопорушенням може бути завдана фізична, матеріальна, моральна, а юридичним – матеріальна, моральна (їх діловій репутації) шкода.

У одних пострадянських державах потерпілими визнають лише фізичних осіб (наприклад, ч. 1 ст. 49 КПК Республіки Білорусь, ст. 87.1 КПК Республіки Азербайджан, ст. 58 КПК Республіки Вірменія, ч. 1 ст. 28 КПК Республіки Литва, ст. 49 КПК Республіки Киргизстан, ч. 1 ст. 59 КПК Республіки Молдова, ч. 1 ст. 54 КПК Республіки Таджикистан, ч. 1 ст. 54 КПК Республіки Узбекистан). Але юридичні особи, яким кримінальним правопорушенням завдано шкоду, мають право заявляти і підтримувати цивільний позов, тобто бути цивільними позивачами і мати у зв'язку з цим права, аналогічні правам потерпілого.

За КПК інших пострадянських держав потерпілими визнають як фізичних, так і юридичних осіб. Так, у КПК РФ встановлено, що потерпілим може бути не лише фізична особа, якій злочином завдано фізичну, майнову чи моральну шкоду, а й юридична особа в разі спричинення злочином шкоди її майну і діловій репутації (ч. 1 ст. 42). КПК РК також містить подібні норми з тією лише різницею, що юридична особа визнається потерпілим в разі завдання їй майнової і моральної шкоди (ч. 12 ст. 75).

В Україні робилися спроби законодавчо надавати права потерпілого державі в особі її представника (п. 3 ч. 1 ст. 55 проекту КПК¹). Однак такий підхід до врегулювання є неприйнятним, адже він дозволяв би державі як потерпілому розшукувати, обвинувачувати, засуджувати і карати свого кривдника, тобто розправлятися з ним. Це є нонсенсом у сучасній процесуальній теорії й практиці правового регулювання.

¹ Проект КПК (реєстраційний номер 1233) // http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=31115

У справі про незакінчене кримінальне правопорушення особа визнається потерпілим за умови фактичного завдання їй шкоди.

Під час вирішення питання про визнання потерпілим слід зважати й на те, що особи, які постраждали від кримінального правопорушення, вчиненого ними самими, не можуть бути визнані потерпілими. Водночас, оскільки закон не пов'язує позбавлення особи статусу потерпілого з неправомірністю її поведінки, суди мають визнавати особу потерпілим у випадках, коли вчинення щодо неї кримінального правопорушення спровоковано її діями. При цьому неправомірність поведінки може бути врахована при кваліфікації дій особи або призначенні їй покарання (п. 3 постанови Пленуму ВСУ «Про практику застосування судами законодавства, яким передбачені права потерпілих від злочинів»¹).

Потерпілим визнають особу, якій безпосередньо завдана та чи інша шкода, а у справах про злочини, внаслідок яких сталася смерть потерпілого, – його близьких родичів. Законодавець не визначив, кому саме із близьких родичів померлого внаслідок злочину і скільком особам одночасно можуть бути надані права потерпілого. У п. 6 постанови Пленуму ВСУ «Про практику застосування судами законодавства, яким передбачені права потерпілих від злочинів», встановлено: «Якщо надання зазначених прав вимагають кілька осіб із числа близьких родичів особи, якій було завдано смерть, усі вони можуть бути визнані потерпілими». Заявлення вимоги конкретною особою дає можливість ідентифікувати її, встановити, чи є вона близьким родичем померлого потерпілого. Відсутність такої вимоги змушувала б службових осіб органів, що здійснюють кримінальне судочинство, розшукувати всіх близьких родичів і визнавати їх потерпілими, незалежно від їхнього волевиявлення.

У практиці кримінального судочинства питання щодо визнання потерпілими близьких родичів загиблого від злочину вирішують двома способами:

- 1) шляхом домовленості близьких родичів між собою;
- 2) в імперативному порядку органами досудового розслідування або судом.

І перший, і другий способи не позбавлені недоліків. Перший через те, що близькі родичі не завжди можуть досягти між собою згоди. Другий тому, що реалізація прав громадян залежить від розсуду службових

¹ Постанова Пленуму ВСУ від 2 липня 2004 р. № 13 «Про практику застосування судами законодавства, яким передбачені права потерпілих від злочинів» // Вісник Верховного Суду України. – 2004. – № 8.

осіб державних органів. У зв'язку з цим одночасне закріплення в законодавстві напрацьованих практикою способів визнання потерпілими близьких родичів померлого може призвести до невизначеності законодавчих формулювань, до того, що органи досудового розслідування і суду на власний розсуд будуть визнавати або відмовляти у визнанні потерпілими, тобто обмежувати права близьких родичів померлого.

Враховуючи положення Конституції України про пріоритетність прав особи над інтересами держави, а отже, її органів та службових осіб цих органів, доцільним є вирішення питання про визнання потерпілими близьких родичів померлого на користь домовленості родичів між собою. Тим більш, що домовленість ця матиме значення лише для кримінального провадження. Всі спірні питання майнового характеру можуть вирішуватися зазначеними особами в порядку цивільного судочинства. У такий спосіб проблема розв'язується у КПК РФ (ч. 8 ст. 42).

Потерпілими повинні визнаватися також близькі родичі особи, яка померла не у зв'язку із вчиненням щодо неї кримінального правопорушення, а й з інших причин (хвороба, нещасний випадок тощо) вже після вчинення кримінального правопорушення, а можливо, й після початку кримінального провадження.

Про вчинення кримінального правопорушення, крім особи, якій завдано шкоду, можуть бути поінформовані інші особи, які є членами певної спільноти (трудового колективу, громадської організації, політичної партії тощо). Останні можуть зазнавати у зв'язку з цим моральних страждань.

Американські кримінологи вважають, що суспільство завжди є жертвою кримінального правопорушення (наприклад, воно зазнає прямої шкоди в разі державної зради, крадіжок або псування державного майна тощо, або побічної шкоди – на утримання адміністративних органів), а конкретна соціальна група через її расову належність, релігійні переконання – в окремих випадках¹. Для кримінології подібне розуміння жертви кримінального правопорушення є прийнятним. У кримінальному процесі – ні.

Очевидним є те, що визнання всіх членів суспільства потерпілим у кожній кримінальній справі є неможливим і недоцільним. Суспільство дійсно потерпає від злочинності, і в цьому аспекті його можна в ці-

¹ Гошовський М.І., Кучинська О.П. Потерпілий у кримінальному процесі України. – К.: Юрінком Інтер, 1998. – С. 21.

лому або в якійсь окремій частині вважати жертвою кримінального правопорушення (потерпілим). Але про це може йтися лише в кримінологічному аспекті, пов'язаному із розумінням потерпілих (жертв кримінальних правопорушень) як елемента певної структури, що характеризує злочинність як соціальне явище в цілому, пов'язаного з іншими її структурними елементами – кримінальними правопорушеннями і злочинцями.

Визнання потерпілими всіх членів суспільства чи його частини робило б провадження у кримінальній справі неможливим. Тому в кримінальному процесуальному законодавстві держава встановлює певні обмеження на право бути потерпілими для членів суспільства, яким кримінальним правопорушенням не завдано прямої шкоди.

Обмеження можуть стосуватися і кількості потерпілих у одній кримінальній справі. Одночасна участь у кримінальній справі сотень і тисяч потерпілих¹ іноді робить неможливим провадження досудового розслідування і судового розгляду. Так, наприклад, нез'явлення з поважних причин навіть одного із потерпілих може стати підставою для відкладення судового засідання.

У разі виникнення таких ситуацій в законі передбачають можливість участі певної кількості потерпілих (наприклад, 100 чоловік) шляхом представлення їхніх інтересів одним або кількома потерпілими. Представника одного або кількох потерпілих може бути призначено судом з власної ініціативи або за клопотанням однієї із сторін. Так вирішується питання участі великої кількості потерпілих в кримінальному судочинстві в деяких зарубіжних країнах, наприклад, Чеській Республіці. Згідно з абз. 2 § 43 КПК Чеської Республіки, якщо кількість потерпілих є надзвичайно великою, і реалізація їхніх прав кожним окремо загрожує тим, що кримінальне переслідування буде подовжене, суд має право ухвалити рішення про надання прав потерпілих в кримінальному судочинстві за посередництва спільного представника, якого вони оберуть. Якщо кількість обраних представників буде більшою, ніж шість, а потерпілі не зможуть між собою домовитися про вибраного представника, то представника обирає суд з урахуванням інтересів потерпілих².

¹ Наприклад, у кримінальній справі щодо «Еліта-Центр» було ошукано 1 тис. 759 осіб.

² Чекулаев Д.П. Потерпевший: доступ к правосудию и компенсация причиненного ущерба. – М.: Юрлитинформ, 2006. – С. 95.

Обмеження кількості потерпілих у тому разі, коли вона є занадто великою, сприяє виконанню вимоги щодо швидкості (розумності строків) правосуддя. Загроз правам постраждалих таке вирішення питання не становить з огляду на такі причини:

по-перше, останні «делегують» до участі у кримінальному провадженні як потерпілих найбільш активних і компетентних осіб;

по-друге, суттєво прискорюються провадження, а тому постраждалим не доведеться довго чекати на остаточне рішення, а отже, і на відновлення прав, порушених кримінальним правопорушенням;

по-третє, висунення «кандидатів у потерпілі» відбувається за взаємною домовленістю між жертвами кримінального правопорушення;

по-четверте, особи, офіційно визнані потерпілими, є посередниками між органами, які ведуть процес, і особами, не визнаними потерпілими, а тому слідчому, публічному обвинувачу і суду не доведеться виготовляти тисячі копій процесуальних документів, що підлягають направленню (врученню) потерпілим, і направляти (вручати) їх, що вимагало б дуже багато часу;

по-п'яте, кримінальних справ, у яких загальна кількість «потенційних потерпілих» становить тисячі осіб, небагато;

по-шосте, йдеться лише про можливість обмеження кількості потерпілих, а не про обов'язок слідчого, публічного обвинувача чи суду це зробити.

Таким чином, обмеження кількості осіб, які можуть бути потерпілими у кримінальній справі, не лише не впливатиме негативно на відновлення їхніх прав, порушених кримінальним правопорушенням, а навпаки – сприятиме швидкому і повному їх відновленню.

5.2. Набуття статусу потерпілого

Набуття особою статусу потерпілого може бути формалізованим і фактичним.

Формалізоване рішення про допуск до участі у кримінальному провадженні у процесуальному статусі потерпілого – породження радянського кримінального процесуального законодавства. Формалізація набуття статусу полягає у встановленні законодавцем обов'язку складання процесуального документа (постанови, ухвали). В Україні такий порядок набуття статусу потерпілого існував до моменту набрання чинності новим КПК (до 20 листопада 2012 р.). Такий порядок обмежує

можливість захисту особою своїх інтересів, що полягають у відновленні справедливості, порушеної кримінальним правопорушенням. Органи, уповноважені приймати рішення про визнання потерпілим, навмисно можуть затягувати його прийняття. Прикладом може слугувати кримінальна справа про вбивство журналіста Георгія Гонгадзе, коли протягом тривалого часу його матір слідчий не визнавав потерпілою навіть після висновку експертизи ДНК про майже 100-відсоткову ймовірність того, що знайдене тіло належить її сину.

Для прийняття рішення про визнання потерпілим мають бути певні підстави, зокрема:

- встановлення факту вчинення кримінального правопорушення;
- завдання шкоди конкретній особі; точно встановлення розміру шкоди тощо.

Менталітет слідчих, прокурорів і суддів десятиліттями формувався у такому руслі: кожне рішення має бути істинним, не повинно бути рішень на підставі здогадок. Так, наприклад, прокурори вважають, що при перевірці заяви або повідомлення про кримінальне правопорушення інформація стосовно постраждалого не може бути повною, оскільки немає відомостей про остаточний розмір завданої особі матеріальної шкоди, про ступінь тяжкості нанесених їй тілесних ушкоджень, тобто рішення про визнання особи постраждалою буде мати здогадний (приблизний) характер¹.

Прагнення до встановлення істини щодо питань матеріального права на ранніх стадіях кримінального провадження є не виправданим і шкідливим для реалізації прав громадян, які розраховують на отримання статусу потерпілого. «Здогадних вироків» дійсно не має бути, а от рішення про визнання особи потерпілою на підставі заяви про завдання їй шкоди може таким бути. Інакше їй буде важко, а то й зовсім неможливо підтвердити свою заяву про вчинення кримінального правопорушення. Ще у Київській Русі, в часи, коли судочинство здійснювалося на підставі «Руської Правди» (Пространна редакція), статус потерпілого надавався автоматично після вчинення злочину (лише в деяких випадках потрібні були свідчення послухів чи видоків)².

¹ Шевченко Є., Соколкін В. Проблемні питання захисту прав постраждалих від злочину на стадії порушення кримінальної справи // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2009. – № 1. – С. 111.

² Гошовський М.І., Кучинська О.П. Потерпілий у кримінальному процесі України. – К.: Юрінком Інтер, 1998. – С. 10.

Рішення з процесуальних питань у кримінальному провадженні можуть прийматися в умовах невизначеності. Особливо це стосується тих рішень, що спрямовані на надання особі передбачених законом прав для обстоювання власних інтересів і відновлення прав, порушених кримінальним правопорушенням.

Щодо особи, яка стверджує, що їй кримінальним правопорушенням завдано шкоду, діє *презумпція завдання шкоди* (так само як щодо обвинуваченого – презумпція невинуватості). В іншому разі визнання чи невизнання особи потерпілою буде повністю залежати від розсуду службових осіб компетентних державних органів. Момент, з якого особу можна визнавати потерпілим, має співпадати з моментом встановлення факту вчинення кримінального правопорушення. В іншому разі треба було б взагалі відмовитися від таких суб'єктів кримінального процесу, які захищають власні інтереси. Адже остаточно (і майже безпомилкова) констатація їхнього статусу як потерпілих, обвинувачених, цивільних позивачів тощо може відбутися лише у тому рішенні суду, де констатовано факт вчинення кримінального правопорушення і визначено усі його обставини, тобто в обвинувальному вирокі суду.

Якщо вважати правильним визнання потерпілими лише тих осіб, щодо яких є беззаперечні дані, що їм кримінальним правопорушенням завдано шкоду, то вийде, що у разі постановлення виправдувального вироку особа взагалі не мала права бути потерпілим у справі.

Необхідність встановлення відносної істини має бути вимогою щодо встановлення обставин кримінального правопорушення на етапі остаточного вирішення кримінальної справи, а не під час встановлення обставин кримінального правопорушення.

Саме тому можливість отримання особою процесуального статусу потерпілого законодавець «переніс» на ранні (досудові) стадії¹. Тобто фактично слідчий чи публічний обвинувач, фіксуючи факт набуття певною особою статусу потерпілого, роблять висновок про те, що кримінальне правопорушення було, і ним завдано шкоду цій особі, отже, вона є потерпілим². Саме так має бути, якщо виходити із пріоритету прав людей і їхніх можливостей впливати на хід процесу заради реалізації цих прав.

¹ У судових стадіях особам теж надається статус, але все одно це робиться до прийняття остаточного рішення у кримінальній справі, тобто до вирішення основного (матеріально-правового) питання.

² Це твердження є презумпцією. Остання може бути спростована виправдувальним вироком суду, де буде констатовано, що події чи складу кримінального правопорушення не було.

Враховуючи, що можливість реалізації потерпілим своїх прав у контексті вимог щодо захисту прав людини повинна бути надана йому якомога раніше, тобто відразу після встановлення факту завдання того чи іншого виду шкоди, Пленум ВСУ, рекомендував судам (в умовах чинності КПК 1960 р.) «реагувати на факти необґрунтованого зволікання з визнанням особи потерпілим (при очевидності завдання кримінальним правопорушенням шкоди), допущені органами дізнання чи досудового слідства, окремими ухвалами чи постановами (п. 5 постанови Пленуму ВСУ «Про практику застосування судами законодавства, яким передбачені права потерпілих від злочинів»).

Як приклад можна навести ситуацію з проблемністю визнання потерпілими осіб, яким внаслідок дорожньо-транспортної пригоди спричинено легкі тілесні ушкодження, а іншим особам – середньої тяжкості і тяжкі. Слідчі, керуючись формальним правилом, закріпленим у ст. 49 КПК 1960 р., не визнавали потерпілими осіб, яким завдані легкі тілесні ушкодження, бо, мовляв, їм шкода завдана не злочином¹. Тобто подія злочину одна, постраждалих кілька, і при цьому їм завдано тілесних ушкоджень різної тяжкості. Але статус потерпілих надають не всім особам, які зазнали шкоди. Якщо потім виявиться, що особі завдано не легкі тілесні, а середньої тяжкості тілесні ушкодження, то виходить, що особа до моменту констатації слідчим факту спричинення їй тілесних ушкоджень (середньої тяжкості) не могла реалізовувати свої права. Отже, те, що відбувалося до констатації цього факту, є несправедливим, адже особа, яка фактично є потерпілою, не визнавалася такою.

Таким чином, вирішуючи питання про надання особі статусу потерпілого, слід зважати на матеріальний і процесуальний аспекти визнання потерпілим. Переважне, а точніше – вирішальне значення має процесуальний аспект, тобто переконання особи, що їй кримінальним правопорушенням завдано шкоди, або переконливі підстави вважати, що такої шкоди їй було завдано.

¹ Стаття 286 КК України передбачає кримінальну відповідальність за порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту особою, яка керує транспортним засобом, що спричинило потерпілому лише *середньої тяжкості* (ч. 1) або *тяжке* (ч. 2) тілесне ушкодження.

Особа, якій кримінальним правопорушенням (навіть здогадним) завдано той чи інший або кілька видів шкоди, повинна мати право активно впливати на хід кримінального процесу, а також оскаржувати рішення, дії і бездіяльність державних органів і їх службових осіб від самого початку процесуальної діяльності, тобто з моменту надходження до органів обвинувальної влади заяви про кримінальне правопорушення без прийняття процесуального рішення про надання їй відповідного статусу.

Якщо особа не подавала заяву про кримінальне правопорушення, то визнати її потерпілим можна лише за її згодою. Особа, щодо якої у матеріалах кримінального провадження є дані про те, що їй завдано шкоду, автоматично набуває статусу потерпілого. Ставлення до такої особи вимог щодо обов'язкового подання заяви про залучення її як потерпілого є перешкодою для реалізації її прав та інтересів, адже це формалізує (бюрократизує) набуття статусу потерпілого.

Формалізований порядок визнання потерпілим у кримінальному процесі суперечить європейській практиці. Згідно з європейськими стандартами у галузі кримінального судочинства особа набуває статусу потерпілого «автоматично», не очікуючи доти, доки службовець державного органу «подарує» їй можливість мати відповідні права.

У кримінальному процесуальному законодавстві участь потерпілого у справі може бути обов'язковою або ні.

Радянський кримінальний процес і кримінальний процес незалежної України до 20 листопада 2012 р. ставили вимогу щодо обов'язкової участі потерпілого. Новим КПК в Україні це положення скасоване.

Потерпілий має право відмовитися від свого статусу в будь-який момент кримінального провадження. Участь потерпілого не повинна бути обов'язковою, адже у справах публічного обвинувачення кримінальну справу «рухає» засада публічності (офіційності) процесу, тобто потреба боротьби із конкретним кримінальним правопорушенням у загальносупільних інтересах. Тому відмова потерпілого від претензій до обвинуваченого, а отже, і від участі у провадженні не має для руху справи вирішального значення, адже формування, формулювання, порушення і підтримання державного обвинувачення покладається на компетентний державний орган – службу обвинувачення. Це не стосується ситуацій, коли потерпілий примирився з обвинуваченим, що має наслідком закриття провадження.

Визнання пріоритетності прав людини і громадянина над правами держави повинно сприяти досягненню такого становища, коли людину, яка має інтерес, але не бажає його реалізувати, держава не тягну-

тиме на аркані до «щастя»¹. Це повною мірою стосується особи, яка зазнала шкоди внаслідок кримінального правопорушення. Вирішення питання про участь особи у кримінальній справі як потерпілого має залежати від волевиявлення цієї особи від моменту з'явлення підстав для визнання її потерпілим до завершення провадження у справі. Однак для забезпечення інтересів суспільства у протидії злочинності особа, якій кримінальним правопорушенням завдано шкоду, може залучатися до справи як свідок.

5.3. Права потерпілого

Обвинуваченому права потрібні для того, щоб захищатися від обвинувачення, а потерпілому – для обстоювання власних інтересів і відновлення прав, порушених кримінальним правопорушенням.

Оскільки обвинуваченому протистоїть держава в особі своїх органів, то він може розраховувати на підтримку захисника. «На боці» потерпілого у кримінальному провадженні виступають слідчий і публічний обвинувач, які обстоюють права усіх членів суспільства, у тому числі потерпілого. Крім того, потерпілий може користуватися правовою допомогою представника. Тому законодавство багатьох держав не зосереджується винятково на правах потерпілого. Американський професор Д. Флетчер у контексті співвідношення приватних і публічних інтересів у кримінальному процесі зауважив, що небезпека зосередження уваги винятково на правах жертви є серйозною тому, що слугує задоволенню жертви, а покарання скорочується до понять відплати та компенсації, тоді як воно в кінцевому підсумку повинно мати публічний характер і не бути лише питанням приватного обвинувачення. Покарання накладається іменем народу або держави за діяння, які загрожують добробуту усього суспільства².

¹ Шишкін В. Диспозитивність – принцип судочинства // Право України. – 1999. – № 6. – С. 13.

У радянській юридичній доктрині панувала думка про те, що визнання потерпілим має здійснюватися незалежно від волі особи, якій злочином завдано шкоду (Кокорев Л.Д. Потерпевший от преступления. – Воронеж: Изд-во Воронеж. ун-та, 1964. – С. 14).

² Флетчер Дж., Наумов А.В. Основные концепции современного уголовного права. – М.: Юристъ, 1998. – С. 123.

Зазначені обставини виправдовують «слабкість» прав потерпілого порівняно із правами обвинуваченого, хоча законодавець, як правило, прагне до вирівнювання їхніх прав.

Надання потерпілому значного обсягу прав на практиці може призводити до того, що потерпілий через неволодіння ситуацією досудового розслідування буде заважати слідчому і публічному обвинувачу здійснювати кримінальне переслідування. Керівником у справі здійснення обвинувачення має бути один суб'єкт – публічний обвинувач. Надання «сильних» прав потерпілому призведе до «конкуренції обвинувачень», здійснюваних публічним обвинувачем і потерпілим.

Право на переслідування

Попри те, що право і обов'язок кримінального переслідування осіб, підозрюваних (обвинувачених) у вчиненні кримінальним правопорушень, є прерогативою відповідних державних органів (органів досудового розслідування, публічного обвинувача), потерпілий також може наділятися правом на переслідування осіб, які вчинили щодо нього кримінальне правопорушення. Можливість надання такого права потерпілому обумовлена тим, що він як жертва кримінального правопорушення має право захищатися від нього з метою недопущення його повторення у майбутньому. У межах кримінального провадження потерпілий може захищатися від можливих у майбутньому кримінальних правопорушень шляхом здійснення права на переслідування.

Якщо кримінальним правопорушенням завдано шкоди потерпілому, то право на переслідування він може реалізовувати паралельно (разом, поруч) з державним (офіційним) обвинувачем (публічне обвинувачення) або особисто як приватна особа (приватне обвинувачення).

У процесуальному законодавстві можуть передбачатися процедури укладення угоди про примирення потерпілого з обвинуваченим у кримінальних провадженнях про нетяжкі злочини. Реалізація такого права потерпілим має супроводжуватися певними гарантіями виконання обвинуваченим умов угоди.

У разі відмови офіційного обвинувача від обвинувачення за потерпілим залишається право продовжувати підтримувати обвинувачення. Оскільки публічний обвинувач як представник держави заявляє перед судом про відсутність у держави претензій до обвинуваченого, то обвинувачення, підтримуване потерпілим, набуває «статусу» приватного.

Потерпілому в кримінальній справі, де публічний обвинувач змінив обвинувачення, надається право підтримувати обвинувачення у раніше висунутому обсязі.

Отже, у кримінальній справі може мати місце ситуація, коли у ній паралельно здійснюються два різних за обсягом обвинувачення. Перше виходить від публічного обвинувача, який його змінив. Друге – від потерпілого, який продовжує підтримувати обвинувачення у раніше пред'явленому обсязі.

Під час кримінального провадження суд має зважати на ту обставину, що реалізація потерпілим права на переслідування шляхом надання свідчень про обставини кримінального правопорушення пов'язана із його заінтересованістю у покаранні кривдника і відшкодуванні завданої шкоди.

Право брати участь у доказуванні

Право потерпілого брати участь у доказуванні тісно пов'язане із його правом на переслідування. Його реалізація суттєво залежить від можливостей потерпілого активно і ефективно впливати на процес встановлення обставин кримінального правопорушення.

Право на доказування потерпілий реалізує шляхом заявлення клопотань до слідчого, публічного обвинувача, суду про проведення процесуальних пізнавальних (доказових) дій. Правом на самостійне провадження пізнавальних дій потерпілий не наділяється, адже у кримінальному провадженні відбувається змагання двох сторін – обвинувачення і захисту. Надання потерпілому права на самостійне здійснення пізнавальних (доказових) дій означало б появу в кримінальному процесі третьої сторони і могло б призвести до квазізмагальних процесів між потерпілим і публічним обвинувачем (слідчим), між потерпілим і стороною захисту.

Потерпілий належить до сторони обвинувачення. Слідчий і публічний обвинувач, які представляють цю саму сторону, мають не лише право, а й обов'язок дослідити усі обставини вчинення кримінального правопорушення. Те, що, на думку потерпілого, не зроблено слідчим і публічним обвинувачем, він має право «надолужити» шляхом заявлення відповідних клопотань. У потерпілого також є право оскаржувати до суду дії й бездіяльність слідчого і публічного обвинувача в частині доказування.

Право на відшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушенням

Відшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, може бути здійснене трьома способами:

- обвинуваченим добровільно;

- шляхом задоволення судом цивільного позову потерпілого;
- шляхом компенсації потерпілому шкоди державою за рахунок державного бюджету.

1. Перший спосіб відшкодування завданої кримінальним правопорушенням шкоди впливає із права обвинуваченого на «загладжування» вини перед потерпілим. Відшкодування шкоди з відома обвинуваченого за нього можуть здійснювати й інші особи. Коло осіб, які можуть відшкодувати завдану обвинуваченим шкоду, окреслено цивільним законом. Наприклад, до числа таких осіб не можуть належати недієздатні фізичні особи, юридичні особи публічного права та юридичні особи державної й комунальної власності, тобто ті, що фінансуються з державного або місцевого бюджетів.

2. Право потерпілого виступати як цивільний позивач (заявляти і підтримувати цивільний позов) не залежить від офіційного надання йому статусу цивільного позивача. Відшкодуванню підлягає матеріальна шкода, а моральна шкода компенсується у «матеріальному еквіваленті». Розмір шкоди, що підлягає відшкодуванню (компенсації), має бути доказаний у кримінальному провадженні.

У випадках, коли реалізація потерпілим права на розгляд цивільного позову в межах кримінального провадження може затягтися надовго або на невизначений час (наприклад, у випадку тривалого вирішення питання про належність речі або про її вартість), що у свою чергу загрожуватиме недотриманням засади розумності строків розгляду судом обвинувачення, законодавець може встановлювати правило, згідно з яким питання про цивільний позов виділяється із кримінального провадження і розглядається у межах цивільного процесу.

3. Згідно зі ст. 2 Європейської конвенції з відшкодування шкоди жертвам насильницьких злочинів¹ в разі, коли відшкодування шкоди не може бути забезпечене з інших джерел, держава повинна взяти це на себе щодо таких категорій осіб:

1) для тих, кому в результаті навмисних насильницьких злочинів завдано серйозної шкоди фізичному стану або здоров'ю;

2) для тих, хто перебував на утриманні загиблих в результаті такого злочину. Відшкодування шкоди здійснюється навіть в тому випадку, коли злочинець не може бути підданий судовому переслідуванню або бути покараним.

¹ Європейська конвенція з відшкодування шкоди жертвам насильницьких злочинів від 24 листопада 1983 р. // http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_319

В Україні право на відшкодування шкоди, завданої потерпілому будь-яким кримінальним правопорушенням, за рахунок державного бюджету регулюється цивільним законом. Це право виникає у потерпілого у двох випадках: якщо не встановлено особу, яка вчинила кримінальне правопорушення, або якщо вона є неплатоспроможною (ст. 1177 ЦК).

Згідно з ч. 1 ст. 1207 ЦК шкода, завдана каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю внаслідок кримінального правопорушення, відшкодовується потерпілому або особам, визначеним ст. 1200 ЦК (непрацездатним особам, які були на утриманні потерпілого або мали на день його смерті право на одержання від нього утримання, а також дитині потерпілого, народженій після його смерті), державою, якщо не встановлено особу, яка вчинила кримінальне правопорушення, або якщо вона є неплатоспроможною.

ЦК встановлює лише матеріальне (цивільне) право. Регламентація моменту виникнення у потерпілого права на відшкодування шкоди і порядку такого відшкодування є завданням кримінального процесуального закону. Попри те, що зазначені норми цивільного закону діють протягом доволі тривалого часу, кримінальним процесуальним законом досі не визначено, з якого моменту в потерпілого виникає право на відшкодування шкоди, а також механізм її відшкодування.

Запитання і завдання

1. На Тищенка вчинено розбійний напад з проникненням до його житла і завданням майнової шкоди в особливо великих розмірах. Злочинець втік з місця вчинення злочину. За цим фактом цього самого дня розпочато кримінальне провадження. Протягом шести місяців з моменту початку провадження особу того, хто вчинив злочин, встановлено не було. Потерпілий Тищенко звернувся до слідчого судді із заявою, у якій виклав вимогу визнати його цивільним позивачем у кримінальному провадженні і на підставі ст. 1177 ЦК ухвалити рішення про відшкодування йому шкоди, завданої злочинцем, за рахунок держави.

Як має діяти слідчий суддя у цій ситуації?

2. Ігор Таранін, який випадково потрапив на місце групової бійки і намагався розняти хуліганів, був ними убитий. Хулігани викриті і притягуються до кримінальної відповідальності.

До слідчого надійшла заява батька загиблого – В.П. Тараніна – про визнання його і матері Ігоря – Олени Сергіївни потерпілими у кримі-

нальному провадженні. На допиті у слідчого наречена Ігоря Тараніна заявила, що вона теж хотіла б взяти участь у провадженні і перекона-тися, що вбивці не unikнуть відповідальності.

Слідчий визнав батька, матір і наречену Ігоря представниками потер-пілого, оформивши це рішення однією постановою.

Чи правильно вчинив слідчий?

Як мав би діяти слідчий у цій ситуації?

Хто і у якому порядку визнається представником потерпілого?

Хто має право бути визнаним потерпілим замість особи, яка загинула внаслідок вчинення злочину? Скільки осіб може бути визнано потерпі-лими у такому разі в одній кримінальній справі?

Чи може бути визнаним потерпілим близький родич потерпілого, який загинув не у результаті злочину, а пізніше – під час кримінального провадження?

3. Титаренку було завдано тяжких тілесних ушкоджень, і він про-тягом десяти днів перебував у відділенні реанімації, не приходячи до тями. Повідомив про злочин до органу внутрішніх справ син Тита-ренка. На підставі цього повідомлення слідчим розпочато криміналь-не провадження. На 11-й день після злочину Титаренко прийшов до тями і подав слідчому заяву про залучення його до провадження як потерпілого, оскільки він уже набув здатності користуватися проце-суальними правами.

Яке рішення за заявою Титаренка має ухвалити слідчий?

Чи має право після подання Титаренком заяви про залучення як по-терпілого користуватися процесуальними правами потерпілого його син?

4. За інформацією, викладеною у вирокі, розміщеному в ЄДРСР за № 29766814 (судова справа № 0904/2633/12), від імені особи, якій злочи-ном завдано фізичної шкоди, складіть заяву про залучення до прова-дження як потерпілого.

5. У кримінальному провадженні встановлено, що 11 червня 2013 р. Кузьменко В.Н. шляхом зламу вхідних дверей проник до квартири № 5 в буд. № 10 по Київському проспекту в м. Донецьку, де проживає Ар-теменко С.В., звідки таємно викрав різні речі загальною вартістю 2 тис. 900 грн. Артеменко С.В. під час досудового розслідування пред'явила цивільний позов до підозрюваного Кузьменка.

Складіть позовну заяву від імені Артеменко.

5. На Зінченка було вчинено напад з метою заволодіння його май-ном, поєднаний з погрозою застосування насильства, небезпечного для життя (розбій). Зінченко подав заяву про вчинення щодо нього

злочину, за якою розпочато кримінальне провадження. Слідчий на підставі того, що Зінченку під час нападу лише погрожували застосувати насильство, але реально його не застосовували, склав постанову про відмову у визнанні потерпілим. Зінченко не погодився з таким рішенням слідчого і оскаржив постанову до слідчого судді.

Складіть від імені Зінченка скаргу на постанову слідчого про відмову у визнанні потерпілим.

Яке рішення за скаргою Зінченка має ухвалити слідчий суддя?

Додаткова література

1. Герасимчук О. Порівняльний аналіз правового статусу потерпілого за кримінально-процесуальним законодавством Польщі, Росії та України / Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: Матеріали XIII регіональної науково-практичної конференції (8–9 лютого 2007 р.). – Львів, 2007. – С. 591–592.

2. Кучинська О.П. Проблеми захисту прав потерпілих в кримінальному процесі України // Адвокат. – 2009. – № 5. – С. 10–13.

3. Нор В.Т. Інститут відшкодування (компенсації) шкоди у кримінальному провадженні за чинним КПК України: здобутки і резерви для вдосконалення // Право України. – 2013. – № 11. – С. 32–41.

4. Нор В.Т., Федорчук Н.Б. Захист прав потерпілих від злочину в англо-американській правовій системі та кримінальному судочинстві України: Монографія. – К.: Правова єдність, 2009. – 192 с.

5. Потерпілий від злочину (міждисциплінарне правове дослідження) / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.С. Зеленецький та ін. – Харків: Кроссрод, 2008. – 364 с.

Розділ 6

ЗАХОДИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

6.1. Поняття і різновиди заходів забезпечення кримінального провадження

Усі учасники кримінального провадження повинні виконувати обов'язки, покладені на них законом, і дотримуватись встановлених заборон. Однак у реальних кримінальних справах усі учасники провадження не завжди це роблять.

Для спонукання таких учасників до виконання обов'язків і дотримання заборон законодавець передбачає застосування заходів забезпечення провадження. Вони не є кримінальним покаранням. Їх не можна використовувати як засіб вимагання свідчень в учасників провадження.

Заходи забезпечення кримінального провадження характеризуються такими *ознаками*:

- 1) державно-владний характер відносин, що виникають, розвиваються і припиняються під час застосування цих заходів. Це – владо-відносини;
- 2) «пронизують» усе кримінальне провадження;
- 3) завжди пов'язані з певними обмеженнями прав і свобод суб'єктів процесу;
- 4) мають особистий характер;
- 5) застосовуються тоді, коли авторитету закону і переконання в необхідності виконання приписів норм права виявляється недостатньо.

Будь-яке поняття завжди має «власні» ознаки. Для заходів забезпечення провадження подібними ознаками є такі:

- 1) їхнє функціональне призначення у кримінальному провадженні полягає у забезпеченні виконання всіма суб'єктами покладених на них обов'язків;
- 2) мають самостійне значення. Вони не є елементом процесуальних дій. Ігнорування цієї ознаки має наслідком включення до цієї системи заходів пізнавальних, слідчих дій: обшуку, освідчування, а іноді – інших дій;
- 3) вони, як правило, не мають характеру юридичних санкцій. Останні застосовуються у зв'язку з порушенням норм права, яке вже сталося.

А заходи забезпечення провадження діють наперед, з метою виконання учасником провадження свого обов'язку в майбутньому.

Отже, **заходи забезпечення кримінального провадження** – це *передбачені законом заходи обмеження прав і свобод учасників кримінального провадження, які мають самостійне значення та не мають характеру юридичних санкцій і застосовуються з метою забезпечення виконання учасниками своїх обов'язків або отримання необхідних доказів у справі.*

Усі заходи забезпечення кримінального провадження поділяються на 2 групи:

- запобіжні заходи;
- інші заходи.

У літературі з кримінального процесу для позначення заходів забезпечення кримінального провадження використовують терміни «кримінальний процесуальний примус», «заходи процесуального примусу» тощо. Теперішнє розуміння примусу в українському кримінальному процесі є застарілим, а тому непридатним для майбутнього розвитку інституту процесуального примусу. Це пов'язано зі збереженням радянського підходу до права і жодним чином не стосується захисту прав людини. Під час перевірки документів чи відвідування житла не відбувається жодного «примусу». Адже особа може добровільно надавати документи або допускати осіб у житло чи на інші об'єкти володіння. Ці заходи в законодавстві СРСР іменувалися «примусовими» тільки на тій підставі, що посадові особи *уповноважувалися* вимагати здійснювати певні дії, а інші особи були зобов'язані дотримуватися цих вказівок. Тобто відбувалося змішування в межах одного інституту юридичного змісту і емоційного, вольового ставлення осіб до юридичних положень. Це пояснюється панівним на той час підходом до права, закладеним в працях К. Маркса, Ф. Енгельса, В. Леніна і продовженим А. Вишинським¹. Коротко узагальнюючи цю відому позицію, слід згадати, що держава визначалася як машина для придушення (пригнічення або підтримки панування) одного класу іншим. А право було формою політики диктатури пролетаріату. Іншими словами, право – сукупність правил поведінки, що виражають волю панівного класу, які встановлено в законодавчому порядку, а також звичаїв та правил співжиття, що їх санкціоновано державною

¹ Головатий С.Г. Верховенство права: Монографія: У 3-х кн. – Книга третя. Український досвід. – К.: Вид-во «Фенікс», 2006. – С. 1305–1324.

владою, застосування яких забезпечується *примусовою* силою держави для цілей охорони, закріплення та розвитку суспільних порядків, вигідних і бажаних для панівного класу. В цьому виявлявся винятково інструментальний підхід до права, який означає, що будь-яке рішення органів держави забезпечується примусовою силою.

Аналіз праць переважної більшості вчених, виданих до Жовтневого перевороту 1917 р., в тому числі професора Київського університету І.Т. Тарасова, засвідчує, що вони розглядали примус тільки як один із елементів у процедурі виконання прийнятого акту, коли особи відмовляються ці акти виконувати добровільно. Для застосування примусу необхідно, щоб була протидія з боку особи, яка не бажає виконувати рішення адміністрації. «Необхідно встановити такі перехідні моменти від розпорядження до примусу, які, з одного боку, забезпечували б застосування примусу тільки у виняткових випадках і за наявності спротиву (виділено нами – авт.), а з іншого – попереджувало б заінтересованих про те, що настане примус», – зауважував І.Т. Тарасов¹.

Основними вимогами до права примусової влади визнавалися такі:

- межі примусу залежать не від значення того, що має бути виконане, а від роду і міри протидії;
- примус має місце тільки там, де є протидія, а тому припиняється із припиненням протидії;
- форми примусу можуть передбачатися тільки законом;
- сила примусу повинна бути пропорційна протидії, а тому має відбуватися послідовно, від нижчих до вищих заходів доти, доки не буде зламано спротив;
- законність застосування примусових заходів повинна підлягати судовому контролю за скаргами потерпілих осіб².

Видами примусових заходів були: наказ; наказ з погрозою виконання наказаного за рахунок зобов'язаної особи; наказ з погрозою покарання; наказ з погрозою фізичного примусу.

Зазначені висловлення І.Т. Тарасова повністю співпадають з положеннями сучасного західноєвропейського права.

Так, поняття «примус» використовується у німецькому праві (Федеральний Закон від 10 березня 1961 р. «Про безпосередній примус при

¹ Тарасов І.Т. Очерк науки полицейского права. – М., 1897. – С. 66.

² Там само. – С. 67, 68.

здійсненні публічної влади чиновниками виконавчих органів Федерації») лише для позначення окремої процедури виконання рішень. До того ж Федеральний Закон обмежує примус впливом на осіб або речі за допомогою фізичної сили, допоміжних засобів та зброї (§ 2).

У Голландії під примусовими заходами розуміють тільки фізичні заходи, які застосовуються органами влади або від їх імені, спрямовані проти діяльності (бездіяльності), що перешкоджає виконанню обов'язків, встановлених статутною нормою або відповідно до неї (ст. 5:21 Акту з загального адміністративного права від 4 червня 1992 р.).

Іспанський законодавець у ст.ст. 96–99 Закону від 26 листопада 1992 р. «Про правовий режим публічної адміністрації та загального адміністративного провадження» визначив виключний перелік видів примусових заходів:

- стягнення майна;
- субсидіарне виконання (виконання рішення іншою особою за рахунок зобов'язаної особи);
- примусовий штраф;
- особистий примус.

У жодній європейській державі не йдеться про так зване «широке» розуміння примусу. Такий підхід дозволяє культивувати ідеологію винятковості примусових заходів для забезпечення правопорядку в суспільстві. Цього не відбувається в нашій державі, коли до інституту примусу відносять перевірку документів у осіб, з одного боку, і застосування зброї чи наручників – з іншого.

Слід повернутися до дореволюційного поняття примусу, оскільки воно в цій частині більше відповідає нинішній правовій доктрині країн Європи. Виходячи з викладеного вважаємо, що існуючий у теорії кримінального процесу підхід до розуміння інституту процесуального примусу потребує ґрунтовного переосмислення і змін в напрямках:

- 1) відмови від широкого розуміння примусу;
- 2) звуження змісту примусу лише до процедури примусового виконання актів;
- 3) визнання нинішніх заходів примусу різновидами заходів забезпечення провадження.

Так, заходами примусу доцільно визнавати лише привід, затримання особи, вилучення майна чи документів, під час яких застосовується фізична сила.

6.2. Запобіжні заходи

Запобіжні заходи – це частина заходів забезпечення кримінального провадження, спрямованих на забезпечення належної поведінки підозрюваного, обвинуваченого, засудженого шляхом певного обмеження їхніх особистих прав.

Процесуальне значення запобіжних заходів полягає в тому, що вони:

- 1) забезпечують оптимальні умови для кримінального провадження;
- 2) завдяки їм створюються умови для реалізації завдань кримінального провадження;
- 3) сприяють вирішенню профілактичних завдань процесу;
- 4) є засобами забезпечення спеціального режиму, в якому повинен перебувати підозрюваний, обвинувачений чи засуджений.

До числа запобіжних заходів належать:

- затримання;
- взяття під варту;
- застава;
- передання на поруки;
- підписка про невиїзд;
- домашній арешт;
- поліцейський нагляд;
- вилучення паспорта;
- вилучення документів, що надають право займатися певною діяльністю¹.

Наявність такої системи запобіжних заходів забезпечує можливість ситуативного підходу до їх застосування в практиці досудового розслідування і судового розгляду кримінальних справ, що передбачає врахування як обставин кримінального провадження, так і суворості запобіжних заходів.

¹ До неповнолітніх обвинувачених як запобіжний захід може застосовуватися передача під нагляд батьків, опікунів, піклувальників або адміністрації установи, де виховується неповнолітній.

Обвинувачених-військовослужбовців дозволяється передавати під нагляд командування військової частини. Але цей запобіжний захід не може бути застосований до військовослужбовців, які є прапорщиками і офіцерами, адже вони по завершенні служби кожного дня залишають розташування військової частини.

До особи, стосовно якої передбачається застосування ПЗМХ, можуть бути застосовані такі запобіжні заходи: передання на піклування опікунам, близьким родичам чи членам сім'ї з обов'язковим лікарським наглядом; поміщення до психіатричного закладу в умовах, що виключають її небезпечну поведінку.

У процесуальній літературі запобіжні заходи часто класифікують залежно від поширюваності дії на тих чи інших учасників, щодо яких вони можуть бути застосовані. Ті, що застосовуються до всіх учасників, називаються загальними, а ті, що застосовуються до спеціальних суб'єктів (військовослужбовців, неповнолітніх, неосудних), – спеціальними. Така класифікація не розкриває суті запобіжних заходів. Вона лише наголошує на особливостях учасників, щодо яких вони застосовуються.

Зміст запобіжних заходів краще відображається через класифікацію, в основу якої покладається ступінь обмеження прав особи. За цією підставою запобіжні заходи класифікуються на ізоляційні й неізоляційні. До першої групи належать затримання і взяття під варту, а до другої – всі інші заходи.

Запобіжні заходи застосовуються за такими *загальними правилами*:

1) слідчий, публічний обвинувач не мають права ініціювати, а суд – застосовувати запобіжний захід без наявності для цього законних підстав;

2) може бути застосований під час досудового розслідування – слідчим суддею за клопотанням слідчого, погодженим з публічним обвинувачем, або за клопотанням публічного обвинувача, а під час судового провадження – судом за клопотанням публічного обвинувача;

3) обирається лише щодо переслідуваних у кримінальному порядку осіб: підозрюваного, обвинуваченого, засудженого;

4) слідчий суддя, суд зобов'язані відмовити у застосуванні запобіжного заходу, якщо слідчий, публічний обвинувач не доведуть, що встановлені під час розгляду клопотання про застосування запобіжних заходів обставини є достатніми для переконання, що жоден із більш м'яких запобіжних заходів не може запобігти доведеним під час розгляду ризикам;

5) копія ухвали про застосування запобіжного заходу вручається підозрюваному, обвинуваченому негайно після її оголошення;

6) дозволяється застосовувати запобіжний захід тільки щодо належного суб'єкта (не можна, наприклад, застосувати такий захід щодо неповнолітнього, який не досяг віку кримінальної відповідальності);

7) щодо однієї особи може бути застосований тільки один запобіжний захід. Однак це не виключає можливості одночасного застосування іншого заходу забезпечення кримінального провадження (наприклад, підозрюваного, щодо якого обрано заставу, можна відсторонити від посади);

8) запобіжний захід скасовується або замінюється, коли відпаде необхідність у раніше обраному заході;

9) заміна запобіжного заходу може бути здійснена у випадках, коли:

- запобіжний захід обрано необґрунтовано або незаконно, але є підстави обрання іншого заходу;

- суттєво змінилися обставини, що були враховані при обранні запобіжного заходу;

10) якщо до підозрюваного, обвинуваченого застосовано запобіжний захід, не пов'язаний із триманням під вартою, він не може бути затриманий без дозволу слідчого судді, суду в зв'язку з підозрою або обвинуваченням у тому самому кримінальному правопорушенні;

11) дія запобіжного заходу припиняється негайно у разі:

- закриття кримінального провадження;
- постановлення виправдувального вироку;
- закінчення строку дії ухвали про обрання запобіжного заходу.

Затримання і взяття під варту

Затримання: поняття і підстави

Кожна людина має право на особисту свободу (ст. 3 ЗДПЛ, ст. 9 МПГПП, ст. 5 ЄКПЛ). Держава може обмежити це право лише у випадках, визначених законом. Міжнародні правові акти передбачають ряд механізмів захисту від свавільного позбавлення громадян волі й зловживань щодо підозрюваних після їхнього затримання.

Затримання є тимчасовим запобіжним заходом, суть якого полягає у примушенні особи залишатися протягом певного часу поряд з уповноваженою службовою особою або у приміщенні, визначеному такою особою. Примус може полягати у застосуванні чи погрозі застосування сили або у вимозі виконувати наказ.

Оскільки під час затримання обмежується фундаментальне право особи на свободу, затримання як і будь-яке позбавлення людини волі має здійснюватися винятково на підставі рішення суду¹. Однак у окремих випадках рішення суду про затримання через тривалість його ухвалення може зашкодити інтересам розслідування кримінального правопорушення, а підозрюваний може втекти з місця кримінального правопорушення і переховуватися від органів правопорядку. Тому в міжнародних правових актах і національному законодавстві передбачається право на затримання підозрюваного без судового рішення. Суб'єктами затримання без рішення суду можуть бути як службові осо-

¹ Конституція України гарантує неможливість арешту особи без вмотивованого рішення суду (ч. 2 ст. 29).

би відповідних органів, так і громадяни, реалізуюючи своє право на затримання злочинця, передбачене у матеріальному (кримінальному) праві як обставина, що виключає кримінальну протиправність діяння¹.

Мета затримання визначена ч. 3 ст. 29 Конституції України² як необхідність запобігти злочині чи його припинити. Це означає, що затримання особи в інших цілях (наприклад, винятково для вирішення питання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту) є незаконним.

Розглядаючи справи про законність затримання, ЄСПЛ з'ясовує, узгоджувалося воно з процесуальними нормами національного законодавства чи було результатом свавілля («Kenmache v. France (№ 3)»).

Затримання є свавільним не лише у тому разі, коли воно здійснюється протизаконно, у тому числі безпідставно, а й у інших випадках. Наприклад, якщо законно затримана особа продовжує утримуватися під вартою після закінчення строку затримання або ухвалення судом рішення про її звільнення; коли закон, за яким затримано особу, є неконкретним тощо. КПЛ надав роз'яснення про те, що термін «свавільний» у ст. 9 МПГПП стосується не лише «незаконного» затримання, а й має тлумачитися ширше, в тому числі щодо існування елементів недоречності, несправедливості й непередбачуваності (рішення у справі «Womah Mukong v. Cameroon»).

З метою обмеження свавілля під час затримання встановлюються *підстави* до його застосування. Із перерахованих у ч. 1 ст. 5 ЄКПЛ випадків затримання особи підставами для затримання за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення є:

– затримання особи, в тому числі неповнолітньої, здійснене з метою перепровадження її до компетентного судового органу, за наявності обґрунтованої підозри у вчиненні нею правопорушення або якщо обґрунтовано вважається необхідним запобігти вчиненню нею правопорушення чи її втечі після його вчинення (п. «с»);

¹ У посібнику розглядається лише затримання, здійснюване уповноваженою службовою особою.

² Стаття 29 Конституції України, якою передбачено право громадян України на свободу і особисту недоторканність, в основному відтворює положення ст. 5 ЄКПЛ, за деякими винятками.

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

- законне затримання неповнолітнього з метою перепровадження його до компетентного органу (п. «d»);
- затримання особи, щодо якої провадиться процедура екстрадиції (п. «f»).

Перепровадження до судді («habeas corpus act»): цілі і строки

У демократичних державах процедура «habeas corpus act» («приведи такого-то до судді») є одним із найстаріших юридичних інститутів.

Ще у середньовічній Англії в 1679 р. парламентом був прийнятий «Habeas corpus act», який вимагав негайного доставлення будь-якого затриманого до суду для перевірки законності його тримання під вартою. При цьому *тривалість доставлення* залежала лише від можливості подолати відстань до суду.

У США майже 240 років тому ця норма у Конституції була віднесена до числа таких, котрі не можна змінити або скасувати за жодних обставин. Суть її полягає у тому, що затримана чи взята під варту особа має бути відразу доставлена до судді, щоб мати змогу заявити свої претензії й заперечення, а також скарги на поведінку співробітників органів правопорядку під час затримання.

Усі форми ув'язнення повинні або санкціонуватися судом (здійснюються на підставі судового рішення), або бути предметом ефективного судового контролю у випадку затримання особи без судового рішення. Кожен, кого заарештовано або затримано за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення, має негайно постати перед суддею (ст. 3 ЄКПЛ; ст. 9 МПГПП; принцип 11 (1) Зводу принципів щодо затримань; ст. 10 (1) Декларації про захист від зникнення¹).

Цілями розгляду судом факту затримання особи є такі:

- визначити, чи є достатні юридичні підстави для взяття під варту;
- з'ясувати, чи є необхідним ув'язнення до суду;
- забезпечити нормальні умови для затриманого;
- запобігти порушення основоположних прав затриманого².

Ця процедура надає затриманому першу можливість викласти суду свої заперечення щодо затримання і подати скаргу на його законність.

¹ Декларація про захист усіх осіб від насильницького зникнення, ухвалена Резолюцією 47/33 Генеральної Асамблеї ООН від 18 грудня 1992 р. // http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_225

² Руководство по справедливому правосудию. Международная амнистия. – М.: Права человека, 2003. – С. 49.

Хоча процедура «habeas corpus» може і не відповідати всім вимогам справедливого судового розгляду, про який йдеться у ст. 6 ЄКПЛ, ЄКомПЛ та ЄСПЛ наголосили, що слід дотримуватись певних стандартів справедливого судового розгляду відповідно до ч. 4 ст. 5 ЄКПЛ. Принципів справедливого розгляду потрібно дотримуватись також у випадках, коли держава при позбавленні волі окремої особи як причину визначає загрозу державній безпеці. Для того, щоб визначити порушення ч. 4 ст. 5 ЄКПЛ, у справі «Chahal v. the United Kingdom» ЄСПЛ зробив такі зауваження: «Суд визнає, що у випадках, коли йдеться про державну безпеку, є ситуації, коли не можна уникнути використання конфіденційних матеріалів. Однак це не означає, що державні органи стають непідконтрольними національним судам відразу після того, як цими органами буде визнано, що справа стосується національної безпеки чи пов'язана з тероризмом... Існують технології, що дозволяють одночасно брати до уваги законну потребу органів безпеки зберігати в таємниці способи та джерела походження оперативної інформації, та, з іншого боку, враховують необхідність здійснення судової процедури відповідно до вимог справедливого судочинства»¹.

Затримана особа має негайно постати перед суддею. ЄСПЛ у п. 65 рішення у справі «Kandzhov v. Bulgaria» зазначив таке: «Частиною 3 ст. 5 ЄКПЛ передбачено, щоб затримана особа негайно постала перед суддею з тим, щоб дістати можливість виявити будь-які ознаки жорстокого поводження, а також звести до мінімуму будь-яке необґрунтоване втручання в особисту свободу. Хоча негайність належить оцінювати в кожній конкретній справі з урахуванням її особливостей ..., суворе часове обмеження, що його встановлює ця вимога ч. 3 ст. 5, не дає змоги тлумачити його надто гнучко, адже в іншому разі процесуальні гарантії були б серйозно послаблені на шкоду особі, й виникала б небезпека послаблення власне суті того права, яке це положення захищає»².

Як зазначено у рішенні ЄСПЛ у справі «Brogan and others v. the United Kingdom», межі гнучкості в тлумаченні й застосуванні поняття «негайність» є дуже невиразними. Навіть строк у чотири дні і шість годин, проведених у поліційному ув'язненні, виходить за рамки суворих обмежень

¹ Гом'єн Д. Короткий путівник Європейською конвенцією з прав людини // <http://vgsu.arbitr.gov.ua/files/pages/ECHR.htm>

² Рішення ЄСПЛ у справі «Kandzhov v. Bulgaria» від 6 листопада 2004 р. / У кн.: Макбрайд Д. Європейська конвенція з прав людини та кримінальний процес. – К.: К.І.С., 2010. – С. 76.

стосовно часу, що його дозволяє п. 1 ч. 3 ст. 5. Надання конкретним особливостям цієї справи значення, що виправдовує такий тривалий строк тримання під вартою без перепровадження до судді, було б неприйнятно широким тлумаченням чіткого значення слова «promptly» (негайно), яке треба розуміти однозначно¹.

У справі «De Jong, Baljetand Vanden Brink v. the Netherlands» ЄСПЛ дійшов висновку, що строк від шести до одинадцяти днів є занадто довгим для того, щоб чекати на першу перевірку рішення про затримання.

З метою дотримання граничних строків затримання доставлення до судді має здійснюватися завчасно. Суддя повинен мати достатній час для розгляду питання про законність затримання. Необхідність завершення судового засідання в межах процедури «habeas corpus act» не є підставою для продовження строку затримання, визначеного законом. У законодавстві можуть встановлюватися і граничний строк затримання, і строк доставлення затриманого до суду.

Право на оскарження законності затримання (взяття під варту)

Влада повинна розробити процедури для оскарження законності затримання і для звільнення, якщо затримання буде визнано незаконним. Ці процедури повинні бути простими і швидкими, а також безоплатними для затриманого, який їх не може оплатити (принцип 32 (2) Зводу принципів щодо затримань).

Хоча до права на оскарження законності арешту в суді можуть бути застосовані обмеження відповідно до МПГПП, ЄКПЛ, Комісія ООН з прав людини (Резолюція Комісії ООН з прав людини 1992/35) та її підкомісія із запобігання дискримінації і захисту меншин (Резолюція підкомісії із запобігання дискримінації і захисту меншин 1992/15) закликали усі держави «дотримуватися права на таку процедуру завжди і за усіх обставин, у тому числі за надзвичайного стану».

ЄКПЛ визначено, що кожен, кого позбавлено волі внаслідок арешту або тримання під вартою, має право ініціювати провадження, під час якого суд без зволікання встановлює законність затримання і приймає рішення про звільнення, якщо затримання є незаконним (ч. 4 ст. 5).

¹ Рішення ЄСПЛ у справі «Brogan and others v. the United Kingdom» від 29 листопада 1988 р. / У кн.: Макбрайд Д. Європейська конвенція з прав людини та кримінальний процес. – К.: К.І.С., 2010. – С. 73.

Частина 4 ст. 5 ЄКПЛ передбачає, що особа, яку було позбавлено волі в результаті затримання або взяття під варту, має право оскаржити у суді законність таких дій. Скарга повинна розглядатися невідкладно, і якщо суд визначить таке затримання як незаконне, особа має бути негайно звільнена. Зазначене положення є автономним за змістом: навіть якщо підстави для затримання особи є прийнятними згідно з іншими умовами ст. 5, державу може бути визнано винуватою у порушенні лише одного цього положення¹.

Для забезпечення об'єктивності і незалежності розгляду питання про законність затримання (взяття під варту) саме суд повинен бути тим органом, який його розглядає.

Розгляд питання про законність арешту (затримання чи взяття під варту) має підтвердити, що арешт було здійснено згідно з процедурою, встановленою законом, і що підстави для арешту узгоджувалися з вимогами закону. Суди також повинні слідкувати за тим, щоб арешт не був протизаконним з точки зору міжнародних норм («Navarra v. France»).

Неможливість застосування для цілей кримінального переслідування адміністративного затримання і арешту

Найбільша кількість порушень прав осіб відбувається під час їх затримання представниками органів влади.

Національне законодавство, крім кримінального процесуального, регламентує інший вид затримання – адміністративне. Основною його метою є припинення адміністративного правопорушення або оформлення факту вже вчиненого правопорушення. Але таке затримання (арешт) може неправомірно використовуватися і в цілях розслідування кримінальних правопорушень. Органи влади мають право утримувати особу певний час як адміністративно затриману (арештовану), а після цього розпочати кримінальне процесуальне затримання. Адже адміністративне затримання часто провадять службові особи органів, які одночасно є органами кримінального переслідування. При цьому зазначені строки можуть фактично тривати навіть більше, ніж строки кримінального процесуального затримання.

Адміністративне затримання позбавляє особу кримінальних процесуальних гарантій у вигляді забезпечення права на захист, на негайне доставлення до суду для перевірки законності затримання та інших. Так,

¹ Гом'єн Д. Короткий путівник Європейською конвенцією з прав людини // <http://vgsu.arbitr.gov.ua/files/pages/ECHR.htm>

у справі «Doronin v. Ukraine» ЄСПЛ на підставі аналізу матеріалів справи встановив, що адміністративний арешт було використано для того, щоб забезпечити перебування особи як підозрюваного у кримінальній справі в розпорядженні слідчих органів, не забезпечуючи при цьому його процесуальних прав як підозрюваного, зокрема його права на захист.

Підстави взяття під варту

Підставами застосування взяття під варту є:

– ***матеріально-правова***: наявність обґрунтованої підозри у вчиненні особою кримінального правопорушення;

– ***процесуальна***: наявність ризиків, які дають достатні підстави слідчому судді, суду вважати, що підозрюваний, обвинувачений, засуджений можуть здійснити дії, що зашкодять інтересам розслідування та/або судового розгляду кримінальної справи.

Ризиками, що є підставою для взяття особи під варту, є:

– ризик переховування;

– ризик перешкоджання здійсненню правосуддя¹;

– ризик вчинення нових кримінальних правопорушень.

Поведінка обвинуваченого, що свідчить про наявність зазначених ризиків, шкодить виконанню кримінальним процесом своїх завдань. Вона також порушує баланс змагальності, адже сторона захисту незаконно ставить себе у вигідніше становище (ухиляється від розслідування, суду; перешкоджає встановленню обставин кримінального правопорушення).

Суд, визначаючи наявність певного ризику (ризиків), у своєму рішенні повинен спиратися на докази того, що вони є виправданими (обґрунтованими).

ЄСПЛ вбачає порушення права на особисту недоторканність у випадках, коли суди у рішеннях про взяття під варту обмежуються «схематичними» мотивами («неналежна поведінка обвинуваченого», «тяжкість покарання, що загрожує», тощо) («I.A. v. France»).

А. Ризик переховування

Ризик переховування обвинуваченого полягає у наявності у нього реальних можливостей переховуватися від розслідування і правосуддя. У рішенні суду, який обґрунтовує взяття під варту наявністю цього ризику, мають бути зазначені обставини, що дають підставу очікувати, що цей ризик справдиться.

¹ Уникнення обвинуваченим цього ризику не слід розглядати як його обов'язок співпрацювати із органами досудового розслідування, публічним обвинувачем.

Суд має визначати ці обставини з урахуванням конкретної ситуації кримінального провадження. Такими обставинами можуть бути:

- широкі міжнародні контакти (зв'язки) особи;
- наявність нерухомості, бізнесу, коштів за кордоном;
- заяви особи про те, що вона прагне виїхати на постійне місце проживання за кордон;
- наявність у особи кількох паспортів;
- наявність даних про те, що обвинувачений раніше ухилявся від розслідування і суду, тощо.

Ці обставини виходячи із ситуації провадження повинні виправдовувати висновок суду про наявність *постійної небезпеки* того, що обвинувачений переховуватиметься.

Крім того, суду мають бути надані докази того, що обвинувачений планує переховуватися від правосуддя. Однієї лише «інформації» про це недостатньо для взяття під варту. Так, у рішенні у справі «Aleksandr Makarov v. Russia» ЄСПЛ з'ясував, що Макарова було взято під варту на підставі інформації, наданої Томським обласним управлінням ФСБ, про те, що він планує переховуватися від правосуддя, наполягаючи, щоб родичі продали якесь майно та придбали валюту. Інформація ФСБ не підкріплювалася жодним доказом (копіями угод купівлі-продажу; державними актами, що свідчили про зміну власності; банківськими виписками, що підтверджують факт купівлі валюти, тощо). ЄСПЛ погодився з тим, що на самому початку продовження строку тримання заявника під вартою, можливо, і було виправдане на якийсь короткий період, аби органи обвинувачення мали час перевірити інформацію, здобуту службовими особами ФСБ, та надати докази, що її підтверджують. Однак зі плином часу сама лише наявність інформації, без будь-яких доказів на підтримку її правдивості, неодмінно ставала дедалі менш важливою. Зокрема, заявник постійно заперечував свою спроможність переховуватися, стверджуючи, що жодного майна не продано і ніякої валюти не придбано. А щоб підтвердити неможливість своєї втечі, він посилався на свій вік, стан здоров'я, нестачу дійсного закордонного паспорта чи медичної страховки і на той факт, що за межами Томської області в нього немає ані родичів, ані власності¹.

¹ У цьому рішенні ЄСПЛ звернув увагу РФ і на те, що суд застосував вибірковий і непослідовний підхід до оцінки запропонованих сторонами доводів щодо підстав для тримання заявника під вартою, сприймаючи інформацію службових осіб ФСБ некритично, не ставлячи під сумнів її вірогідність.

Поведінка співобинуваченого, що полягає у його переховуванні, не може бути вирішальним чинником для оцінки ризику переховування від правосуддя. У будь-якому разі суд повинен вказати на особисті обставини ув'язненого (риси особистості, поведінки до і під час провадження тощо).

Суд повинен зважати і на те, чи була можливість у обвинуваченого у зв'язку із здійсненням щодо нього процесуальних дій, зі змісту яких він міг зрозуміти, що щодо нього розпочалося кримінальне переслідування, втекти раніше. Якщо така можливість була, а обвинувачений нею не скористався, то ризик втечі на момент розгляду судом питання про взяття під варту зменшується.

Наявність у обвинуваченого кількох місць проживання саме по собі не створює небезпеки переховування від правосуддя («Aleksandr Makarov v. Russia»).

Ризик переховування від правосуддя не можна вимірювати тільки залежно від суворості можливого покарання. Його треба визначати з урахуванням ряду інших релевантних чинників, що можуть або підтвердити наявність небезпеки переховування від правосуддя, або зробити її настільки незначною, що вона не може слугувати виправданням для тримання під вартою («B. v. Switzerland»).

Б. Ризик перешкоджання здійсненню правосуддя

Ризик перешкоджання здійсненню правосуддя може полягати у вчиненні обвинуваченим самостійно або за змовою з ним іншими особами (родичами, знайомими тощо) незаконних дій, спрямованих на фальсифікацію або знищення доказів. Конкретно ці дії можуть дістати вияв у такому:

- тиск на свідків, потерпілих, інших обвинувачених, в тому числі на тих, що є його підлеглими, шляхом залякування, підкупу, шантажу;
- поведінка обвинуваченого, що свідчить про його намір фальсифікувати, викрасти, приховати або знищити документи чи речові докази.

Суд, вирішуючи питання про взяття обвинуваченого під варту, має також враховувати, що поступово, в міру того, як здійснюються допити свідків, вилучаються документи і предмети та провадяться інші процесуальні дії, ризик перешкоджання здійсненню правосуддя зменшується. Тому до уваги повинні братися факти негативної поведінки обвинуваченого в сукупності із наявними у нього реальними можливостями перешкоджати правосуддю на момент вирішення питання про взяття під варту і в майбутньому.

Суд не уповноважений керуватися припущеннями про те, що обвинувачений може бути схильним до перешкоджання розслідуванню чи судовому розгляду лише через те, що він не визнає свою вину в інкримінованих йому кримінальних правопорушеннях. Урахування цього припущення як підстави для позбавлення обвинуваченого волі свідчило б про явну зневагу до презумпції невинуватості.

Оцінюючи можливість обвинуваченого впливати на своїх підлеглих, які є свідками, потерпілими чи обвинуваченими у кримінальному провадженні, або використовуючи своє службове становище, фальсифікувати докази, слід зважати на те, що усунення його з посади значно зменшує такий ризик.

У рішенні суду про взяття обвинуваченого під варту не повинно бути голослівних посилань на які-небудь факти, що начебто свідчать про наявність ризику перешкоджання правосуддю. Так, якщо сторона обвинувачення надає інформацію про погрози обвинуваченого на адресу свідків, суд має допитати їх і навести у рішенні конкретні факти, що свідчили б про такі погрози. Суд також повинен надати обвинуваченому можливість спростувати інформацію щодо ризику перешкоджання ним правосуддю, наприклад допитавши свідків, яким начебто він погрожував, або отримавши копії їхніх скарг, заяв чи інформацію про порушення кримінального переслідування за фактами погроз чи іншого незаконного впливу.

В. Ризик вчинення нових кримінальних правопорушень

Ризик вчинення обвинуваченим нових кримінальних правопорушень є виправданим тоді, коли попередня поведінка дає підстави для очікувань, що він не має наміру зупинитися у своїх злочинних діях. Про це може свідчити, зокрема:

- попереднє засудження обвинуваченого за інші кримінальні правопорушення, особливо коли судимість ще не знята і не погашена;
- вчинення кримінального правопорушення (кримінальних правопорушень) під час здійснення провадження, у якому він має процесуальний статус обвинуваченого;
- особа перебуває на посаді, яка дозволяє їй далі вчиняти кримінальні правопорушення, тощо.

Суд повинен вивчати усі обставини, наведені сторонами на обґрунтування своєї позиції щодо взяття обвинуваченого під варту. Однак у будь-якому разі під час оцінки можливостей обвинуваченого, в аспекті небезпеки вчинення нових кримінальних правопорушень, посилання

на минуле особи не може бути достатнім для обґрунтування відмови у звільненні («Muller v. France»).

Посилання суду на те, що обвинувачений, який є службовою особою, буде далі вчиняти службові злочини, тоді як його усунули з посади, є неправильними.

Г. Загроза громадському порядку та захист утримуваного під вартою

Якщо ризики переховування, перешкоджання здійсненню правосуддя, вчинення нових кримінальних правопорушень виходять від обвинуваченого, то загроза громадському порядку може виходити від певної частини суспільства як суспільна реакція у зв'язку із резонансом, що є результатом вчинення кримінального правопорушення. Наслідком такої реакції може бути завдання шкоди обвинуваченому. Тому держави можуть передбачати загрозу громадському порядку і обумовлену нею потребу захисту обвинуваченого як підставу до його ув'язнення.

ЄСПЛ неодноразово зазначав («I.A. v. France»; «Aleksandr Makarov v. Russia»), що окремі злочини внаслідок їхньої особливої тяжкості й суспільної реакції на них можуть стати причиною таких порушень громадського порядку, яка може виправдовувати досудове тримання під вартою, принаймні протягом певного часу. Тож за виняткових обставин це міркування може бути враховане, в усякому разі тією мірою, якою внутрішнє право визнає поняття порушення громадського порядку, спричинене злочином.

Проте цю підставу можна вважати такою, що стосується справи, та достатньою лише за умови її підкріплення фактами, здатними довести, що звільнення обвинуваченого з-під варти справді спричинить порушення громадського порядку. Крім того, тримання під вартою буде й далі правомірним лише тоді, якщо загроза громадському порядку справді ще є, до того ж продовження його строку не можна застосовувати, передбачаючи постановлення вироку про позбавлення волі.

Потреба утримування обвинуваченого під вартою через його побоювання можливої помсти потерпілого чи його родичів також може бути підставою до ув'язнення. Але як загроза громадському порядку, так і потреба захисту обвинуваченого мають бути передбачені національним законодавством як підстави до утримання під вартою.

Для захисту обвинуваченого від різного роду загроз законом можуть передбачатися заходи забезпечення його безпеки, не пов'язані з ув'язненням.

Г. Інші обставини, що враховуються при вирішенні питання про взяття під варту

Вирішуючи питання про взяття обвинуваченого під варту, суду належить з'ясувати і врахувати інші обставини, які можуть знизити або зменшити ймовірність реалізації ризиків, розглянутих вище. Такими обставинами можуть бути:

- характер обвинуваченого, його моральні якості, його фінансовий стан;
- місце проживання і роботи (постійне чи непостійне);
- спосіб життя (усталений чи ні);
- наявність малолітніх дітей (тут навіть може мати значення, чи є обвинувачений їх батьком чи матір'ю, і якою є його роль у вихованні), хворих батьків;
- стан здоров'я обвинуваченого;
- соціальні зв'язки тощо.

Вимога щодо обґрунтованої підозри

Особу може бути затримано або взято під варту за наявності обґрунтованої підозри щодо вчинення нею правопорушення (п. «с» ч. 1 ст. 5 ЄКПЛ). Вимога щодо обґрунтованої підозри у сукупності з одним чи кількома із розглянутих вище ризиків може стати підставою для позбавлення особи волі до суду.

ЄСПЛ встановив два критерії визначення обґрунтованої підозри. Перший полягає у тому, що правопорушення, у якому підозрюється затриманий, повинно бути закріплене у кримінальному законі держави («*Wloch v. Poland*»). Другий стосується наявності фактів причетності особи до вчинення цього правопорушення («*John Murray v. the United Kingdom*»). Доведеність наявності обґрунтованої підозри у вчиненні злочину на момент вирішення питання про ув'язнення має відповідати стандарту «розумна підозра». Як відзначив ЄСПЛ, у п. «с» ч. 1 ст. 5 ЄКПЛ йдеться про розумну підозру, а не про щирю або сумлінну (*bona fide*) підозру («*O'Hara v. the United Kingdom*»).

Чим пізніше після початку розслідування сторона обвинувачення звертається до суду із клопотанням про взяття під варту обвинуваченого, тим суворішими стають вимоги до стандарту «розумна підозра».

Питання про те, що арешт або тримання під вартою до суду є виправданими тільки тоді, коли доведено факт вчинення та характер інкримінованих правопорушень, ставити не можна, оскільки це є завданням

попереднього розслідування, сприяти якому й має тримання під вартою («Ferrari-Bravo v. Italy»)¹.

Метою допитів під час тримання під вартою відповідно до п. «с» ч. 1 ст. 5 ЄКПЛ є сприяння кримінальному розслідуванню шляхом підтвердження чи спростовування конкретної підозри, яка слугувала причиною арешту. Тому факти, які є причиною виникнення підозри, не повинні бути такими самими переконливими як ті, що є необхідними для обґрунтування обвинувального вироку чи суто висунення обвинувачення, що здійснюється на наступній стадії процесу («Murray v. the United Kingdom»).

Наявність обґрунтованої підозри передбачає наявність фактів або інформації, які могли б переконати об'єктивного спостерігача в тому, що відповідна особа могла вчинити злочин, однак те, що можна вважати «обґрунтованим», залежить від усіх обставин справи («Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom»).

Хоча факти на момент вирішення питання про ув'язнення і не повинні бути переконливими настільки, щоб можна було визначити винуватість особи у вчиненні злочину, суд повинен оцінити докази, надані сторонами, на предмет їхньої допустимості, достовірності та належності і відкинути ті з них, що не відповідають цим критеріям. Особливо обережно слід ставитися до свідчень обвинуваченого щодо його причетності до вчинення злочину.

Обов'язок розгляду наявності потреби

Суди, кожного разу вирішуючи питання про ув'язнення особи, повинні розглядати наявність потреби у цьому. З цією метою вони повинні зважити на всі обставини, що свідчать «за» і «проти» наявності справжнього публічного інтересу, який, з урахуванням презумпції невинуватості, виправдовує відступ від принципу поваги до особистої свободи.

Переконавшись у наявності такої потреби, суд у відповідному рішенні повинен навести відповідні й достатні мотиви, які б виправдовували ув'язнення. Для цього він повинен не лише вказати на підстави (ризик), на яких наполягає сторона обвинувачення, а й навести конкретні обставини, що переконують у можливості реаліза-

¹ Про прецедентну практику ЄСПЛ щодо забезпечення права на свободу та особисту недоторканність див.: Пошва Б.М. Право на свободу та особисту недоторканність: прецедентна практика Європейського суду з прав людини і питання вдосконалення кримінального судочинства в Україні // Вісник Верховного Суду України. – 2011. – № 3. – С. 20–34.

ції обвинуваченим цих ризиків. При цьому суд має обґрунтувати своє рішення на підставі дослідження у суді наявності обґрунтованої підозри, ризиків (підстав) до ув'язнення та інших обставин, а не на основі даних, поданих обвинуваченням. Важливим також є наведення доводів на спростування аргументів сторони захисту, висловлених нею проти існування ризиків.

Обрання судом запобіжного заходу у вигляді взяття під варту і продовження строку тримання під вартою не можна застосовувати, передбачаючи постановлення вироку про позбавлення волі.

Недостатність посилання на тяжкість кримінального правопорушення та ймовірне покарання

Чим тяжчим є кримінальне правопорушення, у якому обвинувачують особу, тим більшим у неї може бути бажання уникнути покарання, а отже, і ухилитися від правосуддя. Тому під час вирішення питання про взяття її під варту питанню тяжкості злочину може надаватися надмірне значення. Суддя виходячи з психологічних чинників може віддавати перевагу саме тяжкості обвинувачення, порівняно із іншими обставинами, що повинні враховуватися під час вирішення такого питання.

ЄСПЛ неодноразово зазначав, що хоча суворість покарання є визначальним елементом під час оцінки ризику переховування від правосуддя чи вчинення нових злочинів, потребу подальшого позбавлення когось волі не можна оцінювати з винятково абстрактного погляду, беручи до уваги тільки тяжкість злочину («Mamedova v. Russia»).

Під час вирішення питання про утримання під вартою не повинна діяти презумпція, згідно з якою кожна особа, яку обвинувачено у вчиненні тяжкого злочину, може вдатися до втечі. ЄСПЛ не взяв до уваги аргументи, згідно з якими довгі строки позбавлення волі могли застосовуватись на основі такої презумпції, і в результаті було визнано порушення у справах «Yagciand Sargin v. Turkey» та «Mansur v. Turkey».

Якщо юридична оцінка фактів, на які спирається обвинувачення, – і, як наслідок, можливого покарання – визначається винятково стороною обвинувачення, суди повинні ще обережніше ставитися до оцінки тяжкості обвинувачення та її значення для питання про тримання під вартою або продовження тримання під вартою («Dolgova v. Russia»).

Застосування сили: надмірність і помірність

Для досягнення цілей досудового розслідування службовим особам, уповноваженим здійснювати затримання чи взяття під варту, надане право застосовувати силу.

Міжнародні стандарти обмежують застосування сили співробітниками органів правопорядку щодо арештованих. Вони уповноважені застосовувати силу лише у випадку крайньої необхідності і в найменшому ступені, виходячи з обставин. У всіх випадках службовці повинні діяти стримано і згідно з серйозністю ситуації та поставленими законними завданнями (ст. 3 Кодексу поведінки службовців органів правопорядку¹).

Застосування сили має бути помірним, тобто пропорційним поведінці особи під час її арешту. Якщо особа, яку арештовують, становить загрозу для себе чи когось іншого, то уповноважені особи повинні діяти так, щоб нейтралізувати загрозу, яка може бути потенційною чи реальною. Нейтралізація загрози може відбуватися шляхом усного попередження про можливість застосування сили, запобіжних дій, застосування фізичної сили, застосування спеціальних засобів (наручників, зв'язування тощо).

Помірність у застосуванні сили під час арешту полягає не лише у пропорційності загрози з боку особи і сили з боку службовця, а й у тому, щоб особа не була приниженою в результаті відповідних дій. Дії з арешту особи не повинні становити собою нелюдське поводження. У будь-якому разі дії співробітників органів правопорядку не повинні перевищувати мінімального рівня жорстокості, визначеного ст. 3 ЄКПЛ.

Про існування загрози завдання шкоди здоров'ю чи життю затримуваним самому собі чи іншим особам може свідчити те, що він раніше під час затримання завдавав такої шкоди, виявляв насильство щодо інших, має при собі зброю, намагається чинити опір арештові або втекти, знищити докази тощо.

ЄСПЛ у справі «Erdogan Yağiz v. Turkey» констатував, що вдягання наручників за відсутності зазначених вище загроз було неправомірним. Крім того, ЄСПЛ у цій справі відзначив, що не було необхідності показувати затриманого, закутого в наручники, під час його арешту. Адже в специфічному контексті цієї справи виставлення заявника на публічний огляд у наручниках мало на меті викликати у нього почуття страху,

¹ Кодекс поведінки службовців органів правопорядку, затверджений резолюцією Генеральної Асамблеї ООН № 34/169 від 17 грудня 1979 р. / В кн.: Статус поліції: міжнародні стандарти і зарубіжне законодавство / За заг. ред. О.А. Банчука. – К.: Москаленко О.М., 2013. – С. 8–11.

тривоги та неповноцінності, що могло ображати його, принижувати його гідність та, цілком можливо, зламати його моральний опір.

Навіть у тих випадках, коли під час арешту відбуваються сутички, правило про пропорційність (помірність) застосування сили все одно діє. Не можна виправдовувати завдання тілесних ушкоджень затримуваному лише тим, що він ініціював сутичку. Приміром, у справі «Dalan v. Turkey» ЄСПЛ визнав надмірним застосування сили в ситуації, коли виникла сутичка між трьома затримуваними жінками і вісьмома поліцейськими-чоловіками, у якій вони завдали тілесні ушкодження одній із жінок. Так само ЄСПЛ оцінив дії трьох поліцейських у ситуації, коли затримувана жінка дала ляпасу одному із них і отримала у відповідь удари («Fahriye Çalıŝkan v. Turkey»).

Стаття 2 ЄКПЛ гарантує кожному право на життя. Однак позбавлення життя не розглядається як таке, що вчинене на порушення цієї статті, якщо воно є наслідком винятково необхідного застосування сили. ЄКПЛ визнає зокрема здійснення законного арешту законною підставою позбавлення життя особи. Але й ця підстава має застосовуватися виходячи із конкретних обставин арешту. Не завжди ризик втечі затримуваного може виправдовувати застосування сили з потенційно смертельними наслідками. ЄСПЛ наголосив, що застосування такої сили не можна визнати як «абсолютно необхідне», коли відомо, що особа, яка підлягає арешту, жодним чином не загрожує життю чи здоров'ю і не підозрюється у вчиненні насильницького злочину¹ («Nachova and others v. Bulgaria»).

Навмисне використання співробітниками органів правопорядку вогнепальної зброї з летальними наслідками є допустимим лише як неминучий захід для захисту життя людей (п. 9 Основоволожних принципів застосування сили та вогнепальної зброї службовцями органів правопорядку²).

¹ ЄСПЛ акцентує увагу на насильницькому злочині, оскільки п. «а» ч. 2 ст. 3 ЄКПЛ допускає можливість позбавлення життя людини для захисту її від незаконного насильства. Однак і тут має йтися про пропорційність застосування сили з потенційно смертельними наслідками.

² Основоволожні принципи застосування сили та вогнепальної зброї службовцями органів правопорядку, прийняті Восьмим Конгресом ООН з попередження злочинності та поводження з порушниками 27 серпня–7 вересня 1990 р. / В кн.: Статус поліції: міжнародні стандарти і зарубіжне законодавство / За заг. ред. О.А. Банчука. – К.: Москаленко О.М., 2013. – С. 12–15.

Значення терміна «суддя»

Кожен, кого затримано чи заарештовано, має негайно постати перед суддею чи іншою службовою особою, якій закон надає право здійснювати судову владу (ч. 3 ст. 5 ЄКПЛ).

Кожна держава передбачає в своєму національному законодавстві норми, в яких визначаються службові особи, уповноважені віддавати накази про позбавлення волі (ч. 1 ст. 12 Декларації про захист від зникнення).

Отже, «суддею» є не лише та особа, яка перебуває на відповідній посаді у судовій гілці влади, а й інша службова особа, яка наділена суддівськими повноваженнями. Ця особа має бути повністю незалежною від сторін. Вона також має відповідати критеріям незалежності, викладеним у Основних принципах незалежності судових органів, у тому числі бути незалежною від виконавчої гілки влади. Тобто «службова особа» має відповідати певним умовам, що забезпечують затриманій особі захист від довільного і необґрунтованого позбавлення волі. У зв'язку з цим істотними є формальні ознаки об'єктивності на момент прийняття рішення про затримання: якщо на той час видається, що «службова особа» може згодом долучитися до подальшого кримінального переслідування від імені органу обвинувачення, то незалежність і безсторонність такої особи можуть сприйматися як такі, що викликають сумнів («Nikolova v. Bulgaria»).

ЄСПЛ також постановив, що дорадча комісія, яка не мала повноважень для прийняття рішень, але надавала необов'язкові для виконання рекомендації міністру внутрішніх справ, не була «судом» у розумінні ч. 4 ст. 5 ЄКПЛ. Рекомендації комісії мали закритий характер, і ув'язнений не мав права на те, щоб його інтереси були представлені адвокатом у цій комісії («Chahal v. the United Kingdom»).

Право ув'язненого на зв'язок із зовнішнім світом

Особи, затримані чи взяті під варту, крім права на доступ до судді, мають право на доступ до членів сім'ї, адвоката, лікаря, а якщо ув'язнений є іноземцем – до співробітника консульства або компетентної міжнародної організації. Ці права ув'язненого є гарантією від незаконного поводження з ним.

Для забезпечення доступу ув'язнених до зовнішнього світу вони повинні утримуватися у офіційно визнаному місці ув'язнення, що знаходиться, за можливістю, недалеко від місця їхнього проживання (принципи 11 (2) і 20 Зводу принципів щодо затримань, ст. 10 Декларації про захист від зникнення).

А. Право на спілкування і відвідування

Право на спілкування і відвідування є однією із основоположних гарантій проти таких порушень прав людини, як катування і «зникнення».

Хоча ув'язнені і обмежуються у багатьох правах (право на невтручання у приватне життя, право на свободу), вони не можуть бути обмежені у праві на спілкування і відвідування. Ув'язнені перебувають під контролем державних органів. Держава, тимчасово позбавляючи особу волі, повинна взяти на себе відповідальність за перебування особи в місцях попереднього (досудового) ув'язнення і забезпечення дотримання її прав. Ув'язнені не повинні піддаватися обмеженням і утискам, крім тих, що є результатом позбавлення волі (Коментарі КПЛ 21, § 3).

Ув'язненим має бути дозволено спілкування із зовнішнім світом з урахуванням обґрунтованих умов та обмежень (принцип 19 Зводу принципів щодо затримань).

Право на спілкування (відвідування) мають усі ув'язнені, незалежно від характеру кримінальних правопорушень, у вчиненні яких їх обвинувачують.

Необґрунтовані обмеження права ув'язнених на спілкування із сім'єю шляхом дозволів лише на рідкі, короточасні відвідування та переведення арештованих у віддалені місця ув'язнення по суті є незаконними санкціями щодо арештованих та їхніх членів сім'ї, друзів.

Міжнародні норми не встановлюють обов'язкового правила щодо заборони ув'язнення без права спілкування із зовнішнім світом¹. Але така заборона може мати місце лише у виняткових випадках і на нетривалий проміжок часу.

Тривале ув'язнення без права спілкування може створювати умови для застосування катування і саме по собі є формою жорстокого, нелюдського і принизливого поведіння (Резолюція ООН 1997/38, § 20). Спеціальний доповідач ООН з питань застосування катування закликав до повної відмови від такого різновиду ув'язнення, вважаючи, що «катування найчастіше застосовують під час ув'язнення без права спілкування. Воно має бути визнане незаконним, а особи, які перебувають у такому ув'язненні, повинні бути негайно звільнені» (Доповідь спеціального доповідача ООН з питань застосування катувань, UNDoc. E/CN.4/1995/434, § 926 (d)).

¹ «Ув'язнення без права спілкування» не є рівноцінним «одиначному ув'язненню», коли ув'язнений позбавлений права на спілкування навіть з іншими ув'язненими.

КПЛ встановив, що «ув'язнення без права спілкування створює умови для застосування катувань, ... і тому цієї практики треба уникати», а також що «треба вжити термінових заходів для обмеження ув'язнення без права спілкування». Ці заяви пов'язані із вивченням КПЛ перуанських законів, що передбачають ув'язнення без права спілкування строком до 15 днів на розсуд поліції для допиту підозрюваних у вчиненні терористичних актів (Попередні висновки КПЛ: Перу, UNDoc. CCPR/C/79/Add.67, § 18 і § 24, 25 липня 1996 р.).

ЄСПЛ у рішенні у справі «Sadak v. Turkey» допускає, що надміру тривалі (йшлося про одинадцять днів) затримання в умовах цілковитої ізоляції, яке здійснюється в надзвичайно складних для затриманих умовах, становить поводження, яке суперечить ст. 3 «Заборона катування» ЄКПЛ.

Б. Право на повідомлення сім'ї про затримання чи взяття під варту і про місце ув'язнення

Кожного затриманого або взятого під варту, має право повідомити сім'ю і друзів про себе особисто або через владні інституції. Інформація повинна містити дані про факт ув'язнення і про місце утримання під вартою. Якщо особу переводять в інше місце ув'язнення, то члени його сім'ї й близькі повинні ставитися про це довідома (принцип 16 (1) Зводу принципів щодо затримань; ст. 10 (2) Декларації про захист від зникнення). Інформацію має бути передано негайно. Попри те, що у виняткових випадках повідомлення може бути відкладене в інтересах здійснення правосуддя (тобто у виняткових інтересах слідства), відтермінування не повинно перевищувати кількох днів (принципи 16 (1), (4) і 15 Зводу принципів щодо затримань).

В. Право на доступ до медичної допомоги¹

КПЛ заявив, що захист арештованих передбачає, що кожний із них повинен мати негайний і регулярний доступ до лікаря (Загальні коментарі КПЛ 20, § 11). Право арештованих на медичну допомогу поширює-

¹ Тлумачення терміна «медична допомога» див. у Рішенні КСУ від 25 листопада 1998 р. № 15-рп/98 у справі за конституційним поданням 66 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження переліку платних послуг, які надаються в державних закладах охорони здоров'я та вищих медичних закладах освіти» (справа про платні медичні послуги) // Офіційний вісник України. – 1998. – № 50. – С. 119.

ється і на допомогу дантиста та психіатра для встановлення діагнозу і, у необхідних випадках, на здійснення лікування.

Кваліфікована медична допомога повинна надаватися ув'язненим державою, оскільки вони не взмозі її одержати самостійно. Їм має бути забезпечений доступ до медичного обслуговування без жодної дискримінації через їх юридичний статус (принцип 24 Зводу принципів щодо затримань).

Право на доступ до медичної допомоги є не лише гарантією проти катувань, а й однією зі складових права на повагу до особистості.

Г. Право іноземних громадян на спілкування

Іноземним громадянам, які перебувають у попередньому ув'язненні, мають бути надані усі необхідні умови для зв'язку з представниками своїх урядів і їх відвідування. Якщо вони є біженцями або перебувають під захистом міжурядових організацій, вони мають право на спілкування з представниками компетентних міжнародних організацій (ст. 36 Віденської конвенції про консульські зносини).

Момент доступу затриманого (арештованого) до захисника

Незалежно від будь-яких обставин затриманий має право на доступ до адвоката (принцип 18 (1) Зводу принципів щодо затримань, принципи 1 і 7 Основних принципів, що стосуються ролі адвокатів). Доступ до адвоката для затриманого є суттєвою гарантією проти катувань, неналежного поводження, вимушеного визнання винуватості та інших зловживань (Загальні коментарі КПЛ 20, § 11). Зважаючи на таке значення доступу до адвоката міжнародні правові акти передбачають негайний доступ до затриманої чи заарештованої особи (принцип 7 Основних принципів, що стосуються ролі адвокатів).

Доступ до адвоката може бути обмежений чи зупинений лише у виняткових випадках, передбачених законом або нормативно-правовими актами, коли судова чи інша влада вважає це за необхідне для дотримання безпеки і порядку (принцип 18 (3) Зводу принципів щодо затримань, п. «b» ч. 3 ст. 14 МПГПП). Але навіть за цих виняткових обставин доступ до адвоката не може бути обмежений надовго. Спеціальний доповідач ООН з питань застосування катувань вважає, що закон повинен гарантувати надання ув'язненим доступу до адвоката у межах 24 годин арешту (доповідь спеціального доповідача ООН з питань застосування катувань, UNDoc. E/CN.4/1995/434, § 926 (d)).

Міжнародні правові акти встановлюють різні формалізовані строки доступу затриманого до адвоката, дотримання яких слід вважати негайним доступом залежно від ситуації кримінального провадження. Так, принцип 7 Основних принципів, що стосуються ролі адвокатів, встановлює, що негайність «вимірюється» строком у 48 годин з моменту затримання чи арешту. Водночас ЄСПЛ визнав, що 48 годин є строком, який порушує п. «с» ч. 3 ст. 6 ЄКПЛ («John Murray v. the United Kingdom»).

Принцип 15 Зводу принципів щодо затримань проголошує, що затриманим не може бути відмовлено у допуску до адвоката за жодних обставин більше, ніж «на кілька днів».

Неоднозначність підходу, застосованого у наведених міжнародних актах до врегулювання строку, протягом якого затриманий має отримати доступ до адвоката, можна розцінити як неможливість встановити для цього конкретний формалізований строк. Фактичний строк доступу до адвоката має бути адекватним ситуації затримання і обставинам кримінального провадження.

Строк тримання під вартою

А. Потреба контролю строку

Кожна людина, яка перебуває під арештом у зв'язку з обвинуваченням у кримінальному правопорушенні, має право на судовий розгляд протягом розумного строку (ч. 3 ст. 9 МПГПП, ч. 3 ст. 5 ЄКПЛ). Строк утримання особи під вартою повинен залежати від наявності на певний момент кримінального провадження ризиків, що стали підставою для взяття під варту. Цей строк не повинен залежати від строку покарання у вигляді позбавлення волі, передбаченого санкцією статті, за якою обвинувачується особа.

Кримінальні справи, у яких обвинувачений перебуває під вартою, повинні бути розглянуті судом першочергово. ЄСПЛ наголосив, що справа обвинуваченого, якого заарештовано, має пріоритет порівняно зі справами обвинувачених, які перебувають на волі («Wemhoff v. Germany»).

На всіх етапах кримінального провадження строк тримання особи під вартою повинен перебувати під контролем суду на предмет його «розумності». Чим більшим є строк ув'язнення особи, тим більше уваги повинен приділяти суд цьому питанню. У справі «Mamedova v. Russia» ЄСПЛ визнав порушення права ув'язненої особи на розумний строк розгляду справи судом у зв'язку з тим, що на жодному етапі судового розгляду національні органи влади не розглядали питання про

тримання заявниці під вартою більше «розумного строку». Після того, як заявниця провела в ув'язненні багато місяців, такому аналізу в рішеннях національних судів мало б відводитися особливе місце, однак критерій «розумності строку» застосовано так ніколи і не було.

Б. Визначення строку тримання під вартою

Строк тримання під вартою особи, яка очікує вирішення судом обвинувачення проти неї, визначається періодом часу між моментами її фактичного затримання і звільнення з-під варти чи засудження до позбавлення волі. При цьому в разі постановлення щодо ув'язненого обвинувального вироку строк перебування під вартою зараховується до строку його покарання¹.

Якщо обвинувачений раніше у тому самому кримінальному провадженні перебував під вартою, то час цього перебування повинен обов'язково враховуватися у разі його нового арешту.

До моменту набрання законної сили обвинувальним вироком особа може перебувати під вартою і далі. Постановляючи такий вирок, суд повинен у ньому про це зазначити. Згідно із національним законодавством засуджений після постановлення обвинувального вироку (до набрання ним законної сили або закінчення апеляційного провадження, якщо воно мало місце) може вважатися таким, що перебуває у попередньому ув'язненні. Але для цілей ЄКПЛ тримання під вартою у такому випадку належить до сфери дії п. «а» ч. 1 ст. 5, що дозволяє законне ув'язнення особи, засудженої компетентним судом («M. v. Germany»).

Про критерії визначення «розумності» процесуального строку див. підрозділ 3.9 цього посібника. Вони є застосовними і щодо строку тримання особи під вартою.

ЄСПЛ визнавав строк попереднього ув'язнення «розумним» у таких випадках:

– здійснення розслідування з необхідною швидкістю, навіть якщо повільний хід розслідування обґрунтовувався відмовою обвинуваченого від надання свідчень («W. v. Switzerland»);

– особлива ретельність органів досудового розслідування («Vander Tang v. Spain»);

¹ У окремих правових системах це питання віддане законодавством на розсуд суду. Так, у кримінальній справі колишнього Прем'єр-міністра України П. Лазаренка федеральний суддя у США не зарахував строк арешту до строку позбавлення волі.

- складність розслідування справ проти мафії («*Contrada v. Italy*»);
- складність розслідування справ проти міжнародного тероризму («*Chraidi v. Germany*»).

Констатація ЄСПЛ нерозумності строків попереднього ув'язнення мала місце у таких випадках:

– послідовна заміна першого судді через рік після початку розслідування, а інших двох після того, як воно вже тривало два роки, за відсутності жодних клопотань з боку обвинуваченого, який від початку розслідування визнавав свою винуватість у вчиненні кримінальних правопорушень («*Muller v. France*»);

– обвинувачення проти особи спиралися на докази, які з часом ставали все менш переконливими («*Labita v. Italy*»);

– невиявлення ознак «особливої ретельності» («*Punzelt v. the Czech Republic*»).

Звичайно, зазначені випадки не вичерпують усіх підстав (критеріїв) визнання строків попереднього ув'язнення розумними чи нерозумними. У будь-якому разі судді повинні керуватися критеріями розумності цих строків з урахуванням підстав тримання особи під вартою.

В. Звільнення після закінчення строку тримання під вартою

Після закінчення строку попереднього ув'язнення особа повинна бути негайно звільнена. Такі правила містить законодавство багатьох держав. Однак «негайність» звільнення не означає, що особа негайно зможе залишити місце попереднього ув'язнення. Звільнена з-під варти особа повинна «пройти» через певні формальні адміністративні процедури, пов'язані з її звільненням. Вона уже не вважається ув'язненою, але потрібен певний час на те, щоб доставити особу до місця ув'язнення, повернути їй речі, вилучені під час ув'язнення, розібратися з рахунками, зробити запис про її адресу для повідомлень тощо. Зазначені процедури не є процесуальними, але у зв'язку з їх здійсненням особа повинна залишатися у місці ув'язнення протягом певного часу.

ЄСПЛ не визнав порушення ЄКПЛ у справі «*Giulia Manzoni v. Italy*», де звільнена з-під варти скаржилася на те, що її утримували під вартою ще протягом семи годин між закінченням судового процесу в окружному суді Рима (11:45) і її звільненням з в'язниці (18:45). ЄСПЛ визначив, що спірний період був цілком нормальним, якщо врахувати, що її доставили у в'язницю (іхати приблизно годину від суду) близько 13:30, і що там персонал закладу вручив їй протокол слухання (о 15:10), повідомив поліцію, що її незабаром буде випущено

і чекав підтвердження того, що немає жодних заперечень, повернувшись до особисті речі, розібрався з рахунками і о 18:30 зробив запис про її адресу для повідомлень. На всі ці дії пішов деякий час.

ЄСПЛ також зазначив, що за загальним визнанням, адміністративні формальності можна було б здійснити швидше, але це не дає підстав для висновку про порушення ЄКПЛ. Певні затримки у виконанні рішень про звільнення осіб з-під варти часто неминучі, хоча їх належить зводити до мінімуму.

Крім того, про адміністративні процедури, до яких вдаються уповноважені працівники в'язниці, повинен надаватися погодинний звіт. Відсутність такого звіту в справі «Değeri and others v. Turkey» стала підставою для висновку ЄСПЛ про те, що виконання розпорядження лише наступного дня без погодинного звіту про формальні процедури є порушенням ч. 1 ст. 5 ЄКПЛ.

Перевірка правомірності тримання під вартою

А. Доступність перевірки

Кожен, кого позбавлено волі внаслідок арешту або тримання під вартою, має право ініціювати провадження, під час якого суд без зволікання встановлює законність затримання і приймає рішення про звільнення, якщо затримання є незаконним (ч. 4 ст. 5 ЄКПЛ). Для реалізації цього права ув'язненому повинна забезпечуватися доступність до суду, який би перевіряв законність тримання під вартою.

Доступність до суду має три виміри:

– доступність за місцем утримання під вартою (доступність «у просторі»);

– доступність за часом ініціювання перевірки щодо законності ув'язнення (доступність «у часі»);

– доступність «за колом осіб», причетних до такої перевірки.

1. ***Доступність «у просторі».*** Ув'язнений має право подавати клопотання про перевірку законності тримання під вартою і про звільнення з-під варти, незалежно від того, співпадає територіальна юрисдикція адміністрації в'язниці і суду чи ні. Особливо це стосується держав, що мають федеральний устрій. Так, ЄСПЛ встановив порушення ч. 4 ст. 5 ЄКПЛ у справі «R. M. D. v. Switzerland», вважаючи, що ув'язнений міг подавати клопотання про звільнення в кожному кантоні (суб'єкті Швейцарської Конфедерації). Якщо б його тримали під вартою тільки в одному кантоні, то процедура, безсумнівно, відповідала б вимогам ч. 4 ст. 5 ЄКПЛ. Проблема полягала не в тому, що в кожному з кантонів

бракувало засобів юридичного захисту, а в тому, що вони виявилися неефективними в тій конкретній ситуації, в якій опинився ув'язнений. Оскільки його раз у раз переводили з одного кантону до іншого, він не міг, з огляду на межі юрисдикції кантональних судів, отримати судові рішення щодо його тримання під вартою, право на що йому надавалося ч. 4 ст. 5 ЄКПЛ¹. Однак ЄСПЛ вважає, що ці обставини не можуть виправдати позбавлення ув'язненого його прав. У такому разі державі належить організувати свою судову систему так, щоб дати судам можливість дотримуватися вимог цієї статті.

2. *Доступність «у часі»*. Ув'язнений має право доступу до суду протягом усього строку тримання під вартою і навіть після закінчення цього строку. Суд не може ігнорувати клопотання, в якому ув'язнений ініціює питання про законність тримання під вартою, якщо його було подано до звільнення особи чи призначення їй покарання у вигляді позбавлення волі, й воно не було розглянуте на момент закінчення строку попереднього ув'язнення. Суд повинен розглянути таке клопотання «без зволікання» і прийняти рішення про законність чи незаконність утримання під вартою. Постановлення судом обвинувального вироку з призначенням покарання у вигляді позбавлення волі не є судовим контролем за законністю тримання під вартою у сенсі ч. 4 ст. 5 ЄКПЛ. Адже вирок може переглядатися вищестоящими судами і набрати законної сили лише через тривалий час.

ЄСПЛ визнав порушення вимог ЄКПЛ у ситуації, коли суд першої інстанції засудив ув'язненого за вчинення двох кримінальних правопорушень і призначив йому покарання у вигляді позбавлення волі на певний строк. Проте суд не прийняв рішення щодо клопотання про звільнення з-під варти, яке ув'язнений подав ще до постановлення вироку. Через відсутність будь-якого рішення щодо цього клопотання особу й далі тримали в попередньому ув'язненні – формально на підставі рішення, прийнятого з іншої нагоди ще до постановлення вироку суду. ЄСПЛ відзначив, що судовий контроль був виконаний у формі вироку суду з моменту його постановлення 24 лютого 1997 р. Такий контроль набув дієвості тільки 2 липня 1997 р., коли вищий суд відхилив апеляцію ув'язненого, а вирок суду став остаточним («König v. Slovakia»).

¹ Така ситуація пояснювалася устроєм Швейцарської Конфедерації, в якій кожен кантон мав до 2007 р. свій власний кримінальний процесуальний закон.

3. *Доступність «за колом осіб».* Ув'язнений має право доступу до суду (судді). Ув'язнений через своє становище об'єктивно не має прямого доступу до судді. Тому між суддею і ув'язненим, який подає відповідне клопотання, завжди є посередники: представники адміністрації місця попереднього ув'язнення (найчастіше), слідчий, публічний обвинувач. Від них значною мірою залежить, наскільки ефективно і вчасно буде реалізоване право ув'язненого на ініціювання перед судом питання про розгляд законності тримання його під вартою. У національному законодавстві встановлюється обов'язок зазначених осіб сприяти тому, щоб клопотання, скарги ув'язнених вчасно потрапляли до адресата (суду).

Важливу роль у встановленні контакту ув'язненого з судом відіграє захисник (адвокат), який надає допомогу в обґрунтуванні клопотання і направленні його до суду. Перешкоджання адвокатів з боку слідчого, публічного обвинувача, адміністрації місця попереднього ув'язнення у залученні до справи є безумовним порушенням вимог ч. 4 ст. 5 ЄКПЛ, що констатовано ЄСПЛ у справі «Öcalan v. Turkey».

Б. Невідкладність перевірки

Перевірка судом законності тримання під вартою повинна відбуватися «без зволікання» (ч. 4 ст. 5 ЄКПЛ), тобто невідкладно. Проте перевірка потребує певного часу, адже суд повинен з'ясувати законність і обґрунтованість підстав тримання під вартою, стан здоров'я ув'язненого та інші обставини. Наприклад, для перевірки стану здоров'я особи може бути необхідним отримання висновку лікаря.

Вимога щодо невідкладності не буде порушена у тому випадку, коли суд здійснював перевірку законності «особливо ретельно». У справі «Baranowski v. Poland» ЄСПЛ погодився з тим, що складність медичних проблем, які фігурують в процесі розгляду клопотання про звільнення з-під варті, може бути тим чинником, який можна брати до уваги при з'ясуванні того, чи було дотримано передбачену вимогу щодо «невідкладності». Однак це не означає, що складність амбулаторних записів – навіть виняткового характеру – звільняє національні органи влади від виконання їхніх основних обов'язків за цією нормою.

Водночас ЄСПЛ зауважив, що досить тривалі проміжки часу між відповідними ухвалами, які пояснюються збиранням доказів, не свідчать про «особливу ретельність» при проведенні судового провадження.

В. Обсяг перевірки

Суд, перевіряючи на підставі клопотання ув'язненого законність тримання його під вартою, повинен перевірити кожен аргумент, зазначений у клопотанні, й надати щодо нього судження у своєму рішенні.

Хоча ч. 4 ст. 5 ЄКПЛ не зобов'язує суддю, який розглядає скаргу на тримання під вартою, досліджувати кожен аргумент, що міститься у клопотаннях, проте передбачені нею гарантії втратили б свою суть, якщо б суддя, спираючись на норми національної практики і права, міг тлумачити як такі, що не мають значення для справи, чи нехтувати конкретними фактами, на які вказує утримувана під вартою особа і які можуть поставити під сумнів наявність неодмінних умов, за яких позбавлення волі буде «законним» за змістом ЄКПЛ («Nikolova v. Bulgaria»).

Г. Періодичність перевірок

Ризики, що є підставою для взяття особи під варту, з часом можуть змінюватися або взагалі зникати. Тому законодавством повинен бути передбачений періодичний перегляд рішення суду про взяття під варту. Вимога щодо періодичності поширюється на увесь період попереднього ув'язнення.

Перегляд може бути (1) автоматичним і (2) за клопотанням ув'язненого про звільнення. Зазначені різновиди перегляду не виключають один одного.

1. Автоматичний перегляд здійснюється через певні проміжки часу, визначені законом, у формі вирішення питання про продовження тримання під вартою. Згідно з принципом 39 Зводу принципів щодо затримань, якщо людина перебуває в ув'язненні, влада повинна тримати під контролем необхідність продовження такого ув'язнення.

2. Перегляд рішення про взяття під варту за клопотанням про звільнення (за скаргою на незаконність ув'язнення) не передбачає встановлення у законі будь-яких строків, протягом яких таке клопотання може бути подане. Немає обмежень і у кількості клопотань ув'язненого з одного й того самого питання.

Законом можуть бути встановлені певні проміжки часу, протягом яких мають відбуватися автоматичні перегляди, або строки реалізації ув'язненим права на ініціювання перегляду за клопотанням. У справі «Winterwerp v. the Netherlands» ЄСПЛ відзначив, що особа, яку було позбавлено волі, повинна мати право через деякий час «подавати скаргу» з вимогою перегляду законності позбавлення волі. Ці проміжки часу мають бути «розумними».

У справі «Bezicheri v. Italy» ЄСПЛ роз'яснив, що інтервали часу для перегляду рішень про продовження терміну попереднього ув'язнення мають бути відносно короткими, тоді як інтервали часу для утримання в психіатричних лікарнях можуть бути довшими, якщо це не порушує ЄКПЛ. У цій справі інтервал у п'ять з половиною місяців для перегляду другого подання про звільнення з-під арешту був визнаний занадто довгим.

Періодичний контроль суду повинен здійснюватися з дотриманням як матеріально-правових, так і процесуальних норм законодавства («Herczegfalvy v. Austria»). Це означає, що предметом перегляду можуть бути як матеріально-правові аспекти тримання під вартою (обґрунтованість підозри у вчиненні кримінального правопорушення), так і процесуальні – зміна обставин, які були взяті до уваги під час взяття під варту, або поява нових обставин. Суд повинен розглянути усі підстави, які існували на момент взяття під варту, і ті, що виникли пізніше. Зміна тих підстав, що існували, і поява нових може мати наслідком зміну первинного рішення про взяття під варту.

У рішеннях суду про продовження тримання під вартою і про відмову в задоволенні клопотання ув'язненого про звільнення має бути мотивування, яке б відображало зміну підозри (обвинувачення) чи ризиків, що стали підставою для взяття під варту. В іншому разі подальше тримання особи під вартою суперечитиме ст. 5 ЄКПЛ. Так, у справі «Вуков v. Russia» ЄСПЛ зауважив, що мотивування судів з плином часу не знало жодної еволюції, яка б відображала зміну ситуації та наслідки перевірки того, чи ці підстави залишалися в силі на пізнішій стадії судового розгляду.

Г. Доступ до матеріалів справи

Значення доступу сторони захисту до матеріалів справи як передумови ефективного захисту від обвинувачення викладене у підрозділі 4.6 цього посібника.

Доступ до матеріалів справи у контексті тримання особи під вартою передбачає наявність у особи, щодо якої вирішується питання про взяття під варту або про продовження тримання під вартою, таких прав:

- бути повідомленою щодо клопотання сторони обвинувачення про тримання під вартою;
- ознайомитися із матеріалами кримінального провадження, якими обґрунтовується перебування під вартою;
- бути присутньою під час судового засідання щодо вирішення питання про продовження тримання під вартою;

– ознайомитися із аргументами сторони обвинувачення і відповіді на них;

– оскаржити матеріали провадження та аргументи сторони обвинувачення.

Наявність зазначених прав в ув'язненої особи обумовлюється дією засади змагальності кримінального провадження на етапі вирішення питання про взяття під варту та продовження його строків.

Навіть у тих випадках, коли національне законодавство не передбачає таких прав ув'язненого, позбавлення його доступу до матеріалів справи є порушенням ч. 4 ст. 5 ЄКПЛ («Niedbala v. Poland», «Ilijkov v. Bulgaria»).

ЄСПЛ зазначив, що через визначну роль позбавлення волі для фундаментальних прав певної особи провадження відповідно до ч. 4 ст. 5 ЄКПЛ загалом також має відповідати – наскільки це можливо за обставин незакінченого розслідування – основним вимогам справедливого судового розгляду.

Хоча національне законодавство може втілювати ці вимоги різним чином, будь-який з обраних методів має забезпечувати, щоб інша сторона знала, які відомості отримані, й мала можливість їх спростовувати («Garcia Alva v. Germany»).

Д. Достатня можливість для підготовки до слухань

Ув'язнений і його адвокат повинні мати достатню можливість для підготовки до судового слухання щодо тримання під вартою. Для забезпечення такої можливості сторона обвинувачення повинна завчасно повідомити їх не лише про свій намір звернутися до суду із відповідним клопотанням, а й надати змогу ознайомитися із матеріалами провадження, які будуть надані в суді на обґрунтування клопотання.

Вручення повісток про судові засідання має бути завчасним, таким, щоб адвокати особи могли прибути до суду до моменту початку судового розгляду. ЄСПЛ у справі «Samoilăand Cionca v. Romania» визнав порушення ч. 4 ст. 5 ЄКПЛ у зв'язку з тим, що чотири з семи повісток були вручені адвокатам напередодні або навіть того дня, коли відбувались слухання. За цих обставин та з урахуванням того факту, що відстань між містами Орадеа та Бухарест становить приблизно 600 кілометрів, ЄСПЛ зробив висновок про те, що можливість для адвокатів своєчасно прибути на ці засідання практично дорівнювала нулю. У зв'язку з цим вони були позбавлені можливості належним чином заперечувати доводи, що їх висунула служба обвинувачення на виправдання позбавлення волі їх клієнта.

Е. Відсутність вимоги про слухання у відкритому засіданні

Слухання у суді питання про обґрунтованість тримання під вартою суттєво відрізняється від тих слухань, метою яких є встановлення обґрунтованості обвинувачення. Зважаючи на вимогу щодо невідкладності вирішення питання про тримання особи під вартою, судові процедури повинні бути швидшими і гнучкішими. Вимога щодо відкритого судового засідання може стати на заваді невідкладності вирішення зазначеного питання, що для ув'язненого може мати суттєве значення.

Для забезпечення громадськості дієвої можливості бути присутньою на слуханні у в'язниці або для конвоювання затриманих до приміщення суду з метою проведення відкритого розгляду можуть знадобитися заходи, які йдуть усупереч вимозі щодо невідкладності. Це тим більш стосується випадків, коли перегляд слід здійснювати неодноразово і часто. Тому на практиці розгляд питання про попереднє ув'язнення досить часто здійснюється у СІЗО. Як зазначив ЄСПЛ у справі «Reinprecht v. Austria», хоча ч. 4 ст. 5 ЄКПЛ і вимагає провадити слухання для розгляду питання про законність попереднього ув'язнення, але не ставить вимоги, щоб такий розгляд зазвичай був публічним. Це цілком допускає можливість того, що за певних обставин потрібно провадити публічне слухання.

Запобіжні заходи, що є альтернативними взяттю під варту Презумпція звільнення до суду

Згідно з правом кожної людини на свободу існує презумпція, що особи, обвинувачувані у вчиненні кримінального правопорушення, не повинні перебувати в ув'язненні до суду.

Вважаючись невинуватою доти, доки не доведена її вина, жодна особа, обвинувачувана у вчиненні кримінального правопорушення, не може бути взята під варту до суду, якщо тільки обставини справи не роблять це вкрай необхідним. Тому взяття під варту до суду повинно розглядатися як винятковий захід, і він ніколи не повинен бути обов'язковим і використовуватися для цілей покарання (п. 1 Рекомендації R (80) 11 КМ РЄ щодо досудового ув'язнення¹).

Тривале попереднє ув'язнення може бути виправдане лише тоді, коли є конкретні вказівки на необхідність дотримання інтересів су-

¹ Рекомендація R (80) 11 КМ РЄ щодо досудового ув'язнення, ухвалена 27 червня 1980 р. // http://www.echr-base.ru/rec80_11.jsp

спільства, що, попри презумпцію невинуватості, переважає правило щодо поваги до свободи особи («Van der Tang v. Spain», «Letellier v. France»).

Із презумпції звільнення до суду існують два винятки:

1) обов'язок доведення обставин, якими обґрунтовується тримання під вартою, завжди несе сторона обвинувачення;

2) усі сумніви щодо обґрунтованості підозри та наявності підстав до утримання під вартою тлумачаться на користь звільнення особи.

Різновиди запобіжних заходів, що є альтернативними взяттю під варту

Застосування заходів, що є альтернативними взяттю під варту (далі – альтернативних заходів), підпадає під дію загальних правил застосування запобіжних заходів (див. підрозділ 6.2 цього розділу посібника).

Система альтернативних заходів у різних державах є різною. Такими заходами найчастіше є:

- звільнення під заставу;
- звільнення на поруки;
- підписка про невиїзд;
- домашній арешт;
- поліцейський нагляд;
- вилучення паспорта;
- вилучення документів, що надають право займатися певною діяльністю.

Зважаючи на презумпцію звільнення особи до суду існує потреба обов'язкового розгляду під час слухань про взяття під варту питання про можливість застосування альтернативних заходів.

Система альтернативних заходів у законодавстві побудована таким чином, що одні з них є менш суворими, інші – більш суворими. Однак усі вони пов'язані з обмеженнями певних прав осіб. Тому суд, вирішуючи питання про обрання альтернативного заходу, повинен кожного разу розглянути можливість застосування до особи менш тяжкого запобіжного заходу, ніж той, з клопотанням про обрання якого звернулася сторона обвинувачення. Публічний обвинувач повинен довести перед судом неможливість досягнення цілей кримінального провадження за допомогою менш суворих заходів, ніж той, про обрання якого він подав клопотання.

6.3. Інші заходи забезпечення кримінального провадження

Крім запобіжних, у кримінальному провадженні можуть застосовуватися й інші заходи забезпечення кримінального провадження. Відмінність їх від запобіжних заходів полягає у такому:

- застосовуються не лише до особи, щодо якої вирішується питання про притягнення її до кримінальної відповідальності, а й до інших учасників – свідків, потерпілих тощо;
- мають менший ступінь обмеження прав;
- суб'єктом застосування деяких із них може бути не лише суд, а й публічний обвинувач.

Інші заходи забезпечення кримінального провадження залежно від того, на яких учасників провадження поширена їх дія і якою є мета застосування, поділяються на дві групи.

До *першої групи* належать заходи, що застосовуються до обвинуваченого одночасно із обранням щодо нього запобіжного заходу з метою досягнення цілей його застосування, наприклад:

- перебувати за кожною вимогою до суду або до іншого визначеного органу державної влади;
- електронний моніторинг;
- зобов'язання знаходитися в певні години в певному місці;
- перебувати до визначеної службової особи із встановленою періодичністю;
- не відлучатися із населеного пункту, в якому обвинувачений зареєстрований, проживає чи перебуває, без дозволу слідчого, прокурора або суду;
- повідомляти слідчого, публічного обвинувача чи суд про зміну свого місця проживання та/або місця роботи;
- утримуватися від спілкування з будь-якою особою, визначеною слідчим суддею, судом, або спілкуватися з нею із дотриманням умов, визначених слідчим суддею, судом;
- не відвідувати місця, визначені слідчим суддею або судом;
- пройти курс лікування від наркотичної або алкогольної залежності;
- докласти зусиль до пошуку роботи або до навчання;
- здати на зберігання до відповідних органів державної влади свій паспорт (паспорти) для виїзду за кордон, інші документи, що дають право на виїзд з країни і на в'їзд в країну;
- будь-який інший визначений судом захід, необхідний для досягнення цілей застосування запобіжних заходів.

До другої групи «інших» заходів забезпечення кримінального провадження (що застосовуються як до обвинуваченого, так і до інших учасників провадження з метою виконання ними обов'язків) належать:

- виклик слідчим, прокурором, судовий виклик і привід;
- накладення грошового стягнення;
- тимчасове обмеження у користуванні спеціальним правом;
- відсторонення від посади;
- встановлення тимчасового доступу до речей і документів;
- тимчасове вилучення майна;
- арешт майна та інші.

Запитання і завдання

1. Проаналізуйте норми глави 18 КПК і з'ясуйте, чи враховується тяжкість кримінального правопорушення, у вчиненні якого підозрюється особа, під час застосування щодо неї запобіжних заходів? Якщо так, то яких саме?

2. Запобіжні заходи є частиною заходів забезпечення кримінального провадження. Проаналізуйте ст. 182 КПК і з'ясуйте, чи йдеться у ній про примусове обрання запобіжного заходу у вигляді застави?

Яким чином вирішується питання про заставу в разі порушення підозрюваним (обвинуваченим) зобов'язань, взятих на себе під час обрання цього запобіжного заходу?

Хто і коли вирішує питання про повернення застави заставодавцю?

3. Повідомивши Кириєнка про підозру у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 122 «Умисне середньої тяжкості тілесне ушкодження» КК, слідчий звернувся до прокурора за погодженням клопотання про обрання щодо Кириєнка запобіжного заходу у вигляді особистої поруки.

Потребу застосування такого запобіжного заходу слідчий мотивував тим, що Кириєнко має похилий вік, у нього є постійне місце проживання, кримінальне правопорушення вчинив вперше і тому немає підстав для побоювання, що він може ухилитися від досудового розслідування і суду або перешкодити встановленню істини у справі.

Яке рішення за клопотанням слідчого має ухвалити прокурор?

Викладіть аргументи, які прокурор, на вашу думку, повинен покласти в основу свого рішення.

4. Під час кримінального провадження установлено, що Пазурець В.О. вчинив крадіжку чужого майна з проникненням до житла. Пазурець В.О. раніше двічі судимий за тяжкий злочин, не має постійного місця проживання і роботи.

Визначте, який запобіжний захід слід застосувати до Пазурця В.О.

Від імені слідчого складіть відповідний процесуальний документ.

5. До Кухленка, обвинувачуваного у вчиненні умисного убивства, як запобіжний захід було обрано взяття під варту. Під час подальшого розслідування слідчий встановив, що Кухленко вчинив не умисне убивство, а убивство при перевищенні меж необхідної оборони. У зв'язку з цим Кухленку змінено повідомлення про підозру.

Чи зобов'язаний слідчий після повідомлення про нову підозру вирішити питання про зміну запобіжного заходу у вигляді взяття під варту на інший – більш м'який – запобіжний захід?

Чи вплине на вирішення цього питання заявлення підозрюваним Кухленком клопотання про зміну запобіжного заходу у вигляді взяття під варту на заставу?

Від імені слідчого складіть процесуальний документ про зміну запобіжного заходу у вигляді взяття під варту на заставу.

6. Любченка, затриманого за підозрою у вчиненні тяжкого злочину, працівники міліції доставили до ІТТ. Через 34 години Любченка доставили до слідчого судді з клопотанням прокурора про обрання щодо нього запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. Під час розгляду цього клопотання Любченко заявив слідчому судді про те, що під час затримання і доставлення до ІТТ працівники міліції застосовували до нього насильство.

Від імені слідчого судді:

1) ухваліть рішення про забезпечення невідкладного проведення судово-медичного обстеження Любченка;

2) доручіть відповідному органу досудового розслідування проведення дослідження фактів, викладених в заяві Любченка.

7. Чи узгоджуються підстави затримання уповноваженою службовою особою, врегульовані у ч. 1 ст. 208 КПК, із метою затримання, встановленою ч. 3 ст. 29 Конституції України?

8. Співробітники карного розшуку стали очевидцями злісного хуліганства, вчинюваного Ніколаєнком. Вони затримали Ніколаєнка, склавши про це протокол адміністративного затримання, і утримували на підставі цього протоколу затриманого протягом двох годин, а потім передали матеріали щодо злісного хуліганства слідчому, який затримав Ніколаєнка у кримінальному процесуальному порядку. Під час судового засідання з розгляду клопотання прокурора про взяття під варту Ніколаєнка його захисник заявив слідчому судді про те, що підзахисного за одне й те саме кримінальне правопорушення затримували двічі – в адміністративному і у кримінальному процесуальному порядку.

Як має відреагувати слідчий суддя на заяву захисника Ніколаєнка?

9. Одним із ризиків, які є підставою для застосування щодо особи запобіжного заходу, є «перешкоджання кримінальному провадженню іншим чином» (ст. 177 КПК).

Складіть максимально можливий, на ваш погляд, перелік обставин, які свідчать про «перешкоджання провадженню іншим чином» (за винятком обставин, зазначених в пунктах 1–3, 5 ч. 1 ст. 177 КПК).

10. За фактичними обставинами, викладеними у постанові судді про обрання запобіжного заходу від 10 червня 2011 р. (zareestrovana у ЄДРСР за № 16649832; судова справа № 4/0614/43/11), складіть промову захисника для виступу в судовому засіданні, ґрунтуючись на юридичній регламентації підстав і порядку обрання запобіжних заходів у главі 18 КПК 2012 р.

11. Ознайомтеся з ухвалою апеляційного суду, zareestrovano у ЄДРСР за № 29829828 (судова справа № 333/1681/13), якою захисникові відмовлено у задоволенні його апеляції на рішення слідчого судді про взяття підозрюваного під варту, і визначте:

1) чи підозра у вчиненні злочину є настільки обґрунтованою, щоб можна було обрати запобіжний захід у вигляді взяття під варту?

2) чи є обґрунтованими ризики, про наявність яких йдеться в ухвалі?

Додаткова література

1. Гомиен Д. Комментарий к Европейской конвенции о защите прав человека. – Страсбург: Совет Европы, Служба публикаций и документации, 1995. – С. 19–28.

2. Європейські стандарти права попереднього ув'язнення: Зб. матеріалів № 3. – К.: Німецький фонд Міжнародного правового співробітництва, 2008. – 105 с.

3. Ясунецький О. Тримання під вартою // http://smi.liga.net/articles/2013-02-27/8480519-trimannya_p_d_vartoyu.htm

4. Пошва Б.М. Право на свободу та особисту недоторканність: прецедентна практика Європейського суду з прав людини і питання вдосконалення кримінального судочинства в Україні // Вісник Верховного Суду України. – 2011. – № 3. – С. 20–34.

5. Романов Р. Право на свободу і особисту недоторканність в рішеннях Європейського суду з прав людини та в законодавстві України / Проти катувань. Європейські механізми запобігання катуванням та жорстокому поводженню. – Харків: Фоліо, 2005. – С. 60–70.

Розділ 7

ДОКАЗУВАННЯ

7.1. Предмет і межі доказування

Будь-який суб'єкт у тій дійсності, що його оточує, стикається з безкінечною множиною об'єктів: предметів, явищ, процесів. Спроба вивчення їх всіх одночасно позбавлена сенсу. Через це в ході пізнання виокремлюють в реальному світі лише деякі предмети, явища, процеси, спрямовуючи на них свій пізнавальний інтерес. Залежно від їх кількості (обсягу) розрізняють:

- 1) об'єктивну реальність;
- 2) об'єкт;
- 3) предмет пізнання.

Кримінальне правопорушення є об'єктом дослідження в багатьох галузях права і суміжних науках. Але в кожній із них досліджуються окремі його сторони. Так, в кримінальному праві досліджуються поняття, різновиди кримінальних правопорушень, їх склад тощо; у кримінології – рівень і динаміка злочинності та способи запобігання і протидії їй. Виділяються окремі сторони кримінального правопорушення для дослідження в межах інших галузей права і наук: у криміналістиці, юридичній психології тощо.

Коло обставин, що підлягають доказуванню у кримінальних справах, є предметом кримінального процесуального доказування. Кожна кримінальна справа є унікальною за «набором» обставин, котрі треба встановити. Тому регламентувати у кримінальному процесуальному законодавстві повний перелік обставин, що є обов'язковими до встановлення у кожній справі, є практично неможливим¹.

Крім того, у доказуванні беруть участь сторони, котрі самостійно, з урахуванням власної позиції і регламентації події у законі про кримінальну відповідальність, визначають коло питань, що є необхідними для дослідження.

Предмет доказування становлять кримінально-правовий, цивільно-правовий та кримінальний процесуальний елементи.

¹ Хоча у вітчизняному кримінальному процесуальному законодавстві це робилося раніше (ст. 64 КПК 1960 р.) і зроблено наразі (ст. 91 КПК 2012 р.).

Кримінально-правовий елемент предмету доказування утворюють обставини, встановлення яких дозволяє дати правильну юридичну кваліфікацію певного діяння як кримінального правопорушення і призначити справедливе покарання. До них належать обставини, що становлять склад кримінального правопорушення, характеризують особу обвинуваченого та обтяжують чи пом'якшують його відповідальність.

Цивільно-правовий елемент предмету доказування визначається обставинами, пов'язаними із заявленим цивільним позовом та можливою конфіскацією майна обвинуваченого.

Кримінальний процесуальний елемент – це ті обставини, доказування яких є необхідним для вирішення поточних питань провадження у кримінальних справах. Ними є обставини, які визначаються в законі як підстави прийняття кримінальних процесуальних рішень як за результатами певного обсягу діяльності у кримінальній справі (підстави до застосування запобіжного заходу чи до закриття провадження), так і для здійснення процесуальних дій (підстави до провадження обшуку).

Предметом доказування можуть бути і самі докази, коли йдеться про вирішення питання щодо їх допустимості, належності, достовірності, достатності. ЄСПЛ зазначив, що у змагальному процесі належить розглядати не тільки докази, що безпосередньо стосуються фактів цієї справи, а й інші докази, які можуть стосуватися належності, достовірності й достатності перших («Mirilashvili v. Russia»)¹.

Не підлягають встановленню у кримінальному процесі загальновідомі факти та ті факти, що встановлені раніше судовим рішенням, що набрало законної сили (преюдиційні факти).

Не підлягають доказуванню у кримінальній справі негативні положення, котрі полягають у запереченні не якогось конкретного факту, а сукупності можливих фактів, що не допускають їхньої індивідуалізації. Не можна, наприклад, доказувати, що певний киянин, який не має фізичних вад, ніколи не був на певній вулиці Києва.

У тому випадку, коли негативний факт стосується конкретного випадку, то він (факт) виявляється негативним лише за формою й містить у собі позитивне твердження. Так, наприклад, негативне положення про те, що обвинувачений не перебував у якомусь місці у відповідний час, містить у собі позитивне твердження про те, що він знаходився у якомусь іншому місці.

¹ За КПК 1960 р. у кримінальному процесі існував і кримінологічний елемент предмету доказування, який становили причини і умови, що сприяли вчиненню злочину.

Предметом доказування можуть слугувати лише ймовірні обставини. А усе, що належить до сфери «чудес» (неприродного), тобто суперечить законам природи, не може бути елементом предмета доказування. Хоча уявлення про природне та неприродне, можливе та неможливе у час інтенсивного розвитку науки та комп'ютерних технологій є відносним. Межі «чудесного» постійно змінюються, а тому в певних випадках для того, щоб встановити, чи належить якість до сфери неприродного, слідчі, публічні обвинувачі та суд повинні призначити експертизу.

Предметом доказування у кримінальній справі є певні факти. «Підведення» цих фактів під відповідні статті закону покладається на сторону обвинувачення. Сторона захисту також може бути причетною до встановлення обставин предмету доказування, але предмет доказування сторони захисту не збігається із предметом доказування сторони обвинувачення. Захист може або сприяти встановленню предмету доказування, на з'ясування якого спрямована діяльність обвинувачення (наприклад у разі дійового каяття обвинуваченого), або визначити власний предмет доказування. У будь-якому разі зміст предмету доказування, який опановує захист, обумовлюється предметом доказування сторони обвинувачення.

Остаточний висновок про встановлення чи невстановлення обставин предмету доказування сторонами робить суд, який вирішує питання про винуватість і покарання обвинуваченого.

Межі доказування – це такі межі доказової процесуальної діяльності, які констатують:

- повноту версій, що перевіряються;
- «глибину» дослідження обставин, що підлягають встановленню;
- обсяг доказів і їхніх джерел, обов'язкових для визнання наявності або відсутності цих обставин;
- достатність обґрунтування висновків у кримінальній справі тощо.

Межі доказування є індивідуальними у кожній кримінальній справі і для кожної зі сторін.

Неправильне визначення меж доказування стороною обвинувачення може потягнути необґрунтоване звуження або розширення процесу доказування.

Перше (необґрунтоване звуження) призводить до того, що деякі обставини, які належать до предмету доказування, залишаються недостатньо дослідженими через прогалини в доказовому матеріалі. Друге (необґрунтоване розширення) має наслідком невиправдане

нагромадження доказової інформації, залучення додаткових процесуальних сил і засобів.

Межі доказування, здійснюваного стороною обвинувачення під час досудового розслідування і в судовому розгляді, можуть не співпадати внаслідок виникнення необхідності перевірки під час судового розгляду нових версій, різниці в оцінці належності, допустимості, достовірності та достатності доказів та з інших причин.

У процесуальних системах, які є змагальними у «чистому вигляді», межею доказування може стати визнання обвинуваченим своєї винуватості. Так, у США доктрина і практика (судова і законодавча) виходять із такого постулату: якщо кримінальний процес – це спір, і якщо один із його учасників (обвинувачений) визнає себе винуватим («таким, що зазнав поразки»), то тим самим втрачає сенс продовження такого спору. Адже те, що вважається у будь-якій справі суперечливим (факт вчинення кримінального правопорушення конкретною особою), після заяви обвинуваченого про те, що він визнає себе винуватим, перестає бути таким.

Від позиції обвинуваченого значною мірою залежить зміст дій поліції під час досудового провадження. Якщо така особа погоджується з тим, що ставиться їй у провину, то не треба шукати даних, які б могли її викрити, адже вони не знадобляться у суді. Визнання обвинуваченим своєї винуватості відкриває можливість для спрощеного закінчення кримінальної справи за допомогою переговорів з приводу угоди про визнання винуватості. Визнання винуватості може також бути підставою для того, щоб журі присяжних не комплектувалось і судова перевірка доказів, в тому числі обвинувальних, не здійснювалась.

Українське кримінальне процесуальне законодавство регламентує процедуру так званого скороченого судового слідства, згідно з якою у суді можна не досліджувати обставини, якщо сторони вважають їх встановленими (доведеними) і не наполягають на їх дослідженні.

Отже, межі доказування у кримінальному провадженні визначаються:

- кримінальним законом, а якщо вирішуються цивільно-правові питання, то й цивільним законом;
- сторонами з урахуванням ситуації провадження;
- формою кримінального процесу, яка дозволяє припинення провадження за угодою про визнання винуватості.

7.2. **Обов'язок і тягар доказування**

Обов'язок доказування

Зміст цього обов'язку полягає у необхідності доводити вину, а не довести її. Інакше на службових осіб органів кримінального переслідування довелось б покладати юридичну відповідальність за невиконання обов'язку в кожному випадку постановлення судом виправдувального вироку. Відповідальність компетентних службовців, які представляють сторону обвинувачення, встановлена лише за невжиття всіх заходів для встановлення винуватості обвинуваченого. Тобто за неналежне здійснення процесу доказування, а не за отриманий під час законного і об'єктивного доказування результат, яким є невстановлення винуватості обвинуваченого.

Обов'язок сторони обвинувачення доказати усі елементи складу кримінального правопорушення обумовлений кількома чинниками.

1. **Потреба протидіяти злочинності.** Протидія злочинності є функцією держави. Тому завдання щодо виявлення кримінальних правопорушень і осіб, які їх вчинили, покладається на створені державою органи: службу обвинувачення, органи досудового розслідування (органи кримінального переслідування), які у кримінальному провадженні виконують процесуальну функцію обвинувачення. Доказавши усі елементи вчинення кримінального правопорушення перед судом, органи кримінального переслідування можуть розраховувати на покарання винуватих, що є одним із напрямів протидії злочинності.

2. **Потреба виконувати конституційну засаду судочинства щодо «забезпечення доведеності вини».** Ця засада сформульована у п. 3 ч. 3 ст. 129 Конституції України. Суд, не переконавшись у тому, що вина особи доведена, не може визнати її винуватою у вчиненні кримінального правопорушення, а отже, і призначити покарання. Забезпечення доведення перед судом переконливості доказів винуватості особи Основний Закон поклав на сторону обвинувачення. Суд у змагальному процесі не може ставати на бік обвинувачення чи захисту.

3. **Потреба перевірити можливість спростування презумпції невинуватості.** Особа вважається невинуватою у вчиненні кримінального правопорушення і не може бути піддана кримінальному покаранню доти, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду (ч. 1 ст. 62 Конституції України, ст. 11 ЗДПЛ, ч. 2 ст. 6 ЄКПЛ).

Презумпція невинуватості належить до числа спростовних юридичних (процесуальних) презумпцій. Обов'язок спростувати її у кримінальному провадженні покладається винятково на сторону обвинувачення. ЄСПЛ вирішив, що у кримінальних справах правило ч. 2 ст. 6 ЄКПЛ (презумпція невинуватості) вимагає, щоб обов'язок доказування покладался на сторону обвинувачення («Saraeu v. Belgium»).

Одним із елементів, що становить зміст презумпції невинуватості, є те, що сумніви щодо винуватості особи повинні тлумачитися на її користь (ч. 3 ст. 62 Конституції України). Тому в разі виникнення певних сумнівів щодо доведеності винуватості суд має постановити виправдувальний вирок. На момент постановлення вироку сторона обвинувачення повинна довести вину поза розумним сумнівом.

Презумпція невинуватості в частині доказування винуватості особи розкривається й через інші положення:

- висновки суду про винуватість обвинуваченого не можуть бути обґрунтовані відсутністю доказів його невинуватості;
- ненадання обвинуваченим доказів своєї невинуватості за жодних обставин не може розглядатись як доказ його винуватості;
- обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, а також на припущеннях;
- недоведена винуватість юридично дорівнює доведеній невинуватості;
- затримання особи як підозрюваного чи притягнення її до участі у справі як обвинуваченого, застосування до неї запобіжного заходу, в тому числі взяття під варту, не повинні розцінюватись як доказ її винуватості або покарання винуватого.

4. **Потреба обґрунтувати обвинувачення.** Обвинувачення, сформульоване органами кримінального переслідування під час досудового розслідування, у судових стадіях кримінального провадження виконує роль кримінального позову. Як і будь-який інший позов до суду, кримінальний позов має бути обґрунтований доказами. Обґрунтування позову покладається на сторону, яка його подає, тобто на сторону обвинувачення.

5. **Відсутність у обвинуваченого обов'язку доводити свою невинуватість.** Ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні злочину (ч. 2 ст. 62 Конституції України). Якщо у обвинуваченого (сторони захисту) відсутній обов'язок доводити свою невинуватість, то тим більше він не зобов'язаний доводити свою винуватість. Оскільки суд теж не зобов'язаний це робити, то обов'язок доказати елементи складу кримінального правопорушення покладається саме на сторону обвинувачення.

Тягар доказування

На відміну від обов'язку доказування, що полягає у доведенні стороною обвинувачення перед судом винуватості особи у вчиненні кримінального правопорушення, тягар доказування стосується інших обставин. Покладання на сторону захисту тягаря доказування цих обставин не суперечить презумпції невинуватості.

На сторону захисту може бути покладено тягар доказування окремих обставин, що становлять кримінальний процесуальний (належність і допустимість поданих нею доказів), цивільно-правовий (розмір процесуальних витрат) елементи предмету доказування та кримінально-правовий елемент в частині, що не стосується винуватості особи у вчиненні кримінального правопорушення (наприклад, обставини, що характеризують обвинуваченого, пом'якшуючі обставини).

В окремих державах на сторону захисту може покладатися тягар доказування й інших обставин. Наприклад, у Франції існують загальні й спеціальні правила про покладання тягаря доказування на сторону захисту.

На виконання загального правила саме захист повинен довести наявність обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння (наприклад, необхідної оборони). Іноді суди вимагають, щоб захист довів суб'єктивні обставини, які роблять кримінальну відповідальність неможливою (наприклад, неосудність в момент вчинення діяння). Захист доводить також: наявність імунітету від кримінальної відповідальності, факт засудження за те саме кримінальне правопорушення за кордоном тощо.

Спеціальні випадки є достатньо численними. Наприклад, згідно з п. 3 ст. 225-6 КК Франції особа визнається винуватою у звідництві, якщо вона «за неможливості обґрунтувати джерела доходів, які відповідають її способу (характеру) життя, проживає з особою, котра систематично займається проституцією ...». Інший приклад – ст. 418 МК Франції, де зазначено, що товари, вилучені в митній зоні у зв'язку з відсутністю належних документів, презюмуються як контрабанда.

ЄСПЛ, виходячи із конкретних обставин справ, неодноразово не визнавав порушення презумпції невинуватості (ч. 2 ст. 6 ЄКПЛ) у випадках застосування зазначених положень МК Франції («Pham Hoang v. France», «Salabiaku v. France»). Водночас згідно з практикою ЄСПЛ особливості митного права не можуть виправдати порушення права будь-кого, кому «висунуто кримінальні обвинувачення», зберігати мовчання або не надавати свідчень проти себе («Funke v. France»).

7.3. Слідчі дії

Слідчі дії – це *пізнавальні процесуальні дії, притаманні стадії досудового розслідування і призначені для пошуку, виявлення, фіксації та перевірки фактичних даних у кримінальному провадженні.*

Сукупність кримінальних процесуальних норм, якими регламентуються слідчі дії, є елементом доказового права, утворюючи **інститут слідчих дій**.

Особливості норм інституту слідчих дій полягають в тому, що кожний із їхніх елементів (гіпотеза, диспозиція, санкція) відрізняється певною специфікою.

У **гіпотезі**, як правило, формулюється мета або підстава провадження слідчої дії.

У **диспозиції** викладається порядок (процедура) провадження слідчої дії, склад її учасників, місце і час провадження тощо.

Санкції норм інституту слідчих дій за суб'єктом, якому вони адресовані, поділяються на дві групи:

1) адресовані слідчому, публічному обвинувачу, співробітнику оперативного підрозділу, слідчому судді, судді:

- **кримінально-правові**: за незаконний привід для допиту; службове підроблення;

- **кримінальні процесуальні**: скасування процесуальних рішень, прийнятих на основі даних, одержаних в результаті незаконно проведених слідчих дій;

2) адресовані іншим учасникам слідчих дій:

- **кримінально-правові**:

- для свідка – за завідомо неправдиві свідчення та за відмову від надання свідчень;

- для потерпілого – за завідомо неправдиві свідчення; для експерта – за завідомо неправдивий висновок та за відмову від виконання покладених на нього обов'язків;

- для перекладача – за завідомо неправильний переклад та за відмову від виконання покладених на нього обов'язків;

- **кримінальні процесуальні**: для свідка, потерпілого, підозрюваного – за нез'явлення для участі у слідчих діях – привід;

- **адміністративно-правові** – за злісне ухилення свідка, потерпілого, експерта, перекладача від з'явлення до органів досудового розслідування чи прокурора.

Слідчі дії поділяються на різновиди на підставі кількох класифікаційних ознак.

Залежно від обсягу предмету слідчої дії і її повторюваності вони можуть бути основними і додатковими, первинними і повторними.

Основними є слідчі дії, що провадяться в повному обсязі для дослідження предмету слідчої дії в цілому (наприклад, допит свідка, огляд, обшук).

Додатковими називаються слідчі дії, які спрямовані на дослідження частини її предмету, тобто окремих обставин, які не були з'ясовані з різних причин під час основної слідчої дії (наприклад, додатковий допит свідка, додатковий огляд, додатковий обшук).

Слід пам'ятати, що деякі слідчі дії через специфіку їх провадження не можуть бути додатковими. Так, не можуть бути додатково пред'явлені для впізнання особа або предмет, які вже пред'являлися. Так само не може бути проведений додатково одночасний допит вже допитаних осіб з метою з'ясування розбіжностей, які під час одночасного допиту, проведеного раніше, не були усунені.

Первинні слідчі дії за змістом є тотожними основним.

Повторними є слідчі дії, які після первинних провадяться в повному обсязі (наприклад, повторний огляд, повторний обшук).

Додаткові і повторні слідчі дії завжди виконуються відповідно після основних і первинних.

Залежно від необхідності провадження на тому чи іншому етапі досудового розслідування (дізнання чи досудового слідства) слідчі дії поділяються на невідкладні та інші.

Невідкладними є слідчі дії, непроведення або невчасне проведення яких може потягнути втрату доказів, що мають значення для кримінального провадження.

Необхідність і час провадження *інших* слідчих дій визначається слідчим залежно від ситуації розслідування (доказування). Вони можуть бути проведені на будь-якому етапі досудового розслідування.

Залежно від того, в якій стадії можуть бути проведені слідчі дії, вони поділяються на ті, що можуть провадитись:

- 1) під час досудового розслідування (всі слідчі дії);
- 2) як під час досудового розслідування, так і до його початку після надходження заяви, повідомлення про кримінальне правопорушення (наприклад, огляд місця події);
- 3) під час судового розгляду в порядку виконання судових доручень з метою встановлення або перевірки обставин, які мають істотне значення для кримінального провадження і не можуть бути встановлені іншим шляхом.

Залежно від мети, яка ставиться перед слідчими діями, вони поділяються на ті, що спрямовані на:

- 1) збирання доказів (допит, огляд, обшук, експертиза);
- 2) перевірку доказів (слідчий експеримент, одночасний допит двох раніше допитаних осіб, пред'явлення для впізнання, освідування).

Залежно від того, за чиєю ініціативою провадяться слідчі дії, вони поділяються на такі, що провадяться за ініціативою:

- 1) слідчого, прокурора;
- 2) службових осіб, які здійснюють відомчий контроль або прокурорський нагляд за законністю досудового розслідування (керівника органу досудового розслідування, прокурора, керівника органу прокуратури);
- 3) інших осіб (заінтересованих у результатах кримінального провадження).

Залежно від того, хто безпосередньо провадить дію, всі слідчі дії поділяються на ті, що провадяться:

- 1) слідчим, який здійснює провадження;
- 2) слідчим, якому здійснення слідчої дії доручено іншим слідчим;
- 3) слідчим, якому провадження слідчої дії доручено судом;
- 4) черговим слідчим;
- 5) керівником органу досудового розслідування;
- 6) прокурором, який здійснює процесуальне керівництво розслідуванням;
- 7) співробітником оперативного підрозділу за дорученням слідчого;
- 8) особою однієї статі з учасником, щодо якого провадиться слідча дія, пов'язана з оголенням цього учасника.

Система слідчих дій у кримінальних процесах різних держав є різною як за кількістю, так і за назвами цих дій.

Слідчі дії можуть бути здійснені як під час досудового розслідування, так і під час судового розгляду.

Система слідчих дій, притаманних для досудового розслідування, в українському кримінальному процесі складається з таких дій:

- допит;
- огляд;
- освідування особи;
- обшук;
- слідчий експеримент;
- пред'явлення для впізнання;
- експертиза.

Під час досудового розслідування здійснюють і негласні слідчі дії. Останні є дієвим інструментом у боротьбі з корупцією та організованою злочинністю і були рекомендовані рядом міжнародних організацій, у тому числі РЄ та GRECO¹, наприклад, у Рекомендації R (2005) 10 КМ РЄ щодо «особливих методів розслідування» тяжких злочинів, у тому числі терористичних актів².

Слідчі дії уповноважена провадити лише сторона обвинувачення. Сторона захисту має право ініціювати провадження слідчих дій перед стороною обвинувачення, а у разі ігнорування таких ініціатив – звертатися з ними до суду.

Крім слідчих дій, сторони обвинувачення і захисту можуть використовувати інші засоби пізнання, зокрема: витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій, службових та фізичних осіб речей, документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій та актів перевірок та проведення інших процесуальних дій.

Під час судового засідання провадять:

- допит;
- пред'явлення для впізнання;
- дослідження речових доказів, документів, звуко- і відеозаписів;
- огляд на місці та інші дії.

7.4. Зобов'язання надавати відомості

Зобов'язання надавати правдиві відомості «підкріплюється» встановленням кримінальної або іншої юридичної відповідальності, присяги, клятви тощо з метою забезпечення правдивості (достовірності) відомостей, що надаються. При цьому встановлення таких засобів забезпечення достовірності відомостей не є примусом до їх надання.

¹ Група держав по боротьбі з корупцією.

² Рекомендація R (2005) 10 КМ РЄ щодо «особливих методів розслідування» тяжких злочинів, у тому числі терористичних актів, ухвалена 20 квітня 2005 р. // http://polis.osce.org/library/details?doc_id=2776&lang=ru&_ru=%2Flibrary%2Fdetails.php%3Fdoc_id%3D2658%26lang%3Dru

ЄСПЛ констатував, що хоча обов'язок свідка скласти присягу й покарання, передбачені на випадок відмови від цього, містять елемент примусу, однак його призначення – забезпечити правдивість будь-яких наданих судді свідчень, а не присилувати свідків до них («*Serves v. France*»).

Зобов'язання надавати відомості у кримінальному провадженні не поширюється на певні категорії осіб, які володіють професійною таємницею (адвокат, нотаріус, медичні працівники, священнослужителі, журналісти), або щодо відомостей, які їм стали відомі у зв'язку із участю у кримінальному провадженні (суддя – щодо обставин обговорення в нарадчій кімнаті питань, що виникли під час ухвалення судового рішення; особа, яка брала участь в укладенні та виконанні угоди про примирення; особа, щодо якої застосовані заходи безпеки; особи, які мають відомості про дійсні дані про осіб, до яких застосовані заходи безпеки).

Із обігу в кримінальному провадженні мають бути взагалі виключені відомості про приватне життя, стан здоров'я особи тощо, якщо вони не мають значення для вирішення питання про кримінальну відповідальність.

Обіг зазначених відомостей може бути обмеженим. Це відбувається тоді, коли відомості мають значення для встановлення обставин кримінального правопорушення, але в умовах, що виключають їх розголошення. У справі «*Z. v. Finland*» ЄСПЛ не встановив порушення права на приватне життя у ситуації, коли суд допитав лікарів-консультантів у міському суді за зачиненими дверима і розпорядився, щоб усі документи, зокрема протоколи допитів, залишалися секретними. Усіх, хто брав участь у процесі, суд зобов'язав дотримуватися конфіденційного характеру цих матеріалів, а порушення цього зобов'язання могло б, відповідно до фінського права, слугувати підставою для притягнення до цивільної та/або кримінальної відповідальності. ЄСПЛ зробив висновок, що залучення лікарів-консультантів до надання свідчень було достатньо вмотивоване обставинами справи й відповідало вимогам, продиктованим правомірною метою, а співвідношення між цими заходами й цілями було розумним.

Вирішуючи питання про те, чи треба покладати на особу зобов'язання надати відомості, які здатні розкрити професійну таємницю, суд повинен зважати на можливість отримання таких відомостей з іншого джерела. Тому в справі «*Voskuil v. the Netherlands*» ЄСПЛ вирішив, що не бачить необхідності розглядати питання про те, чи може за якихось умов обов'язок держави забезпечити справедли-

вий судовий розгляд виправдати примушування журналіста розкрити своє джерело. Хоч би якою потенційно важливою для кримінального провадження не була інформація, яку суд прагнув одержати від заявника, ніщо йому не заважало розглянути по суті обвинувачення, висунуті трьом обвинуваченим. Суд мав можливість використати свідчення інших свідків замість інформації, яку він прагнув отримати від журналіста.

7.5. Зобов'язання щодо нерозголошення відомостей

Відомості щодо приватного життя учасників кримінального провадження, якщо вони не мають значення для вирішення питання про кримінальну відповідальність обвинуваченого, не повинні розголошуватися протягом провадження.

З цією метою суд може провадити закриті судові засідання, відбирати письмові зобов'язання про нерозголошення відомостей тощо. Розголошення під час провадження відомостей про приватне життя є порушенням ст. 8 ЄКПЛ. Так, у справі «Panteleyenko v. Ukraine» ЄСПЛ констатував, що розголошення у суді конфіденційної інформації про психічний стан і відповідне медичне лікування особи не могло вплинути на результат судового провадження, а отже, було порушенням ЄКПЛ.

Зобов'язання щодо нерозголошення може діяти протягом певного часу і після закінчення кримінального провадження. Продовження дії зобов'язання передбачається у законі, а конкретний строк встановлюється судом. Строк повинен бути таким, щоб не було порушене право особи на приватне життя. Наприклад, у справі «Z. v. Finland» ЄСПЛ відзначив, що наказ про встановлення 10-річного терміну нерозголошення не відповідає побажанням або інтересам сторін у судовому процесі, які всі без винятку клопотали про триваліший термін. Він вирішив, що внаслідок оприлюднення відповідної інформації на судовому процесі без згоди особи її право на повагу до особистого й сімейного життя вже зазнало серйозного втручання. Подальше втручання, якого вона могла зазнати, якщо медичні відомості про неї були б піддані оголошенню через десять років, не мало б підстав, які би можна було визнати за достатні, щоб переважати її інтерес у збереженні медичних відомостей як конфіденційних протягом тривалішого часу.

7.6. Оцінка доказів

Загальні положення

Оцінка матеріалів, наданих сторонами кримінального провадження до суду, і кваліфікація їх як доказів є винятковою компетенцією суду. Суд оцінює матеріали (відомості, документи, предмети) на предмет наявності у них ознак доказів.

Ознаками доказів є:

- 1) допустимість;
- 2) належність;
- 3) достовірність;
- 4) достатність (стосовно сукупності доказів).

Допустимість доказів – це дозволеність для суду в силу положень процесуального права використати їх як докази.

Допустимість доказу визначається виходячи, насамперед, із обставин його отримання і залучення до справи.

Умовами допустимості доказів є:

- одержання фактичних даних із належного джерела, належним суб'єктом, в належному процесуальному порядку;
- належне оформлення (фіксування) джерела фактичних даних.

Після визначення недопустимості використання фактичних даних як доказів можна вже не займатися перевіркою і оцінкою їхньої належності, достовірності та достатності.

У доказуванні діє правило «отруєного дерева» (або «ефект доміно»), згідно з яким визнання одного доказу недопустимим має наслідком невизнання доказами всіх фактичних даних, одержаних на його підставі. Так, коли у кримінальній справі встановлено, що фактичні дані про місце знаходження викрадених речей здобуті від обвинуваченого шляхом застосування щодо нього насильства, погроз або інших незаконних методів, то отримані на підставі таких свідчень під час обшуку фактичні дані доказами не визнаються.

Російським вченим і практиком – федеральним суддею РФ С.А. Пашиним розроблені 11 заповідей, якими, на його думку, слід керуватися під час оцінки допустимості зібраних у кримінальній справі матеріалів:

1. Допустимість матеріалів як доказів не залежить від оцінки їх важливості для завершення справи.

2. Якщо закон істотно змінив умови допустимості доказів, то в основу обвинувачення не можуть бути покладені ті з них, що не відповідають положенням цього закону.

3. Матеріали в інтересах захисту підлягають менш суворим правилам оцінки їх допустимості як доказів, ніж матеріали обвинувачення (у теорії кримінального процесу це правило називають «асиметрією доказів» – *авт.*).

4. Інтересам сторони слугує той матеріал, на використанні якого вона наполягає, яким би не був його зміст.

5. Обвинувачений не розплачується своєю долею за помилки або зловживання органів кримінального переслідування, а також захисника та інших осіб, які стоять на його стороні.

6. Тягар доведення хибності матеріалу покладено на сторону, яка вказує на його хибність. Якщо ця сторона продемонструє його хибність, тягар доведення допустимості матеріалу як доказу покладається на протилежну сторону.

7. Матеріали мають підводитися під матрицю залежно від їх змісту, а не назви.

8. Отруєне дерево дає отруйні плоди. Матеріали, отримані в результаті використання недопустимого матеріалу, самі є недопустимими як докази.

9. Після визнання матеріалу недопустимим спрацьовує «ефект доміно». Зокрема, збороняється згадувати про існування такого матеріалу в інших матеріалах справи.

10. Нарочитість загрожує неповноцінністю. Наприклад, існує юридична відмінність між відеодокументом, отриманим від агента, що спеціально спостерігав за якоюсь особою, і документом, отриманим в результаті безперервної зйомки стаціонарною камерою всіх відвідувачів банку.

11. Заповіді можуть бути суперечливі: їх дія визначається людським вибором¹.

Фактичні дані щодо обставин кримінальної справи мають право подавати як сторона обвинувачення, так і сторона захисту. Стаття 6 ЄКПЛ не вимагає, щоб під час збирання доказів сторона захисту мала ті самі права, що й обвинувачення. Однак, якщо обвинувачений обирає активну лінію захисту, то він повинен мати право збирати і пред'являти докази «на тих самих умовах», що й обвинувачення («*Mirilashvili v. Russia*»).

¹ Цит. за: Зейкан Я.П. Захист у кримінальній справі: Наук.-практ. посібн. – К.: Вища школа, 2002.

Відомості, отримані внаслідок істотного порушення прав і свобод людини (катування, порушення права на захист, порушення права на перехресний допит тощо), завжди визнаються недопустимими. Виняток становлять лише ті провадження, у межах яких вирішується питання про відповідальність за вчинення такого істотного порушення прав і свобод.

У вирішенні питання про допустимість доказів важливе значення має саме істотність порушення прав і свобод. Це означає, що не усі порушення закону, допущені під час збирання доказів сторонами, є підставою для визнання доказів недопустимими.

ЄСПЛ встановив, що використання доказів, отриманих незаконно згідно з національним законодавством, саме по собі не є порушенням права на справедливий судовий розгляд. У справі «Parris v. Cyprus» скарга була визнана неприйнятною, хоча засудження особи було засноване на результатах незаконної екзумації.

ЄСПЛ визнав також справедливим судовий розгляд, у якому проти обвинуваченого були докази у вигляді розмови, записаної за допомогою прослуховуючого пристрою, встановленого у його будинку поліцією, яка незаконно проникла до будинку, виготовивши для цього ключ від замка («Chalkley v. the United Kingdom»).

Для вирішення питання про допустимість доказів має значення, чи порушене право особи на приватне життя, а також в якому співвідношенні перебуває це право з потребою забезпечення суспільних інтересів. У справі «Schenk v. Switzerland» ЄСПЛ визнав запис розмов кілера із замовником вбивства, зроблений таємно кілером, таким, що є допустимим, адже публічний інтерес у встановленні обставин такого злочину, як убивство бере верх над інтересом Шенка у збереженні конфіденційності телефонної розмови, яка жодним чином не зачіпала його приватного життя.

Належність доказів – це можливість фактичних даних під час їх використання з'ясувати чи, навпаки, «приховувати» обставини, що належать до предмету доказування.

Належність доказу визначається виходячи із значущості для справи тих відомостей, які можна було б при його використанні ввести у процесуальний обіг.

Всі докази, що дають в конкретних умовах місця і часу підставу для судження (роздумів) про обставини предмету доказування, вважаються належними.

Достовірність доказів – це можливість застосування фактичних даних в процесі доказування з точки зору знання про джерела, обстави-

ни, методи їх утворення і отримання в контексті використання у справі інших матеріалів. Іншими словами, достовірність доказів – це їхня «пізнавальна допустимість».

Під достовірністю у кримінальному процесі розуміють зовсім не ту достовірність, що мається на увазі в точних науках¹ (рівна одиниці ймовірність), і не «істинність» (істину можна шукати безкінечно). Нею вважається так звана практична достовірність, якою переважна більшість людей, які перебувають у здоровому глузді, задовольняється в найбільш відповідальних ситуаціях повсякденного життя.

Етапи визначення достовірності фактичних даних:

1. **Визначення достовірності джерела.** Наприклад, досліджуючи свідчення свідка, слід взяти до уваги:

- його суспільне становище, тобто ціну, яку він може сплатити за неправду;
- факт попереднього засудження за неправдиві свідчення;
- стан свідка в момент сприйняття події;
- його заінтересованість у вирішенні справи.

2. **Визначення достовірності методу отримання.** Так, під час дослідження висновку експерта треба взяти до уваги характеристики застосованої ним методики аналізу.

3. **Визначення достовірності з урахуванням інших матеріалів справи.** Наприклад, коли свідчення одного свідка, що заслуговує на довіру, суперечать свідченням обвинуваченого і висновку експерта.

Достатність (повнота) доказів – це можливість суду покласти їхню сукупність або один із них в основу процесуального рішення. Ця ознака доказів застосовується тільки щодо певної їх сукупності.

Засада вільної оцінки доказів

Жодні докази не мають для суду наперед встановленої сили. Це правило є основним для системи вільної оцінки доказів, яка існує у кримінальному процесуальному праві всіх демократичних держав.

До 1864 р. в Російській імперії існувала *формальна система оцінки доказів* у кримінальних справах. Суть такої оцінки полягала в тому, що кожний доказ мав наперед встановлену силу (вагу). Так, визнання обвинуваченим своєї винуватості вважалося «кращим свідченням з усього світу», і тільки на підставі цього можна було постановити вирок. Інші

¹ У «неточній математиці» ймовірність існування тих чи інших подій розміщується на шкалі від нуля до одиниці.

джерела відомостей за значущістю прирівнювалися лише до частини цього «досконалого» доказу. Якщо вони у сукупності не могли бути прирівняні до визнання винуватості, то обвинуваченого залишали «підозрою». При цьому надавалися переваги свідченням:

- за юридичною значущістю – чоловікові перед жінкою;
- знатному перед незнатним;
- вченому перед невченим;
- духовному перед світським.

Розслідування і провадження у суді покривала канцелярська таємниця, а робота судді полягала у підсумовуванні значення закріплених письмово доказів, що мало гарантувати об'єктивність розгляду справ.

Система вільної оцінки доказів побудована за принципом «свідків зважують, а не рахують».

Судді, які входять до складу колегії, що розглядає кримінальну справу, мають право на окрему думку під час підписання вироку. Це право також впливає із правила про вільну оцінку доказів кожною службовою особою, яка веде процес.

Вільна оцінка доказів допускає варіативність у результатах оцінки одних і тих саме доказів, здійснюваної різними суддями. Саме тому законодавець передбачає право вищестоящих судів скасовувати рішення нижчестоящих через неправильну оцінку доказів.

Стандарти доказування (переконання)

Суд обґрунтовує доказами різноманітні процесуальні рішення як у досудовому, так і у судовому провадженні, в тому числі підсумкове рішення – вирок.

На різних стадіях і етапах кримінального провадження ступінь переконання судді може бути різним. Так, наприклад, під час вирішення питання про законність затримання підозрюваного ступінь доведеної винуватості у вчиненні кримінального правопорушення може бути значно меншим, ніж коли постановляється обвинувальний вирок.

У кримінальному процесуальному законі стандарти доказування можуть регламентуватися або не визначатися. У тих державах, де стандарти встановлені, кількість їх може бути різною: від одного («проста перевага доказів») до чотирьох («розумної підозри»; «переконання за більшою вірогідністю»; «вагомого переконання»; «переконання поза розумним сумнівом»).

Підстава застосування того чи іншого стандарту в конкретній ситуації визначається законом і може залежати від тяжкості кримінального правопорушення. Як правило, чим тяжчим є кримінальне правопору-

шення, тим «суворішим» має бути стандарт доведеності винуватості під час постановлення вироку.

«Найсурорішим» є стандарт переконання «поза розумним сумнівом». Розумним є сумнів, який ґрунтується на певних обставинах та здоровому глузді, впливає зі справедливого та зваженого розгляду усіх належних та допустимих відомостей, визнаних доказами, або з відсутності таких відомостей і є таким, який змусив би особу втриматися від прийняття рішення у питаннях, що мають для неї найбільш важливе значення.

Градація стандартів доказування залежно від тяжкості кримінального правопорушення, у якому особа обвинувачується, обумовлена ціною можливої судової помилки і призначенням у зв'язку з цим меншого або більшого покарання.

Безпосередність дослідження доказів судом

Докази сторін обвинувачення і захисту підлягають безпосередньому дослідженню під час судового засідання. Безпосередність дослідження доказів виконує роль переконання присутніх в залі у справедливості процедури судового розгляду і його результатів. На суддів покладається обов'язок вирішувати кримінальну справу не за матеріалами, наданими сторонами, а на підставі того, що кожному судді самому безпосередньо доведеться почути, побачити і з'ясувати в судовому засіданні.

Безпосередність дослідження доказів забезпечує право обвинуваченого на допит свідків і дослідження речових доказів, документів перед незалежним та безстороннім судом.

Докази, зібрані сторонами під час досудового розслідування, не можуть покладатися в основу вироку суду. Виняток становлять ті випадки, коли докази під час розслідування здобуваються в умовах судової процедури із забезпеченням права сторони захисту на перехресний допит.

Матеріали, отримані під час досудового розслідування, можуть бути оголошені в судовому засіданні, але лише з метою пред'явити свідкам їхні попередні свідчення. ЄСПЛ вирішив, що визнання судом допустимості протоколів зі стадії розслідування з єдиною метою пред'явити свідкам їхні попередні свідчення, не можна вважати порушенням ст. 6 ЄКПЛ («Ninn-Hansen v. Denmark»).

Для забезпечення виконання у суді вимоги щодо безпосередності дослідження доказів свідчення учасників кримінального провадження суд отримує усно, шляхом «судоговоріння». Під час судового засідання повинні бути продемонстровані й обговорені (досліджені) інші докази: документи і предмети, а також оголошені письмові докази.

Вимога щодо безпосередності дослідження доказів зобов'язує суд, до якого направлена за підсудністю кримінальна справа, слухання у якій здійснювалося іншим судом, розпочати судовий розгляд з початку.

Якщо зі справи вибуває суддя (професійний чи присяжний), він замінюється іншим. Дослідження доказів у цьому разі розпочинається спочатку.

Для уникнення втрат часу, пов'язаних із повторним дослідженням доказів, у кримінальному процесуальному законодавстві передбачено інститут запасного судді. Останній перебуває у залі судового засідання протягом всього часу провадження. Якщо виникне потреба замінити суддю, запасний суддя долучається до справи замість того, що вибув, й розгляд справи продовжується. Але положення щодо безпосередності дослідження доказів є настільки важливим, що в законі повинно бути передбачене право судді, який долучився до справи, вимагати розгляду її спочатку.

Допустимість відомостей, отриманих поза межами кримінального провадження

У кримінальному провадженні сторони можуть надавати відомості, отримані поза межами цього провадження. Однак, вирішуючи питання про їх допустимість, суд повинен враховувати такі обставини:

1. Відомості, здобуті в інших, крім кримінального, юридичних процесах (дисциплінарному, адміністративному тощо), є допустимими як докази у тому разі, якщо вони отримувалися не у зв'язку з кримінальним провадженням. Дотримання такої вимоги робить неможливим використання іншої юридичної процедури, крім кримінальної, для встановлення обставин кримінального правопорушення. Особливо актуальним це є для діяльності, здійснюваної тими державними органами, у структурі яких утворені слідчі підрозділи і для яких є притаманним здійснення адміністративної діяльності.

2. Відомості можуть бути здобуті не у процесі юридичної діяльності особами, не наділеними кримінальною процесуальною компетенцією. Це може відбутися у результаті фіксування фізичними особами, які здійснювали власні (приватні) фото-, кіно-, відео-, звукозаписи, або відеокамерами спостереження, розташованими як у приміщеннях, так і ззовні. Як відзначив КСУ, для правильного вирішення питання про допустимість таких відомостей як доказів необхідно враховувати ініціативний або ситуативний (випадковий) характер дій фізичних або юридичних осіб, мету та цілеспрямованість при їх фіксуванні. КСУ вважає, що подані будь-якою фізичною або юридичною особою речі або

документи не відповідають вимогам допустимості доказів, якщо вони одержані з порушенням прав людини і основоположних свобод, закріплених в Конституції України, зокрема внаслідок цілеспрямованих дій із застосуванням оперативно-розшукових заходів (п. 3.4 Рішення КСУ від 20 жовтня 2011 р. № 12-рп/2011 у справі за конституційним поданням Служби безпеки України щодо офіційного тлумачення положення частини третьої статті 62 Конституції України¹).

Отже, отримання відомостей особами, не уповноваженими на провадження оперативно-розшукової діяльності, в результаті випадкового, а не ініціативного характеру їхніх дій, робить ці відомості допустимими для використання у кримінальному процесі як доказів.

3. Учасники кримінального провадження можуть звертатися до приватних детективів з метою пошуку, збирання та фіксації відомостей про кримінальні правопорушення. Приватна детективна діяльність стосується кримінального провадження, але здійснюється поза його межами в строки, встановлені законом для провадження. Відомості, зібрані приватними детективами і подані учасниками провадження до суду, оцінюються з точки зору їх допустимості, належності, достовірності і достатності нарівні з іншими відомостями.

7.7. Зберігання доказів після закінчення кримінального провадження

Матеріали, надані сторонами суду і визнані ним доказами, зберігаються у кримінальних справах протягом часу, відведеного законом для зберігання справ.

Окремі з доказів (зразки клітинного матеріалу, профілі ДНК, відбитки пальців засуджених осіб) можуть зберігатися і після закінчення кримінального провадження.

ЄСПЛ не вважає необґрунтованим зобов'язувати проходити процедуру геномної «дактилоскопії» всіх осіб, які були засуджені за кримінальні правопорушення певної тяжкості, і визнає такі заходи «необхідними у

¹ Рішення КСУ від 20 жовтня 2011 р. № 12-рп/2011 у справі за конституційним поданням Служби безпеки України щодо офіційного тлумачення положення частини третьої статті 62 Конституції України // Вісник Конституційного Суду України. – 2011. – № 6. – С. 155.

демократичному суспільстві». Такий висновок ЄСПЛ обґрунтовує тим, що реєстрація геномної інформації зробила останнім часом значний внесок у боротьбу зі злочинністю, і що втручання у приватне життя, яке у такому разі не є значним, може принести певну користь і особі, щодо якої постановлено вирок, адже внесення профілю її ДНК до національної бази даних дозволить швидко усувати її зі списку осіб, підозрюваних у вчиненні кримінальних правопорушень, під час розслідування яких виявляють матеріал, що містить ДНК («Van der Velden v. the Netherlands»).

Для того, щоб втручання у приватне життя, зумовлене зберіганням зазначених матеріалів після закінчення провадження, було законним, держава повинна визначити підстави їх зберігання і механізм незалежної перевірки цих підстав. Підставами цього можуть бути тяжкість вчиненого кримінального правопорушення, попередні арешти, вагомість підозр щодо особи та деякі інші особливі обставини.

У разі постановлення виправдувального вироку докази, що містять особисті дані, не повинні зберігатися безстроково після закінчення кримінального провадження. ЄСПЛ не прирівнює збереження особистих даних до висловлення підозр, однак вважає, що відчуття осіб, ніби до них ставляться як до винуватих, загострюється через те, що їхні дані зберігаються так само без обмеження строку, як і дані засуджених. Тоді як дані тих, кого ніколи не підозрювали у вчиненні правопорушення, підлягають знищенню.

На підставі цього ЄСПЛ зробив висновок, що збереження відбитків пальців, зразків клітинного матеріалу і профілів ДНК осіб, підозрюваних у вчиненні кримінальних правопорушень, але не засуджених за них, не забезпечує справедливого балансу між конкурентними публічними і приватними інтересами.

Отже, збереження таких доказів є непропорційним втручанням у право заявників на повагу до приватного життя і не може бути визнаним за необхідне в демократичному суспільстві («S. and Marper v. the United Kingdom»).

Запитання і завдання

1. У кримінальному провадженні про злісне хуліганство слідчий допитав потерпілого Склярєнка про обставини вчиненого щодо нього злочину та про зовнішній вигляд і прикмети особи, яка вчинила злочин. Через кілька днів працівники карного розшуку затримали підозрюваного у вчиненні цього злочину. Слідчий вирішив пред'явити за-

триманого Шматченка потерпілому для впізнання. Дотримавши всіх необхідних процесуальних умов пред'явлення для впізнання, слідчий запропонував Скляренку впізнати серед трьох чоловіків того, хто вчинив хуліганство. Потерпілий указав на Шматченка і заявив, що саме він вчинив злочин, і далі пояснив, що він (Скляренко), знаходячись вчора у райвідділі міліції з приводу обміну паспорта, бачив, як працівники міліції виводили Шматченка з чергової частини у наручниках, і він уже тоді впізнав останнього.

Яке доказове значення мають дані, отримані слідчим у результаті пред'явлення для впізнання Шматченка?

За допомогою якої слідчої дії, крім пред'явлення для впізнання, слідчий міг би отримати від потерпілого доказову інформацію щодо причетності Шматченка до вчинення хуліганства?

2. Слідчий направив до поштового відділення постанову слідчого судді про накладення арешту на кореспонденцію, запропонувавши адміністрації затримувати усю кореспонденцію на ім'я Олійника і надсилати про це йому (слідчому) повідомлення. За три дні слідчому від начальника поштового відділення надійшло повідомлення про лист на ім'я Олійника. Слідчий у присутності двох службовців поштової установи розпакував листа і, ознайомившись із його змістом, встановив, що інформації, яка має значення для кримінального провадження, у листі не міститься.

Що має зробити слідчий у наведеній ситуації?

Як слідчий повинен вчинити з розпакованим листом?

У якому процесуальному документі слідчий має зафіксувати виконані ним дії?

Хто може бути понятим під час огляду і виїмки кореспонденції?

3. У кримінальному провадженні встановлено, що 10 травня цього року Петренко П.І. викрав у Макарова С.Н. кишеньковий годинник марки «ORIENT», який у цей же день продав Дубрівному А.П.

Слідчим зібрані точні дані про те, що викрадений годинник знаходиться в квартирі № 112 буд. № 4 по вул. Гладкова у м. Дніпропетровську, де проживає Дубрівний А.П.

Складіть алгоритм дій і рішень слідчого, прокурора, слідчого судді з метою вилучення годинника із квартири Дубрівного.

4. Під час огляду місця події – приміщення магазину «Сатурн» по вул. Університетській у м. Києві, звідки була вчинена крадіжка продовольчих товарів, спеціалістом-криміналістом на вітрині виявлено три сліди пальців рук. 16 травня цього року за підозрою у вчиненні крадіжки затримано Бикова В.Н.

Завдання:

- 1) визначитись, чи є підстави для проведення експертизи і якої саме;
- 2) рішення прокурора про залучення експерта оформити процесуальним документом.

5. Затриманий за підозрою у вчиненні злочину, передбаченого ч. 3 ст. 185 КК, Величко П.Р. під час допиту його як підозрюваного пояснив таке: «У ніч 25 вересня цього року в м. Донецьку в районі «Золотого кільця» я, перебуваючи у стані сильного алкогольного сп'яніння, випадково зайшов до під'їзду одного із 9-типоверхових будинків. Поруч була автостоянка. Піднявшись на другий поверх будинку, я чомусь вирішив, що у першій від ліфту квартирі проживає моя приятелька. Я почав стукати у двері. Але приятелька не відгукувалася. Розсердившись, я штовхнув двері. Вони виявилися незакритими. Я пройшов на кухню, щоб попити води. Світло не запалював, підпалював сірники. Побачивши у вазі гроші, а на холодильнику – годинник і нетбук, я зрозумів, що знаходжуся у чужій квартирі. У цей час я почув звук з кімнати і, прихопивши із собою гроші, годинник та нетбук, утік. Номер будинку, квартири не знаю, але можу показати. Гроші я витратив, а годинник і нетбук викинув під місток біля залізничного вокзалу. Місце також можу показати».

Змоделюйте слідчий експеримент за участю підозрюваного Величка П.Р. і його захисника.

Складіть протокол цієї слідчої дії.

6. На банк вчинено розбійний напад із застосуванням вогнепальної зброї. У приміщенні банку встановлені камери відеоспостереження, що зафіксували лише силует нападника. Одному із клієнтів банку вдалося таємно зафіксувати на камеру власного мобільного телефону обличчя нападника. Після цього клієнта було вбито.

Фотографії, вилучені із мобільного телефону, суд визнав доказами винуватості обвинуваченого і на їх підставі постановив обвинувальний вирок. Інших доказів, які б указували на винуватість обвинуваченого, у справі не було.

Захисник обвинуваченого в апеляційній скарзі просив суд апеляційної інстанції виключити фотографії із числа доказів.

Яке рішення має ухвалити суд апеляційної інстанції з урахуванням доказового значення фото із мобільного телефону вбитого клієнта банку?

7. Сіренка затримано за підозрою у вчиненні убивства. Під час допиту він постійно вказував на те, що його «підставили», що він не є винуватим і може це довести. Слідчий наполягав на визнанні Сіренком своєї винуватості, адже у справі були відповідні докази. Коли допит

закінчувався, Сіренко раптово вдарив слідчого і втік. Затримати його не вдалося. Через кілька днів Сіренко сам з'явився до слідчого і надав йому аудіокасету із записом розмови Вороненка і Дигала – сусідів Сіренка, які обговорювали, як вдало вони підставили «лоха» Сіренка. На запитання слідчого, звідки у Сіренка ця касета, він відповів, що давно займається радіоелектронікою і прослухати розмову Вороненка і Дигала за допомогою електронних приладів йому було неважко.

Як повинен діяти слідчий у цій ситуації?

Оцініть доказове значення наданої аудіокасети.

8. Судово-медичний експерт у своєму висновку дав такі відповіді на запитання, поставлені йому слідчим:

1) Смерть Гриневича настала від втрати крові внаслідок пошкодження лівої сонної артерії.

2) Пошкодження сонної артерії спричинене гострим колюче-ріжучим предметом, яким міг бути ніж, виявлений на місці події. Встановити за раною на трупі довжину та ширину леза ножа, яким вона спричинена, не вдалося.

Оцініть доказове значення висновків експерта.

Додаткова література

1. Гмирко В.П. Доказування в кримінальному процесі: діяльнісна парадигма. Теоретичний аналіз. Проблематизація. СМД-репрезентація: Монографія. – Дніпропетровськ: Академія митної служби України, 2010. – 314 с.

2. Пашин С.А. Доказательства в российском уголовном процессе. – М.: Комплекс-Прогресс, 1999. – 102 с.

3. Точилковский В. Определение «показаний с чужих слов» (hearsay) в новом УПК Украины // <http://interjustice.blogspot.com/2012/12/hearsay.html>

4. Точилковский В. УПК Украины и письменные протоколы допросов в состязательном процессе // <http://interjustice.blogspot.com/2012/12/hearsay.html>

5. Шумило М.Є. Поняття «докази» у Кримінальному процесуальному кодексі України: спроба критичного переосмислення ідеології нормативної моделі // Вісник Верховного Суду України. – 2013. – № 2. – С. 33–41.

Розділ 8

РОЗГЛЯД СПРАВИ У СУДІ ПЕРШОЇ ІНСТАНЦІЇ

8.1. Поняття і значення судового розгляду

Судовий розгляд – це стадія кримінального процесу, в якій суд першої інстанції за участю сторін обвинувачення і захисту вирішує питання про винуватість обвинуваченого (підсудного) і його покарання.

Стадія судового розгляду характеризується такими ознаками:

- 1) судовий розгляд справи і вирішення її по суті є єдиним способом здійснення правосуддя у кримінальних справах;
- 2) вона є основною і визначальною стадією кримінального процесу;
- 3) у цій стадії дістають вияв всі засади кримінального процесу.

Стадія судового розгляду має кримінально-правове і кримінальне процесуальне значення.

Кримінально-правове значення цієї стадії полягає в тому, що в ній у обвинувальному вирокі суду здійснюється остаточна кваліфікація кримінального правопорушення і визнається винуватою особа, яка його вчинила, а у виправдувальному вирокі – констатується факт невинуватості особи.

Кримінальне процесуальне значення стадії судового розгляду дістає вияв у тому, що:

- 1) у цій стадії вирішується по суті кримінально-правовий спір між державою (потерпілим) та обвинуваченим (підсудним);
- 2) в разі постановлення обвинувального вироку втрачає чинність презумпція невинуватості.

8.2. Відкрите судове засідання

Зміст

Усі судові засідання повинні відбуватися відкрито, за деякими винятками, про які йтиметься далі у цьому підрозділі посібника. Право на відкрите судове засідання міститься у міжнародних актах (ст. 10 ЗДПЛ, ч. 1 ст. 6 ЄКПЛ, ч. 1 ст. 14 МПГПП), у Конституції України (п. 7 ч. 3 ст. 129) та в українському процесуальному законодавстві.

Відкритість судового засідання може визначатися інстанцією, у якій слухається кримінальна справа, і різновидом провадження з перегляду судового рішення.

Кількість інстанцій і проваджень з перегляду рішень в різних державах може бути різною. ЄСПЛ постановив, що принаймні одна судова інстанція повинна розглядати суть справи публічно, якщо тільки справа не підпадає під один із допустимих винятків. Він дійшов висновку, що якщо відбувалися усні слухання по суті справи у суді нижчої інстанції, то розгляд в апеляційному суді не обов'язково повинен бути усним і відкритим. Але може бути використане право на усний розгляд, якщо апеляція може зачіпати як фактичні, так і юридичні сторони справи («Fredin v. Sweden»). У справі «Axen v. Germany» ЄСПЛ постановив, що вимога щодо відкритого розгляду є обов'язковою на будь-якому «вирішальному» етапі розгляду справи.

Зміст правила про відкрите судове засідання полягає у таких положеннях:

1. **Право обвинуваченого перебувати у залі судового засідання під час розгляду кримінальної справи щодо себе.** Пункт «d» ч. 3 ст. 6 ЄКПЛ передбачає право обвинуваченого допитувати свідків обвинувачення або вимагати, щоб їх допитали. ЄСПЛ виходить з того, що загалом усі докази мусять надаватися в присутності обвинуваченого під час слухання у відкритому засіданні задля того, щоб була можливість навести контраргументи. Тому в рішенні у справі «Barbera, Messegue and Jabardo v. Spain» ЄСПЛ, встановивши факт, що під час судового розгляду не були належно, в присутності обвинуваченого і під пильною увагою громадськості, надані й обговорені дуже важливі докази, зробив висновок, що провадження не відповідало критеріям справедливого та публічного розгляду.

2. **Право кожного перебувати під час слухань у залі судового засідання.** Відкритий судовий розгляд задовольняє інтереси не лише сторін у кримінальній справі, а й інтереси широкої громадськості, сприяючи забезпеченню довіри до судових органів. Судове засідання, на відміну від процедур досудового розслідування і судових процедур під час досудового розслідування, допускає присутність не лише учасників кримінального провадження, а й інших осіб (публіки, преси). Кожна особа (член суспільства) має право знати про те, які дії і у який спосіб вчиняються у суді.

Кожна людина, індивідуально і спільно з іншими, має право бути присутньою на відкритих слуханнях, розглядах і судових процесах з метою сформулювати свою думку про їх відповідність національному

законодавству, а також застосовуваним міжнародним зобов'язанням і принципам (п. «b» ст. 9 Декларації про право та обов'язок окремих осіб, груп і органів суспільства заохочувати і захищати загально визнані права людини та основоположні свободи)¹.

Роблячи процес здійснення правосуддя відкритим, громадськість робить свій внесок у досягнення мети ст. 6 ЄКПЛ, а саме – справедливого судового розгляду, гарантування якого є одним з основоположних принципів будь-якого демократичного суспільства за змістом ЄКПЛ («Sutter v. Switzerland»).

3. **Заборона на «безликих суддів».** Судові процеси з «безликими суддями» відбувалися у Перу та інших державах у кримінальних справах про тероризм та торгівлю наркотиками. В Перу публіка не була допущена на такі процеси, і розгляд апеляцій та слухання з перегляду справ відбувалися у поліцейській дільниці перед суддями, які сиділи за екраном, що приховував їхні обличчя від обвинувачених. Судді у процесуальних документах замість імен використовували порядкові номери.

КПЛ заявив вимогу до перуанського уряду скасувати систему «безликих суддів» і забезпечити відновлення відкритих слухань для усіх обвинувачених у кримінальних правопорушеннях, в тому числі тих, хто обвинувачується у діяльності, пов'язаній з тероризмом².

Практика проведення секретних судових засідань «безликими суддями» визнана КПЛ такою, що суперечить принципам МПГПП³.

4. **Право на інформування про час і місце судового засідання.** Суди повинні надавати інформацію про час і дату усних слухань, доступних для публіки, і забезпечувати необхідні умови у розумних межах для відвідування їх заінтересованими громадянами⁴.

¹ Декларація про право та обов'язок окремих осіб, груп і органів суспільства заохочувати і захищати загально визнані права людини та основні свободи, ухвалена Резолюцією 53/144 Генеральної Асамблеї ООН від 9 грудня 1998 р. // http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_349

Обов'язок захищати права покладається на державу (ст. 2 і ст. 18 Декларації).

² Попередні висновки КПЛ: Перу, UNDoc. CCPR/79/Add. 67, 25 липня 1996 р., § 26.

³ Руководство по справедливому правосудию. Международная амнистия. – М.: Права человека, 2003. – С. 92.

⁴ Международный пакт о гражданских и политических правах: подборка решений Комитета по правам человека в соответствии с факультативным протоколом. – Т. 3 (33–39 сессии (июль 1988 г.–июль 1990 г.)). – Нью-Йорк–Женева, 2002. – С. 220.

Публіці повинна бути надана можливість не лише отримати інформацію про час і місце судового засідання, а й роз'яснено, як цього місця можна дістатися. На думку ЄСПЛ, судовий розгляд задовольняє вимогу щодо відкритості у тому разі, якщо публіка може цього місця легко дістатися. У багатьох випадках цим умовам задовольнятиме той факт, що слухання провадяться в звичайній залі судових засідань. Водночас ЄСПЛ зауважив, що проведення судового процесу за межами звичайної зали суду, тим більш у такому місці, як в'язниця, куди широкий загал взагалі не має доступу, серйозно перешкоджає його відкритості. У такому випадку держава зобов'язана вживати компенсаційних заходів з тією метою, щоб громадськість та ЗМІ були належно поінформовані про місце проведення слухань і мали ефективний доступ («*Riepan v. Austria*»). У цій самій справі ЄСПЛ відзначив, що інформацію щодо місця і часу судового розгляду слід надавати вчасно. Адже слухання справи судді внесли до тижневого розкладу слухання справ суду, в якому зазначили, що слухання проходитиме у в'язниці. Цей розклад розіслали ЗМІ і зробили доступним для широкого загалу в канцелярії і довідковому бюро суду. Однак, крім оголошення у звичайному порядку, якихось особливих заходів – наприклад таких, як окреме оголошення на дошці суду із зазначенням, в разі потреби, того, як дістатися в'язниці, з чіткою вказівкою на умови доступу – не вжили. Порушення права на відкрите судове засідання полягало ще і в тому, що його провели рано вранці, а не у час, коли зазвичай працюють суди.

5. **Розмір зали для судового засідання** повинен бути достатньо великим для розміщення глядачів, а зала – обладнаною принаймні як звичайна зала судових засідань, у тому числі відповідними технічними засобами, щоб усі присутні мали однакову хорошу можливість бачити і чути, як відбувається судовий розгляд.

Обмеження щодо відкритості

Доступ публіки на судове засідання може бути обмежено, але лише у випадках, чітко визначених законодавством.

Обставини, за наявності яких публіка і преса можуть бути не допущені судом, є однаковими як у МПГПП, так і у ЄКПЛ. Ними є такі:

– моральні (наприклад, слухання про злочини проти статевої свободи);

– міркування національної безпеки у демократичному суспільстві (наприклад, коли відкритий розгляд суперечить інтересам охорони державної таємниці);

– якщо цього вимагають інтереси неповнолітніх або приватного життя сторін;

– якщо це визнається судом як суворо необхідне за особливих обставин;

– коли публічність (відкритість) може завдати шкоди інтересам правосуддя (ч. 1 ст. 6 ЄКПЛ, ч. 1 ст. 14 МПГПП).

Зазначені винятки тлумачать дуже вузько, адже їхнє поширене тлумачення здатне підірвати віру громадян у правосуддя.

Обмеження відкритості судового засідання може полягати і у забороні оголошення певних відомостей (наприклад, про приватне життя; тих, що стосуються національної безпеки, тощо). У таких випадках засідання загалом є відкритим, але оголошувати відомості у присутності публіки не можна. Суд уповноважений вилучити із зали засідання громадськість і пресу.

В Україні доступ (пропуск) до судового засідання і його обмеження, крім процесуального закону, встановлені Правилами пропуску до приміщень судів та на їх територію транспортних засобів¹. Згідно з п. 4.2 цих Правил забороняється пропуск осіб до приміщень судів:

– у стані сп'яніння, що ображає людську гідність і громадську мораль (алкогольного чи наркотичного);

– з тваринами;

– з легкозаймистими, вибухонебезпечними, радіоактивними та отруйними речовинами;

– з колюче-ріжучими предметами;

– з валізами, господарськими сумками, пакетами, розмір яких перевищує 45x35x15 см.

Національне кримінальне процесуальне законодавство може передбачати обмеження щодо відкритості судових засідань у сумарних (спрощених) провадженнях. Згоду на таку форму кримінального провадження обвинувачений надає добровільно. Сумарне провадження пов'язане зі скороченням процесуальних гарантій, передбачених національним правом, зокрема щодо відкритого характеру судових засідань. Причому це стосується засідань у судах різних інстанцій.

¹ Правила пропуску до приміщень судів та на їх територію транспортних засобів, затверджені наказом Державної судової адміністрації України і Міністерства внутрішніх справ України від 12 вересня 2005 р. № 102/765 // Офіційний вісник України. – 2005. – № 44. – Ст. 2817.

ЄСПЛ у рішенні у справі «Hermi v. Italy» зазначив, що він погоджується з тим, що при з'ясуванні потреби у відкритості розгляду в стадіях, які слідують за розглядом у суді першої інстанції, треба зважати й на інші міркування, зокрема й такі, як право на судовий розгляд упродовж розумного часу, і пов'язану з цим потребу оперативного опрацювання справ, переданих до судів.

Вимога щодо відкритості судового засідання стосується, головним чином, судових стадій кримінального процесу. Однак судові засідання для з'ясування окремих питань провадження можуть бути проведені й під час досудового провадження. У тих процесуальних системах, де досудове провадження є таємним, вимога щодо відкритості судового засідання може обмежуватися. Таємниця досудового розслідування покликана забезпечувати два основних інтереси: повагу до приватного життя кожної особи, яку презюмовано вважають невинуватою; ефективність розслідування.

Виходячи із цих положень ЄСПЛ встановив, що коли судовий орган ухвалює рішення як слідча інстанція, то судові засідання зазвичай відбуваються за зачиненими дверима, а рішення не виголошують публічно. У зв'язку з цим ЄСПЛ вирішив, що якщо ст. 6 ЄКПЛ може відігравати роль до моменту звернення до суду з метою прийняття справи до розгляду, то в цьому разі специфіка її застосування під час проведення розслідування залежить від особливостей процедури та обставин справи («Ernst and others v. Belgium»). Отже, проведення судових процедур у досудовому провадженні за закритими дверима не завжди є порушенням принципу відкритості судового розгляду.

Проголошення рішення

Публічне оголошення судового рішення є однією з передумов справедливого судового розгляду. У ч. 1 ст. 6 ЄКПЛ зазначено, що судові рішення проголошуються публічно. Виходячи із формулювання цієї норми ЄКПЛ відкритість судового засідання є правилом, а розгляд кримінальних справ у закритому засіданні – винятком із цього правила. При цьому рішення щодо винятків повинні прийматися виходячи із обставин конкретної справи.

Правило щодо публічного оголошення судового рішення у тексті ст. 6 ЄКПЛ не має винятків. Однак у ч. 1 ст. 14 МПГПП є один виняток. Він стосується тих випадків, коли інтереси неповнолітніх вимагають «іншого», тобто невідкритого оголошення рішення у кримінальній справі.

Водночас, якщо під час закритого судового розгляду порушувалися питання, які не можуть бути розголошені перед публікою, то ці питання

(наприклад, щодо національної безпеки) не повинні бути висвітлені й оголошені у судовому рішенні. Рішення повинно бути сформульоване так, щоб забезпечити баланс мети обізнаності громадськості про судові засідання і рішення, ухвалені за його результатами, і мети незавдання шкоди тим суспільним цінностям, що стали підставою для проведення закритого судового засідання.

Публічне оголошення судового рішення у кримінальній справі не можна тлумачити дуже вузько – як зачитування суддею-головуючим тексту рішення. ЄКПЛ не вимагає, щоб рішення, ухвалене на кінцевій стадії судового розгляду, було зачитане вголос («Sutter v. Switzerland»).

У кожній конкретній справі форма публічного оголошення «судового рішення» відповідно до норм внутрішнього права держави може змінюватися з урахуванням особливостей провадження й цілей ч. 1 ст. 6 ЄКПЛ у відповідному контексті, тобто задля необхідності забезпечити контроль суспільства над судовою владою для збереження й гарантування права на справедливий судовий розгляд («Campbell and Fell v. the United Kingdom»). Тому випадок, коли суд, не проголошуючи вироку на відкритому судовому засіданні, вручив копію його сторонам і опублікував у офіційному збірнику, що є доступним широкому загалу, ЄСПЛ не визнав порушення вимоги щодо відкритого проголошення рішення («Sutter v. Switzerland»).

Вимога щодо відкритості проголошення судового рішення, так само як і вимога щодо відкритості усього судового засідання, не є порушеною й у разі, коли хоча б одна судова інстанція проголосила своє рішення. Так, ЄСПЛ не визнав порушення ч. 1 ст. 6 ЄКПЛ у справі «Lamanna v. Austria», де суд апеляційної інстанції проголосив своє рішення лише після перегляду його касаційним судом. ЄСПЛ констатував, що завдяки публічному проголошенню постанови апеляційного суду громадськість мала можливість з'ясувати, як суди загалом ставляться до розгляду позовів про компенсацію за попереднє ув'язнення.

8.3. Вирок

Вирок – це рішення суду першої інстанції, постановлене в судовому засіданні з питання про невинуватість чи винуватість обвинуваченого (підсудного) та про призначення або непризначення йому покарання. Вироком можуть бути вирішені й інші процесуальні питання (про цивільний позов, речові докази тощо).

Ознаки вироку:

1) вирок – це єдине рішення в державі, згідно із яким особа може бути визнана винуватою у вчиненні кримінального правопорушення. Питання про невинуватість або винуватість особи має бути вирішене вироком остаточно. Процесуальні системи сучасних держав не знають поняття «невизначені вироки»;

2) справедливість. Справедливим є вирок, в якому виходячи із моральних і юридичних позицій правильно визначена міра рівності громадян перед кримінальним законом і судом, міра кримінально-протиправного діяння і покарання за нього (матеріальний аспект). Справедливим є також вирок, постановлений з дотриманням права обвинуваченого на справедливий судовий розгляд у контексті ст. 6 ЄКПЛ (процесуальний аспект);

3) з набранням вироком законної сили втрачає юридичне значення презумпція невинуватості;

4) вирок є найавторитетнішим в кримінальному процесі рішенням, адже постановляється іменем держави;

5) він є обов'язковим до виконання всіма юридичними і фізичними особами;

6) вирок є гарантією прав та інтересів осіб, адже постановляється в процесуальній формі, що забезпечує його законність і обґрунтованість;

7) він має преюдиційне значення.

Вирок суду може бути виправдувальний або обвинувальний.

Виправдання

Виправдувальний вирок

Підстави виправдання можуть мати матеріально-правовий і процесуальний характер.

Матеріально-правовими підставами постановлення виправдувального вироку є констатація судом відсутності події або складу кримінального правопорушення чи декриміналізація діяння.

Процесуальна підстава виправдання тісно пов'язана із презумпцією невинуватості і полягає у тому, що винуватість особи у вчиненні кримінального правопорушення або взагалі не доведена, або є лише ймовірність того, що ця особа вчинила кримінальне правопорушення.

Постановлення виправдувального вироку за недоведеністю участі обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення означає, що кримінальне правопорушення було вчинено, але його вчинила не та особа, якій було висунуто обвинувачення. Отже, робота органів кри-

мінального переслідування зі встановлення особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, має бути продовжена.

Виправдана особа не може вважатися такою, що перебуває під підозрою. Навіть більше – згідно з презумпцією невинуватості суду заборонено у вирок залишати обвинуваченого під підозрою і включати у виправдувальний вирок формулювання, що ставлять під сумнів невинуватість виправданого. В рішенні у справі «Geerings v. the Netherlands» ЄСПЛ зазначив, що ч. 2 ст. 6 ЄКПЛ закріплює загальну норму, відповідно до якої після остаточного виправдання неприпустимо вже навіть висловлювати підозри щодо винуватості обвинуваченого.

У контексті реалізації у кримінальному процесі презумпції невинуватості не повинно бути жодної якісної розбіжності між припиненням слідства чи судового розгляду через нестачу доказів та припиненням слідства чи судового розгляду в результаті визнання безсумнівної невинуватості особи («Vassilios Stavropoulos v. Greece»).

Виправдувальний вирок є констатацією факту того, що висунене особі обвинувачення виявилось безпідставним, а презумпція невинуватості залишилася неспростованою.

Рішення про виправдання особи суд може викласти і як частину в обвинувальному вирокі. Наприклад, у тому разі, якщо вироком особу в одному кримінальному правопорушенні визнають винуватою, а за обвинуваченням у вчиненні іншого – виправдовують, або коли одну особу виправдовують, а щодо іншої постановляють обвинувальний вирок.

Наслідки виправдання

Набрання виправдувальним вироком законної сили має такі наслідки.

По-перше, особа не просто вважається невинуватою, а й дійсно є такою, адже презумпція невинуватості виявилася не спростованою обвинувальним вироком суду. У зв'язку з цим забороняється будь-якому із суддів та представників органів кримінального переслідування у своїх процесуальних рішеннях висловлювати сумніви щодо винуватості особи доти, доки вирок не скасовано. ЄСПЛ встановив, що у контексті ч. 2 ст. 6 ЄКПЛ резолютивну частину виправдувального вирокі має поважати будь-який інший орган, який прямо чи опосередковано висловлюється щодо кримінальної відповідальності особи («Vassilios Stavropoulos v. Greece»).

По-друге, виправдана особа звільняється від суду і від усіх заходів забезпечення кримінального провадження. При цьому особа, яка на момент постановлення виправдувального вирокі перебувала під вартою, звільняється негайно після оголошення вирокі.

По-третє, у виправданого виникає право на реабілітацію – відновлення усіх прав, порушених висуненням йому обвинувачення і застосуванням заходів забезпечення кримінального провадження.

Виправдання особи не є «автоматичною» підставою юридичної відповідальності представників органів кримінального переслідування (слідчих, публічних обвинувачів) за «неналежне» здійснення діяльності з обвинувачення. Така відповідальність може наставати для них лише у разі незаконного висунення обвинувачення, фальсифікації обвинувальних доказів тощо. Обов'язок органів кримінального переслідування доказувати винуватість особи не слід розуміти як обов'язок цих органів її доказати. Хоча у окремих посттоталітарних державах у кожному випадку постановлення судом виправдувального вироку розглядається питання про необхідність притягнення «винних у цьому» до юридичної відповідальності.

Подальше провадження в порядку цивільного судочинства

Кримінальне судочинство, як правило, пов'язане з цивільним судочинством за умови, що матеріальну чи моральну шкоду завдано тим кримінальним правопорушенням, у зв'язку з яким здійснюється кримінальне провадження. Цивільний позов може бути предметом розгляду як у межах кримінального судочинства, так і у окремому провадженні в рамках цивільного судочинства після завершення першого. У такий спосіб забезпечується право особи, якій кримінальним правопорушенням завдано шкоду, отримати відшкодування або компенсацію.

У кримінальних справах, в яких постановлено виправдувальний вирок, подальше провадження в порядку цивільного судочинства з приводу цивільного позову також є можливим, але не завжди. Розгляд і задоволення цивільного позову в порядку цивільного судочинства у зв'язку з діянням, за яке особа виправдана, є можливим з таких причин:

1. Заявлення цивільного позову не має характеру «кримінального обвинувачення», висунутого повторно чи додатково. Задоволення судом цивільного позову не є кримінальним покаранням. ЄСПЛ відзначив, що той факт, що акт, який може бути підставою для подання позову про відшкодування збитків відповідно до законодавства про [цивільні] делікти, так само охоплюється суттєвими елементами складу кримінального правопорушення, не може, попри його тяжкість, давати достатні підстави для того, щоб вважати особу, що ніби відповідальна за діяння, розглядуване в зв'язку зі справою про делікт, такою, якій

«висунуте кримінальне обвинувачення». Так само не дає підстав для такої кваліфікації і той факт, що для встановлення цивільно-правових наслідків такого діяння використовують докази, прийняті в межах розгляду кримінальної справи («Ringvold v. Norway»).

2. У цивільному судочинстві є можливими менш суворі критерії доведеності. У той час як виправдання треба враховувати під час розгляду позову про відшкодування, це не має унеможливити встановлення цивільно-правового зобов'язання з приводу відшкодування збитків, що впливає з тих самих фактів, на основі менш суворих критеріїв доведеності («Ringvold v. Norway»).

3. Подальше провадження в порядку цивільного судочинства не є сумісним з виправдувальним вироком і не «скасовує» його. Ухвала про відшкодування збитків постановляється у рішенні, окремому від виправдувального вироку.

4. Не можна вважати, що для притягнення обвинуваченого до кримінальної відповідальності за обвинуваченнями, які знімаються з нього виправдувальним вироком, завжди виконується усе, що є можливим для цього.

5. Цивільна справа щодо відшкодування чи компенсації збитків не завжди є продовженням кримінальної справи, яка завершилася постановленням виправдувального вироку.

Обвинувальний вирок

Необхідність наведення мотивів

Кожне рішення суду повинне бути вмотивоване і переконувати сторони і громадськість у відсутності в суду сумнівів щодо його ухвалення, а також у правильності (справедливості) засудження особи.

ЄСПЛ у багатьох аспектах удосконалив право на справедливий судовий розгляд, встановивши як непрямі вимоги щодо «справедливого розгляду» ряд гарантій або умов, що прямо не зазначені в ЄКПЛ. Однією з таких вимог є вимога судів обґрунтувати свої рішення¹. Суди повинні «вказати з достатньою ясністю підстави, на яких базується їхнє рішення» («Hadjianastassion v. Greece»).

Аргументація у обвинувальному вироку має стосуватися усіх елементів складу кримінального правопорушення. Тому обвинувальний

¹ Лукайдес Л.Г.Справедливое судебное разбирательство (комментарий к п. 1 ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод) / Пер. с англ. Ю. Берестнева, М. Виноградова // Российская юстиция. – 2004. – № 2. – С. 8–20.

вирок, у якому наведено лише перелік доказів, без «прив'язки» їх до конкретних елементів складу кримінального правопорушення, не є вмотивованим. У справі «*Boldea v. Romania*» ЄСПЛ наголосив, що суд першої інстанції не здійснив розгляд всіх складових елементів правопорушення і зовсім не аналізував докази, надані заявником, що надало б йому можливість у разі необхідності ухвалити вмотивоване рішення, чого йому в справі не вдалося зробити. Румунський суд апеляційної інстанції не дав відповіді щодо мотивів цієї апеляції, які полягали, зокрема, у недостатності мотивації рішення, ухваленого судом першої інстанції. Тому ЄСПЛ визнав у цій справі порушення вимоги щодо справедливості судового розгляду.

Мотивування полягає й у тому, що суд повинен вказати у вирокі, чому він відкидає одні докази й приймає інші. Особливо ретельно суд повинен поставитися до викладення у вирокі результатів аналізу доказів, що свідчать на користь обвинуваченого. Якщо один і той самий суд повторно розглядає кримінальну справу і ухвалює рішення, що суттєво відрізняється від попереднього, він повинен мотивувати причини зміни рішення. ЄСПЛ визнав порушення права на справедливий судовий розгляд у справі «*Salov v. Ukraine*», оскільки національні суди не надали обґрунтованої відповіді, чому місцевий суд спочатку не знайшов доказів засудження особи за обвинуваченнями, їй інкримінованими, та 7 березня 2000 р. повернув справу на додаткове розслідування, а 6 липня 2000 р. визнав заявника винуватим. Відсутність обґрунтованого рішення суду завадила порушити ці питання в стадії апеляційного провадження.

Ухвалення вирокі у формі «судового наказу» не знижує вимог до його обґрунтування, хоча суд й постановляє вирок, як правило, на підставі відомостей, здобутих під час досудового розслідування, які не досліджуються у судовому засіданні.

Специфіка рішення у кримінальній справі, ухваленого судом присяжних, може «заповнювати» відсутність мотивації. Колегія присяжних відповідає на запитання, поставлені перед нею суддею, головуєчим у засіданні. ЄСПЛ вважає, що навіть з огляду на те, що на кожне з запитань, поставлених головуєчим, присяжні можуть відповідати «так» або «ні», ці запитання створюють основу, на яку спирається вердикт присяжних. Точність цих запитань достатньою мірою компенсує те, що присяжні не наводять мотивів своїх відповідей. Тому в разі ухвалення судом присяжних рішень у такому порядку порушення ч. 1 ст. 6 ЄКПЛ не відбувається («*Papon v. France*»).

Недопустимість покарання двічі за одне й те саме порушення

Нікого не може бути вдруге притягнуто до суду або покарано в порядку кримінального провадження під юрисдикцією однієї і тієї самої держави за правопорушення, за яке його вже було остаточно виправдано або засуджено відповідно до закону та кримінальної процедури цієї держави (ч. 1 ст. 4 Протоколу № 7 до ЄКПЛ¹).

Із цього загального правила є виняток, згідно з яким провадження може бути відновлене згідно із законом та кримінальною процедурою відповідної держави за наявності нових або нововиявлених фактів, які могли вплинути на результати розгляду справи (ч. 2 ст. 4 Протоколу № 7 до ЄКПЛ). Отже, додаткове провадження у кримінальній справі є можливим лише за новими або нововиявленими фактами.

Тому суду важливо вирішити, чи є правопорушення тими самими. У практиці ЄСПЛ є кілька підходів до розв'язання цього питання.

Основою першого підходу є «та сама поведінка» (*idem factum*), незалежно від кваліфікації.

Другий підхід виходить із припущення про те, що поведінка обвинуваченого, яка спричинила його переслідування в судовому порядку, хоч і є тією самою, але постулює можливість того, що та сама поведінка становить відразу кілька правопорушень (*concoeurs idéal d'infractions*), які можуть бути предметом розгляду в окремих провадженнях.

Третій підхід наголошує на «основних елементах» кожного з двох правопорушень. У справі «*Franz Fischer v. Austria*» ЄСПЛ підтвердив, що ст. 4 Протоколу № 7 до ЄКПЛ допускає можливість здійснення переслідування за ряд правопорушень, які впливають із одного протиправного діяння. Однак, оскільки цьому положенню суперечило б повторне покарання особи за правопорушення, що лише «номінально є різними», ЄСПЛ постановив, що в таких випадках він має додатково дослідити питання, чи не містять такі правопорушення однакові «ознаки складу».

ЄСПЛ вважає, що наявність різних методів для з'ясування того, чи є правопорушення, за вчинення якого заявника піддали переслідуванню, тим самим правопорушенням, за яке він уже був раніше остаточно засуджений або виправданий, породжує юридичну невизна-

¹ Протокол № 7 від 22 листопада 1984 р. до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. // Офіційний вісник України. – 2006. – № 32. – Ст. 2375.

ченість, що є несумісним з одним із основоположних прав – правом не бути підданим судовому переслідуванню двічі за одне й те саме правопорушення.

Аналіз міжнародних правових документів, що містять принцип *non bis in idem*, розкриває різноманітність використовуваних для нього формулювань. Відмінність між такими поняттями, як «ті самі діяння» або «та сама фактологічна база», з одного боку, і поняттям «[те саме] правопорушення» – з іншого, і ЄСПЛ, і Міжамериканський суд з прав людини визнали важливим чинником на користь розроблення єдиного підходу, заснованого на тотожності змісту діянь, відкидаючи як нерелевантну юридичну кваліфікацію таких діянь. Доходячи цього висновку, обидва суди відзначали, що такий підхід був би на користь правопорушнику, який знатиме, що після того, як він був засуджений і відбув своє покарання або був виправданий, йому вже не слід побоюватися якогось переслідування за те саме діяння («Sergey Zolotukhin v. Russia»).

Суд, який вирішує питання про винуватість обвинуваченого, повинен мати дані про те, що особа раніше не була притягнута до кримінальної відповідальності за кримінальне правопорушення, у зв'язку з яким вона обвинувачується у цьому провадженні.

Призначення покарання

У разі постановлення обвинувального вироку суд призначає покарання за вчинення кримінального правопорушення відповідно до норм як (1) кримінального, так і (2) процесуального закону.

1. Одним із європейських стандартів кримінального судочинства є принцип «*nulla poena sine lege*» (ніякого покарання без закону), закріплений у ч. 1 ст. 7 ЄКПЛ: «Нікого не може бути визнано винуватим у вчиненні будь-якого кримінального правопорушення на підставі будь-якої дії чи бездіяльності, яка на час її вчинення не становила кримінального правопорушення згідно з національним законом або міжнародним правом. Також не може бути призначене суворіше покарання ніж те, що підлягало застосуванню на час вчинення кримінального правопорушення».

Згідно із зазначеним стандартом забороняється застосування кримінального закону за аналогією. ЄСПЛ визнав порушення принципу «*nulla poena sine lege*» у справі «E.K. v. Turkey» у ситуації, коли особу – видавця неперіодичного видання засудили за аналогією як видавця періодичного видання.

2. Призначення покарання судом має ґрунтуватися на встановленні ним винуватості обвинуваченого за процесуальним стандартом

«поза розумним сумнівом». Призначення покарання за наявності якихось сумнівів свідчить про невикористання судом презумпції винуватості, що у кримінальному процесі є неприпустимим і суперечить ч. 2 ст. 6 ЄКПЛ. ЄСПЛ визнав порушення цієї конвенційної норми у ситуації, коли апеляційний суд встановив, що обвинувачений дістав неправомірну вигоду внаслідок відповідних кримінальних правопорушень, хоча у справі не було доказано, що він мав якесь майно, джерело походження якого він не міг достатньо пояснити. Апеляційний суд дійшов такого висновку, гіпотетично екстраполюючи на основі сукупності фактів і суджень, що містилися у поліцейських звітах («Geerings v. the Netherlands»).

8.4. Прозорість судових рішень: зміст і значення

Повна поінформованість про практику всіх судів є однією з головних умов справедливого застосування закону в кримінальних справах. Насамперед це стосується суддів, публічних обвинувачів, адвокатів. Однак кожний громадянин у демократичному суспільстві повинен мати можливість ознайомитися з рішеннями, які ухвалюються однією з гілок державної влади.

Доступ до судових рішень забезпечує відкритість діяльності судів загальної юрисдикції та прогнозованість судових рішень, а також сприяє однаковому застосуванню законодавства.

Принцип прозорості (транспарентності) діяльності судів є одним з міжнародних стандартів і дістав відображення у багатьох міжнародних актах з прав людини, – зокрема у ст. 10 ЗДПЛ, ст. 14 МПГПП, ст. 13 Конвенції про права дитини¹, п. 8 Мінімальних стандартних правил ООН, що стосуються відправлення правосуддя щодо неповнолітніх², ст. 6 ЄКПЛ.

¹ Конвенція про права дитини, ухвалена 44-ю сесією Генеральної Асамблеї ООН 20 листопада 1989 р. // Зібрання чинних міжнародних договорів України. – 1990. – № 1. – С. 205.

² Мінімальні стандартні правила ООН, що стосуються відправлення правосуддя щодо неповнолітніх, від 29 листопада 1985 р. // http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_211

Найефективнішим способом доступу до судових рішень наразі є правові інформаційно-пошукові системи. КМ РЕ розроблені принципи відбору, обробки, представлення та архівації судових рішень у правових інформаційно-пошукових системах (Рекомендація R (95) 11 щодо відбору, обробки, представлення та архівації судових рішень в правових інформаційно-пошукових системах¹). КМ РЕ рекомендує своїм членам створювати такі інформаційні пошукові електронні системи, в яких міститимуться судові рішення, архівовані та розміщені за тематикою, враховуючи, що така інформація повинна бути доступна широкому загалу через мережу Інтернет.

Право на доступ до судових рішень забезпечується:

- офіційним оприлюдненням їх на офіційному веб-порталі судової влади України;
- опублікуванням в друкованих виданнях;
- поширенням в електронній формі;
- особам, які беруть (брали) участь у справі, – в порядку, встановленому процесуальним законом;
- особам, які не беруть (не брали) участі у справі, – у повному обсязі, якщо вони безпосередньо стосуються їхніх прав, свобод, інтересів чи обов'язків.

Для доступу до судових рішень в Україні діє **ЄДРСР** – *автоматизована система збирання, зберігання, захисту, обліку, пошуку та надання електронних копій судових рішень*.

Гарантії доступу до судових рішень у кримінальних справах:

1. Судові рішення, внесені до ЄДРСР, є відкритими для безоплатного цілодобового доступу на офіційному веб-порталі судової влади України.

2. Для реалізації права доступу до судових рішень, внесених до ЄДРСР, користувачу надаються можливості пошуку, перегляду, копіювання та роздрукування судових рішень або їх частин.

3. Судові рішення, внесені до ЄДРСР, можуть офіційно опублікуватися у друкованих виданнях. Судові рішення можуть офіційно опублікуватися в скороченому обсязі, якщо це виправдано метою видання.

¹ Рекомендація R (95) 11 КМ РЕ щодо відбору, обробки, представлення та архівації судових рішень в правових інформаційно-пошукових системах, ухвалена 11 вересня 1995 р. // http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_129

4. Кожен має право повністю або частково відтворювати судові рішення, що проголошені судом прилюдно, у будь-який спосіб, у тому числі через оприлюднення в друкованих виданнях, у ЗМІ, створення електронних баз даних судових рішень. При цьому слід мати на увазі, що будь-яке редагування тексту судового рішення не повинно спотворювати його зміст.

8.5. Заочний судовий розгляд

Право на участь у судовому розгляді кримінальної справи щодо себе є фундаментальним правом обвинуваченого, адже завдяки йому він може ефективно реалізовувати своє право на захист від обвинувачення: допитувати свідків обвинувачення, подавати докази, заявляти клопотання тощо. Право бути присутнім забезпечує обвинуваченому право на справедливий судовий розгляд. Тому позбавлення обвинуваченого цього права повинне розглядатися як порушення ст. 6 ЄКПЛ.

Без участі обвинуваченого судовий розгляд може відбутися лише у виняткових випадках, встановлених законом. Законодавство європейських держав передбачає різноманітні підстави можливої відсутності обвинуваченого у судовому засіданні. Так, у кримінальному процесі Данії обвинувачений взагалі не зобов'язаний бути присутнім у судовому засіданні. КПК Франції передбачає, що заочне провадження можливе щодо кожної особи, яка належним чином була викликана до суду і не з'явилася у встановлений час, у малозначних справах, у справах про злочини і правопорушення¹.

КПК Республіки Молдова допускає можливість слухання справи за відсутності обвинуваченого у випадках, якщо:

- він ухиляється від явки до суду;
- обвинувачений, який перебуває під арештом, відмовляється постати перед судом для розгляду справи, і його відмова підтверджується його захисником;
- відбувається розгляд справи про вчинення незначних злочинів, коли обвинувачений виявив бажання, щоб судовий розгляд проводився за його відсутності (ст. 321).

¹ Маляренко В.Т. Про заочне провадження у кримінальному судочинстві // Вісник Верховного Суду України. – 2004. – № 10 (50). – С. 12–13.

Відмова від права на участь

Будь-яка причина відсутності обвинуваченого у судовому засіданні може бути підставою до заочного розгляду лише за умови, що його було завчасно повідомлено про час і місце судового розгляду та висунуте обвинувачення. Цей факт повинен бути з'ясований судом поза розумним сумнівом.

ЄСПЛ вважає, що з огляду на основне місце, яке відводиться праву на справедливий судовий розгляд у демократичному суспільстві, ст. 6 ЄКПЛ покладає на кожен національний судовий орган зобов'язання перевіряти, чи мав обвинувачений змогу дізнатися про наявність провадження щодо нього в тому разі, коли це оспорюється на підставах, що не відразу здаються вочевидь безперечними («*Somogyi v. Italy*»).

ЄСПЛ визнав порушення ст. 6 ЄКПЛ у ситуації, коли італійські суди, ухвалюючи рішення про заочний судовий розгляд, спиралися не більше, ніж на презумпцію відмови обвинуваченого від права на участь. Адже у справі не було даних про те, що обвинувачений відмовився від цього права або робив спроби ухилитися від правосуддя («*Colozza v. Italy*»).

У справі «*Mariani v. France*» ЄСПЛ встановив, що обвинувачений не відмовлявся бути присутнім у судовому засіданні. Однак він не мав фізичної можливості бути присутнім, оскільки відбував тюремне покарання в Італії. З огляду на це ЄСПЛ наголосив, що французькі органи, попри рекомендацію ухвали суду присяжних, згідно з якою обвинувачений був проголошений таким, що перебував у розшуку, були обізнані з кримінальним становищем заявника, оскільки рішення про виклик до суду присяжних йому перед цим надіслали до в'язниці, де він відбував покарання.

Участь захисника

Право кожного, кого обвинувачено у вчиненні кримінального правопорушення, на ефективний захист за допомогою адвоката є однією із засадничих характеристик справедливого судового розгляду. Обвинувачений не втрачає цього права тільки через те, що він не присутній на засіданнях суду. Попри те, що законодавець повинен бути взмозі перешкоджати випадкам невиправданої відсутності осіб, він, однак, не може їх карати, передбачаючи винятки з права на отримання юридичної допомоги. Законна вимога про те, щоб обвинувачений був присутнім на судових слуханнях, може бути виконана за допомогою інших засобів, ніж позбавлення права на захист («*Van Geyselghem v. Belgium*»).

Особливо актуальним є представництво адвокатом відсутнього обвинуваченого, коли у суді розглядаються питання права, наприклад, щодо строків давності притягнення до кримінальної відповідальності, застосування принципу «non bis in idem» тощо. ЄСПЛ вважає, що навіть якщо кримінальне процесуальне законодавство держави накладає абсолютну заборону на представлення адвокатами інтересів обвинувачених, чії справи розглядаються в заочному порядку, суд повинен надати адвокатам можливість представити позицію захисту з питань права. Карати обвинуваченого за його відсутність у суді такою абсолютною забороною висувати будь-які заперечення, на думку ЄСПЛ, є очевидно непропорційним («Krombach v. France»).

Необхідність повторного розгляду

Обвинувачений, кримінальна справа щодо якого була розглянута судом в порядку заочного провадження, має право наполягати на її повторному розгляді як з питань факту, так і з питань права, якщо наведе суду вагомі причини на виправдання своєї відсутності. Повторний розгляд кримінальної справи після її заочного розгляду є гарантією для обвинуваченого на особисту участь у встановленні обґрунтованості обвинувачень, висунутих проти нього. Безпідставна відмова суду в повторному розгляді справи розцінюється як «відмова у правосудді».

Знищення чи втрата матеріалів кримінального провадження не може бути перешкодою у проведенні повторного судового розгляду, адже ці матеріали можуть бути відновлені за клопотанням засудженого чи його захисника. Відмова суду в повторному розгляді лише на підставі того, що матеріали провадження у справі знищені, суперечить принципам, закріпленим у ст. 6 ЄКПЛ, що було констатовано ЄСПЛ в рішенні у справі «Stoichkov v. Bulgaria».

Запитання і завдання

1. Лисенко, обвинувачуваний за ч. 2 ст. 152 КК, під час підготовчого провадження заявив клопотання про розгляд його справи у закритому судовому засіданні. На обґрунтування свого клопотання він посилався на те, що для з'ясування пом'якшуючих обставин він буде змушений розкривати у своїх свідченнях інтимні обставини сімейного життя.

Яке рішення повинен ухвалити суд за клопотанням підсудного?

2. Під час судового розгляду суд, попри заперечення захисника, задовольнив клопотання прокурора про виклик до суду двох свідків, які

не були допитані під час досудового розслідування. Незадоволений таким рішенням суду захисник почав голосно звинувачувати суд в упередженості. Головуючий зробив йому зауваження про недопустимість такої поведінки і попередив про відповідальність за неповагу до суду. Однак захисник продовжував кричати, висловлюючи незгоду з рішенням суду про задоволення клопотання прокурора.

Яке рішення може ухвалити суд у разі повторного порушення захисником порядку в залі судового засідання?

Від імені суду ініціюйте притягнення захисника до юридичної відповідальності, склавши відповідний документ.

3. Суд, задовольнивши клопотання захисника, здійснив судовий виклик свідка. Однак той у судове засідання не з'явився, не повідомивши причини нез'явлення.

Яке рішення у цій ситуації може ухвалити суд?

Оформіть рішення суду відповідною ухвалою.

4. Для участі у судовому розгляді сторона обвинувачення залучила 14 свідків, а сторона захисту – 19 свідків. Перед початком розгляду головуючий дав розпорядження про видалення свідків із зали судового засідання.

Яких заходів повинен вжити судовий розпорядник, щоб допитані й недопитані свідки не спілкувалися між собою?

5. Під час допиту свідка в судовому засіданні головуючий порівняв його свідчення в суді зі свідченнями під час досудового розслідування, наданими свідком в ході допиту, проведеного співробітником оперативного підрозділу за дорученням слідчого. Захисник зробив зауваження головуючому, звернувши його увагу на те, що свідчення, надані свідком під час досудового розслідування, оголошенню у судовому засіданні не підлягають.

Чи правильним є зауваження захисника?

6. Суд, вийшовши із нарадчої кімнати, проголосив лише резолютивну частину обвинувального вироку. Наступного дня вирок розміщено у ЄДРСР, і у цей самий день копія вироку вручена обвинуваченому і прокуророві.

Чи не порушено судом вимогу про публічне оголошення судового рішення, сформульовану в ч. 1 ст. 6 ЄКПЛ?

Чи повинен був суд вручити копію вироку захисникові?

7. Головуючий після призначення судового розгляду судом присяжних здійснив письмовий виклик 7 осіб, внесених до списку присяжних і визначених автоматизованою системою документообігу суду. Один із викликаних не з'явився у призначений час і повідомив секретарю

судового засідання, що роботодавець не звільняє його від роботи для участі у судовому розгляді як присяжного.

Викладіть алгоритм дій головуючого у цій ситуації.

8. Суд має право призначити розгляд у судовому засіданні обвинувального акта, який надійшов з клопотанням про його розгляд у спрощеному провадженні, та викликати для участі в ньому учасників кримінального провадження, якщо визнає це за необхідне.

Складіть перелік обставин, за яких суд може визнати за необхідне викликати у судове засідання учасників провадження.

Додаткова література

1. Банчук О.А., Куйбіда Р.О. Вимоги статті 6 Конвенції про захист прав людини та основних свобод до процедури здійснення судочинства. – К.: ІКЦ «Леста», 2005. – 116 с.

2. Григор'єва І.В. Особливості судового розгляду за новим КПК України // <http://nsj.gov.ua/training/judges/kpk5/>

3. Дьомін Ю.М. Окремі питання участі прокурора в суді за новим КПК України // http://www.lex-line.com.ua/?go=full_article&id=1238

4. Маляренко В.Т. Про змагальність сторін у кримінальному судочинстві та функціональне становище суду (окремі аспекти) // Вісник Верховного Суду України. – 2002. – № 6. – С. 6–10.

5. Шишкін В. Формування суду присяжних (досвід Іспанії) // Право України. – 2002. – № 2. – С. 139–142.

Розділ 9

ПРОВАДЖЕННЯ З ПЕРЕГЛЯДУ СУДОВИХ РІШЕНЬ

9.1. Загальні положення

В ідеалі рішення суду першої інстанції у кримінальній справі мало би бути остаточним. Це забезпечувало б усталеність юридичних відносин і юридичну визначеність у справі, стабільність судових рішень. Але у практичній діяльності суду в кримінальних справах (так само як і в інших юридичних справах) подібне становище є практично недосяжним. Суддя, яким би він професіоналом і моральною людиною не був, здає під час ухвалення рішень припускати помилок.

Помилки можуть стосуватися:

- констатації факту, що покладається в основу рішення;
- встановлення причинного зв'язку між подією кримінального правопорушення і діями обвинуваченого;
- кваліфікації діяння;
- визначення юридичних наслідків кримінально-протиправного діяння;
- дотримання правил, встановлених процесуальних законом, тощо.

Залишення таких помилок у силі завдало б суттєвої шкоди правосуддю і безпосередньо судам, а також інтересам осіб, котрих стосується рішення суду. Ця шкода є неспівмірною із нестабільністю рішення суду першої інстанції у зв'язку із його переглядом вищестоящими судами. Зазначені обставини є підґрунтям для існування у кримінальному процесуальному праві інституту оскарження і перегляду судових рішень¹ і підставою для таких теоретичних постулатів:

- 1) оскарженням може бути будь-яке судове рішення у широкому сенсі, тобто як рішення по суті справи: вирок, ухвала;
- 2) судове рішення може бути оскаржене усіма особами, інтересів котрих воно стосується.

¹ Згідно із четвертим принципом Основних принципів незалежності судових органів рішення, ухвалені суддями, не підлягають перегляду. Цей принцип не перешкоджає здійснювати відповідно до закону судовий перегляд.

Метою оскарження завжди є усунення шляхом нового судового рішення шкоди, яка виникла або може виникнути в результаті виконання рішення, що оскаржується.

Кожен, кого засуджено за будь-яке кримінальне правопорушення, має право на те, щоб його засудження і вирок були переглянуті вищестоящою судовою інстанцією згідно із законом (ст. 5 МПГПП).

Статтю 2 Протоколу № 7 до ЄКПЛ передбачено, що кожен, кого суд визнав винуватим у вчиненні кримінального правопорушення, має право на перегляд судом вищої інстанції факту визнання його винуватим або постановленого йому вироку. Із цього права можуть бути винятки для передбачених законом незначних порушень, або коли певну особу судив у першій інстанції найвищий суд, або коли її було визнано винуватою і засуджено після оскарження виправдувального вироку.

Крім міжнародних правових актів, питання оскарження і перегляду судових рішень у кримінальних справах регламентуються національним законодавством.

Кримінальне процесуальне законодавство може передбачати різноманітні форми провадження з перегляду судових рішень, одні з яких мають *позовний* характер (апеляція; касація; «повторна» касація; перегляд за новими і нововиявленими обставинами), інші – *ревізійний* характер (у порядку нагляду вищестоящих судів за нижчестоящими).

Зазначені провадження можуть відрізнятися одне від одного у таких принципових моментах:

- переглядається рішення суду, що не набрало законної сили, чи те, що її набрало;
- під час перегляду предметом дослідження є питання факту і права чи лише питання права;
- чи уповноважений вищестоящий суд ухвалити своє рішення, яке б заміняло рішення нижчестоящего суду, чи тільки залишити в силі або скасувати рішення нижчестоящего суду без ухвалення нового рішення по суті справи і направити її на новий судовий розгляд до суду нижчої інстанції;
- зупиняє оскарження дію судового рішення чи ні;
- чи є можливим для засудженого поворот до гіршого;
- чи зв'язаний суд, який переглядає рішення, доводами сторін, чи ні;
- перегляд рішення здійснюється з ініціативи сторін кримінального процесу чи вищестоящих судів.

Судові системи держав мають ієрархічну побудову для забезпечення інстанційності судового розгляду і перегляду рішень, ухвалених за його результатами: перша, друга (апеляція) і третя (касація) інстанції.

Виступати у ролі судів певних інстанцій можуть лише національні судові органи.

ЄСПЛ не є судом якоїсь інстанції. Цей суд сам встановив практику невтручання у результати судового розгляду з тієї підстави, що подібне втручання перетворює ЄСПЛ на суд четвертої інстанції. У рішенні у справі «Johnson v. the United Kingdom» зазначено, що ЄСПЛ не повинен виступати як апеляційний суд, або, як іноді кажуть, суд четвертої інстанції, стосовно рішень, ухвалених національними судами. Саме національні суди повинні тлумачити і застосовувати відповідні положення матеріального і процесуального права. Більш того, національні суди знаходяться в кращому становищі під час оцінки достовірності свідчень та допустимості доказів щодо питань конкретної справи.

З 2001 р. в Україні ініціаторами перегляду судового рішення у кримінальній справі можуть бути лише сторони (особи, заінтересовані у вирішенні справи). Вищестоячі суди не мають повноважень щодо порушення з власної ініціативи питання про перегляд вироків, ухвал і постанов, ухвалених нижчестоящими судами. Ініціювання вищестоящими судами питання про перегляд рішень нижчестоящих судів суперечить, зокрема, засаді диспозитивності, згідно з якою сторони після ухвалення судом рішення можуть самі обирати варіант своєї поведінки – оскаржувати його чи ні. Процедура перегляду судових рішень у порядку нагляду було визнано ЄСПЛ такою, що порушує ст. 6 ЄКПЛ («Sovtransavto Holding v. Ukraine»), зокрема її вимогу про юридичну визначеність. Можливість у будь-який час скасувати остаточне судові рішення, яке вже може бути й виконане, є несумісною із зазначеним принципом.

Повторний розгляд кримінальної справи після її заочного розгляду не є формою перегляду судового рішення, адже справа розглядається не у зв'язку із незгодою з судовим рішенням, а через непогодження із первинним порядком її розгляду – заочним. Рішення, ухвалені за результатами заочного розгляду, можуть бути оскаржені у загальному порядку, якщо закон не встановлює обмежень щодо цього.

Існування інституту перегляду судових рішень у процесуальній системі держави є гарантією дотримання прав і свобод громадян. Водночас перегляд не повинен здійснюватися лише тому, що особа суто сподівається отримати від вищестоящего суду інше рішення у справі.

Перегляд судових рішень вищестоящими судовими інстанціями є найбільш поширеним механізмом забезпечення у державі однакового застосування закону судами.

У провадженнях із перегляду судових рішень діють усі засади кримінального судочинства: змагальності й рівності можливостей сторін; відкритості судового засідання тощо.

9.2. Апеляція

Апеляційне провадження – це стадія кримінального процесу, змістом якої є перегляд за апеляційними скаргами сторін рішень місцевих судів у кримінальних справах, що не набрали законної сили, і рішень цих судів під час досудового розслідування справ, які набрали законної сили.

Світова практика знає два види апеляційного провадження, які мають назви:

- 1) повна апеляція;
- 2) неповна апеляція.

Для **повної апеляції** притаманними є такі ознаки:

- повторне дослідження доказів у повному обсязі;
- надання суду нових доказів;
- відсутність права на повернення справи до суду першої інстанції;
- ухвалення нового рішення або залишення рішення суду першої інстанції без змін.

Ознаками **неповної апеляції** є:

- заборона посилатися на нові докази, не розглянуті судом першої інстанції;
- обмеженість дослідження доказів, яке в цілому засноване на аналізі письмових доказів;
- можливість повернення справи до суду першої інстанції для нового розгляду справи по суті ухваленого рішення.

Апеляційне провадження *не є обов'язковою стадією* кримінального процесу. Вона виникає і існує тільки в результаті реалізації представниками сторін свого диспозитивного права на оскарження рішення суду першої інстанції.

Основною рисою апеляційного провадження є перехід кримінальної справи із місцевого суду до вищої судової інстанції – апеляційного суду.

Стадія апеляційного провадження має таке **значення**:

- 1) є додатковою гарантією справедливості рішення місцевого суду;
- 2) є гарантією від незаконного і необґрунтованого засудження обвинуваченого;

3) є гарантією прав та інтересів не тільки обвинуваченого, а й потерпілого, цивільного позивача та інших учасників кримінального процесу;

4) формує єдину судову політику, сприяючи підвищенню якості судового розгляду кримінальної справи судами першої інстанції, що діють у межах територіальної юрисдикції суду апеляційної інстанції;

б) сприяє тому, щоб не допускалося звернення до виконання незаконних і необґрунтованих вироків;

7) забезпечує виправлення помилок, яких припустився суд першої інстанції;

8) ухвалене судом апеляційної інстанції рішення за результатами перегляду справи може бути оскаржене у касаційному порядку;

9) з ухваленням судом апеляційної інстанції рішення в учасників кримінального процесу виникає право на звернення до ЄСПЛ у зв'язку із використанням усіх національних засобів юридичного захисту. ЄСПЛ вважає ці засоби вичерпаними після перегляду судового рішення в останній національній судовій інстанції, яка уповноважена переглядати фактичні обставини справи.

Процесуальна діяльність під час апеляційного провадження здійснюється на підставі таких загальних положень.

1) **Свобода оскарження судових рішень.** Зміст цього положення полягає в тому, що:

– право на оскарження рішення суду першої інстанції є диспозитивним правом учасників (сторін), яким вони можуть вільно скористатися. При цьому свобода учасників дістає вияв у самостійному вирішенні питання як про подання апеляції, її зміну та доповнення, так і про відкликання апеляції;

– перегляд судового рішення в апеляційному порядку не ставиться в залежність від будь-яких умов: різновиду рішення; характеру кримінального правопорушення; тяжкості покарання; особи засудженого тощо;

– не передбачається внесення до апеляційного суду грошової застави особою, яка подає апеляцію.

2) **Перевірка як законності, так і обґрунтованості рішення суду першої інстанції.** Суд апеляційної інстанції перевіряє:

– правильність встановлення фактичних обставин справи;

– правильність застосування кримінального закону;

– дотримання норм кримінального процесуального закону.

3) **Перевірка законності і обґрунтованості судового рішення тільки в межах поданої апеляції.** Це загальне положення є виявом змагальності сторін. Із нього можуть бути винятки:

– не перевіряються висновки суду першої інстанції щодо обставин кримінальної справи, які не можна оскаржувати в апеляційному порядку;

– якщо розгляд апеляції дає підстави для прийняття рішення на користь осіб, щодо яких апеляції не надійшли, апеляційний суд зобов'язаний прийняти таке рішення.

4) **Короткостроковість термінів подання апеляції.** Для подання апеляції законодавством встановлюються стислі терміни. Короткостроковість термінів подання апеляції на рішення суду, що не набрало законної сили, не є обмеженням прав учасників, які мають право на апеляцію. Строк подання апеляції є нетривалим, адже юридична невизначеність рішення суду першої інстанції, яке не набрало законної сили, не повинна тривати довго.

5) **Апеляційне провадження може бути здійснене за апеляцією на одне й те саме рішення місцевого суду в одній кримінальній справі лише один раз.** Це положення не поширюється на випадки, коли кримінальна справа після її перегляду апеляційним судом була направлена для повторного розгляду до суду першої інстанції, а рішення останнього стало предметом апеляції.

Інститут апеляційного провадження (оскарження), крім притаманних йому позитивних рис, має і негативні. Серед останніх слід виокремити такі:

1) існування в кримінальному процесуальному праві інституту апеляційного провадження пов'язане із офіційною недовірою до місцевих судів;

2) кожен випадок скасування або зміни в апеляційному порядку рішення суду першої інстанції похитує авторитет нижньої (основної) ланки судів;

3) апеляційне провадження не дає вагомих гарантій того, що нове рішення буде більшою мірою узгоджуватися з інтересами правосуддя, ніж оскаржене судове рішення. Навпаки, провадження в апеляційному порядку потенційно здатне знижувати ці гарантії. Такий висновок ґрунтується на таких положеннях:

– апеляційні суди у більшості випадків віддалені від населення, через що вони є менш доступними для нього. Ця обставина може бути причиною нез'явлення учасників процесу до суду. Іноді закон допускає розгляд справи апеляційним судом за відсутності сторін;

– за такого порядку порушується принцип змагальності і положення щодо безпосередності дослідження судом доказів, адже він часто працює лише з письмовими матеріалами, що є у справі;

– якщо навіть апеляційний суд вирішить провести судове слідство, то свідчення свідків вже не матимуть тієї доказової сили, яку вони мали у місцевому суді, через те, що минув певний час;

– у тих випадках, коли обвинувачений був виправданий в суді першої інстанції колегіально діючим судом (3 судді) – два проти одного, а в апеляційному суді – обвинувачений такою самою більшістю суддів, то загальна кількість голосів, поданих в обох інстанціях за виправдання і засудження, є однаковою – 3 і 3, але вирок залишиться обвинувальним попри те, що в першій інстанції справа слухалася за більш сприятливих для правосуддя умов.

Наявність таких недоліків апеляційного провадження не заважає його існуванню в різних формах у всіх європейських державах. Це означає, що апеляційне провадження має набагато більше позитивного, ніж негативного, а останнє не є перешкодою для виконання цим провадженням своїх завдань.

Гарантії справедливості судового розгляду є застосовними й до апеляційного провадження, адже воно становить частину цілого процесу розв’язання питання про обґрунтованість оспорюваного кримінального обвинувачення («*Ross v. the United Kingdom*»).

Право на апеляцію. Відхилення

Право на апеляцію мають учасники судового розгляду, інтереси яких зачіпає судове рішення. Осіб, які мають право подавати апеляцію, називають апелянтами.

Важливим аспектом в реалізації права на апеляцію є розумний підхід до встановлення строків оскарження. Вони не повинні бути занадто великими, аби вирок суду першої інстанції не перебував протягом значного часу в стані невизначеності, й стислими настільки, щоб обмежити доступ потенційних апелянтів до апеляційного суду через фізичну неспроможність підготувати і подати апеляцію у строк.

Розглядаючи питання про допуск до розгляду апеляції, поданої з пропущенням строку, встановленого законом, суд повинен ґрунтовно розглянути клопотання про його поновлення, врахувавши усі юридичні аспекти, і належним чином обґрунтувати відхилення. У справі «*Osu v. Italy*» ЄСПЛ визнав порушення права на справедливий судовий розгляд у апеляційній інстанції через те, що суд не врахував положення закону про автоматичне зупинення строків протягом певного періоду часу.

Підстави відхилення апеляцій повинні бути врегульовані процесуальним законом. За українським законом у апеляційному порядку

не можна оскаржувати вирок суду першої інстанції, постановлений за результатами спрощеного провадження, з підстав розгляду провадження за відсутності учасників судового провадження, недослідження доказів у судовому засіданні або з метою оспорювати обставини, встановлені досудовим розслідуванням. Не дозволяється оскарження вироку в апеляційному порядку й з підстав заперечення обставин, які ніким не оспорювалися під час судового розгляду і дослідження яких було визнано судом недоцільним. Ці положення спрямовані на уникнення тяганини під час судового розгляду, здійснення його протягом розумних строків.

Закон може передбачати обмеження права на подання апеляції у кримінальних справах про незначні кримінальні правопорушення. ЄСПЛ дуже виважено ставиться до поняття «незначні правопорушення». Висновок про те, чи є правопорушення незначним, робиться на підставі покарання. При цьому до уваги береться не лише реально призначене покарання, а й те, що загрожувало особі, тобто передбачене як максимальне у санкції статті закону про кримінальну відповідальність. Критерієм є питання про те, можна за таке правопорушення особу покарати позбавленням волі чи ні. У одній справі було вирішено, що позбавлення волі на строк не більше восьми днів було незначним. У іншій фактично було призначене покарання у вигляді позбавлення волі на строк три доби, а стаття передбачала максимальньо п'ятнадцять діб. На підставі цього ЄСПЛ дійшов висновку, що це є досить суворим покаранням і правопорушення не можна вважати незначним за змістом ч. 2 ст. 2 Протоколу № 7 до ЄКПЛ («Galstyan v. Armenia»).

Повідомлення про надходження апеляцій і про слухання

Учасники кримінального провадження, які мають право подавати апеляції, повинні бути завчасно повідомлені про надходження апеляцій від інших учасників. Про надходження апеляцій мають повідомлятися усі потенційні апелянти, незалежно від того, представляють вони одну сторону чи різні. Повідомлення про надходження апеляцій має на меті інформування заінтересованих учасників провадження про факт подання апеляції у їхній справі і про її зміст з тим, щоб мати можливість або приєднатися до апеляційних вимог, або подати заперечення на апеляцію.

Дуже важливо, аби учасники процесу, які подали апеляції, були завчасно повідомлені про час та місце перегляду судового рішення у суді апеляційної інстанції. Строк між повідомленням про початок слу-

хань і останнім моментом подання заперечення на апеляцію повинен бути достатнім (розумним). На апелянта і його захисника (адвоката) не можна покладати обов'язок самостійно з'ясувати у суді час і місце слухання. Знання захисника (адвоката) процедури подання і розгляду апеляції не може бути виправданням неповідомлення його про час і місце засідання суду апеляційної інстанції.

Крім оголошення, що вивішується у суді першої інстанції та/або у суді апеляційної інстанції, закон може передбачати додаткові способи повідомлення про апеляційні слухання: письмове повідомлення конкретним учасникам; повідомлення телефоном, факсом, електронною поштою тощо. Повідомлення про слухання, крім вчасності його здійснення, повинно відповідати вимозі щодо його зрозумілості для адресата (апелянта), тобто бути здійснене мовою, яка є для нього рідною або якою він вільно володіє.

Зміна кваліфікації обвинувачення

В апеляційному провадженні діє правило «заборони повороту на гірше», під яким розуміють недопустимість погіршення становища обвинуваченого, виправданого порівняно зі становищем, встановленим вироком суду першої інстанції. Апеляційний суд не уповноважений застосовувати щодо засудженого більш суворий кримінальний закон або призначати більше покарання, скасовувати виправдувальний вирок, скасовувати рішення суду першої інстанції про звільнення обвинуваченого від відбуття покарання, якщо апеляційну скаргу подав сам обвинувачений, виправданий. Він також не може погіршити становище обвинуваченого в частині фактичних обставин справи, у тому числі тоді, коли це не має наслідком зміну кримінально-правової кваліфікації кримінального правопорушення.

Заборона повороту на гірше є суттєвою гарантією правосуддя і дотримання прав людини. Вона сприяє реалізації іншого загального положення апеляційного провадження – свободи оскарження судового рішення.

Заборона повороту на гірше може бути як абсолютною, так і мати певні винятки. Останні полягають у тому, що суд апеляційної інстанції уповноважений погіршити становище засудженого за певних умов, наприклад, якщо в апеляції сторони обвинувачення ставилося питання про це; в апеляційному суді було проведено судове слідство, під час якого були досліджені фактичні обставини справи, тощо. Абсолютна заборона стосується випадків подання апеляційної скарги самим обвинуваченим, виправданим.

Зміна кваліфікації обвинувачення може бути причиною погіршення становища апеляційним судом, якщо обвинувачення перекваліфіковане на більш тяжке. Але сама по собі зміна кваліфікації обвинувачення в умовах апеляційного провадження, які передбачають новий розгляд фактичних обставин справи, не несе жодної загрози обвинуваченому, якщо забезпечені його права (1) бути докладно і вчасно повідомленим про підстави обвинувачень, висунутих проти нього, та (2) мати достатньо часу і можливостей для підготування свого захисту.

Суттєвим критерієм для визначення достатності часу для підготовки до захисту від обвинувачення, кваліфікація якого змінилася, є суть цих змін. Якщо зміни стосувалися лише юридичної оцінки фактів, що вже були предметом розгляду в суді першої інстанції, то час, необхідний для підготовки до захисту, може бути меншим, ніж у випадку, коли до обвинувачення додані нові факти.

Допустимість нових доказів. Повідомлення змісту доказів

Сторона захисту в апеляційному суді має право на повідомлення щодо змісту нових доказів у кримінальній справі. Неповідомлення обвинуваченому і його захисникові про надходження нових документів або відомостей є порушенням права на захист, а тому несумісне з вимогами ст. 6 ЄКПЛ щодо справедливого судового розгляду.

Суд апеляційної інстанції, оскільки він «перевіряє» кримінальну справу за фактичними обставинами, може приймати нові докази та виправляти порушення, пов'язані із ненаданням стороні захисту доступу до доказів під час досудового розслідування та у суді першої інстанції.

Ненадання такої можливості є порушенням права на справедливий судовий розгляд. ЄСПЛ у рішенні у справі «Vaturi v. France» констатував порушення ст. 6 ЄКПЛ у ситуації, коли особу протягом досудового розслідування і судового розгляду було позбавлено права клопотати про вчинення слідчих дій, заперечувати особам, які висували обвинувачення проти неї, та наводити власні контраргументи, допитувати і вимагати допиту свідків, а суд апеляційної інстанції також відхилив єдину вимогу бути заслуханим та мати очну ставку. У цьому рішенні зазначено, що вся система обраного обвинуваченим захисту, в основу якої було покладене слухання на відкритому засіданні у вигляді змагального процесу і заслуховування свідків як обвинувачення, так і захисту, виявилась скомпрометованою, адже особі не надали адекватної та достатньої можливості для користування своїм правом на захист.

У тих випадках, коли суд апеляційної інстанції ухвалює нове (інше) рішення на підставі тих самих фактів, що були покладені в основу рішення суду першої інстанції, він повинен навести мотиви цього. Особливо це стосується рішень, якими погіршується становище засудженого. У справі «Vidal v. Belgium» ЄСПЛ встановив порушення ЄКПЛ, адже апеляційний суд після виправдувального вироку суду першої інстанції постановив обвинувальний вирок, не маючи нових доказів і не мотивувавши свого рішення.

9.3. Інші форми перегляду

Касація

Касаційне провадження – це *стадія кримінального процесу, змістом якої є перегляд (перевірка) за касаційними скаргами сторін рішень судів першої та апеляційної інстанцій.*

Касація буває «ступінчатою» і «стрибковою». В умовах першої касаційна скарга може бути прийнята до розгляду судом касаційної інстанції лише після перегляду судового рішення в апеляційній інстанції. «Стрибкова» касація допускає перегляд рішення суду першої інстанції без попереднього перегляду його в апеляційному суді. В Україні «стрибкова» касація існувала до набрання чинності КПК 2012 р.

Касаційне провадження в ході свого розвитку набуло рис «змішаної» і «чистої» касації.

Для **«змішаної»** касації притаманними є такі ознаки:

- кримінальна справа перевіряється в повному обсязі, незалежно від вимог касаційної скарги;
- суд розглядає суть справи;
- можливість зміни рішення без повернення справи до нижчестоящого суду.

Ознаками **«чистої»** касації є такі:

- справа переглядається лише в обсязі, заявленому в касаційній скарзі;
- суд касаційної інстанції розглядає не суть справи (факти), а правильність застосування закону і форм процесу;
- рішення суду касаційної інстанції визнає порушення закону, внаслідок чого скасовується рішення нижчестоящого суду, або констатує відсутність порушень закону, що має наслідком відхилення скарги;

– можливість повернення справи до нижчестоящего суду, який розглядав справу, або до іншого суду першої інстанції.

Стадія касаційного провадження не є обов'язковою стадією кримінального процесу. Вона виникає і існує тільки в результаті реалізації представниками сторін свого права на оскарження рішення суду.

Значення стадії касаційного провадження розкривається через такі положення:

1) касаційне провадження є гарантією від незаконного засудження обвинуваченого;

2) ця стадія є гарантією дотримання прав та інтересів не тільки обвинуваченого, а й потерпілого, цивільного позивача та інших учасників кримінального процесу;

3) касаційне провадження формує однакову практику застосування судами законів на всій території країни;

4) воно сприяє тому, щоб не допускалось звернення до виконання незаконних і необґрунтованих рішень судів;

5) воно забезпечує виправлення помилок, яких припустилися суди першої та/або другої інстанцій.

Провадження у касаційній інстанції здійснюється на підставі таких **загальних положень**:

1) **Свобода касаційного оскарження судових рішень**. Зміст цього положення є аналогічним до змісту положення щодо свободи апеляційного оскарження рішень місцевих судів.

2) **Перевірка законності оскаржуваного рішення**. Суд касаційної інстанції перевіряє:

– правильність застосування кримінального закону;

– дотримання норм кримінального процесуального закону.

3) **Перевірка законності судового рішення тільки в межах поданої касації**. Це загальне положення має виняток: якщо розгляд касації дає підстави для прийняття рішення на користь осіб, щодо яких касації не надійшли, суд касаційної інстанції зобов'язаний ухвалити таке рішення.

4) **Заборона провадити судове слідство**. Це правило притаманне для касаційного провадження, адже завданням його не є «перевірення» кримінальної справи на підставі нових фактичних обставин, які здобуваються під час судового слідства.

5) **Заборона повороту на гірше**. На відміну від суду апеляційної інстанції суд касаційної інстанції позбавлений повноважень своїм рішенням погіршувати становище засудженого навіть у тому разі,

якщо питання про це ставилося у касаціях учасників з боку сторони обвинувачення.

б) **Короткостроковість термінів подання касації є відносною.** Терміни подання касації порівняно з термінами подання апеляції, як правило, є більшими. Після ухвалення рішення судом апеляційної інстанції ступінь юридичної визначеності у кримінальній справі стає більшим, а тому немає нагальної потреби змушувати відповідних учасників поспішати з поданням касації. На збільшення строку подання касації порівняно зі строком подання апеляції впливає і те, що суд касаційної інстанції є більш віддаленим від місцевого і апеляційного судів.

7) **Недопустимість перегляду в касаційному порядку рішень, ухвалених судами в межах стадії досудового розслідування** (про обшук, взяття під варту тощо). Надання права на касаційне оскарження рішень досудового розслідування могло б завдати шкоди реалізації засади розумності строків кримінального провадження.

Відновлення справи за нововиявленими обставинами

Відновлення кримінальної справи за нововиявленими обставинами чи в разі виявлення суттєвих недоліків у попередньому судовому розгляді передбачене ч. 2 ст. 4 Протоколу № 7 до ЄКПЛ.

Відновлення справи відбувається не за скаргами учасників з приводу незаконного чи необґрунтованого, на їхню думку, вирішення кримінальної справи на підставі тих даних, що є у ній на момент оскарження, а за заявами про те, що з'явилися такі обставини, які на момент ухвалення судового рішення не були відомими суду. Тому відновлення справи не можна вважати простим переглядом судового рішення. Справу відновлюють з метою її повторного розгляду в повному обсязі або, якщо цього не заперечують учасники процесу, – без дослідження даних, які ніким не оспоруються. Після завершення провадження у відновленій справі суд постановляє рішення, яким замінює попереднє рішення.

Кримінальна справа може бути відновлена за нововиявленими обставинами, якщо рішення суду набрало законної сили. Тому якщо такі обставини з'являються на етапі оскарження в апеляційному порядку рішень, які не набрали законної сили, вони можуть бути поставлені на вирішення суду апеляційної інстанції.

Підставами відновлення справи можуть бути або нововиявлені обставини про кримінальне правопорушення, або недоліки у судовому розгляді, пов'язані із можливими процесуальними порушеннями. Пе-

релік таких обставин встановлюється у кримінальному процесуальному законодавстві.

Умовою, за якої зазначені обставини можуть стати підставою відновлення кримінальної справи, є можливість кожної з них або в сукупності між собою чи з обставинами кримінальної справи суттєво вплинути на результати справи. Наявність такої умови забезпечує стабільність судового рішення, а отже, і юридичну визначеність у вирішеній кримінальній справі. Відновлення кримінальної справи гарантує баланс інтересів особи, щодо якої здійснюється перегляд, і інтересів у належному відправленні правосуддя.

Відновлення кримінальної справи за нововиявленими обставинами не суперечить принципу «non bis in idem», адже у разі підтвердження судом наявності нових обставин попереднє рішення у справі скасовується, а замість нього ухвалюється інше – з урахуванням нових обставин.

У межах провадження з відновлення кримінальної справи не допускається перегляд у зв'язку з тим, що після вирішення справи і набрання законної сили судовим рішенням були прийняті нові закони, інші нормативно-правові акти, якими скасовані закони та інші нормативно-правові акти, що діяли на час ухвалення рішення. В іншому разі це суперечило би правилу про заборону зворотної дії закону, і кожне судове рішення перебувало би під загрозою скасування кожного разу, коли приймається новий закон.

Справу може бути відновлено незалежно від того, в якій інстанції було постановлено судові рішення. Заява про відновлення подається до суду тієї інстанції, який першим припустився помилки через незнання про існування таких обставин. Перегляд кримінальної справи здійснюється за правилами провадження у тій інстанції, яка відновила кримінальну справу. А ухвалене рішення може бути оскаржене не у порядку, передбаченому для оскарження судових рішень суду відповідної інстанції. Після ухвалення рішення у справі, відновленій за нововиявленими обставинами, втрачають силу усі рішення, постановлені у ній раніше.

Оскільки відповідальність за незнання судом обставин, які існували на момент ухвалення рішення, але не були враховані, покладати на виправданого не можна, кримінальна справа, у якій постановлено виправдувальний вирок, може бути відновлена лише в межах строків давності кримінальної відповідальності. А якщо йдеться про можливість у зв'язку з нововиявленими обставинами притягнути особу до

кримінальної відповідальності за більш тяжке кримінальне правопорушення, – в межах строків давності за це (більш тяжке) кримінальне правопорушення. Кримінальний процесуальний закон встановлює стислий строк між виявленням нових обставин і початком перегляду виправдувального вироку. Відновлення кримінальної справи з метою виправдання особи чи зменшення її відповідальності строками не обмежується.

Оскільки подання заяви про відновлення справи за нововиявленими обставинами має позовний характер, то особа, яка її подала, має право відмовитися від заяви. Особа повинна це зробити до початку судового розгляду у відновленій справі. У разі відмови від заяви кримінальне провадження за нововиявленими обставинами закривається. Після початку судового розгляду закриття цього провадження стає неможливим. В іншому разі це означало б, що кожний учасник, який подав заяву про відновлення справи, має право вирішувати за суд питання про те, здійснювати правосуддя у справі чи ні. Крім того, встановлення факту того, чи вплинули нововиявлені обставини на правильність судового рішення, спрямоване на забезпечення інтересів правосуддя, а останні не можуть залежати від волі учасника процесу, якому після початку судового розгляду на певному етапі дослідження нововиявлених обставин стає зрозумілим, що рішення може бути не на його користь.

Суд, який заново розглядає кримінальну справу, може або ухвалити нове рішення, або залишити заяву про відновлення справи без задоволення.

Потреба забезпечити стабільність судового рішення є підставою для обмеження права особи повторно звертатися до суду із заявою про відновлення кримінальної справи із такою самою заявою з тих самих підстав.

Перегляд справи Верховним Судом України

Перегляд кримінальної справи ВСУ утворює зміст такого поняття, як «повторна касація», адже воно здійснюється після перегляду судового рішення в порядку касаційного провадження. Вперше «повторна касація» була запроваджена в Україні у 2002 р. з прийняттям Закону «Про судоустрій України» (ст. 47).

У «повторній касації», так само як і у «звичайній» касації, предметом перегляду є лише питання права, зокрема:

- застосування судом закону, який не відповідає Конституції України;
- неправильного застосування судом норм міжнародних договорів;

– встановлення міжнародною судовою установою факту порушення міжнародних зобов'язань, що призвело до неправильного вирішення справи;

– неоднакового застосування судом касаційної інстанції одного й того самого положення закону тощо.

В українському кримінальному процесуальному законодавстві передбачені дві підстави для перегляду справи ВСУ:

– неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм закону про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно небезпечних діянь (крім питань призначення покарання, звільнення від покарання та від кримінальної відповідальності), що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень;

– встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні справи судом.

Друга підстава запроваджена у вітчизняне кримінальне процесуальне законодавство на виконання рекомендацій КМ РЄ. Останній рекомендував державам – учасницям ЄКПЛ прийняти закони, якими врегулювати порядок перегляду справ і відновлення провадження справ на внутрішньодержавному рівні у зв'язку з рішеннями ЄСПЛ¹. Ця рекомендація ґрунтується на рішенні ЄСПЛ у справі «Paramichalopoulos v. Greese», згідно з яким рішення, у якому Суд визнає порушення прав, накладає на державу-відповідача зобов'язання припинити порушення прав, зробити репарації за наслідками такого порушення таким чином, щоб, наскільки це можливо, відновити становище, що мало місце до такого порушення. У такий спосіб ЄСПЛ висловив широко відомий принцип міжнародного права *restitutio in integrum*.

Попри те, що ЄКПЛ не містить положень, якими б держави зобов'язувалися передбачати у внутрішньому праві можливості перегляду справ і відновлення провадження у справі, КМ РЄ у своїй Рекомендації зазначає, що наявність таких можливостей була б, за певних обставин, надзвичайно важливою, а в деяких справах – дійсно єдиним засобом досягнення *restitutio in integrum*. Все більша кількість держав приймає спеціальне законодавство, що забезпечує можливість

¹ Рекомендація № R (2000) 2 КМ РЄ щодо перегляду справ і відновлення провадження справ на внутрішньодержавному рівні у зв'язку з рішеннями Європейського суду з прав людини, ухвалена 19 січня 2000 р. // http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994_175

перегляду справ і поновлення провадження в справі. У Законі України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»¹ зазначено, що стягувачеві (заявникові до ЄСПЛ у справі проти України, на користь якого постановлено рішення цього Суду, або його представнику чи правонаступнику) надсилається повідомлення з роз'ясненням його права порушити провадження про перегляд справи відповідно до чинного законодавства (п. «а» ч. 1 ст. 11). ВСУ за цією підставою переглядав кримінальні справи і до регламентації її у кримінальному процесуальному законодавстві. Так, на підставі рішення ЄСПЛ 2008 р. у справі «Яременко проти України» у 2009 р. було переглянуто судові рішення у кримінальній справі щодо Яременка².

ВСУ переглядає судові рішення з підстави неоднакового застосування норм кримінального закону. Якщо міжнародна судова установа констатує факт недотримання норм процесуального права, то перегляд справи у порядку «повторної касації» здійснює касаційний суд за правилами, встановленими для перегляду справ у касаційному порядку.

Рішення за результатами «повторної касації» є обов'язковими для виконання усіма судами. Отже, ВСУ виконує завдання щодо забезпечення однакового застосування усіма судами норм вітчизняного кримінального та процесуального законодавства, а також норм міжнародних договорів України.

Запитання і завдання

1. У кримінальному провадженні, для проведення якого був потрібен значний час, призначено запасного суддю. Судовий розгляд тривав протягом 20 днів і завершився постановленням обвинувального вироку. Запасний суддя не був присутній два дні поспіль у зв'язку з хворобою. Через відсутність запасного судді судовий розгляд не відкладався.

¹ Закон України від 23 лютого 2006 р. «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» // Офіційний вісник України. – 2006. – № 12. – Ст. 792.

² Ухвала ВСУ у справі Яременка О.В. в порядку виняткового провадження від 31 липня 2009 р. // <http://hr-lawyers.org/index.php?id=1253007491>

Захисник засудженого подав апеляційну скаргу, у якій виклав вимогу скасувати вирок з підстави істотного порушення вимог кримінального процесуального закону.

Яке рішення має бути ухвалене судом апеляційної інстанції за апеляцією захисника? Складіть відповідну ухвалу суду.

2. Захисник подав апеляцію про скасування обвинувального вироку суду в зв'язку з тим, що прокурор погодив своє рішення про зміну (збільшення) обсягу обвинувачення не з керівником органу прокуратури, в якому він працює (керівником місцевої прокуратури), а з керівником регіональної прокуратури.

Чи підлягає апеляція задоволенню?

3. Суд першої інстанції за клопотанням захисника Котенка змінив щодо обвинуваченого Петренка запобіжний захід з особистого зобов'язання на взяття під варту. Захисник Петренка, подаючи апеляційну скаргу на вирок, виклав у ній заперечення й проти ухвали суду про зміну його підзахисному запобіжного заходу.

Викладіть письмово частину апеляційної скарги захисника, що стосується його заперечень проти зміни запобіжного заходу.

4. Керівник регіональної прокуратури подав апеляційну скаргу на обвинувальний вирок у зв'язку з тим, що керівник місцевої прокуратури, який брав участь у судовому розгляді, наполягав на менш суворому покаранні для обвинуваченого, а суд призначив більш суворе.

Апеляційний суд повернув скаргу керівнику регіональної прокуратури, обґрунтувавши своє рішення тим, що він не брав участі у судовому розгляді.

Чи відповідає вимогам закону рішення апеляційного суду?

5. Суд апеляційної інстанції ухвалив судові рішення за результатами письмового провадження, адже усі учасники судового провадження заявили клопотання про здійснення провадження за їх відсутності. Вирок суду першої інстанції залишено без змін.

Засуджений та його захисник подали касаційну скаргу в зв'язку з тим, що апеляційне провадження було здійснене без застосування технічних засобів фіксування кримінального провадження. У скарзі вони просять суд касаційної інстанції скасувати ухвалу апеляційного суду і направити кримінальну справу на новий апеляційний розгляд згідно з правилами судового розгляду в суді першої інстанції.

Яке рішення за апеляційною скаргою повинен ухвалити суд касаційної інстанції?

6. Томенка засуджено до 10 років позбавлення волі за одержання хабара в особливо великому розмірі. У складі суду, який постановив

вирок, був суддя Гришин, п'ятирічний (після призначення Президентом України) термін перебування якого на посаді судді закінчився за два дні до постановлення вироку щодо Томенка. Верховна Рада України не ухвалила рішення про призначення Гришина на посаду судді безстроково через те, що не працювала у зв'язку із блокуванням трибуни у сесійній залі.

Чи є в наведеній ситуації підстави для скасування вироку судом апеляційної інстанції?

7. Вироком місцевого суду обвинуваченого – пенсіонера Фурика – засуджено за спричинення середньої тяжкості тілесних ушкоджень потерпілому – пенсіонерові Матюшину – і задоволено цивільний позов у частині відшкодування моральної шкоди у розмірі 5 тис. грн. Суд апеляційної інстанції, задовольнивши апеляційну скаргу потерпілого, змінив вирок і збільшив розмір моральної шкоди до 20 тис. грн. Засуджений Фурик звернувся до суду касаційної інстанції з касаційною скаргою, в якій просив рішення апеляційного суду скасувати і залишити розмір моральної шкоди в сумі 5 тис. грн. Потерпілий подав до суду заперечення на касаційну скаргу.

Наведіть обставини, які, на вашу думку, мав би викласти потерпілий у запереченнях на касаційну скаргу, аби переконати суддів суду касаційної інстанції в необхідності залишити рішення апеляційного суду без змін.

8. Кондрашенка засуджено до 6 років позбавлення волі за обвинуваченням у тому, що він, перебуваючи на посаді заступника голови райдержадміністрації, одержав хабара у великому розмірі за сприяння у виділенні земельної ділянки ТОВ «Вогонь» під будівництво АЗС. Земельну ділянку виділено згідно з розпорядженням глави райдержадміністрації на підставі колегіального рішення земельної комісії. Суди апеляційної і касаційної інстанцій залишили вирок без змін.

Захисник Кондрашенка, ознайомившись із рішеннями суду касаційної інстанції, встановив, що у трьох аналогічних ситуаціях суд застосовував статтю закону про кримінальну відповідальність, за якою його засуджено, інакше – залишав без змін виправдувальні вирокі щодо осіб, які займали такі самі посади і вчиняли аналогічні дії.

Складіть від імені захисника заяву про перегляд ВСУ рішення суду.

9. Грунтуючись на свідченнях двох свідків, суд виправдав Черняхівського, який обвинувачувався у вчиненні умисного вбивства (ч. 1 ст. 115 КК). Виправдувальний вирок апеляційна інстанція залишила без змін. У касаційному порядку вирок не оскаржувався. Через п'ять місяців до

прокурора з'явилися зазначені свідки і повідомили, що у суді вони дали завідомо неправдиві свідчення, адже злякалися погроз родичів Черняхівського. Насправді вони бачили як останній вчинив вбивство.

Як повинен діяти в цій ситуації прокурор?

Чи підлягає виправдувальний вирок щодо Черняхівського перегляду? Якщо так, то який суд повинен переглянути вирок?

Додаткова література

1. Беднарська В.М. Перегляд судових рішень у зв'язку з нововиявленими обставинами – виняткова й окрема стадія в системі кримінального судочинства // Вісник Верховного Суду України. – 2005. – № 10 (62). – С. 42–44.

2. Макаренко Г. Апеляція і касація: чи доцільне поєднання // Юридичний вісник України. – 2003. – 5–11 липня.

3. Омеляненко Г. Поняття, суть і форми перегляду вироків, постанов, ухвал суду в кримінальних справах // Право України. – 2003. – № 10. – С. 90–95.

4. Сірий М. Система перегляду судових рішень в Україні: погляд у майбутнє // Юридичний журнал. – 2003. – № 3 // <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=18>

5. Шишкін В.І., Куйбіда Р.О. Оскарження й перегляд судових рішень в Україні. – К.: Факт, 2003. – 128 с.

Розділ 10

РЕАБІЛІТАЦІЯ

10.1. Поняття реабілітації

Органи досудового розслідування, органи обвинувачення і суд повинні прагнути того, щоб здійснені ними процесуальні дії і ухвалені процесуальні рішення були справедливими і ґрунтувалися на фактичних і юридичних підставах. Однак не завжди увесь кримінальний процес чи окремі його частини здійснюються у повній відповідності до цього положення. Особу може бути заарештовано, щодо неї може бути розпочато процес притягнення до кримінальної відповідальності, а пізніше звільнено і виправдано, або постановлено обвинувальний вирок, який вищестоящий суд скасовує і постановляє виправдувальний вирок у цій справі, тощо.

Самі по собі звільнення з-під варти чи виправдання не дорівнюють повному відшкодуванню шкоди. З метою повного відшкодування і компенсації шкоди, відновлення прав особи, щодо якої були здійснені зазначені дії і ухвалені рішення, законодавство держави передбачає інститут реабілітації.

«Реабілітація» (від лат. – «відновлення») – термін, що широко використовується в медицині для позначення комплексу медичних заходів, спрямованих на відновлення порушених функцій організму і працездатності хворих та інвалідів.

У юриспруденції під терміном «реабілітація» (відновлення в правах) розуміють:

- рішення про закриття кримінального провадження або постановлення виправдувального вироку;
- різновид відповідальності держави перед громадянами за діяльність створених нею органів;
- процес (процедуру), що здійснюється відповідними державними органами з приводу відшкодування шкоди;
- стан, коли шкода вже відшкодована (реабілітація «відбулася»);
- правовий інститут.

Реабілітацію частіше розглядають в останньому значенні терміна, адже саме через норми правового інституту регламентуються і підстави та порядок прийняття реабілітаційного рішення, і відповідальність держави перед громадянами, і процедура відшкодування завданої шкоди, і юридичний стан після її відшкодування.

Галузева належність інституту реабілітації остаточно не визначена. В юридичній літературі, переважно в навчальній, відомості про цей інститут або взагалі відсутні, або є незначними за обсягом. Пояснюється таке «неуважне» ставлення до інституту реабілітації зокрема тим, що він, висловлюючись мовою військових, перебуває на «нічийній смузі» – на межі таких галузей права, як цивільне, кримінальне процесуальне, цивільне процесуальне, трудове, житлове. Тому представники відповідних галузей науки і навчальних дисциплін не вважають його «своїм».

Реабілітація – це міжгалузевий правовий інститут, що регламентує процесуальний порядок реалізації відповідальності держави перед особою, метою якого є повне відновлення майнових, трудових, пенсійних, житлових, службових, інших особистих прав обвинуваченого, порушених під час провадження у кримінальній справі.

Значення інституту реабілітації визначається рядом чинників, які обумовлюють необхідність його вивчення.

1. Масштабами, в яких він повинен реалізовуватися. Щорічно в Україні у кримінальних справах суди постановляють виправдувальні вироки щодо понад 300 осіб¹. Але тільки 1 особа із 20 виправданих звертається за відшкодуванням майнової і моральної шкоди, завданої у зв'язку із кримінальним провадженням.

2. Основною причиною неналежної реалізації норм інституту реабілітації є незнання або недостатнє знання практичними співробітниками органів судової влади і органів правопорядку, які здійснюють досудове розслідування, чинного законодавства і практики його застосування. Серед них поширена думка, що шкода, спричинена незаконними діями, повинна у всіх випадках відшкодовуватися із їхньої власної кишені або за рахунок того органу, де вони працюють. І те, й інше має для них небажані наслідки: у першому випадку постраждає сімейний бюджет; у другому – розгнівається керівництво, невдоволене незапланованими витратами. Якщо у співробітників немає таких побоювань, то вони часто не знають, що і як потрібно зробити для того, щоб допомогти громадянину, якому їхніми діями завдано шкоди.

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

3. Для постраждалих від зловживань і помилок суддів та службових осіб органів правопорядку факт виправдання або закриття кримінальної справи у зв'язку з реабілітуючими обставинами є надзвичайно важливим: їхня репутація повністю відновлюється, вони знову набувають «статусу» порядних і законослухняних громадян.

Але цього замало: реабілітація повинна також мати наслідком усунення, за можливістю, будь-яких (бажано всіх) негативних наслідків, допущених в результаті помилок чи зловживань під час кримінального провадження. Це потрібно як особам, яких реабілітують, так і суду та органам правопорядку для підтримання їхнього престижу (і головне – престижу держави).

10.2. Юридичні підстави реабілітації і момент виникнення права на відшкодування

Юридичні підстави реабілітації у кримінальному процесі визначаються різноманітними нормативно-правовими актами.

Конституцією України встановлено, що «держава відповідає перед людиною за свою діяльність» (ст. 3) і що «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, їх посадових і службових осіб при здійсненні ними своїх повноважень» (ст. 56), а «у разі скасування вироку суду як неправосудного держава відшкодовує матеріальну і моральну шкоду, завдану безпідставним засудженням» (ст. 62).

Положення щодо реабілітації містять і міжнародні правові акти. Зокрема, у МПГПП зазначено: «Якщо будь-яка особа остаточним рішенням була засуджена за кримінальне порушення і якщо постановлений щодо неї вирок був згодом скасований або їй було дароване помилування на тій підставі, що якась нова чи нововиявлена обставина незаперечно доводить наявність судової помилки, то ця особа, яка зазнала покарання в результаті такого засудження, одержує компенсацію згідно з законом, якщо не буде доведено, що вказана невідома обставина не була свого часу виявлена виключно або частково з її вини» (ст. 6). Аналогічна норма викладена і у ст. 3 Протоколу № 7 до ЄКПЛ.

ЄКПЛ проголошує, що кожен, хто є потерпілим від арешту або затримання на порушення положень цієї статті, має захищене позовом право на відшкодування (ч. 5 ст. 5).

КПК передбачає, що шкода, завдана незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органу, що здійснює досудове розслідування, прокуратури або суду, відшкодовується державою за рахунок державного бюджету у випадках та в порядку, передбачених законом. Законом, спеціально призначеним врегулювати питання відшкодування і компенсації шкоди, є Закон «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду»¹.

Юридичними фактами, з настанням яких виникає право на відшкодування шкоди, в українському кримінальному процесі є:

- постановлення виправдувального вироку суду;
- встановлення в обвинувальному вироку суду чи іншому рішенні суду (крім ухвали суду про призначення нового розгляду) факту незаконного повідомлення про підозру у вчиненні кримінального правопорушення, незаконного взяття і тримання під вартою, незаконного проведення в ході кримінального провадження обшуку, виїмки, незаконного накладення арешту на майно, незаконного відсторонення від роботи (посади) та інших процесуальних дій, що обмежують чи порушують права та свободи громадян;
- закриття кримінального провадження за відсутністю події кримінального правопорушення, відсутністю у діянні складу кримінального правопорушення або у зв'язку з невстановленням достатніх доказів для доведення винуватості особи в суді й вичерпанням можливостей їх отримати.

Отже, право на відшкодування виникає з моменту набрання законної сили реабілітаційними рішеннями суду або органів кримінального переслідування, незалежно від винуватості службових осіб цих органів. Для виникнення зазначеного права не має значення, чиї дії (за-

¹ Закон України від 1 грудня 1994 р. «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду» // <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/266/94-%D0%B2%D1%80>

Питання відшкодування та компенсації шкоди регламентуються і цивільним законодавством (ст. 1167, ст. 1176 ЦК).

явника про кримінальне правопорушення, свідків, експертів, слідчих, прокурорів, суду тощо) стали підставою для кримінального переслідування реабілітованої особи і ухвалення щодо неї обвинувального вироку суду. Держава покладає відповідальність за це лише на органи кримінального переслідування та суду і гарантує повне відшкодування та компенсацію шкоди шляхом виплати відповідних сум за рахунок державного бюджету.

Ухвалення реабілітаційного рішення (наприклад, виправдувального вироку) не має наслідком автоматичне відновлення всіх порушених прав і відшкодування (компенсацію) шкоди. Це відбувається у позовному порядку. Важливим аспектом реалізації права на відшкодування і компенсацію шкоди є роз'яснення особі відповідними державними органами порядку його реалізації.

10.3. Недопустимість відмови на підставі підозр

Для реалізації права на відшкодування (компенсацію) шкоди, завданої незаконними діями органів досудового розслідування (поліції), служби обвинувачення, суду, достатнім є набрання законної сили рішенням суду, яким особу визнано невинуватою у вчиненні кримінального правопорушення (виправдувальний вирок, вердикт), або органів обвинувальної влади про закриття кримінальної справи за результатами досудового розслідування (наприклад, постанова публічного обвинувача про закриття кримінального провадження у зв'язку із невідновленням достатніх доказів для доведення винуватості особи у суді і вичерпанням можливостей їх отримати). І в першому, і в другому випадках під час ухвалення остаточного рішення щодо особи можуть існувати (а в другому – завжди існують) сумніви щодо невинуватості особи. Однак сумніви тлумачаться на користь виправданого або особи, щодо якої кримінальне провадження закрито. Тому державний орган, який вирішує питання про відшкодування (компенсацію) шкоди, повинен враховувати положення засади презумпції невинуватості.

ЄСПЛ у справі «Sekanina v. Austria» визнав порушення презумпції невинуватості австрійськими судами за таких обставин. Суд присяжних виправдав обвинуваченого, але суд, до якого звернувся виправданий, відмовив у відшкодуванні шкоди. Рішення про відмову було обґрун-

товано тим, що колегія присяжних дотримувалась думки, що наявних підозр не досить для того, щоб винести вердикт про винуватість, проте не було жодного сумніву в тому, що розвіяти підозри при цьому не вдалося. До того ж суд, який розглядав питання про відшкодування, вбачав підтвердження серйозності підозр щодо виправданого, адже він давав санкцію на тримання цієї особи під вартою. ЄСПЛ дійшов висновку, що попри наявність остаточного рішення, яким особу виправдано, суд, який повинен ухвалити рішення за позовом про відшкодування, здійснював власну оцінку винуватості на підставі матеріалів справи суду присяжних. Висловлювати підозри щодо невинуватості обвинуваченого допускається доти, доки провадження у кримінальній справі не завершилося ухваленням рішення по суті висунутих обвинувачень. Однак посилається на такі підозри після того, як виправдувальний вирок набере сили, не є допустимим. Отже, міркування суду є несумісними з презумпцією невинуватості.

У іншій справі («Minelli v. Switzerland») особа скаржилася до ЄСПЛ на те, що встановлення суми судових витрат і компенсації у справі, яка вже не могла розглядатись у суді через строк давності, порушили презумпцію невинуватості. ЄСПЛ погодився з цим і ухвалив, що без доведення попередньої винуватості обвинуваченого за законом, зокрема без надання обвинуваченому можливості скористатися правом на захист, судові рішення щодо нього породжує відчуття, що обвинувачений є справді винуватим.

Особу, яка заявляє вимогу про відшкодування, не можна зобов'язувати доводити свою невинуватість у випадках, коли рішення про закриття кримінальної справи щодо неї ухвалене у зв'язку з недоведенням винуватості у вчиненні кримінального правопорушення. ЄСПЛ визнавав порушення презумпції невинуватості навіть у тих випадках, коли національним процесуальним законодавством встановлювався обов'язок особи, щодо якої справу закрито, шляхом заявлення вимоги про відшкодування доводити свою невинуватість. Так, в рішенні у справі «Saraeu v. Belgium» ЄСПЛ зазначив, що хоча за нормами бельгійського права постановою про закриття справи допускає відновлення її у разі появи нових доказів або нових обставин, у межах провадження про відшкодування, розпочатого після ухвалення остаточного рішення про закриття справи, не можна так просто перекладати тягар доказування. Вимога, щоб особа довела свою невинуватість, будучи свідченням того, що суд її вважає винуватою, не є обґрунтованою і має ознаки порушення презумпції невинуватості.

10.4. Недопустимість відмови без слухання або наведення мотивів

Відмова у задоволенні вимоги про відшкодування шкоди повинна бути належним чином мотивована. Рішення про відмову має базуватися на об'єктивній інформації, а не на довільно встановлених обставинах у справі.

У рішенні у справі «Fedotov v. Russia» ЄСПЛ встановив порушення ч. 5 ст. 5 ЄКПЛ, яка гарантує кожному, хто є потерпілим від арешту чи затримання, забезпечене правовою санкцією право на відшкодування. Порушення, на думку ЄСПЛ, полягало у тому, що суд, до якого особа звернулася з позовом про відшкодування шкоди, довільно встановивши обставини у справі, констатував у своєму рішенні, що її «фактично під варту не брали», всупереч численним доказам протилежного.

Вирішуючи позови про відшкодування шкоди, суди повинні зважати на те, що у певних випадках є доцільним заслухати потерпілого. Це необхідно для здійснення правосуддя і демонстрації суспільству того, що держава несе відповідальність за свої дії і рішення. Заслуховування потерпілого сприяє визначенню належного рівня відшкодування, особливо у випадках, коли йдеться про моральну шкоду, що має особистий характер і яку встановити лише за матеріалами кримінальної справи неможливо. Заслуховування потерпілого і визначення адекватного розміру відшкодування має більше значення, ніж міркування швидкості судового розгляду.

10.5. Різновиди відшкодування шкоди

Шкода, завдана незаконним засудженням, арештом та іншими діями і рішеннями державних органів, має бути відшкодована державою у повному обсязі.

Різновидами відшкодування державою шкоди особі є такі:

1. Повернення:

– заробітку та інших грошових доходів, які особа втратила внаслідок незаконних дій;

– майна (в тому числі грошей, грошових вкладів і відсотків за ними, цінних паперів та відсотків за ними, частки у статутному капіталі господарського товариства, учасником якого була особа, та прибутку, який

вона не отримала на цю частку, інших цінностей), конфіскованого або зверненого в доход держави судом, вилученого органом досудового розслідування;

- майна, на яке накладено арешт;
- штрафів, стягнутих на виконання вироку суду, процесуальних витрат та інших витрат, що їх зазнала особа;
- сум, сплачених особою у зв'язку з наданням їй юридичної допомоги.

2. **Компенсація** моральної шкоди здійснюється у зв'язку не з усіма, а лише з окремими діями і рішеннями, внаслідок яких її було завдано. Моральна шкода компенсується у разі, коли незаконні дії органів, що здійснюють досудове розслідування, служби обвинувачення і суду завдали моральних втрат особі, призвели до порушення її нормальних життєвих зв'язків, вимагають від неї додаткових зусиль для організації свого життя.

Компенсація моральної шкоди особі здійснюється виходячи із певного мінімуму за кожен місяць розслідування і судового розгляду. В Україні такий мінімум становить один мінімальний розмір заробітної плати.

3. **Відновлення порушених прав:**

1) *трудових:*

– поновлення на колишній роботі (посаді), а в разі неможливості цього (наприклад, внаслідок ліквідації підприємства, скорочення посади) – надання державною службою зайнятості іншої підходящої роботи;

– визнання недійсним запису про звільнення з роботи (посади), зробленого у трудовій книжці;

– зарахування терміну перебування під вартою, терміну відбуття покарання, а також часу, протягом якого особа не працювала у зв'язку з незаконним відстороненням від роботи (посади), до загального трудового стажу та до стажу роботи за спеціальністю, стажу державної служби, безперервного стажу;

– врахування при наданні працівникам, службовцям різних пільг і переваг, в тому числі при призначенні пенсій і допомоги по державному соціальному страхуванню, трудового стажу, обчисленого із зарахуванням періодів перебування під вартою, відсторонення від роботи тощо;

2) *пенсійних* – прирівнювання до роботи, яка передувала незаконному засудженню чи незаконному притягненню до кримінальної відповідальності, або яку особа має після звільнення від кримінальної відповідальності чи після відбуття покарання, періодів перебування під

вартою, відбуття покарання, відсторонення від посади при призначенні пенсії за віком на пільгових умовах (на вибір громадянина);

3) *житлових* – повернення особі, яка втратила право користуватися житловим приміщенням внаслідок незаконного засудження, житлового приміщення, яке вона займала раніше, а якщо воно не збереглося в натурі, то надання позачергово в тому самому населеному пункті рівноцінного впорядкованого житлового приміщення з урахуванням складу сім'ї та чинних норм житлової площі (це роблять місцеві органи державної влади і органи місцевого самоврядування);

4) *інших особистих прав*:

– поновлення військових або інших звань, а також повернення державних нагород;

– письмове повідомлення (у місячний строк) слідчим, прокурором або судом про своє рішення (виправдувальний вирок, закриття кримінального провадження за відсутністю події кримінального правопорушення, відсутністю у діянні складу кримінального правопорушення або у зв'язку з невстановленням достатніх доказів для доведення винуватості особи у суді і вичерпанням можливостей їх отримати) трудового колективу, в якому працює особа, або за її місцем проживання;

– повідомлення протягом одного місяця в ЗМІ (на вимогу особи, а в разі її смерті – родичів чи органу досудового розслідування, служби обвинувачення чи суду) про рішення, що реабілітує особу, якщо відомості про засудження або притягнення до кримінальної відповідальності, застосування до неї як запобіжного заходу взяття під варту були поширені раніше.

Запитання і завдання

1. Суд апеляційної інстанції, переглядаючи обвинувальний вирок щодо Акімова, дослідив фактичні обставини і дійшов висновку, що у його діях відсутній склад злочину. На підставі цього апеляційний суд скасував вирок суду першої інстанції і постановив новий вирок, яким виправдав Акімова, звільнивши його з-під варти у залі суду.

Обрахуйте розмір моральної шкоди, яку необхідно компенсувати Акімову в зв'язку з утриманням його під вартою.

До якого державного органу і протягом якого строку має право звернутися Акімов із заявою про відшкодування шкоди, завданої йому притягненням до кримінальної відповідальності і утриманням під вартою протягом 14 місяців? Від імені Акімова складіть відповідну заяву.

2. Ознайомтеся із ухвалою Мукачівського міськрайонного суду Закарпатської області від 6 березня 2013 р., зареєстрованою у ЄДРСР за № 29819030 (судова справа № 303/1556/13-ц).

Якими діями яких посадових осіб органів досудового розслідування, прокуратури і суду завдано шкоди виправданій особі?

Чи отримала, на вашу думку, виправдана особа справедливу сатисфакцію від держави за незаконні дії і рішення державних органів?

3. Прокурор закрити кримінальне провадження, у якому місяць тому було повідомлено про підозру Кулика, у зв'язку з тим, що не були встановлені достатні докази для доведення його винуватості в суді і вичерпані можливості їх отримати. Кулик звернувся до прокурора із заявою про визначення розміру відшкодування йому моральної шкоди у зв'язку із незаконним притягненням до кримінальної відповідальності.

Яке рішення і протягом якого строку повинен ухвалити прокурор за заявою Кулика?

Які законні варіанти дій є у Кулика у разі відмови прокурора задовольнити його заяву або у випадку неправильного визначення прокурором розміру шкоди?

Додаткова література

1. Білоконеv В. Застосування законодавства про порядок відшкодування шкоди, завданої незаконними діями правоохоронних органів: процесуальні проблеми // Право України. – 1996. – № 6. – С. 127–130.

2. Бойко О. Сильна держава має поважати право (відшкодування шкоди, завданої незаконними діями правоохоронних органів) // Урядовий кур'єр. – 2004. – № 53. – С. 5.

3. Рогатюк І. Відшкодування шкоди, заподіяної внаслідок необґрунтованої реалізації функції обвинувачення // Право України. – 2003. – № 5. – С. 89–93.

4. Татьяна Д.В. Реабилитация в уголовном процессе России (понятие, виды, основания). – М.: Юрлитинформ, 2007. – 144 с.

5. Шумило М.Є. Реабілітація в кримінальному процесі України: Монографія. – Харків: Арсіс, 2001. – 317 с.

Розділ 11

ОСОБЛИВІ ПРОВАДЖЕННЯ

11.1. Провадження у справах неповнолітніх

Загальні положення

Неповнолітні є однією із вразливих категорій обвинувачених. До числа вразливих категорій належать також іноземні громадяни, які є такими через своє громадянство, мовний бар'єр та інші чинники; особи з розумовими чи фізичними вадами; особи, які не вміють читати та писати, та інші.

Неповнолітнім (дитиною) є кожна людська істота до досягнення 18-річного віку, якщо за законом, застосовуваним до цієї особи, вона не досягає повноліття раніше (ст. 1 Конвенції про права дитини). Згідно з Мінімальними стандартними правилами ООН, що стосуються відправлення правосуддя щодо неповнолітніх («Пекінськими правилами»)¹, у контексті відправлення правосуддя неповнолітнім є особа, яка може бути притягнута за правопорушення до відповідальності в такій формі, яка відрізняється від форми відповідальності, що застосовується до дорослого (правило 2.2). Особливості провадження стосуються і тих осіб, яким на момент провадження уже виповнилося 18 років. У разі тривалого дозрівання повнолітнього у віці до 21 року йому має бути надано право на поводження як з неповнолітнім, якщо суд дійде висновку, що особистість цієї особи не сформувалася, і вона не може відповідати за свої дії як доросла людина (п. 11 Рекомендації № R (2003) 20 КМ РЄ²).

Зважаючи на вразливість неповнолітніх обвинувачених, законодавець повинен надати їм додаткові гарантії під час провадження у кримінальних справах.

¹ Мінімальні стандартні правила ООН, що стосуються відправлення правосуддя щодо неповнолітніх, від 29 листопада 1985 р. («Пекінські правила») // http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_211

² Рекомендація № R (2003) 20 КМ РЄ «Про нові підходи до злочинності серед неповнолітніх і про значення правосуддя у справах неповнолітніх», ухвалена 24 вересня 2003 р. // http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_865

Існування особливого провадження у справах про кримінальні правопорушення неповнолітніх обумовлюється необхідністю досягнення таких цілей:

- **кримінологічної**, що полягає у запобіганні вчиненню кримінальних правопорушень неповнолітніми, адже злочинність як соціальне (а точніше – антисоціальне) явище «рекрутує» (В.В. Вандишев) із неповнолітніх нових злочинців;
- **юридичної** – встановлення достовірних даних у кримінальних справах для правильного, а отже, і справедливого їх вирішення;
- забезпечення **належної правової захищеності** неповнолітнього обвинуваченого.

Складнощі у досягненні цих цілей обумовлені віковими соціально-психологічними характеристиками неповнолітніх. Найбільшою мірою під час застосування кримінальних процесуальних норм повинні враховуватися такі характеристики неповнолітніх:

- незрілість мислення;
- відсутність достатнього соціального досвіду;
- нестабільність психіки;
- підвищена емоційність;
- підвищена навіюваність і самонавіюваність;
- схильність до фантазій.

Із урахуванням цих вікових соціально-психологічних характеристик неповнолітніх «Пекінські правила» передбачають:

- наявність в осіб, які здійснюють кримінальний процес у справах неповнолітніх, відповідної кваліфікації;
- побудову судового розгляду таким чином, щоб він забезпечував інтереси неповнолітніх;
- забезпечення конфіденційності, щоб уникнути завдання шкоди неповнолітнім через непотрібну гласність або через шкоду їхній репутації¹, тощо;

¹ Ця вимога «Пекінських правил» конкретизована у національному законодавстві України, яким регламентована діяльність ЗМІ. Так, згідно з ч. 3 ст. 62 Закону України від 21 грудня 1993 р. «Про телебачення і радіомовлення» не допускається без згоди батьків або осіб, що їх замінюють, розголошення інформації, яка може сприяти ідентифікації особи неповнолітнього правопорушника, а також яка стосується факту самогубства неповнолітнього. Згідно з ч. 2 ст. 3 Закону України від 16 листопада 1992 р. «Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні» забороняється використання друкованих ЗМІ для розголошення будь-якої інформації, яка може призвести до вказання на особу неповнолітнього правопорушника без його згоди і згоди його представника.

– створення спеціалізованих судів у справах неповнолітніх.

У кримінальних справах на всіх етапах судочинства щодо неповнолітніх діють основні процесуальні гарантії:

- презумпція невинуватості;
- право бути повідомленим про висунуте обвинувачення;
- право на відмову надавати свідчення;
- право мати адвоката;
- право на присутність батьків або опікуна;
- право на очну ставку зі свідками та їх перехресний допит і право на оскарження до вищої інстанції (правило 7.1).

Загальні особливості кримінального процесу визначаються положеннями ч. 4 ст. 14 МПГПП, згідно з якою «стосовно неповнолітніх процес повинен бути таким, щоб враховувались їх вік і бажаність сприяння їхньому перевихованню». Система правосуддя щодо неповнолітніх повинна будуватися на основі принципу виправного правосуддя, згідно з яким особлива увага приділяється реінтеграції дітей у суспільство (ч. 1 ст. 40 Конвенції про права дитини).

Представництво неповнолітнього

Неповнолітні з причин їхньої вразливості у разі притягнення до кримінальної відповідальності повинні бути представлені особами, які б могли надати їм допомогу в захисті від обвинувачення. Стаття 12 Конвенції про права дитини вимагає, щоб дітям надавалася можливість бути заслуханими у будь-якому судовому розгляді, що їх стосується, безпосередньо або через представника.

Відсутність у неповнолітнього життєвого досвіду компенсується участю на його стороні законного представника, а відсутність юридичного досвіду – участю адвоката.

Неповнолітнього обвинуваченого за законом представляють особи, які несуть відповідальність за його виховання або беруть участь у його вихованні. До числа таких осіб належать батьки (усиновлювачі) неповнолітнього, а у разі їх відсутності – інші особи – опікуни чи піклувальники, інші повнолітні близькі родичі чи члени сім'ї, представники органів опіки і піклування тощо.

Законом передбачається обов'язкова участь захисника у справах про кримінальні правопорушення неповнолітніх. Пленум ВСУ роз'яснив, що у цих справах участь захисника є обов'язковою, незалежно від того, чи досягли особи на момент провадження повноліття. Це положення поширюється й на випадки, коли особа обвинувачується у

кримінальних правопорушеннях, одні з яких вчинені нею до, а інші – після досягнення 18 років (п. 2 постанови Пленуму ВСУ від 16 квітня 2004 р. № 5¹).

Право неповнолітнього на конфіденційність

Важливим правом неповнолітнього, що у свою чергу є суттєвою ознакою справедливого кримінального процесу щодо неповнолітнього, є право на конфіденційність, гарантоване у міжнародних правових документах.

У «Пекінських правилах» йдеться про доцільність дотримання конфіденційності на усіх етапах з метою уникнення завдання шкоди неповнолітньому в зв'язку із непотрібною гласністю чи ушкодженням його репутації. В принципі, не повинна публікуватися будь-яка інформація, яка може призвести до ідентифікації особи неповнолітнього обвинуваченого (правило 8), наприклад, імена обвинувачених чи засуджених неповнолітніх.

ЄКПЛ передбачає, що преса і відвідувачі можуть не допускатися до зали судових засідань протягом усього судового розгляду або якоїсь його частини з метою дотримання моральних засад, коли того вимагають інтереси неповнолітніх (ч. 1 ст. 6). Аналогічне положення є у МПГПП (ст. 14).

Попереднє ув'язнення

Ув'язнення неповнолітнього означає будь-яку форму його затримання чи тюремного арешту або поміщення до державної чи приватної виправної установи, яку неповнолітньому не дозволяється залишати за власним бажанням на підставі рішення будь-якого судового, адміністративного або іншого державного органу (п. 11 Правил ООН, що стосуються захисту неповнолітніх, позбавлених волі²).

¹ Постанова Пленуму ВСУ від 16 квітня 2004 р. № 5 «Про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини неповнолітніх» // Вісник Верховного Суду України. – 2004. – № 5. – С. 4.

² Правила ООН, що стосуються захисту неповнолітніх, позбавлених волі, ухвалені Генеральною Асамблеєю ООН (резолюція 45/113 від 14 грудня 1990 р.) / В кн.: Права людини і професійні стандарти для працівників міліції та пенітенціарних установ в документах міжнародних організацій: Українсько-американське бюро захисту прав людини, Амстердам-Київ, 1996.

Конвенція про права дитини містить гуманне положення щодо застосування до неповнолітнього запобіжного заходу. Відповідно до ст. 37 Конвенції «арешт, затримання чи тюремне ув'язнення дитини здійснюється згідно із законом та використовується лише як крайній захід і протягом якомога більш короткого відповідного періоду часу».

У п. 7 Рекомендації № R (87) 20 КМ РЄ рекомендує державам-членам заборонити тримання неповнолітніх під вартою, крім особливих випадків вчинення більш дорослими підлітками дуже тяжких кримінальних правопорушень. У цих випадках слід обмежувати тривалість тримання неповнолітніх під вартою і тримати їх окремо від дорослих.

Згідно з Законом «Про охорону дитинства»¹ затримання та арешт неповнолітніх застосовується як винятковий захід і тільки у випадках та порядку, встановлених законом. Забороняється утримання дитини у одному приміщенні з дорослими затриманими, арештованими чи засудженими особами (ч. 2 ст. 33). Це положення національного законодавства узгоджується зі ст. 10 МПГПП та п. 16 Рекомендації № R (87) 20 КМ РЄ.

Про затримання дитини негайно повідомляють батьків чи осіб, які їх замінюють, а також службу обвинувачення. У разі неможливості такого негайного повідомлення батьків (опікунів) ставлять до відома про затримання пізніше, за можливості – у стислий строк. Після затримання неповнолітній негайно повинен постати перед судом, який розглядає питання про його звільнення (правило 10 «Пекінських правил»).

Строк затримання неповнолітнього поліцією має бути меншим, ніж строк, передбачений для затримання дорослих підозрюваних. КМ РЄ вважає, що неповнолітні не можуть перебувати в поліції як затримані понад 48 годин, а для наймолодших підозрюваних цей строк повинен бути за можливості ще меншим (п. 15 Рекомендації R (2003) 20). Якщо щодо неповнолітнього застосовано попереднє ув'язнення, то його строк не повинен перевищувати 6 місяців до початку судового розгляду. Цей строк може бути продовжений суддею, якщо він дійде висновку, що затримки у процесі обґрунтовані винятковими обставинами (п. 16 цієї Рекомендації).

¹ Закон України від 26 квітня 2001 р. «Про охорону дитинства» // Голос України. – 2001. – № 98.

У справах щодо неповнолітніх обвинувачених «розумність» строків розгляду обвинувачення судом набуває першочергового значення. Законодавство повинне передбачати якомога коротші строки досудового розслідування, а судді повинні швидко, першочергово розглядати справи по суті обвинувачення.

КМ РЕ рекомендує державам-членам забезпечити, щоб справи стосовно неповнолітніх розглядались більш оперативно, уникати невинуватих відстрочок з метою створення ефективної виховної дії (п. 4 Рекомендації № R (87) 20), щоб усі стадії кримінального процесу здійснювалися в короткі проміжки часу, але у всіх справах заходи прискорення судочинства і підвищення його ефективності повинні урівноважуватися вимогами щодо дотримання процесуальних норм (п. 14 Рекомендації № R (2003) 20 КМ РЕ). У п. 17 Правил ООН, що стосуються захисту неповнолітніх, позбавлених волі, зазначено, що суди у справах неповнолітніх та слідчі органи повинні приділяти першочергову увагу максимально швидкому розгляду справ з тим, щоб період утримання під арештом був якомога менш тривалим.

ЄСПЛ наголосив, що влада повинна виявити «особливу сумлінність» для забезпечення судового розгляду щодо заарештованого неповнолітнього обвинуваченого упродовж розумного строку («Assenov v. Bulgaria»).

До неповнолітніх обвинувачених, крім загальних запобіжних заходів, можуть застосовуватись такі спеціальні заходи, як:

– передання їх під нагляд батьків, опікунів чи піклувальників, а до неповнолітніх, які виховуються у дитячій установі, – передання їх під нагляд адміністрації цієї установи;

– активна виховна робота;

– поміщення у прийомну сім'ю, виховну установу або будинок.

ВСУ роз'яснив судам, що приймаючи рішення про обрання запобіжного заходу щодо неповнолітнього, вони повинні дослідити стан здоров'я неповнолітнього, його сімейний і матеріальний стан, стосунки з батьками, дієвість існуючого контролю за його поведінкою, вид діяльності, місце проживання, дані про попередні судимості, соціальні зв'язки, схильності, спосіб життя, поведінку під час провадження в цій або іншій кримінальній справі, наявність чинників, обставин чи визнання ним моральних цінностей, які дозволяють прогнозувати його поведінку (п. 3 постанови Пленуму ВСУ від 16 квітня 2004 р. № 5).

Участь неповнолітнього у слідчих діях

Зважаючи на вікові особливості неповнолітніх кримінальне процесуальне законодавство повинне передбачати «пільговий» (полегшений) режим їхньої участі у слідчих діях. Так, неповнолітній обвинувачений викликається для участі у слідчих діях через його батьків або інших законних представників.

Тривалість слідчих дій має бути обмежена порівняно із тривалістю слідчих дій, здійснюваних щодо дорослих обвинувачених. Занадто тривалі допити неповнолітніх у певних випадках можуть розцінюватися як катування або жорстоке поводження. Тому процесуальним законом повинні бути встановлені стислі строки допитів та інших слідчих дій щодо неповнолітніх.

З метою гарантування дотримання прав неповнолітнього і забезпечення його від незаконного або такого, що суперечить цілям його виховання, психологічного впливу в слідчих діях передбачається участь педагога, психолога, лікаря, законного представника.

У кримінальних справах щодо неповнолітніх може бути призначена психологічна експертиза, яка визначає інтелектуальний рівень особи. Висновки такої експертизи мають важливе значення для вирішення питання про призначення неповнолітньому покарання або застосування інших заходів, передбачених законом про кримінальну відповідальність.

Забезпечення справедливого судового розгляду

Справедливість судового розгляду щодо неповнолітніх, крім гарантій загального характеру, що стосуються повнолітніх обвинувачених, потребує спеціальних умов, дотримання яких судом забезпечує нормальний для неповнолітнього хід процесу, неможливість завдання йому психологічної травми, врахування вікових особливостей тощо. З метою дотримання таких гарантій утворюються спеціальні (ювенальні) суди, або у структурі загальних судів запроваджуються посади суддів у справах неповнолітніх.

Судовий розгляд повинен узгоджуватися з інтересами неповнолітнього і здійснюватися в атмосфері розуміння, що дозволить неповнолітньому брати участь у ньому і вільно викладати власну позицію (правило 14.2 «Пекінських правил»).

Судді повинні вжити заходів для того, щоб судовий розгляд не справляв негативного впливу на неповнолітнього. Зміст цих заходів залежить від характеру неповнолітнього, суті справи, різновиду кримінального

правопорушення, в якому його обвинувачують, суспільного резонансу, уваги до справи преси тощо.

Такими заходами, крім закритого судового розгляду, можуть бути:

- роз'яснення судом неповнолітньому порядку розгляду;
- надання можливості до початку засідання оглянути залу;
- підвищення лави обвинувачених (підсудних) та інші заходи, спрямовані на забезпечення можливості обвинуваченого стежити за ходом судового розгляду.

ЄСПЛ визнав порушення вимоги щодо справедливості судового розгляду в ситуації, коли законні представники неповнолітнього обвинуваченого сиділи у залі судового засідання «у межах досяжності шепоту». ЄСПЛ встановив малоймовірність того, щоб неповнолітній відчував себе досить розкуто для того, щоб радитися з ними під час засідання у збудженій залі, на очах у публіки, навіть більше – щоб він був узмозі, з огляду на його незрілість і нестабільний емоційний стан, навіть і поза залом суду, співпрацювати зі своїми адвокатами і надавати їм інформацію, потрібну для його захисту («T. v. the United Kingdom»).

Суд, роз'яснюючи неповнолітньому обвинуваченому правила кримінального судочинства, повинен враховувати рівень його інтелектуального розвитку, адже це має важливе значення для розуміння ним суті процесуальних дій, а отже, і для його дієвої можливості брати участь у суді.

У справі «S.C. v. the United Kingdom» ЄСПЛ визнав, що мало місце порушення ч. 1 ст. 6 ЄКПЛ за обставин, коли неповнолітній обвинувачений через низький рівень інтелектуального розвитку не усвідомлював «становища, в якому він опинився». Попри це, справу щодо нього розглянув не спеціалізований суд у справах неповнолітніх, а суд для дорослих.

У іншій справі («T. v. the United Kingdom») ЄСПЛ, попри те, що справу щодо неповнолітнього розглянув «дорослий» суд у відкритому режимі, не встановив порушень ст. 6 ЄКПЛ, оскільки було вжито спеціальних заходів до зміни правил судочинства, аби пом'якшити суворі умови «дорослого» суду з урахуванням юного віку обвинуваченого.

Для неповнолітніх, які досягли віку кримінальної відповідальності, пом'якшення умов судового розгляду може полягати у:

- скороченні строку розгляду;
- розгляді справи щодо неповнолітнього окремо від справи дорослого співучасника;
- видаленні неповнолітнього із зали на час дослідження обставин, що можуть негативно вплинути на нього, тощо.

Для неповнолітніх, які не досягли віку кримінальної відповідальності, але досягли віку, з якого до них згідно з національним законодавством суд уповноважений застосувати ПЗВХ, пом'якшення, крім зазначеного вище, можуть полягати у ненаданні слова для виступу в судових дебатах і можливості виступити з останнім словом, адже неповнолітні у такому віці не розуміють значення цих промов. Крім того, змушування виголошувати промову перед судом та публікою здатне завдати психологічної травми неповнолітньому.

Як затримання та взяття під варту є винятковими заходами забезпечення кримінального провадження у справах щодо неповнолітніх, так само і призначення судами покарання неповнолітнім у вигляді позбавлення волі повинно застосовуватися у виняткових випадках. Якщо санкцією статті передбачається покарання у вигляді позбавлення волі, то держави згідно з п. 16 Рекомендації КМ РЄ № R (87) 20 повинні вимагати від судів обґрунтування вироків про позбавлення волі.

Результати судового розгляду

Результати судового розгляду суд викладає у рішеннях, зміст яких залежить від віку неповнолітнього обвинуваченого.

У результаті розгляду справи щодо неповнолітнього, який досяг віку кримінальної відповідальності, суд може ухвалити одне із таких рішень: виправдувальний чи обвинувальний вирок або ухвалу про звільнення особи від кримінальної відповідальності із застосуванням ПЗВХ.

Згідно з «Пекінськими правилами» (п. «с» правила 17.1) неповнолітнього правопорушника не слід позбавляти волі, якщо тільки він не визнаний винуватим у вчиненні серйозного діяння із застосуванням насильства проти іншої особи або у неодноразовому вчиненні інших серйозних правопорушень, а також за відсутності іншого відповідного заходу впливу.

Якщо неповнолітній не досяг віку кримінальної відповідальності, і кримінальним законом передбачене застосування ПЗВХ¹, які не є кримінальним покаранням, то суд застосовує один із таких заходів.

Ухвалюючи остаточне рішення за результатами судового розгляду, суд повинен зважати на те, що питання про благополуччя неповнолітнього є визначальним чинником.

¹ В Україні такі заходи можуть бути застосовані судом до осіб, які досягли віку 11 років.

Альтернативні способи розв'язання кримінально-правового конфлікту за участю неповнолітнього

Конвенція про права дитини (ч. 3 ст. 40) та правило 11.1 «Пекінських правил» вимагають, щоб у разі необхідності і доцільності держави вживали заходів до поводження з неповнолітніми без застосування офіційного судового розгляду за умови повного дотримання прав людини і юридичних гарантій.

КМ РЄ рекомендує державам-членам сприяти та заохочувати проведення порівняльних досліджень щодо злочинності неповнолітніх з метою створення засад для формування політики з цього питання, приділяючи основну увагу, зокрема, заходам і процедурам примирення молодих правопорушників з потерпілими (п. 18 Рекомендації № R (87) 20), а також продовжувати створення нових дієвих альтернатив офіційному кримінальному переслідуванню (п. 7 Рекомендації № R (2003) 20).

У державах, де особи, які здійснюють кримінальне переслідування, наділені дискреційними повноваженнями щодо вирішення питання про те, чи віддавати обвинувачення щодо неповнолітнього до суду, передбачена можливість передання матеріалів кримінального провадження для вирішення не судом чи іншими державними органами, а громадськістю.

Так, наприклад, з 1989 р. в Новій Зеландії є Закон «Про дітей, молодь та їх сім'ї». Згідно з цим Законом поліція має право передавати кримінальні справи для вирішення на сімейній конференції. Остання організується представником системи соціального забезпечення. Конференцією є зустріч правопорушника і жертви. У ній також беруть участь члени сім'ї, родичі, авторитетні у громаді люди, друзі, вчителі тощо. Під час зустрічі всі присутні досліджують факти та шукають вирішення ситуації, у тому числі з наступним відшкодуванням шкоди. Рішення, яким неповнолітній звільняється від кримінальної відповідальності, має бути прийняте учасниками конференції одностайно. У Новій Зеландії близько 80% кримінальних справ закриваються за наслідками сімейних конференцій. Успіх сімейних конференцій був настільки вражаючим, що зараз вони проводяться у Австралії, Великобританії, Нідерландах, Швеції, Бельгії¹.

¹ Землянська В. Запровадження відновлюючих підходів: зміна погляду на кримінальне судочинство // Право України. – 2003. – № 10. – С. 155.

У Канаді та США завдання врегулювання конфліктів, що виникають внаслідок учинення неповнолітнім діяння, передбаченого кримінальним законом, вирішують із застосуванням «кіл правосуддя». «Коло правосуддя» відрізняється від сімейної конференції в основному тим, що під час врегулювання конфлікту, крім членів сімей, можуть бути присутні представники офіційного правосуддя.

ВСУ рекомендував судам всіляко підтримувати діяльність тих громадських організацій, які мають на меті до судового розгляду справи досягнути примирення між неповнолітнім, який вчинив кримінальне правопорушення, і потерпілим – надавати таким організаціям відповідну інформацію, інформувати обвинувачених та їхніх законних представників про наявність у районі (місті) таких організацій, надавати можливість потерпілому і обвинуваченому звертатися до цих організацій для вирішення конфлікту та досягнення примирення. Досягнення за допомогою таких громадських організацій примирення між потерпілим і обвинуваченим (підсудним), відшкодування потерпілому матеріальної та моральної шкоди можуть бути підставами для закриття справи або враховані як обставини, що пом'якшують покарання (п. 21 постанови Пленуму ВСУ від 16 квітня 2004 р. № 5).

1 1.2. Провадження у справах неосудних

Загальні положення

Суб'єктом кримінального правопорушення є фізична осудна особа.

Осудність – це *можливість особи усвідомлювати свої дії (бездіяльність) і керувати ними*. Питання про осудність чи неосудність виникає кожного разу, коли у кримінальній справі з'являються дані *про психічну хворобу* особи, яка вчинила діяння, що є предметом досудового розслідування чи судового розгляду.

Неосудність – це *відсутність можливості усвідомлювати свої дії або керувати ними* внаслідок:

- хронічного психічного захворювання;
- тимчасового розладу психічної діяльності;
- недоумства;
- іншого хворобливого стану психіки.

Кримінальній відповідальності підлягає винувата особа. Неосудність особи виключає її винуватість, а отже, і кримінальну відповідальність. Тут слід зважати на таке:

- якщо особа перебувала в неосудному стані під час вчинення діяння, тоді вона взагалі не підлягає кримінальній відповідальності;
- якщо особа вчинила діяння в осудному стані, а потім (до ухвалення остаточного рішення у справі) стала неосудною, то до неї застосовуються ПЗМХ, а після одужання така особа може підлягати покаранню.

Предмет доказування у цих справах має особливості. Так, наприклад, питання про встановлення вини (умислу чи необережності), мотиву та інших ознак суб'єктивної сторони не ставиться. Так само не ставиться питання щодо обставин, що впливають на ступінь і характер покарання, адже воно не призначається.

Натомість у цих справах, серед іншого (час, місце, спосіб та інші обставини вчинення діяння тощо), мають бути встановлені обставини, що характеризують психічне захворювання особи, яка ймовірно вчинила діяння, передбачене законом про кримінальну відповідальність.

Ознаками, що можуть вказувати на можливий стан неосудності особи, є такі:

1) перенесені травми голови;

2) неадекватна, така, що відхиляється від нормальної, поведінка особи вдома, на роботі, під час проведення з нею слідчих дій, в камері ІТТ чи СІЗО. Ознаками такої поведінки можуть бути невмотивовані чи неконтрольовані дії особи в момент вчинення протиправного діяння або під час провадження у справі;

3) перебування на обліку в лікаря-психіатра.

Відомості щодо цих ознак можна встановити із таких джерел:

– від самої особи, щодо якої здійснюється провадження у кримінальній справі. Іноді ця особа наполягає на призначенні судово-психіатричної експертизи, зазначаючи, що у неї були травми голови, але до лікарні вона не зверталася. У неї паморочиться і болить голова тощо. За наявності таких даних слід призначати судово-психіатричну експертизу;

– від родичів та інших осіб, в тому числі співкамерників, працівників ІТТ, СІЗО, чергового відділу внутрішніх справ тощо;

– з довідки (історії хвороби) із психіатричного (психоневрологічного) диспансеру за місцем проживання;

– з довідки (історії хвороби) із військкомату;

– з військового квитка (у разі звільнення особи від проходження військової служби у зв'язку із психічною хворобою в ньому робиться відповідний запис);

– з характеристики з місця проживання, роботи, навчання, служби тощо.

Представництво неосудного

Неосудна особа, попри те, що вона не притягається як обвинувачений, має права, що дають їй можливість захищатися від тих дій, якими її викривають у вчиненні суспільно небезпечного діяння.

Виходячи із положень презумпції невинуватості, а також із засади презумпції психічного здоров'я людини, згідно з яким кожна особа вважається такою, що не має психічного розладу (ст. 3 Закону «Про психіатричну допомогу»¹), доки наявність такого розладу не буде встановлено на підставах і в порядку, передбачених законом, до набрання законної сили судовим рішенням про неосудність особи і застосування до неї ПЗМХ вона не обмежується в правах, якими наділена згідно з Конституцією і законами України (п. 4 постанови Пленуму ВСУ «Про практику застосування судами примусових заходів медичного характеру та примусового лікування»²).

Однак у зв'язку із тим, що особа, щодо якої здійснюється провадження із застосування ПЗМХ, через стан свого психічного здоров'я не може ефективно розпоряджатися наявними у неї процесуальними правами, їй має бути забезпечена допомога інших осіб. Ними можуть бути законні представники і захисники (адвокати). При цьому участь захисника у цих справах є обов'язковою, незалежно від бажання неосудного.

Участь неосудного у слідчих діях

Розлад психічної діяльності чи психічного захворювання особи, встановлений відповідно до висновку судово-психіатричної експертизи, може мати такий характер, що перешкоджатиме проведенню процесуальних дій за участю цієї особи. У такому випадку публічний обвинувач під час досудового розслідування, а суд – під час судового розгляду мають право ухвалити рішення про проведення певних процесуальних дій без участі особи, навіть у тому разі, якщо вона цього бажає.

¹ Закон України від 22 лютого 2000 р. «Про психіатричну допомогу» // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – № 19. – Ст. 143.

² Постанова Пленуму ВСУ від 3 червня 2005 р. № 7 «Про практику застосування судами примусових заходів медичного характеру та примусового лікування» // <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0007700-05>

Оскільки висновок судово-психіатричної експертизи про осудність особи має велике значення для вирішення питання про те, притягнути її до кримінальної відповідальності чи примусово лікувати, така експертиза має бути проведена обов'язково у кожному випадку виявлення ознак психічного захворювання. Тому «автоматично», тобто без даних про наявність у особи психічного захворювання, призначати судово-психіатричну експертизу у певних категоріях справ, наприклад у разі обвинувачення у вчиненні умисного вбивства, є неприпустимим.

Поміщення особи до лікувальної установи для проведення стаціонарної судово-психіатричної експертизи по суті є тимчасовим позбавленням її волі. Тому призначення такої експертизи і примусове поміщення до психіатричної установи особи, яка на момент вчинення діяння перебувала у стані неосудності, а на момент кримінального провадження не виявляє ознак психічного розладу, який виправдовує позбавлення волі, виходить за межі підстав для позбавлення волі, передбачених ч. 1 ст. 5 ЄКПЛ, в тому числі такої підстави, як «законне затримання психічно хворих».

Для того, щоб помістити особу до психіатричної установи, має бути встановлена наявність у неї психічного розладу. Отже, вже на момент її поміщення має бути висновок лікарів-психіатрів. Без наявності такого висновку особу можна позбавити волі лише на підставі дуже переконливих даних і на дуже короткий строк. Тривалість утримання особи у психіатричній установі з метою проведення відповідної експертизи не може визначатися потребами експертів чи органів досудового розслідування, публічного обвинувача і суду. Тривалість утримання у психіатричній установі повинна визначатися часом, протягом якого у особи зберігається психічний розлад.

Призначення і проведення судово-психіатричної експертизи не є підставою для зупинення досудового розслідування. Якщо проведення цієї експертизи не може забезпечити закінчення досудового розслідування у строк, визначений законом, органи розслідування, публічний обвинувач повинні продовжити строк розслідування.

Забезпечення справедливого судового розгляду

Суд під час розгляду кримінальних справ про застосування ПЗМХ повинен враховувати особливості психічного захворювання у особи, щодо якої здійснюється провадження. Згідно зі ст. 3, ст. 25 Закону «Про психіатричну допомогу», а також п. 5 принципу 18 додатка до Резолю-

ції Генеральної Асамблеї ООН «Захист осіб із психічними захворюваннями та поліпшення психіатричної допомоги»¹ неосудний і його представник мають право бути присутніми на будь-якому слуханні, брати в ньому участь та бути вислуханими, а суди повинні забезпечувати участь у судовому засіданні захисника та особи, щодо якої вирішується питання про застосування ПЗМХ (за винятком випадків, коли цьому перешкоджає характер її захворювання), або отримувати письмову відмову в разі її небажання бути присутньою.

Справедливість судового розгляду справ про застосування ПЗМХ може забезпечуватися законодавчою заборонаю на будь-які його спрощення, зокрема на право суду не досліджувати певні докази, якщо проти цього не заперечують сторони. Застосування «звичайного» порядку судового розгляду у випадках встановлення у обвинуваченого психічного розладу не відповідає вимогам щодо справедливості цього розгляду.

У разі участі особи у розгляді справи суду належить опитувати її про обставини вчинення діяння, передбаченого законом про кримінальну відповідальність, та давати відповідну оцінку цим свідченням з урахуванням інших зібраних у справі доказів.

Відомості про стан психічного здоров'я особи і надання психіатричної допомоги відповідно до ст. 6 Закону «Про психіатричну допомогу» та принципу 6 додатка до Резолюції ООН від 18 лютого 1992 р. вважаються конфіденційними. Тому ВСУ рекомендував судам висновки судово-психіатричних експертиз у справах про застосування ПЗМХ заслуговувати в закритих судових засіданнях (п. 11 постанови Пленуму ВСУ від 3 червня 2005 р. № 7).

Якщо суспільно небезпечне діяння вчинене неосудною особою спільно з осудною, то не буде несправедливим розгляд справи щодо них в одному судовому засіданні, за умови, що будуть забезпечені права і враховані інтереси неосудних. Вирок щодо осудного і ухвалу щодо неосудного суди постановляють одночасно.

Не є порушенням вимоги щодо справедливості судового розгляду відсутність у провадженні щодо застосування ПЗМХ судових дебатів і ненадання останнього слова особі, щодо якої вирішується питання про

¹ Резолюція Генеральної Асамблеї ООН «Захист осіб із психічними захворюваннями та поліпшення психіатричної допомоги» від 18 лютого 1992 р. № 46/119 // http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_905

їх застосування. Виступи у судових дебатах чи з останнім словом особи, яка не розуміє її значення, не здатні забезпечити дотримання її прав у судовому засіданні.

Наслідки судового розгляду

За результатами розгляду кримінальної справи щодо неосудного суд може ухвалити такі рішення:

1. **Про застосування ПЗМХ.** Перелік цих заходів може встановлюватися законом про кримінальну відповідальність або медичним законодавством. Строк їх застосування суд не встановлює, адже ПЗМХ не є покаранням. Особа, яка внаслідок наявності у неї психічного розладу є суспільно небезпечною, підлягає лікуванню до її одужання.

2. **Про закриття кримінальної справи,** якщо:

– діяння було вчинене особою у стані неосудності, а на момент судового розгляду вона видужала;

– суд визнає за непотрібне застосовувати ПЗМХ у зв'язку з тим, що неосудний не є суспільно небезпечним;

– не буде доведено вчинення неосудним суспільно небезпечного діяння;

– буде встановлено, що суспільно небезпечне діяння не було вчинене;

– особа, яка після вчинення кримінального правопорушення захворіла на психічну хворобу, видужала, або не встановлена неосудність особи на момент вчинення нею кримінального правопорушення. У цьому разі закривається кримінальне провадження щодо застосування ПЗМХ, і публічний обвинувач розпочинає провадження у загальному порядку.

Зміна і припинення застосування ПЗМХ

Питання про зміну чи припинення застосування до особи ПЗМХ може виникати внаслідок зміни її психічного стану. Якщо психічна хвороба прогресує, то до особи за рішенням суду можуть бути застосовані більш суворі заходи, а якщо психічний стан поліпшується, то менш суворі. Видужання особи є підставою для припинення судом застосування ПЗМХ.

Оскільки конкретний строк застосування ПЗМХ не визначається, то протягом певного періоду часу (в Україні – не рідше, ніж раз на 6 місяців) питання про те, чи не видужала особа, розглядається комісією лікарів-психіатрів установи, до якої вона поміщена. Висновок цієї комісії,

незалежно від його змісту (потребує особа подальшого застосування ПЗМХ чи ні, або потребує інших заходів, ніж були визначені ухвалою суду), направляє до суду, який вирішує питання про продовження строку застосування ПЗМХ або про їх зміну чи припинення.

Продовження застосування ПЗМХ проводиться кожного разу на строк, який не повинен бути тривалим. В Україні він не може перевищувати 6 місяців (ст. 19 Закону «Про психіатричну допомогу»).

Питання про зміну або припинення застосування ПЗМХ вирішується судом у разі такої зміни стану психічного здоров'я особи, за якої відпадає необхідність застосування раніше призначеного заходу або виникає необхідність у призначенні іншого ПЗМХ.

1 1.3. Провадження у справах приватного обвинувачення

Загальні положення

Кримінальне провадження у формі приватного обвинувачення – це провадження, що розпочинається не інакше як за заявою потерпілого про певні кримінальні правопорушення і може бути закрито за примиренням потерпілого з обвинуваченим.

Регламентуючи у процесуальному законі кримінальне провадження у формі приватного обвинувачення, законодавець виходить із того, що певні кримінальні правопорушення, попри те, що є суспільно небезпечними, не завдають істотної шкоди потерпілим. Крім того, часто учасниками таких кримінально-правових конфліктів є члени сім'ї, близькі родичі, знайомі, товариші, співробітники, роботодавці, наймані працівники тощо.

Застосування у кримінальних провадженнях про зазначені кримінальні правопорушення звичайного порядку, тобто «автоматичного» початку провадження і позбавлення учасників кримінального конфлікту права на примирення може сприяти подальшому продовженню конфлікту.

Водночас публічний інтерес полягає в урегулюванні конфлікту і досягненні суспільного спокою. Тим більш, що кримінальні правопорушення, за якими є можливим провадження у формі приватного обвинувачення, істотно не порушують цей спокій, адже спрямовані переважно проти конкретної особи – потерпілого.

Отже, у разі застосування публічного (звичайного) порядку кримінального провадження у зв'язку із вчиненням зазначених правопорушень відносинам між учасниками конфлікту може бути завдана більша шкода, ніж та, що завдається загальносуспільним інтересам у разі незвернення потерпілого до державних органів.

Кримінальний процесуальний закон передбачає три різновиди кримінальних правопорушень, за якими можливе провадження у формі приватного обвинувачення, залежно від того, ким вчинене правопорушення:

- правопорушення, вчинені будь-якою особою: умисне легке тілесне ушкодження, погроза вбивством без обтяжуючих обставин та інші;
- правопорушення, вчинені чоловіком (дружиною) потерпілого: необережне тяжке або середньої тяжкості тілесне ушкодження, хуліганство без обтяжуючих обставин та інші;
- правопорушення, вчинені особою, яка перебуває у близьких, родинних стосунках з потерпілим (є чоловіком (дружиною), іншим близьким родичем чи членом сім'ї), або якщо вони вчинені особою, яка щодо потерпілого була найманим працівником і завдала шкоду винятково власності потерпілого: крадіжка, крім крадіжки, вчиненої організованою групою, та інші.

Початок провадження

Кримінальне провадження у формі приватного обвинувачення може бути розпочато винятково *на підставі заяви потерпілого*. Самостійне виявлення органами обвинувальної влади, суду обставин, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення, провадження за якими здійснюється у формі приватного обвинувачення, не є підставою для початку провадження.

Потерпілий має право подати до слідчого, публічного обвинувача, іншої службової особи органу, уповноваженого на початок досудового розслідування, заяву про вчинення кримінального правопорушення *протягом строку давності притягнення до кримінальної відповідальності* за вчинення певного кримінального правопорушення.

Право на примирення

У кримінальному провадженні, що здійснюється у формі приватного обвинувачення, може бути укладено угоду про примирення. Така угода забезпечує якнайшвидше і якнайповніше відновлення прав потерпілого за рахунок дій обвинуваченого.

Ініціаторами угоди можуть бути як потерпілий, так і обвинувачений. Органи обвинувальної влади, суд не уповноважені ініціювати угоду про примирення. Вони зобов'язані лише проінформувати обвинуваченого та потерпілого про їхнє право на примирення, роз'яснити механізм його реалізації та не чинити перешкод в укладенні угоди про примирення.

У реалізації учасниками провадження у формі приватного обвинувачення права на примирення можуть брати участь посередники (медіатори). Основні принципи примирення обвинуваченого з потерпілим і медіації визначає Рекомендація № R (99) 19 КМ РЄ про посередництво у кримінальних справах від 15 вересня 1999 р.¹.

Відшкодування шкоди потерпілому в кримінальному провадженні у формі приватного обвинувачення може відбуватися як на підставі угоди про примирення, так і без укладання такої угоди.

1 1.4. Провадження із надання міжнародної правової допомоги

Поняття і джерела

Міжнародне співробітництво у кримінальних справах – це *форма міжнародної співпраці держав у протидії злочинності, змістом якої є здійснення однією державою за запитом уповноваженого органу іншої держави кримінальних процесуальних дій, юридичною підставою яких є міжнародні договори та положення національного законодавства, а за відсутності міжнародних договорів – засади взаємності.*

Джерелами права, у яких визначаються підстави і процесуальний порядок міжнародного співробітництва у кримінальних справах, є:

- 1) міжнародні договори, конвенції тощо;
- 2) національне законодавство, яке в односторонньому порядку визначає загальні правила надання правової допомоги та повноважний орган або службову особу.

Якщо між державами не укладено договорів щодо надання правової допомоги, то держава все одно може розраховувати на надання такої допомоги. При цьому держави діють *на засадах взаємності*, застосо-

¹ Рекомендація КМ РЄ про посередництво у кримінальних справах № R (99) 19 від 15 вересня 1999 р. // Адвокат. – 2007. – № 7.

вуючи правила міжнародної ввічливості. Держава, яка надає допомогу на таких засадах, розраховує на взаємність з боку іншої держави і водночас покладає на себе обов'язок надати цій державі правову допомогу на таких самих засадах.

Процесуальні дії з надання правової допомоги здійснюються у порядку, встановленому законодавством держави, на території якої їх здійснюють, тобто на підставі правила про «суверенітет» (верховенство) закону держави на своїй території. Договірні сторони може заявити клопотання про здійснення процесуальних дій на території іншої держави за власними законами. Таке клопотання може бути задоволене.

Повноважні органи

Слідчий, публічний обвинувач, суд, у провадженні яких перебуває кримінальна справа, не уповноважені надсилати запити до інших держав у порядку міжнародного співробітництва. Держава визначає для цього повноважні органи, якими, як правило, є: в стадії досудового розслідування – Генеральна служба обвинувачення, а у судових стадіях – Міністерство юстиції (як в Україні) або судовий орган, що є найвищим у ієрархії органів судової влади.

Якщо держава розраховує отримати правову допомогу на засадах взаємності (за відсутності договору), то уповноважений орган направляє запит про це дипломатичним шляхом – через Міністерство закордонних справ.

Різновиди

Залежно від того, з яких питань здійснюється міжнародне співробітництво, існують такі його різновиди:

- екстрадиція (видання) осіб, які підлягають притягненню до кримінальної відповідальності або для відбування покарання згідно з вироком суду;
- арешт осіб, які підлягають екстрадиції;
- конвоювання осіб, яких видають в порядку екстрадиції;
- транзитне перевезення осіб, які утримуються під вартою;
- порушення та/або продовження кримінального переслідування;
- видання предметів, що мають значення у кримінальній справі;
- повідомлення про обвинувальні вироки і відомості про судимість;
- інформування про міжнародні злочинні терористичні організації;
- виклик обвинувачених (підсудних), свідків, потерпілих та інших осіб;

- вручення документів і допит громадян України, які перебувають за кордоном;
- обмін відомостями оперативно-розшукового та інформаційно-довідкового характеру тощо.

Запитання і завдання

1. За фактом умисного вбивства розпочато кримінальне провадження. Слідчий зібрав достатньо доказів, які вказують на вчинення злочину неповнолітнім Зуєвим. З його слів і зі свідчень його матері йому виповнилося 14 років за два дні до вчинення умисного вбивства. У матеріалах досудового розслідування немає документів, якими б підтверджувався вік Зуєва. Його мати пояснила, що свідоцтво про народження загублено за місяць до вчинення злочину. Інших документів, за якими можна встановити вік сина, у неї немає.

Які дії повинен здійснити слідчий для встановлення віку Зуєва?

Чи достатньо для висновку про точний вік Зуєва свідчень його самого і матері?

Чи уповноважений слідчий повідомити Зуєву про підозру у вчиненні вбивства за наявності достатніх доказів для цього і за відсутності документів, які підтверджують його вік?

2. До суду надійшло клопотання прокурора про застосування щодо неповнолітнього ПЗВХ. До клопотання додано реєстр матеріалів досудового розслідування, в якому відсутні дані про те, що воно здійснювалося слідчим, спеціально уповноваженим керівником органу досудового розслідування на здійснення досудових розслідувань щодо неповнолітніх. У клопотанні прокурор пропонує суду направити неповнолітнього до спеціальної виховної установи для дітей і підлітків, але не обґрунтовує необхідність застосування такого заходу.

Яке рішення повинен ухвалити суд за клопотанням прокурора у підготовчому засіданні? Оформіть його відповідним процесуальним документом.

3. Судом відповідно до КПК 1960 р. застосовані ПЗМХ. 24 січня 2013 р. до місцевого суду із психоневрологічного відділення центральної районної лікарні (ЦРЛ) надійшла викладена російською мовою заява лікаря-психіатра про припинення застосування ПЗМХ щодо Бабенка внаслідок змін у стані його здоров'я на такий, що не потребує раніше застосовуваних заходів медичного характеру. У судовому засіданні представник ЦРЛ і прокурор підтримали подану заяву.

Розглянувши заяву та додані до неї документи, суд повернув її до ЦРЛ виходячи з того, що за КПК 2012 р. розгляд питання про припинення застосування ПЗМХ здійснюється не за заявою, а за поданням представника медичного закладу (лікаря-психіатра). Крім того, заяву згідно зі ст. 29 КПК слід було викласти державною мовою.

Чи ґрунтується на законі рішення суду про повернення заяви?

4. До суду із психоневрологічного відділення ЦРЛ надійшло подання про припинення застосування ПЗМХ щодо Вороненка у зв'язку зі зміною його психічного стану на такий, що не вимагає подальшого надання амбулаторної психіатричної допомоги в примусовому порядку. До подання додано висновок комісії лікарів-психіатрів. Подання і висновок підписані трьома особами: заступником головного лікаря ЦРЛ з медичної частини, завідувачем психоневрологічним відділенням і лікарем-психіатром.

Суд повернув заяву до ЦРЛ на підставі того, що подання повинно бути підписане представником психіатричного закладу (лікарем-психіатром), а не комісією у складі трьох осіб.

Чи ґрунтується на законі рішення суду про повернення заяви?

5. До органу досудового розслідування із заявою про зґвалтування своєї дев'ятнадцятирічної доньки Оксани звернулася Вікторія Павлова. Відомості, викладені у заяві, внесені до Єдиного реєстру досудових розслідувань за ч. 2 ст. 152 КК і розпочато розслідування. Після цього до слідчого з'явилась потерпіла Оксана Павлова, яка пояснила, що заява матері була подана без її згоди, що вона не має до гвалтівника жодних претензій, і подала слідчому заяву з проханням закрити кримінальне провадження.

Як має діяти слідчий у наведеній ситуації?

Яке рішення за заявою О. Павлової повинно бути прийняте?

6. Іваненко умисно завдав Карпенку легкого тілесного ушкодження, що спричинило короточасний розлад здоров'я. Кримінальне правопорушення вчинене Іваненком вперше. Ним потерпілому відшкодовані усі збитки. Після повідомлення про підозру і до складання обвинувального акту Іваненко примирився з Карпенком.

Які наслідки може мати у цій ситуації угода про примирення: звільнення Іваненка від кримінальної відповідальності чи притягнення його до кримінальної відповідальності на підставі угоди?

7. До Міністерства юстиції України від Міністра юстиції США надійшов запит про міжнародну правову допомогу в кримінальній справі про «політичний» злочин.

Якою має бути відповідь на цей запит?

8. До Генеральної прокуратури України із Прокуратури Республіки Грузія надійшов запит про видання (екстрадицію) громадянина Грузії, який постійно проживає в Україні, а обвинувачується в Грузії за умисне завдання менш тяжкої шкоди здоров'ю (ч. 1 ст. 118 КК Грузії).

Чи повинен бути задоволений запит Генеральною прокуратурою України?

Додаткова література

1. Кахнич В. Особливості провадження у справах про застосування примусових заходів медичного характеру // Вісник прокуратури. – 2011. – № 9. – С. 74–82.

2. Лобач В. Проблемні питання правової допомоги у кримінальному судочинстві // Прокуратура. Людина. Держава. – 2004. – № 2. – С. 42–50.

3. Омельяненко Г.М. Провадження у справах про злочини неповнолітніх як диференціація кримінально-процесуальної форми. – К.: Атіка, 2002. – 128 с.

4. Попелюшко В. Справи приватного обвинувачення: актуальні проблеми, законодавчі парадокси // Право України. – 2003. – № 4. – С. 98–100.

5. Шаренко С.Л. Кримінально-процесуальні проблеми застосування примусових заходів медичного характеру: Монографія. – Харків: Право, 2002. – 208 с.

ПЕРЕЛІК НОРМАТИВНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Перелік міжнародних актів, використаних у тексті навчального посібника

1) Бангалорські принципи поведінки суддів, схвалені Резолюцією 2006/23 Економічної та Соціальної ради ООН 27 липня 2006 р. № 2006/23 (Бангалорські принципи) // http://zakon.nau.ua/doc/?doc_id=635336

2) Декларація про захист усіх осіб від насильницького зникнення, ухвалена Резолюцією 47/33 Генеральної Асамблеї ООН від 18 грудня 1992 р. // http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_225

3) Декларація про право та обов'язок окремих осіб, груп і органів суспільства заохочувати і захищати загально визнані права людини та основні свободи, ухвалена Резолюцією 53/144 Генеральної Асамблеї ООН від 9 грудня 1998 р. // http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_349

4) Європейська конвенція з відшкодування шкоди жертвам насильницьких злочинів від 24 листопада 1983 р. // http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_319

5) Європейська конвенція про видачу правопорушників від 13 грудня 1957 р. // Офіційний вісник України. – 2004. – № 26. – Ст. 1734.

6) Загальна (Універсальна) хартія судді, ухвалена 17 листопада 1999 р. Центральною радою Міжнародної асоціації суддів в Тайпеї (Тайвань) // http://zakon.nau.ua/doc/?doc_id=627463

7) Загальна декларація прав людини від 10 грудня 1948 р. // Офіційний вісник України. – 2008. – № 93. – Ст. 3103.

8) Звід принципів захисту всіх осіб, підданих затриманню чи ув'язненню у будь-якій формі, ухвалений Резолюцією 43/173 Генеральної Асамблеї ООН від 9 грудня 1988 р. // http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_206

9) Керівні принципи ООН щодо ролі обвинувачів, ухвалені Восьмим Конгресом ООН з профілактики і поводження з правопорушниками, Гавана, Куба, 27 серпня–7 вересня 1990 р. // http://www.pravo.org.ua/files/oon_com_split_1.pdf

10) Кодекс поведінки службовців органів правопорядку, затверджений резолюцією Генеральної Асамблеї ООН № 34/169 від 17 грудня 1979 р. / В кн.: Статус поліції: міжнародні стандарти і зарубіжне законодавство / За заг. ред. О.А. Банчука. – К.: Москаленко О.М., 2013. – С. 8–11.

11) Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. // Офіційний вісник України. – 1998. – № 13. – С. 270.

12) Конвенція про права дитини, ухвалена 44-ю сесією Генеральної Асамблеї ООН 20 листопада 1989 р. // Зібрання чинних міжнародних договорів України. – 1990. – № 1. – С. 205.

13) Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16 грудня 1966 р. // http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_043

14) Мінімальні стандартні правила ООН, що стосуються відправлення правосуддя щодо неповнолітніх, від 29 листопада 1985 р. («Пекінські правила») // http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_211

15) Монреальська універсальна декларація про незалежність правосуддя (Перша світова конференція з незалежності правосуддя, Монреаль, 1983 р.) // <http://www.judges.org.ua/d5.htm>

16) Основні принципи застосування сили і вогнепальної зброї посадовими особами з підтримання правопорядку, ухвалені Резолюцією VIII Конгресу ООН з попередження злочинності та поведження з правопорушниками від 7 вересня 1990 р. / Права людини і професійні стандарти для працівників міліції та пенітенціарних установ в документах міжнародних організацій: Українсько-американське бюро захисту прав людини, Амстердам-Київ, 1996. – С. 35–39.

17) Основні принципи незалежності судових органів, схвалені резолюціями 40/32 та 40/146 Генеральної Асамблеї ООН від 29 листопада та 13 грудня 1985 р. // http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_201

18) Основні принципи, що стосуються ролі адвокатів, ухвалені Восьмим Конгресом ООН з попередження злочинності і поведження з правопорушниками – Гавана, 27 серпня–7 вересня 1990 р. // http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_313

19) Правила ООН, що стосуються захисту неповнолітніх, позбавлених волі, ухвалені Генеральною Асамблеєю ООН (резолюція 45/113 від 14 грудня 1990 р.) / Права людини і професійні стандарти для працівників міліції та пенітенціарних установ в документах міжнародних організацій: Українсько-американське бюро захисту прав людини, Амстердам-Київ, 1996.

20) Протокол № 7 від 22 листопада 1984 р. до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. // Офіційний вісник України. – 2006. – № 32. – Ст. 2375.

2. Перелік рішень міжнародних судових органів, використаних у тексті навчального посібника

Рішення ЄСПЛ

- 1) «Adolf v. Austria»
- 2) «Albertand Le Compte v. Belgium»

- 3) «Aleksandr Makarov v. Russia»
- 4) «Allenet de Ribemont v. France»
- 5) «Assenov and Others v. Bulgaria»
- 6) «Axen v. Germany»
- 7) «Baranowski v. Poland»
- 8) «Barbera, Messegue and Jabardo v. Spain»
- 9) «Baturlova v. Russia»
- 10) «Belukha v. Ukraine»
- 11) «Bezicheri v. Italy»
- 12) «Boldea v. Romania»
- 13) «Brandstetter v. Austria»
- 14) «Brogan and others v. the United Kingdom»
- 15) «Brozicek v. Italy»
- 16) «Bulut v. Austria»
- 17) «Bykov v. Russia»
- 18) «Campbell and Fell v. the United Kingdom»
- 19) «Can v. Austria»
- 20) «Capeau v. Belgium»
- 21) «Capuano v. Italy»
- 22) «Chahal v. the United Kingdom»
- 23) «Chalkley v. the United Kingdom»
- 24) «Chichlian and Ekindjian v. France»
- 25) «Chmelíř v. the Czech Republic»
- 26) «Chruidi v. Germany»
- 27) «Ciricosta and Viola v. Italy»
- 28) «Coëme and others v. Belgium»
- 29) «Colozza v. Italy»
- 30) «Contrada v. Italy»
- 31) «Craxi v. Italy»
- 32) «Cyprus v. Turkey»
- 33) «Dalan v. Turkey»
- 34) «De Jong, Baljet and Van den Brink v. the Netherlands»
- 35) «De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium»
- 36) «Değerli and others v. Turkey»
- 37) «Demicoli v. Malta»
- 38) «Deweert v. Belgium»
- 39) «Didier v. France»
- 40) «Dolgova v. Russia»
- 41) «Dombo Beheer B.V. v. the Netherlands»
- 42) «Domenichini v. Italy»
- 43) «E.K. v. Turkey»

- 44) «Eckle v. Germany»
- 45) «Eggs v. Switzerland»
- 46) «Engel and Others v. Netherlands»
- 47) «Ensslin, Baader and Raspe v. Germany»
- 48) «Erdoğan Yağız v. Turkey»
- 49) «Ernst and Others v. Belgium»
- 50) «Fahriye Çalışkan v. Turkey»
- 51) «Fedotov v. Russia»
- 52) «Feldbrugge v. the Netherlands»
- 53) «Ferrari-Bravo v. Italy»
- 54) «Foti and others v. Italy»
- 55) «Foucher v. France»
- 56) «Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom»
- 57) «Franz Fischer v. Austria»
- 58) «Fredin v. Sweden»
- 59) «Funke v. France»
- 60) «Galstyan v. Armenia»
- 61) «Garcia Alva v. Germany»
- 62) «Geerings v. the Netherlands»
- 63) «Giulia Manzoni v. Italy»
- 64) «Guincho v. Portugal»
- 65) «Hadjianastassion v. Greece»
- 66) «Håkansson and Sturesson v. Sweden»
- 67) «Hauschildt v. Denmark»
- 68) «Herczegfalvy v. Austria»
- 69) «Hermi v. Italy»
- 70) «Hussein v. Italy»
- 71) «I.A. v. France»
- 72) «Ilijkov v. Bulgaria»
- 73) «Jalloh v. Germany»
- 74) «Jespers v. Belgium»
- 75) «John Murray v. the United Kingdom»
- 76) «Johnson v. the United Kingdom»
- 77) «K. v. France»
- 78) «Kamasinski v. Austria»
- 79) «Kandzhov v. Bulgaria»
- 80) «Kenmache v. France»
- 81) «Kerojärvi v. Finland»
- 82) «Kolesnik v. Ukraine»
- 83) «König v. Slovakia»
- 84) «Korellis v. Cyprus»

- 85) «Kostovski v. the Netherlands»
- 86) «Krčmář and others v. the Czech Republic»
- 87) «Krombach v. France»
- 88) «Kyprianou v. Cyprus»
- 89) «Labita v. Italy»
- 90) «Lamanna v. Austria»
- 91) «Lavens v. Latvia»
- 92) «Letellier v. France»
- 93) «M. v. Germany»
- 94) «Mamedova v. Russia»
- 95) «Mansur v. Turkey»
- 96) «Mariani v. France»
- 97) «McMichael v. the United Kingdom»
- 98) «Minelli v. Switzerland»
- 99) «Mirilashvili v. Russia»
- 100) «Moiseyev v. Russia»
- 101) «Muller v. France»
- 102) «Murray v. the United Kingdom»
- 103) «Nachova and others v. Bulgaria»
- 104) «Navarra v. France»
- 105) «Nideröst-Huber v. Switzerland»
- 106) «Niedbala v. Poland»
- 107) «Nikolova v. Bulgaria»
- 108) «Ninn-Hansen v. Denmark»
- 109) «Nortier v. the Netherlands»
- 110) «O’Hara v. the United Kingdom»
- 111) «Oberschlik v. Austria»
- 112) «Öcalan v. Turkey»
- 113) «Olsson v. Sweden»
- 114) «Osu v. Italy»
- 115) «Ozerov v. Russia»
- 116) «Öztürk v. the Federal Republic of Germany»
- 117) «Panteleyenko v. Ukraine»
- 118) «Papamichalopoulos v. Greece»
- 119) «Papon v. France»
- 120) «Parris v. Cyprus»
- 121) «Pham Hoang v. France»
- 122) «Piersack v. Belgium»
- 123) «Posokhov v. Russia»
- 124) «Procola v. Luxembourg»
- 125) «Pullar v. the United Kingdom»

- 126) «Punzelt v. the Czech Republic»
- 127) «R. M. D. v. Switzerland»
- 128) «Reinhardt and Slimane-Kaïd v. France»
- 129) «Reinprecht v. Austria»
- 130) «Riepan v. Austria»
- 131) «Ringeisen v. Austria»
- 132) «Ringvold v. Norway»
- 133) «Ross v. the United Kingdom»
- 134) «Rowe and Davis v. the United Kingdom»
- 135) «S. and Marper v. the United Kingdom»
- 136) «S. v. Switzerland»
- 137) «S.C. v. the United Kingdom»
- 138) «Sadak v. Turkey»
- 139) «Saidi v. France»
- 140) «Salabiaku v. France»
- 141) «Salov v. Ukraine»
- 142) «Samoilă and Cionca v. Romania»
- 143) «Sander v. the United Kingdom»
- 144) «Saunders v. the United Kingdom»
- 145) «Schenk v. Switzerland»
- 146) «Sekanina v. Austria»
- 147) «Sergey Zolotukhin v. Russia»
- 148) «Serves v. France»
- 149) «Shabelnik v. Ukraine»
- 150) «Somogyi v. Italy»
- 151) «Sovtransavto holding v. Ukraine»
- 152) «Sramek v. Austria»
- 153) «Stanford v. the United Kingdom»
- 154) «Stoichkov v. Bulgaria»
- 155) «Sunday Times v. the United Kingdom»
- 156) «Sutter v. Switzerland»
- 157) «Sutyagin v. Russia»
- 158) «T. v. the United Kingdom»
- 159) «Van der Tang v. Spain»
- 160) «Van der Velden v. the Netherlands»
- 161) «Van Geyseghem v. Belgium»
- 162) «Van Mechelen v. the Netherlands»
- 163) «Vassilios Stavropoulos v. Greece»
- 164) «Vaturi v. France»
- 165) «Vidal v. Belgium»
- 166) «Voskuil v. the Netherlands»

- 167) «W. v. Switzerland»
- 168) «Wemhoff v. Germany»
- 169) «Windisch v. Austria»
- 170) «Winterwerp v. the Netherlands»
- 171) «Wloch v. Poland»
- 172) «X. v. Norway»
- 173) «Yagci and Sargin v. Turkey»
- 174) «Yaremenko v. Ukraine»
- 175) «Z. v. Finland»
- 176) «B. v. Switzerland»
- 177) «I.A. v. France»
- 178) «C.G. v. the United Kingdom»
- 179) «X. v. Austria»

Рішення КПЛ

- 1) «Womah Mukong v. Cameroon»
- 2) «Smith v. Jamaica»
- 3) «George Winston Reid v. Jamaica»

3. Перелік рекомендацій Комітету міністрів Ради Європи

1) Рекомендація № 6 R (87) 18 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам «Щодо спрощення кримінального правосуддя», ухвалена 17 вересня 1987 р. // http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_339

2) Рекомендація № R (2000) 2 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам «Щодо перегляду справ і відновлення провадження справ на внутрішньодержавному рівні у зв'язку з рішеннями Європейського суду з прав людини», ухвалена 19 січня 2000 р. // http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994_175

3) Рекомендація № R (2003) 13 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам «Про порядок надання інформації про розгляди у кримінальних справах через засоби масової інформації», ухвалена 10 липня 2003 р. // http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_870

4) Рекомендація № R (2003) 20 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам «Про нові підходи до злочинності серед неповнолітніх і про значення правосуддя у справах неповнолітніх», ухвалена 24 вересня 2003 р. // http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_865

5) Рекомендація № R (87) 20 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам «Про соціальний вплив на злочинність неповнолітніх», ухвалена 17 вересня 1987 р. // http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_266

6) Рекомендація № R (99) 19 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам «Про посередництво у кримінальних справах», ухвалена 15 вересня 1999 р. // Адвокат. – 2007. – № 7.

7) Рекомендація R (2005) 10 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам щодо «особливих методів розслідування» тяжких злочинів, у тому числі терористичних актів, ухвалена 20 квітня 2005 р. // http://polis.osce.org/library/details?doc_id=2776&lang=ru&_ru=%2Flibrary%2Fdetails.php%3Fdoc_id%3D2658%26lang%3Dru

8) Рекомендація R (80) 11 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам щодо досудового ув'язнення, ухвалена 27 червня 1980 р. // http://www.echr-base.ru/rec80_11.jsp

9) Рекомендація R (95) 11 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам щодо відбору, обробки, представлення та архівації судових рішень в правових інформаційно-пошукових системах, ухвалена 11 вересня 1995 р. // http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_129

10) Рекомендація R (2000) 19 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам щодо ролі служби публічного обвинувачення в системі кримінальної юстиції, ухвалена 6 жовтня 2000 р. // <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1568277&Site=DC>

4. Перелік висновків експертів Ради Європи на українські законопроекти

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

2) Коментар до проекту КПК України експерта Венеціанської комісії Іоахіма Херрмана. Аусбурзький ун-т. Німеччина. – 2007. – 21 травня.

3) Коментар до проекту КПК України експерта Венеціанської комісії Ричарда Воглера. Сусекський ун-т. Сполучене Королівство. – 2007. – Вересень.

5. Перелік законів України, використаних у тексті навчального посібника

1) Конституція України // Офіційний вісник України. – 2010. – № 72/1. – Спеціальний випуск. – Ст. 2598.

2) Кримінальний кодекс України // <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>

3) Кримінальний процесуальний кодекс України // <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>

4) Сімейний кодекс України // <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2947-14>

5) Цивільний кодекс України // <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15>

6) Закон України від 21 грудня 1993 р. «Про телебачення і радіомовлення» (в редакції Закону від 12 січня 2006 р.) // <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3759-12>

7) Закон України від 16 листопада 1992 р. «Про друковані засоби масової інформації (преси) в Україні» // <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2782-12>

8) Закон України від 26 квітня 2001 р. «Про охорону дитинства» // *Голос України*. – 2001. – № 98.

9) Закон України від 22 лютого 2000 р. «Про психіатричну допомогу» // *Відомості Верховної Ради України*. – 2000. – № 19. – Ст. 143.

10) Закон України від 23 лютого 2006 р. «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» // *Офіційний вісник України*. – 2006. – № 12. – Ст. 792.

11) Закон України від 1 грудня 1994 р. «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянинуві незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду» // <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/266/94-%D0%B2%D1%80>

6. Акти Президента України

1) Концепція вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів, затверджена Указом Президента України від 10 травня 2006 р. № 361/2006 // *Офіційний вісник України*. – 2006. – № 19. – Ст. 1376.

7. Акти центральних органів виконавчої влади України

1) Правила пропуску до приміщень судів та на їх територію транспортних засобів, затверджені наказом Державної судової адміністрації України і Міністерства внутрішніх справ України від 12 вересня 2005 р. № 102/765 // *Офіційний вісник України*. – 2005. – № 44. – Ст. 2817.

8. Перелік рішень Конституційного Суду України

1) Рішення Конституційного Суду України від 25 листопада 1998 р. № 15-рп/98 у справі за конституційним поданням 66 народних де-

путатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження переліку платних послуг, які надаються в державних закладах охорони здоров'я та вищих медичних закладах освіти» (справа про платні медичні послуги) // Офіційний вісник України. – 1998. – № 50. – С. 119.

2) Рішення Конституційного Суду України від 16 листопада 2000 р. № 13-рп/2000 у справі за конституційним зверненням громадянина Солдатова Геннадія Івановича щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України, статті 44 Кримінально-процесуального кодексу України, статей 268, 271 Кодексу України про адміністративні правопорушення (справа про право вільного вибору захисника) // Офіційний вісник України. – 2000. – № 47. – Ст. 2045.

3) Рішення Конституційного Суду України 20 жовтня 2011 р. № 12-рп/ 2011 у справі за конституційним поданням Служби безпеки України щодо офіційного тлумачення положення частини третьої статті 62 Конституції України // Вісник Конституційного Суду України. – 2011. – № 6. – С. 155.

9. Рішення Верховного Суду України

1) Ухвала Верховного Суду України у справі Яременка О.В. в порядку виняткового провадження від 31 липня 2009 р. // <http://hr-lawyers.org/index.php?id=1253007491>

2) Постанова Пленуму Верховного Суду України від 16 квітня 2004 р. № 5 «Про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини неповнолітніх» // Вісник Верховного Суду України. – 2004. – № 5. – С. 4.

3) Постанова Пленуму Верховного Суду України від 3 червня 2005 р. № 7 «Про практику застосування судами примусових заходів медичного характеру та примусового лікування» // <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0007700-05>

4) Постанова Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2003 р. № 8 «Про застосування законодавства, яке забезпечує право на захист у кримінальному судочинстві» // <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0008700-03>

5) Постанова Пленуму Верховного Суду України від 2 липня 2004 р. № 13 «Про практику застосування судами законодавства, яким передбачені права потерпілих від злочинів» // Вісник Верховного Суду України. – 2004. – № 8.

ЛОБОЙКО Леонід Миколайович
БАНЧУК Олександр Анатолійович

Кримінальний процес

Навчальний посібник

Редагування та комп'ютерна верстка – О.В. СТАРЦЕВ

Підписано до друку 15.09.2014. Формат 60×90 1/16.

Гарнітура Calibri. Папір офсетний. Друк офсетний.

Обл.-вид. арк. 13,92. Тираж 1 000 прим. Зам. № 309.

Видавництво ТОВ «Компанія ВАІТЕ»

01042, м. Київ, вул. Саперне поле, 26, к. 27

Свідоцтво про внесення до Державного реєстру суб'єктів видавничої справи
серія ДК № 2570 від 27.07.2006 р.

