

НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ «ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»
МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ «ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»
МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ

Кваліфікаційна наукова
праця на правах рукопису

ТОРБАС ОЛЕКСАНДР ОЛЕКСАНДРОВИЧ

УДК 343.16:340.132(477)

ДИСЕРТАЦІЯ
РОЗСУД У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ

12.00.09 – кримінальний процес та криміналістика;
судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність

Подається на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук

Дисертація містить результати власних досліджень. Використання ідей, результатів і текстів інших авторів мають посилання на відповідне джерело

_____ О.О. Торбас

Науковий консультант – Аленін Юрій Павлович, доктор юридичних наук,
професор, заслужений юрист України

Одеса – 2021

АНОТАЦІЯ

Торбас О.О. Розсуд у кримінальному процесі України. – Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису.

Дисертація на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук за спеціальністю 12.00.09 – кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність. – Національний університет «Одеська юридична академія», Одеса, 2021.

Дисертація є першим у вітчизняній науці кримінального процесуального права спеціальним комплексним дослідженням сутності та способів реалізації розсуду у кримінальному процесі України.

У дисертації досліджено доктринальне розуміння поняття «розсуд» в праві та встановлено відсутність єдності серед науковців з даного питання. Було зроблено висновок, що розсуд в кримінальному процесі – це можливість реалізації повноважень, яка полягає в прийнятті за допомогою інтелектуально-вольового механізму одного обов’язкового для виконання юридично значущого законного рішення з декількох запропонованих кримінальним процесуальним законодавством альтернатив відповідно до обставин конкретного кримінального провадження з урахуванням засад кримінального провадження, професійного досвіду правозастосувача, судової та слідчої практики, моральних та етичних характеристиках суб’єкта правозастосування, задля найкращого забезпечення приватних та публічних інтересів в кримінальному провадженні. На підставі цього встановлено, що розсуду в кримінальному процесі притаманні наступні ознаки: є способом (можливістю) реалізувати повноваженням; полягає в прийнятті обов’язкових для виконання юридично значущих рішень; передбачає відносну свободу; має бути законним; має відповідати вимогам кримінального процесуального законодавства; має інтелектуально-вольовий характер; при застосуванні мають враховуватись обставини конкретного кримінального провадження; в кримінальному провадженні на розсуд впливають засади

кримінального процесу, професійний досвід правозастосувача, судова та слідча практика, моральні та етичні характеристики суб'єкта правозастосування; кінцевою метою є забезпечення приватних та публічних інтересів.

Обґрунтовано існування наступних класифікацій розсуду в кримінальному процесі: в залежності від прогнозованості – прогнозований та непрогнозований; в залежності від ступеня свободи при застосуванні – альтернативний (який, в свою чергу, поділяється на активний та обмежений), рамковий та оціночний; за суб'єктним складом – розсуд суб'єктів, уповноважених за здійснення кримінального провадження (розсуд слідчого, дізнавача, прокурора, слідчого судді та суду) та розсуд суб'єктів, які допомагають в забезпеченні здійснення кримінального провадження (розсуд керівника органу досудового розслідування, керівника органу дізнання, оперативних підрозділів та представників персоналу органу пробації).

Встановлено співвідношення меж та детермінант розсуду. Доведено, що межі розсуду є незмінними, адже вони встановлюють обсяг повноважень та визначаються положеннями нормативно-правових актів, у той час як детермінанти розсуду є тими факторами, які свідомо або підсвідомо враховує суб'єкт правозастосування в процесі прийняття юридично-значущого рішення із застосуванням розсуду. У зв'язку з цим констатовано неможливість проведення класифікації меж розсуду, адже такі межі є лише штучними обмеженнями владних повноважень. Розсуд у кримінальному процесі – це спосіб реалізації повноважень владних суб'єктів кримінального процесу. Відповідно межі розсуду визначаються як обмеження таких повноважень. Неважливо, які саме фактори визначають межі і як ці межі можуть змінюватись залежно від галузі права, джерела права або навіть фактичних обставин справи. Головним є розуміння, що межі розсуду – це лише обмеження такого поняття, як повноваження. В будь-якому випадку повноваження встановлюються нормативно-правовими актами, адже владні учасники правовідносин мають абсолютну зв'язаність з правом, тобто можуть робити тільки те, що прямо

передбачено законом. Суть розсуду полягає в наданні можливості реалізувати ті повноваження, які вже передбачені нормативно-правовими актами. Це стосується навіть тих випадків, коли розсуд застосовується для подолання прогалин у праві, адже навіть у таких ситуаціях уповноважені суб'єкти продовжують діяти в межах власної компетенції. Відповідно межі розсуду – це лише штучні обмеження, які встановлюють ліміти реалізації владних повноважень. Такі ліміти можуть мати правову природу (коли межі розсуду визначаються в нормативно-правових актах), морально-етичну природу, впливати з факторів доцільності, ефективності, справедливості тощо. Проте ці обставини лише впливають на межі розсуду, але самими межами не є, адже межі розсуду нерозривно пов'язані з конкретними повноваженнями.

Обґрунтовано поділ всіх детермінант розсуду на суб'єктивні та об'єктивні. До суб'єктивних детермінант мають відноситись лише ті фактори, які пов'язані виключно з особою правозастосувача та вказують на його особистісний вплив при прийнятті певного юридично значущого рішення. Відповідно, об'єктивні детермінанти розсуду стосуються всіх інших факторів: нормативних актів, правових засад, правозастосовної практики тощо. Такі детермінанти існують окремо від суб'єкта правозастосування, і такий суб'єкт може впливати на зміст та обсяг об'єктивних детермінант розсуду лише в складі великої групи правозастосувачів, але не як окремий індивід. До об'єктивних детермінант розсуду відносяться принципи (засади), нормативно-правові акти та правозастосовча практика. Суб'єктивні детермінанти розсуду визначаються за рахунок особистісних якостей правозастосувача та його власного досвіду.

При аналізі особистого досвіду як детермінанту розсуду охарактеризовано таку категорію, як «помилковий досвід». Такий досвід матиме місце тоді, коли уповноваженою посадовою особою було прийняте помилкове рішення, однак через ті чи інші причини негативні наслідки не настали. В цьому випадку така особа буде продовжувати застосовувати хибні методи розслідування, розгляду та вирішення кримінальних проваджень, очікуючи позитивний результат.

Особливістю такого помилкового досвіду є можливість його саморегуляції в процесі правозастосування. Набагато небезпечнішим є негативний досвід, який ґрунтується на професійній деформації особи, уповноваженої на реалізацію розсуду в кримінальному процесі.

В якості специфічної ознаки суддівського розсуду запропоновано розглядати його особливе юридичне значення. Суддівський розсуд, як і будь-який інший розсуд у кримінальному процесі, в першу чергу, спрямований на вирішення конкретного питання в окремому кримінальному провадженні. Проте, на відміну від рішень слідчого чи прокурора, судові рішення можуть використовуватися не лише в цьому кримінальному провадженні, а й в інших провадженнях. Ідеться, наприклад, про судову преюдицію або про формування правових позицій Верховним Судом. Відмінності в такому випадку полягають в тому, що ще до винесення рішення та формування правової позиції судді Верховного Суду розуміють, що в подальшому така правова позиція може бути використана не лише судами, а і будь-якими іншими учасниками кримінального процесу при вирішенні інших кримінальних проваджень. У випадку ж судової преюдиції суд розуміє, що в подальшому його рішення може бути використане, наприклад, для встановлення допустимості вже досліджених доказів. Тобто можна констатувати можливість подальшого використання судових рішень взагалі та конкретних висновків, які були зроблені із застосуванням розсуду.

В результаті проведеного статистичного дослідження ухвал слідчих суддів було встановлено, що при визначенні розміру застави слідчі судді в більшій мірі враховуються розмір майнової шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, та майже не враховують інші обставини, які передбачені кримінальним процесуальним законодавством. У зв'язку з цим визначення розміру застави стає непрогнозованим, а суддівський розсуд – необґрунтованим. Одним із способів подолання такої ситуації є запровадження певних уніфікованих моделей для оцінки ризиків, які можуть базуватися або на результатах великої кількості попередніх аналогічних рішень слідчих суддів,

або можуть бути розробленими науковцями та практиками задля запровадження найкращих практик суддівського розсуду.

Встановлено, що на стадіях перегляду судових рішень суд застосовує розсуд на початкових етапах при дослідженні апеляційної чи касаційної скарги на предмет їх відповідності вимогам КПК України в частині її змісту, суб'єкту звернення, строків подачі тощо. Так, суддя-доповідач застосовує розсуд для вирішення питань щодо можливості призначення провадження до розгляду. Умови прийняття скарг до розгляду досить чітко визначені законодавцем, а тому суддівський розсуд в такому випадку досить суттєво обмежений нормами кримінального процесуального законодавства.

Аналогічною є ситуація з кінцевими процесуальними рішеннями, які можуть бути прийняті на стадіях апеляційного та касаційного провадження. В кримінальному процесі суддівський розсуд найяскравіше проявляється у випадку скасування судових рішень судами апеляційної та касаційної інстанцій у зв'язку з істотним порушенням вимог кримінального процесуального закону. Законодавець уточнює, які саме випадки порушення вимог КПК України мають визнаватися істотними, проте цей перелік надає лише приклади їх порушення, які обов'язково мають тягнути за собою скасування судових рішень. Водночас зазначений перелік не є вичерпним, і будь-які порушення вимог КПК України, на які посилаються учасники кримінального провадження у своїх скаргах, мають бути оцінені судом, і в результаті суддівського розсуду має бути прийняте остаточне процесуальне рішення.

Встановлено, що поняття «процесуальна самостійність» та «розсуд» слідчого тісно між собою пов'язані, проте не є тотожними, адже розсуд слідчого необхідно розглядати як механізм реалізації процесуальної самостійності, який стосується способу реалізації відповідних повноважень слідчого. При цьому зв'язок між процесуальною самостійністю та розсудом слідчого є двостороннім. Розсуд розглядається як механізм реалізації процесуальної

самостійності, при цьому чим частіше слідчий у своїй діяльності може застосувати розсуд, тим ширшою є його процесуальна самостійність.

З метою уніфікації положень КПК України запропоновано внести зміни до ч. 3 ст. 40 КПК України та виключити положення, які стосуються участі керівника органу досудового розслідування в процесі оскарження слідчим відмови прокурора у затвердженні окремих клопотань. В такому випадку ч. 3 ст. 40 КПК України може бути сформульована наступним чином: «3. У випадках відмови прокурора у погодженні клопотання слідчого до слідчого судді про застосування заходів забезпечення кримінального провадження, проведення слідчих (розшукових) дій чи негласних слідчих (розшукових) дій слідчий має право звернутися до прокурора вищого рівня, який протягом трьох днів погоджує відповідне клопотання або відмовляє у його погодженні». Крім того, задля забезпечення уніфікації нормативно-правового регулювання, зміни мають бути внесені і в ст. 40¹ КПК України, де повинно бути закріплене право дізнавача оскаржувати відмову у задоволенні клопотань прокурором до керівника прокуратури вищого рівня. В даному випадку пропонується доповнити ст. 40¹ КПК України частиною 2¹ наступного змісту: «2¹. У випадках відмови прокурора у погодженні клопотання дізнавача до слідчого судді про застосування заходів забезпечення кримінального провадження, проведення слідчих (розшукових) дій чи негласних слідчих (розшукових) дій дізнавач має право звернутися до прокурора вищого рівня, який протягом трьох днів погоджує відповідне клопотання або відмовляє у його погодженні».

Задля вдосконалення процедури початку досудового розслідування запропоновано на законодавчому рівні закріпити визначення терміну «заяви та повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення» під яким слід розуміти усне чи письмове звернення заявника або потерпілого до органу досудового розслідування чи прокуратури, або рапорт уповноваженого правоохоронного органу, зі змісту якого можна зробити попередній висновок про наявність події кримінального правопорушення. Також пропонується ч. 1 ст. 214 КПК України

викласти в наступній редакції: «1. Слідчий, дізнавач, прокурор невідкладно, але не пізніше 24 годин після подання заяви, повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення або після самостійного виявлення ним з будь-якого джерела обставин, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення, зобов'язаний перевірити заяву чи повідомлення на відповідність вимог, передбачених п. 7¹ ч. 1 ст. 3 КПК України та внести відповідні відомості до Єдиного реєстру досудових розслідувань, розпочати розслідування та через 24 години з моменту внесення таких відомостей надати заявнику витяг з Єдиного реєстру досудових розслідувань».

Визначені відмінності між процесуальними повноваженнями керівника органу дізнання та досудового розслідування. По-перше, керівник органу дізнання може лише призначати дізнавача, але не може призначати групу дізнавачів для проведення досудового розслідування. Очевидно, що пояснюється прогнозованою легкістю дізнання у порівнянні з досудовим слідством. По-друге, керівник органу дізнання не має права погоджувати проведення слідчих (розшукових) дій. В даному випадку законодавець підкреслює, що процесуальні дії, які проводяться за дозволом керівника органу досудового розслідування (наприклад, виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації) потребують підвищеного контролю саме зі сторони керівника органу досудового розслідування, а не дізнання. По-третє, керівник органу дізнання не може самостійно проводити дізнання в якості дізнавача. Таким чином можна зробити висновок, що керівник органу дізнання в кримінальному процесі виконує виключно функцію відомчого контролю і самостійно розслідування проводити не може.

В результаті аналізу категорії «ефективність досудового розслідування» було надано визначення даного поняття, під яким слід розуміти ознаку досудового розслідування, яка характеризується можливістю досягнути завдання, які передбачені ст. 2 КПК України, та яка може бути оцінена шляхом перевірки кількості проведених об'єктивно необхідних процесуальних дій та

оперативністю прийняття проміжних і кінцевих процесуальних рішень (повідомлення про підозру, складання та направлення обвинувального акта до суду, закриття кримінального провадження тощо).

Встановлено, що у випадку затягування досудового розслідування в процесі оцінки його ефективності керівник органу дізнання та досудового слідства повинні встановити наступні обставини: чи дійсно слідчий (дізнавач) не може провести будь-які інші процесуальні дії (якщо процесуальні дії тривалий час не проводяться); чи може слідчий (дізнавач) прискорити проведення процесуальних дій, що тривають; чи міг слідчий (дізнавач) уникнути ситуації, за якої він не може продовжувати проводити необхідні для розслідування процесуальні дії.

Ключові слова: розсуд, ознаки розсуду, межі розсуду, детермінанти розсуду, суддівський розсуд, розсуд прокурора, розсуд слідчого, розсуд дізнавача, розсуд інших уповноважених суб'єктів кримінального процесу

СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧА

Наукові праці, в яких опубліковані основні наукові результати дисертації:

Монографія

1. Торбас О.О. Розсуд в кримінальному процесі України: теоретичне обґрунтування та практика реалізації: монографія. Одеса: Юридична література, 2020. 284 с.: граф., табл.

Рецензія: Гловюк І.В. Рецензія на монографію Олександра Торбаса «Розсуд в кримінальному процесі України: теоретичне обґрунтування та практика реалізації». *Соціально-правові студії*. 2020. Випуск 4 (10). С. 147-150.

Наукові статті у фахових виданнях:

2. Торбас О.О. Зв'язок між розміром майнової шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, та розміром застави у кримінальному провадженні. *Вісник Національного технічного університету України*

«Київський політехнічний інститут». *Політологія. Соціологія. Право*. 2018. №3 (39). С. 157-161.

3. Торбас О.О., Касьянова В.А. Обставини, що враховуються слідчими суддями під час обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2018. №3. С. 122-125.

4. Торбас О.О. Застосування інструментів для оцінки ризиків (ІОР) для обґрунтування необхідності обрання до особи запобіжних заходів: міжнародний досвід і перспективи запровадження в Україні. *Юридичний бюлетень*. 2018. №8. С. 422-429.

5. Торбас О.О. Ознаки розсуду в кримінальному процесі. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2019. Випуск 4(29). Том 1. С. 198-203.

6. Торбас О.О. Тлумачення розсуду в кримінальному процесі крізь призму правової доктрини. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2019. №4 (Ч. 2). С. 93-98.

7. Торбас О.О. Класифікація видів розсуду у кримінальному процесі України. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2019. Випуск 6. С. 321-327.

8. Гловюк І., Торбас О. Прокурор в системі суб'єктів, уповноважених на закінчення досудового розслідування. *Право України*. 2020. №3. С. 270-283.

9. Торбас О.О. Визначення сутності меж розсуду в кримінальному процесі. *Право і суспільство*. 2020. №2 частина 3. С. 165-171.

10. Торбас О.О. Засади кримінального процесу як детермінанти розсуду. *Право та державне управління*. 2020. №1, том 1. С. 150-155.

11. Торбас О.О. Правові норми як детермінанти розсуду у кримінальному процесі. *Вчені записки ТНУ імені В.І. Вернадського. Серія: юридичні науки*. 2020. Том 31 (70). Ч. 3. №2. С. 133-137.

12. Торбас О. Роль слідчого судді в процесі оцінки доказів у кримінальному провадженні. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. №5. С. 309-312.

13. Торбас О.О. Способи реалізації суддівського розсуду в кримінальному процесі України. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2020. Випуск 1 (30). С. 209-212.

14. Торбас О.О. Суб'єктивні детермінанти розсуду в кримінальному процесі. *Правова позиція*. 2020. №2 (27). С. 120-123.

15. Аленін Ю.П., Торбас О.О. Ознаки суддівського розсуду в кримінальному процесі України. *Правові новели*. 2020. №11. С. 275-280.

16. Торбас О.О. Сутність і суб'єкти суддівського розсуду в кримінальному процесі України. *Юридичний вісник*. 2020. №1. С. 65-69.

17. Торбас О. Застосування розсуду прокурором у процесі істотної зміни обвинувачення в суді. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. №7. С. 338-342.

18. Торбас О. Застосування розсуду прокурором в процесі надання доручень та вказівок щодо проведення слідчих дій. *Юридичний вісник*. 2020. 2. С. 88-92.

19. Торбас О.О. Роль прокурора при оцінці критеріїв розумності строків досудового розслідування. *Юридичний бюлетень*. 2020. Випуск 12. С. 194-201.

20. Торбас О.О. Особливості реалізації суддівського розсуду під час затвердження угод у кримінальному процесі. *Порівняльно-аналітичне право*. 2020. №1. С. 588-591.

21. Торбас О.О. Роль прокурора в процесі дотримання розумних строків досудового розслідування. *Вісник Чернівецького факультету Національного університету «Одеська юридична академія»*. 2020. Випуск 1. С. 117-121.

22. Торбас О.О., Касьянова В.А. Визначення розміру застави у кримінальному процесі України: статистичний аналіз судової практики. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2020. №4. С. 340-350.

23. Торбас О.О. Ознаки розсуду прокурора в кримінальному процесі України. *Право та державне управління*. 2020. №2. С. 107-111.

24. Торбас О.О. Застосування розсуду прокурором у процесі санкціонування та проведення слідчих (розшукових) дій. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2020. №1. С. 168-170.

25. Торбас О. Застосування розсуду під час визначення підстав для початку досудового розслідування. *Юридичний вісник*. 2020. №3. С. 81-85.

26. Аленін Ю.П., Торбас О.О. Співвідношення процесуальної самостійності та розсуду слідчого у кримінальному процесі України. *Держава та регіони. Серія: Право*. 2020. №3 (69). С. 123-129.

Наукові статті у зарубіжних періодичних виданнях:

27. Arkusha L., Torbas O., Voloshyna V., Zavtur V., Babchynska T. Problems of starting a pre-trial investigation before and during the COVID-19 pandemic. Comparison of the international context. *Ius Humani*. 2020. Vol. 9 (II). pp. 291-316.

28. Торбас О.О. Порядок оскарження слідчим відмови прокурора у погодженні окремих клопотань згідно з КПК України. *Sciences of Europe*. 2020. №57 (3). С. 12-14.

29. Торбас О.О. Взаємодія слідчого та оперативних підрозділів в процесі проведення слідчих дій в кримінальному процесі України. *Scientific discussion*. 2020. №48 (2). С. 53-56.

30. Торбас О.О. Проведення оперативними підрозділами слідчих дій в кримінальному процесі України. *Slovak international scientific journal*. 2020. №46 (2). С. 75-78.

Наукові праці, які засвідчують апробацію матеріалів дисертації:

31. Торбас О.О. Чи потребується ухвала слідчого судді для проведення огляду житла-місця події за наявності добровільної згоди власника? *Принципи та стандарти змагального кримінального процесу на досудовому провадженні: матеріали Всеукр. наук-практ. конф. (м. Дніпро, 7 груд. 2016 р.). Дніпро: Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2017. С. 189-192.*

32. Торбас О.О. Наслідки встановлення некомпетентності захисника. *Актуальні проблеми удосконалення кримінального процесуального законодавства*: матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції, присвяченої до 70-річчя д.ю.н., професора Юрія Павловича Аленіна. (м. Одеса, 21 квітня 2017 р.). Одеса: Юридична література, 2017. С. 126-128.

33. Торбас О.О. Щодо можливості збирання доказів після відкриття матеріалів іншій стороні. *Теорія та практика кримінального процесуального доказування*: матеріали Всеукраїнської науково-практичної інтернет-конференції, (Івано-Франківськ, 24 березня 2017 року). Івано-Франківськ, 2017. С. 146-149.

34. Торбас О.О. Оптимізація КПК в частині регулювання приватного обвинувачення. *Традиції та новації юридичної науки: минуле, сучасність, майбутнє*: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, 19 травня 2017 р.) У 2-х т. Т. 2 /відп. ред. Г.О. Ульянова. Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2017. С. 380-382.

35. Торбас О.О. Новий порядок обчислення та продовження строків досудового розслідування до повідомлення особі про підозру: здобутки та прорахунки. *Правові та інституційні механізми забезпечення розвитку України в умовах європейської інтеграції*: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, 18 травня 2018 р.) У 2-х т. Т. 2 /відп. ред. Г.О. Ульянова. Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2018. С. 312-314.

36. Торбас О.О. Врахування стану здоров'я підозрюваного при обранні щодо нього запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою. *Адвокатура: минуле, сучасність та майбутнє*: матер VIII Міжнар. наук.-практ. конф.: (м. Одеса, 17 листопада 2018 року). С. 663-666.

37. Торбас О.О. Щодо підстав обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи. *Правове життя сучасної України: у 2 т.:* матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 17 травня 2019 р.). Одеса: Видавничий дім «Гельветика». 2019. С. 336-338.

38. Торбас О. О. Суддівський розсуд при встановленні меж судового розгляду. *Правове життя сучасної України: у 3 т.: матеріали Міжнар. наук.-практ. конф.* (м. Одеса, 15 трав. 2020 р.) /відп. ред. М. Р. Аракелян. Одеса: Гельветика, 2020. Т. 3. С. 267-269.

39. Торбас О.О. Реалізація розсуду співробітниками оперативних підрозділів у кримінальному процесі. *Актуальні питання юридичної теорії та практики: наукові дискусії: міжнародна науково-практична конференція* (м. Харків, 4-5 грудня 2020 р.). Харків: Східноукраїнська наукова юридична організація, 2020. Ч. 2. С. 134-136.

40. Торбас О.О. Реалізація розсуду представником персоналу органу пробації в кримінальному процесі. *Сучасне державотворення та правотворення: питання теорії та практики: матеріали міжнародної науково-практичної конференції* (м. Одеса, Україна, 11-12 грудня 2020 р.). Одеса: ГО «Причорноморська фундація права», 2020. С. 173-175.

SUMMARY

Torbis O.O. Discretion in criminal process of Ukraine. – Qualifying thesis on the rights of the manuscript.

The dissertation for a degree of the Doctor of Law in a specialty 12.00.09 – Criminal Process and Criminalistics; Forensic Examination; Operational and Investigative Activities. – National University «Odessa Law Academy», Odessa, 2021.

The dissertation is the first special complex research of essence and ways of realization of discretion in criminal process of Ukraine.

Author analysed scientific understanding of the concept “discretion” in law and established the lack of unity among scholars on this issue. It was concluded that discretion in criminal proceedings is the possibility of exercising powers, which consists in making one legally binding decision from several alternatives proposed by the criminal procedure legislation with the use of intellectual-volitional mechanism

according to the circumstances of particular criminal proceeding, principles of criminal proceedings, professional experience of law enforcer, judicial and investigative practice, moral and ethical characteristics of law enforcer, in order to ensure private and public interests in criminal proceedings. It is established that discretion in criminal proceedings can be characterized by such features: it's a way (an opportunity) to exercise authority; it's a way of making legally binding decisions; has relative freedom; must be legal; must meet requirements of criminal procedure legislation; has an intellectual and volitional character; circumstances of the specific criminal proceedings must be taken into account; in criminal proceedings discretion is influenced by principles of the criminal process, professional experience of the law enforcer, judicial and investigative practice, moral and ethical characteristics of law enforcer; the ultimate goal is to ensure private and public interests.

The existence of several classifications of discretion in criminal proceedings was substantiated: depending on predictability – predictable and unpredictable; depending on the degree of freedom in application – alternative (which, in turn, can be divided into active and limited), frame and estimated; depending on the subject of application – discretion of subjects authorized to conduct criminal proceedings (investigator, detective, prosecutor, investigating judge and court) and discretion of the entities that assist in ensuring the implementation of criminal proceedings (head of the pre-trial investigation agency, head of detective agency, operational units and representatives of the probation body).

Correlation of limits and determinants of discretion was established, according to which limits of discretion are unchanged, because they establish the scope of powers and determined by law, while determinants of discretion are factors that are used consciously or subconsciously by authorised subject during the usage of discretion. In this regard author stated that it is impossible to classify limits of discretion, as they are only artificial limitations of power. Discretion in criminal proceedings can be characterised as a way of exercising powers by authorities of the criminal process. Accordingly, limits of discretion are defined as limitation of such

powers. It does not matter what factors determine boundaries and how these boundaries may change depending on the field of law, source of law or even actual circumstances of the case. It's important to understand that limits of discretion are only a restriction of such concept as authority. The essence of discretion is to provide an opportunity to exercise such powers that are already provided by regulations. This applies even in cases where discretion is used to close gaps in law, because even in such situations, authorized entities continue to act within their competence, making decisions that they are authorized to make or taking actions that they can. Accordingly, the limits of discretion are only artificial restrictions that set limits on the exercise of power by the relevant entities. Such limits may be of a legal nature (when the limits of discretion are defined in regulations), moral and ethical, arising from factors of expediency, efficiency, fairness, and so on. However, these circumstances only affect the limits of discretion, but are not the limits themselves, because the limits of discretion are inextricably linked in specific powers.

The division of determinants of discretion into subjective and objective is substantiated. Subjective determinants include only those factors that are related exclusively to the identity of the law enforcer and indicate his personal influence in making a certain legally significant decision. Accordingly, objective determinants of discretion relate to other factors: legislation, legal principles, law enforcement practices, and so on. Such determinants exist separately from the law enforcement entity. Objective determinants of discretion include principles, regulations, and law enforcement practices. Subjective determinants of discretion are determined by the personal qualities of the law enforcer and his own experience.

During the analysis of personal experience as a determinant of discretion, a category "false experience" was analysed. Such experience will occur when an erroneous decision has been made by an authorized official, but for some reason no negative consequences have occurred. In this case, such person will continue to use erroneous methods of investigation, consideration and resolution of criminal proceedings, expecting a positive result. The peculiarity of such false experience is

the possibility of self-regulation in the process of law enforcement. Negative experience is much more dangerous is the, since it's based on the professional deformation of a person authorized to exercise discretion in criminal proceedings.

As a result of statistical analysis of investigative judges' rulings, it was found that when determining the amount of bail, investigating judges take into account the amount of property damage caused by a criminal offense and almost do not take into account other circumstances provided by criminal procedure legislation. As a result, bail becomes unpredictable and the judge's discretion – unfounded. One way to overcome such situation is to introduce certain risk assessment tools, which can be based either on the results of a large number of previous similar decisions of investigating judges or can be developed by scientists and practitioners to introduce best practices of judicial discretion.

It was proposed to consider increased legal significance of judicial discretion as an additional specific feature of such discretion. Judicial discretion, like any other discretion in criminal proceedings, is primarily aimed at resolving a specific issue in specific criminal proceeding. However, unlike decisions of investigator or prosecutor, court decisions can be used not only in this criminal proceeding, but also in other proceedings. For example, judicial prejudice or legal positions by the Supreme Court. The difference in this case is that even before making a decision, judges of the Supreme Court understand that in the future such a legal position can be used not only by courts but also by any other participants in criminal proceedings in other criminal proceedings. In the case of judicial prejudice, court understands that in the future its decision can be used, for example, to establish the admissibility of already examined evidence.

It was established that at the stages of review court decisions court applies discretion at the initial stages when examining an appeal or cassation for compliance with the requirements of the CPC of Ukraine in terms of its content, subject of appeal, deadlines, etc. Thus, judge-rapporteur uses his discretion to decide on the possibility of assigning proceedings. The conditions for accepting complaints for

consideration are quite clearly defined by the legislator, and therefore judge's discretion in this case is quite significantly limited by the rules of criminal procedure legislation.

Such situation is also similar with the final procedural decisions that can be made at the stages of appeal and cassation proceedings. In criminal proceedings, judicial discretion is most pronounced in the case of reversal of court decisions by the courts of appeal and cassation in connection with a significant violation of the requirements of criminal procedure law. The legislator clarifies which cases of violation of the requirements of the CPC of Ukraine should be considered significant, but such list provides only examples of violation, which must entail the revocation of court decisions. At the same time, this list is not exhaustive, and any violations of the CPC of Ukraine referred by the participants in the criminal proceedings in their complaints must be assessed by a court, and a final procedural decision must be made as a result of judicial discretion.

It was established that the concepts of “procedural independence” and “discretion” of investigator are closely related, but are not identical, because discretion of investigator should be considered as a mechanism for procedural independence, which relates to the implementation of the investigator's powers. In this case, connection between procedural independence and discretion of the investigator is two-way. Discretion is considered as a mechanism for the implementation of procedural independence, and the more often investigator can use the discretion, the wider its procedural independence will be.

In order to unify the provisions of the CPC of Ukraine, it is proposed to amend Part 3 of Art. 40 of the CPC of Ukraine and to exclude the provisions concerning the participation of head of the pre-trial investigation agency in the process of appealing prosecutor's refusal to approve certain petitions by investigator. In this case, Part 3 of Art. 40 of the CPC of Ukraine can be formulated as follows: “3. In cases where the prosecutor refuses to approve the investigator's request to the investigating judge to apply measures to ensure criminal proceedings, conduct investigative (search) actions

or hidden investigative (search) actions, investigator has the right to apply to a higher prosecutor who approves or denies the request his agreement”. In addition, in order to ensure the unification of legal regulation, changes should be made in Art. 40¹ of the CPC of Ukraine, which should enshrine the right of detective to appeal such refusal by prosecutor to the head of the prosecutor’s office of the highest level. In this case, it is proposed to supplement Art. 40¹ of the CPC of Ukraine with Part 2¹ of the following content: “2¹. In cases where prosecutor refuses to approve detective’s request to investigating judge to apply measures to ensure criminal proceedings, conduct investigative (search) actions or hidden investigative (search) actions, detective has the right to apply to a higher-level prosecutor his agreement”.

In order to improve the procedure for initiating a pre-trial investigation, it was proposed to enshrine at the legislative level the definition of the term “application and notification of a criminal offense” on the possibility of making preliminary conclusion about the existence of an event of a criminal offense. Part 1 of Art. 214 of the CPC of Ukraine must be changed for the following edition: «1. The investigator, detective, prosecutor shall immediately, but not later than 24 hours after the submission of the application, notification of the committed criminal offense or after self-discovery from any source of circumstances that may indicate the commission of a criminal offense, must verify the application or notification of compliance requirements provided for in paragraph 7¹ of Part 1 of Art. 3 of the CPC of Ukraine and enter the relevant information in the Unified Register of Pre-trial Investigations, initiate an investigation and within 24 hours of entering such information to provide the applicant with an extract from the Unified Register of Pre-trial Investigations”.

The differences between procedural powers of head of detective agency and a head of pre-trial investigation agency were determined. Head of detective agency may only appoint one detective but may not appoint a group of detectives to conduct a pre-trial investigation. Obviously, this can be explained by the predicted ease of inquiry in comparison with the pre-trial investigation. Also head of detective agency has no right to approve the conduction of investigative (search) actions. In this case,

legislator emphasizes that procedural actions carried out with the permission of the head of the pre-trial investigation agency (for example, performing a special task to detect criminal activity of an organized group or criminal organization) require increased control by the head of the pre-trial investigation agency. Also head of detective agency cannot independently conduct an inquiry as an investigator. Thus, it can be concluded that the head of detective agency in the criminal process performs only the function of control and cannot conduct an independent investigation.

As a result of the analysis of the category “effectiveness of pre-trial investigation” the definition of this concept was given – it’s a feature of pre-trial investigation, which is characterized by the ability to achieve the objectives criminal proceedings stated in Art. 2 of the CPC of Ukraine, and which can be assessed by checking the number of procedural actions that were made and efficiency of intermediate and final procedural decisions (notification of suspicion, drafting and sending an indictment to court, closing criminal proceedings, etc.).

It was established that in case of delaying pre-trial investigation in the process of assessing its effectiveness, the head of detective agency and head of pre-trial investigation agency must establish following circumstances: whether the investigator (detective) cannot carry out any other procedural actions; whether the investigator (detective) can speed up ongoing proceedings; whether the investigator (detective) could have avoided a situation in which he could not continue to carry out the necessary procedural actions for the pre-trial investigation.

Keywords: discretion, features of discretion, limits of discretion, determinants of discretion, judicial discretion, prosecutor’s discretion, investigator’s discretion, detective’s discretion, discretion of other authorized subjects of criminal proceedings.

СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧА

Наукові праці, в яких опубліковані основні наукові результати дисертації:

Монографія

1. Торбас О.О. Розсуд в кримінальному процесі України: теоретичне обґрунтування та практика реалізації: монографія. Одеса: Юридична література, 2020. 284 с.: граф., табл.

Рецензія: Гловюк І.В. Рецензія на монографію Олександра Торбаса «Розсуд в кримінальному процесі України: теоретичне обґрунтування та практика реалізації». *Соціально-правові студії*. 2020. Випуск 4 (10). С. 147-150.

Наукові статті у фахових виданнях:

2. Торбас О.О. Зв'язок між розміром майнової шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, та розміром застави у кримінальному провадженні. *Вісник Національного технічного університету України «Київський політехнічний інститут»*. Політологія. Соціологія. Право. 2018. №3 (39). С. 157-161.

3. Торбас О.О., Касьянова В.А. Обставини, що враховуються слідчими суддями під час обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2018. №3. С. 122-125.

4. Торбас О.О. Застосування інструментів для оцінки ризиків (ІОР) для обґрунтування необхідності обрання до особи запобіжних заходів: міжнародний досвід і перспективи запровадження в Україні. *Юридичний бюлетень*. 2018. №8. С. 422-429.

5. Торбас О.О. Ознаки розсуду в кримінальному процесі. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2019. Випуск 4(29). Том 1. С. 198-203.

6. Торбас О.О. Тлумачення розсуду в кримінальному процесі крізь призму правової доктрини. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2019. №4 (Ч. 2). С. 93-98.

7. Торбас О.О. Класифікація видів розсуду у кримінальному процесі України. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2019. Випуск 6. С. 321-327.

8. Гловюк І., Торбас О. Прокурор в системі суб'єктів, уповноважених на закінчення досудового розслідування. *Право України*. 2020. №3. С. 270-283.

9. Торбас О.О. Визначення сутності меж розсуду в кримінальному процесі. *Право і суспільство*. 2020. №2 частина 3. С. 165-171.

10. Торбас О.О. Засади кримінального процесу як детермінанти розсуду. *Право та державне управління*. 2020. №1, том 1. С. 150-155.

11. Торбас О.О. Правові норми як детермінанти розсуду у кримінальному процесі. *Вчені записки ТНУ імені В.І. Вернадського. Серія: юридичні науки*. 2020. Том 31 (70). Ч. 3. №2. С. 133-137.

12. Торбас О. Роль слідчого судді в процесі оцінки доказів у кримінальному провадженні. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. №5. С. 309-312.

13. Торбас О.О. Способи реалізації суддівського розсуду в кримінальному процесі України. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2020. Випуск 1 (30). С. 209-212.

14. Торбас О.О. Суб'єктивні детермінанти розсуду в кримінальному процесі. *Правова позиція*. 2020. №2 (27). С. 120-123.

15. Аленін Ю.П., Торбас О.О. Ознаки суддівського розсуду в кримінальному процесі України. *Правові новели*. 2020. №11. С. 275-280.

16. Торбас О.О. Сутність і суб'єкти суддівського розсуду в кримінальному процесі України. *Юридичний вісник*. 2020. №1. С. 65-69.

17. Торбас О. Застосування розсуду прокурором у процесі істотної зміни обвинувачення в суді. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. №7. С. 338-342.

18. Торбас О. Застосування розсуду прокурором в процесі надання доручень та вказівок щодо проведення слідчих дій. *Юридичний вісник*. 2020. 2. С. 88-92.

19. Торбас О.О. Роль прокурора при оцінці критеріїв розумності строків досудового розслідування. *Юридичний бюлетень*. 2020. Випуск 12. С. 194-201.

20. Торбас О.О. Особливості реалізації суддівського розсуду під час затвердження угод у кримінальному процесі. *Порівняльно-аналітичне право*. 2020. №1. С. 588-591.

21. Торбас О.О. Роль прокурора в процесі дотримання розумних строків досудового розслідування. *Вісник Чернівецького факультету Національного університету «Одеська юридична академія»*. 2020. Випуск 1. С. 117-121.

22. Торбас О.О., Касьянова В.А. Визначення розміру застави у кримінальному процесі України: статистичний аналіз судової практики. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2020. №4. С. 340-350.

23. Торбас О.О. Ознаки розсуду прокурора в кримінальному процесі України. *Право та державне управління*. 2020. №2. С. 107-111.

24. Торбас О.О. Застосування розсуду прокурором у процесі санкціонування та проведення слідчих (розшукових) дій. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2020. №1. С. 168-170.

25. Торбас О. Застосування розсуду під час визначення підстав для початку досудового розслідування. *Юридичний вісник*. 2020. №3. С. 81-85.

26. Аленін Ю.П., Торбас О.О. Співвідношення процесуальної самостійності та розсуду слідчого у кримінальному процесі України. *Держава та регіони. Серія: Право*. 2020. №3 (69). С. 123-129.

Наукові статті у зарубіжних періодичних виданнях:

27. Arkusha L., Torbas O., Voloshyna V., Zavtur V., Babchynska T. Problems of starting a pre-trial investigation before and during the COVID-19 pandemic. Comparison of the international context. *Ius Humani*. 2020. Vol. 9 (II). pp. 291-316.

28. Торбас О.О. Порядок оскарження слідчим відмови прокурора у погодженні окремих клопотань згідно з КПК України. *Sciences of Europe*. 2020. №57 (3). С. 12-14.

29. Торбас О.О. Взаємодія слідчого та оперативних підрозділів в процесі проведення слідчих дій в кримінальному процесі України. *Scientific discussion*. 2020. №48 (2). С. 53-56.

30. Торбас О.О. Проведення оперативними підрозділами слідчих дій в кримінальному процесі України. *Slovak international scientific journal*. 2020. №46 (2). С. 75-78.

Наукові праці, які засвідчують апробацію матеріалів дисертації:

31. Торбас О.О. Чи потребується ухвала слідчого судді для проведення огляду житла-місця події за наявності добровільної згоди власника? *Принципи та стандарти змагального кримінального процесу на досудовому провадженні: матеріали Всеукр. наук-практ. конф. (м. Дніпро, 7 груд. 2016 р.). Дніпро: Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2017. С. 189-192.*

32. Торбас О.О. Наслідки встановлення некомпетентності захисника. *Актуальні проблеми удосконалення кримінального процесуального законодавства: матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції, присвяченої до 70-річчя д.ю.н., професора Юрія Павловича Аленіна. (м. Одеса, 21 квітня 2017 р.). Одеса: Юридична література, 2017. С. 126-128.*

33. Торбас О.О. Щодо можливості збирання доказів після відкриття матеріалів іншій стороні. *Теорія та практика кримінального процесуального доказування: матеріали Всеукраїнської науково-практичної інтернет-конференції, (Івано-Франківськ, 24 березня 2017 року). Івано-Франківськ, 2017. С. 146-149.*

34. Торбас О.О. Оптимізація КПК в частині регулювання приватного обвинувачення. *Традиції та новації юридичної науки: минуле, сучасність, майбутнє: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, 19 травня 2017 р.) У 2-х т. Т. 2 /відп. ред. Г.О. Ульянова. Одеса: Видавничий дім “Гельветика”, 2017. С. 380-382.*

35. Торбас О.О. Новий порядок обчислення та продовження строків досудового розслідування до повідомлення особі про підозру: здобутки та

прорахунки. *Правові та інституційні механізми забезпечення розвитку України в умовах європейської інтеграції*: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, 18 травня 2018 р.) У 2-х т. Т. 2 /відп. ред. Г.О. Ульянова. Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2018. С. 312-314.

36. Торбас О.О. Врахування стану здоров'я підозрюваного при обрані щодо нього запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою. *Адвокатура: минуле, сучасність та майбутнє*: матер VIII Міжнар. наук.-практ. конф.: (м. Одеса, 17 листопада 2018 року). С. 663-666.

37. Торбас О.О. Щодо підстав обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи. *Правове життя сучасної України*: у 2 т.: матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 17 травня 2019 р.). Одеса: Видавничий дім «Гельветика». 2019. С. 336-338.

38. Торбас О. О. Суддівський розсуд при встановленні меж судового розгляду. *Правове життя сучасної України*: у 3 т.: матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 15 трав. 2020 р.) /відп. ред. М. Р. Аракелян. Одеса: Гельветика, 2020. Т. 3. С. 267-269.

39. Торбас О.О. Реалізація розсуду співробітниками оперативних підрозділів у кримінальному процесі. *Актуальні питання юридичної теорії та практики: наукові дискусії*: міжнародна науково-практична конференція (м. Харків, 4-5 грудня 2020 р.). Харків: Східноукраїнська наукова юридична організація, 2020. Ч. 2. С. 134-136.

40. Торбас О.О. Реалізація розсуду представником персоналу органу пробачії в кримінальному процесі. *Сучасне державотворення та правотворення: питання теорії та практики*: матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, Україна, 11-12 грудня 2020 р.). Одеса: ГО «Причорноморська фундація права», 2020. С. 173-175.

ЗМІСТ

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ.....	4
ВСТУП.....	5
РОЗДІЛ 1. РОЗСУД ЯК ІНСТИТУТ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ	19
1.1. Поняття, ознаки та види розсуду в кримінальному процесі	19
1.2. Межі та детермінанти розсуду в кримінальному процесі	71
РОЗДІЛ 2. ОСОБЛИВОСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ СУДДІВСЬКОГО РОЗСУДУ	111
2.1. Сутність суддівського розсуду.....	111
2.2. Реалізація розсуду слідчими суддями	130
2.3. Реалізація розсуду судом при вирішенні кримінальних проваджень та перегляді судових рішень	177
РОЗДІЛ 3. ОСОБЛИВОСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ РОЗСУДУ ПРОКУРОРА	205
3.1. Ознаки розсуду прокурора.....	205
3.2. Розсуд прокурора на досудовому розслідуванні.....	226
3.3. Розсуд прокурора в судових стадіях кримінального провадження.....	263
РОЗДІЛ 4. ОСОБЛИВОСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ РОЗСУДУ СЛІДЧОГО ТА ДІЗНАВАЧА	285
4.1. Сутність розсуду слідчого та дізнавача	285
4.2. Реалізація розсуду слідчим та дізнавачем	301
РОЗДІЛ 5. РЕАЛІЗАЦІЯ РОЗСУДУ ІНШИМИ УПОВНОВАЖЕНИМИ СУБ'ЄКТАМИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ	357

5.1. Особливості застосування розсуду керівником органу досудового розслідування та дізнання.....	357
5.2. Співробітники оперативних підрозділів та представник персоналу органу пробації як суб'єкти застосування розсуду в кримінальному процесі	376
ВИСНОВКИ.....	382
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ.....	389
ДОДАТКИ	428

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ

ВРП – Вища рада правосуддя

ВС – Верховний Суд

ВССУ – Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ

ВСУ – Верховний Суд України

ЄДРСР – Єдиний державний реєстр судових рішень

ЄРДР – Єдиний реєстр досудових розслідувань

ЗУ – Закон України

КК – Кримінальний кодекс

КПК – Кримінальний процесуальний кодекс

КСУ – Конституційний Суд України

НСРД – негласні слідчі (розшукові) дії

ОРД – оперативно-розшукова діяльність

п. – пункт

СРД – слідчі (розшукові) дії

ст. – стаття

ч. – частина

ВСТУП

Обґрунтування вибору теми дослідження. Кримінальний процесуальний кодекс України (далі – КПК України) за своєю суттю є досить складним правовим документом, застосування якого вимагає не тільки чіткого знання процесуальних положень, а й розуміння їх змісту. З урахуванням багатомірності соціальних процесів, які повинні регулюватися нормативно-правовими актами, суб'єктам правозастосування недостатньо лише сліпо «накладати» нормативні положення на ситуацію, яка склалася. Законодавець, розуміючи різноманітність ситуацій, які можуть виникати в процесі правозастосування, повинен гарантувати можливість реалізації положень нормативно-правових актів до невизначеної кількості осіб, залишаючи за уповноваженими особами повноваження виносити індивідуальні акти правозастосування. І одним із найбільш дієвих способів забезпечення таких широких можливостей є закріплення у відповідному законодавчому акті положень, які дозволяють застосовувати розсуд.

Розсуд є однією з фундаментальних правових категорій, адже він дозволяє правозастосувачам використовувати нормативні положення відповідно до обставин, які склалися в конкретній правовій ситуації. Без можливості застосування розсуду законодавець не міг би створювати універсальні нормативно-правові акти, адже будь-який акт нормотворення вимагав би прогнозування всіх можливих ситуацій та способів взаємодії учасників правовідносин. Розсуд є дієвим механізмом для спрощення нормативного масиву та забезпечення індивідуалізованого підходу в процесі правозастосування у нормативно-визначених межах. Однак саме визначення меж розсуду і викликає найбільше складностей у процесі реалізації відповідних правових положень, адже в такому випадку законодавець не надає чітких інструкцій, як необхідно діяти в тій чи іншій ситуації, а лише зобов'язує уповноважених осіб самостійно оцінювати фактичні обставини і нормативні

положення та обирати найбільш оптимальний варіант поведінки. Саме в процесі реалізації розсуду правозастосувачами можуть бути допущені помилки або навіть зловживання власними повноваженнями, що спричинить обмеження чи навіть порушення прав та законних інтересів зацікавлених осіб. При цьому розсуд залишається єдиним способом індивідуалізації нормативних положень відповідно до ситуації, яка склалася.

В різні часи проблематику розсуду та суміжних правових категорій досліджували такі вітчизняні та зарубіжні вчені, як Б.Д. Абушенко, Ю.С. Адушкін, Ю.П. Аленін, І.В. Андронов, В.Г. Антропов, М.В. Багрій, О.Я. Баєв, Л.М. Берг, А.О. Березін, В. Берендюхін, Л.М. Белкін, О.Т. Боннер, А.Р. Вартанов, Л.М. Васильєв, О.В. Геселев, І.В. Гловюк, Ю.В. Грачова, В.О. Гринюк, Н.В. Громова, Ю.М. Грошевий, П.О. Гук, Н.Л. Дроздович, В.Н. Дубовицький, К.П. Єрмакова, Я.П. Зейкан, О.С. Ігнат'єв, В.С. Канцір, О.В. Капліна, С.О. Кахновець, Т.В. Кашаніна, О.О. Кіпер, М.І. Клеандров, А.О. Клейн, В.С. Ковальський, К.І. Комісаров, В.О. Копоть, О.В. Корабліна, О.М. Ларін, М.Ф. Лук'яненко, А.О. Ляш, О.О. Малиновський, О.В. Малько, В.М. Манохін, П.В. Марков, П.Г. Марфіцин, Г.П. Мельник, М.А. Ніконов, О.О. Огілець, А.М. Огородов, В.А. Осмолян, О.О. Папкова, А.С. Петрова, В.В. Пітецький, Н.С. Погорелова, М.А. Погорецький, І.І. Поляков, В.О. Попелюшко, Д.П. Поповський, К.В. Пронін, А.І. Рарог, Т.В. Росік, М.Д. Савенко, І.Н. Сенякін, К.В. Скоблик, А.С. Скурданов, С.М. Смоков, Ю.П. Соловей, Є.В. Терехов, І.А. Тітко, Л.Д. Удалова, А.А. Хайдаров, Л.О. Шарніна, С.О. Шатрава, О.Г. Яновська, А.Б. Ярославський, Г.М. Ясинський та інші.

Втім необхідно констатувати відсутність спеціального комплексного дослідження категорії «розсуд» у кримінальному процесі України та порядку його реалізації в процесі розслідування, розгляду та вирішення кримінальних правопорушень. У правовій доктрині є наукові роботи, які присвячені аналізу вказаної проблеми, проте вони у своїй більшості або стосуються законодавства

інших країн, або присвячені розсуду одного окремого суб'єкта кримінальних процесуальних відносин. Водночас категорія розсуду в кримінальному процесі є поняттям багатоаспектним, яке в першу чергу має досліджуватися як єдина правова категорія з виділенням відповідних характерних особливостей за суб'єктами реалізації розсуду.

Таким чином, актуальність теми дисертації зумовлюється необхідністю розвитку науки кримінального процесу в частині дослідження розсуду як єдиної правової категорії, вдосконалення чинного кримінального процесуального законодавства та практики його застосування.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами, грантами.

Дисертація виконана в межах плану науково-дослідної роботи кафедри кримінального процесу, детективної та оперативно-розшукової діяльності Національного університету «Одеська юридична академія» «Динаміка кримінального процесуального законодавства України: досвід та перспективи» на 2016-2020 роки як складової плану науково-дослідної роботи Національного університету «Одеська юридична академія» «Стратегія інтеграційного розвитку України: правовий та культурний вимір» на 2016-2020 роки (державний реєстраційний номер 0116U001842).

Мета і завдання дослідження. Метою дисертаційного дослідження є формування концепції розсуду в кримінальному процесі як єдиної правової категорії шляхом аналізу способів його реалізації в процесі здійснення кримінальної процесуальної діяльності, а також внесення пропозицій про вдосконалення КПК України в частині реалізації розсуду та правозастосовної практики в цій сфері.

Для досягнення зазначеної мети вирішувалися такі завдання:

- визначити поняття, ознаки та види розсуду в кримінальному процесі;
- з'ясувати сутність меж розсуду та їх співвідношення з детермінантами розсуду в кримінальному процесі;
- встановити сутність та характерні особливості суддівського розсуду;

охарактеризувати процес застосування розсуду слідчим суддею під час досудового розслідування;

визначити особливості реалізації розсуду судом під час розгляду кримінального провадження в судах першої, апеляційної та касаційної інстанцій;

розкрити зміст та характерні ознаки розсуду, що реалізується прокурором у кримінальному провадженні;

встановити особливості реалізації розсуду прокурором під час досудового розслідування;

охарактеризувати процес реалізації розсуду прокурором на судових стадіях кримінального провадження;

визначити сутність та ознаки розсуду слідчого та дізнавача;

розкрити характерні особливості застосування розсуду слідчим та дізнавачем під час розслідування кримінальних правопорушень;

розглянути процес реалізації розсуду керівниками органу дізнання та досудового розслідування;

визначити порядок застосування розсуду співробітниками оперативних підрозділів та представниками персоналу органу пробації;

сформулювати теоретично обґрунтовані пропозиції щодо вдосконалення кримінального процесуального законодавства в частині реалізації розсуду уповноваженими суб'єктами кримінального провадження.

Об'єктом дослідження є правовідносини, що виникають при реалізації розсуду у кримінальному процесі України.

Предметом дослідження є розсуд у кримінальному процесі України.

Методи дослідження. Методологічним підґрунтям дисертаційного дослідження є сукупність філософських, загальнонаукових та спеціально-наукових методів пізнання. За допомогою діалектичного методу поглиблено понятійний апарат, з'ясовано сутність та ознаки розсуду в кримінальному процесі України (п. 1.1), а також ознаки суддівського розсуду (п. 2.1), розсуду

прокурора (п. 3.1), слідчого та дізнавача (п. 4.1). Системний метод та метод системно-структурного аналізу дозволили дослідити систему детермінант розсуду (п. 1.2), а також розмежувати види розсуду залежно від прогнозованості, ступеня свободи та суб'єкта, який уповноважений на його застосування в процесі здійснення кримінального провадження (п. 1.1). За допомогою статистичного методу було досліджено 239 ухвал слідчих суддів задля встановлення критеріїв, за якими слідчі судді визначають розмір застави як альтернативного запобіжного заходу (п. 2.2). Формально-юридичний метод використовувався при дослідженні положень Конституції України, міжнародно-правових актів, рішень ЄСПЛ, актів кримінального процесуального законодавства України та деяких зарубіжних країн тощо (п.п. 1.1-1.2, 2.1-2.3, 3.1-3.3, 4.1-4.2, 5.1-5.2). Порівняльно-правовий метод застосовувався задля зіставлення положень кримінального процесуального законодавства України та окремих зарубіжних країн (п.п. 2.2, 3.1., 4.1., 5.1). Метод історизму використовувався для дослідження становлення та розвитку кримінального процесуального законодавства про розсуд (п.п. 3.3, 4.1, 4.2). Логіко-нормативний метод використовувався для формулювання змін та доповнень до чинного кримінального процесуального законодавства в частині реалізації розсуду уповноваженими суб'єктами (п.п. 1.2, 2.2-2.3, 3.2-3.3, 4.2).

Теоретичну основу дисертаційного дослідження становлять наукові праці українських і зарубіжних дослідників з теорії права, кримінального, кримінального процесуального, адміністративного, цивільного права.

Нормативну основу дослідження становлять Конституція України, міжнародно-правові акти, акти кримінального, кримінального процесуального законодавства України та деяких зарубіжних країн (Азербайджанської Республіки, Грузії, Естонської Республіки, Республіки Білорусь, Республіки Казахстан, Республіки Молдова, Республіки Польща, Республіки Словенія, США, Румунії), постанови Пленуму та інформаційні листи Верховного Суду України, Вищого спеціалізованого суду України.

Емпіричну базу дисертаційного дослідження становлять: рішення ЄСПЛ; рішення Конституційного Суду України; постанови Верховного Суду, узагальнення судової практики ВССУ; більше ніж 260 судових рішень, розміщених в Єдиному державному реєстрі судових рішень; дані судової статистики, опубліковані на сайті Державної судової адміністрації України; статистичні дані роботи органів прокуратури та органів досудового розслідування, опубліковані на сайті Генеральної прокуратури України.

Наукова новизна одержаних результатів полягає в тому, що дисертація є першим у вітчизняній науці спеціальним комплексним дослідженням реалізації розсуду в кримінальному процесі України відповідно до положень КПК України 2012 року.

У межах здійсненого дослідження одержано такі результати, що мають наукову новизну:

вперше:

здійснено класифікацію суддівського розсуду під час судового розгляду за функціональною спрямованістю на: 1) суддівський розсуд, що стосується порядку дослідження доказів (призначення проведення експертиз, визначення обсягу доказів для дослідження, участь у допиті обвинуваченого, потерпілого, свідків тощо); 2) суддівський розсуд, що стосується порядку реалізації судового слідства (застосування заходів забезпечення кримінального провадження, доручення проведення слідчих (розшукових) дій, призначення допиту обвинуваченого в режимі відеоконференції тощо); 3) суддівський розсуд, що стосується забезпечення руху кримінального провадження (обмеження тривалості проголошення обвинувального акта, прийняття рішення про розгляд цивільного позову без цивільного позивача, прийняття рішення про зупинення судового провадження тощо); 4) суддівський розсуд, що стосується забезпечення здійснення судового розгляду (прийняття рішення про залучення запасного судді, визначення кількості присутніх в залі судового засідання тощо);

обґрунтовано виділення динамічного та статичного суддівського розсуду, де динамічний розсуд нерозривно пов'язаний з провадженням, у рамках якого він здійснювався, в той час як статичний суддівський розсуд існує відносно інших проваджень, в яких такий розсуд може бути застосований, але існує незалежно від такої невизначеної кількості проваджень;

запропоновано порядок дій суду для встановлення відсутності фактичних підстав для визнання винуватості при затвердженні угоди про примирення чи про визнання винуватості з урахуванням обмежених можливостей для дослідження доказів під час підготовчого судового провадження: 1) ознайомитися з текстом угоди та обвинувального акта (суд, оцінюючи кримінальне правопорушення, може спрогнозувати на прикладі аналогічних злочинів, які обставини мали бути встановлені та зазначені в обвинувальному акті); 2) виявити суперечності між угодою та обвинувальним актом; 3) встановити здатність обвинуваченого повідомити деталі кримінального правопорушення; 4) встановити правильність кваліфікації кримінального правопорушення;

з'ясовано силу зв'язку між розміром застави, яку встановлюють слідчі судді в якості альтернативного запобіжного заходу, та розміром майнової шкоди, яку, на думку сторони обвинувачення, завдав підозрюваний, в результаті чого було встановлено, що слідчі судді значно більше враховують розмір майнової шкоди зі збільшенням тяжкості кримінального правопорушення, в якому підозрюється особа. При цьому слідчі судді в процесі визначення розміру застави фактично ігнорують обставини, які зазначені в ст. 178 КПК України;

запропоновано розглядати істотну зміну обвинувачення в суді як зміну, що тягне за собою перекваліфікацію кримінального правопорушення на правопорушення з іншого розділу Особливої частини закону України про кримінальну відповідальність щодо первинного кримінального правопорушення;

встановлено сутність двостороннього зв'язку між розсудом та процесуальною самотійністю слідчого та дізнавача, за якого розсуд має розглядатися як один із способів реалізації процесуальної самотійності, при цьому обсяг розсуду слідчого та дізнавача формує обсяг їх процесуальної самотійності, адже чим більше повноважень, за яких слідчий або дізнавач можуть застосовувати розсуд, тим ширшою є процесуальна самотійність таких суб'єктів;

сформульовано теоретично обґрунтовані пропозиції про внесення змін і доповнень до КПК України щодо: необхідності застосування засад кримінального процесу у випадку встановлення колізій між положеннями КПК України та засадами кримінального процесу; можливості допиту свідків судом при вирішенні питання про затвердження угоди про примирення чи про визнання винуватості; можливості призначення судового розгляду після відмови суду у затвердженні угоди про примирення чи про визнання винуватості; можливості визнавати докази недопустимими слідчими суддями у разі встановлення їх очевидної недопустимості; можливості прокурора ініціювати перед керівником органу досудового розслідування створення слідчої групи у випадках особливої складності кримінального провадження; щодо визначення граничного терміну проведення слідчих дій у випадку задоволення відповідного клопотання учасниками кримінального провадження; щодо додаткового контролю судом у випадку зміни обвинувачення прокурором під час судового розгляду; виключення керівника органу досудового розслідування з процедури оскарження слідчим відмови прокурора у погодженні окремих клопотань відповідно до ч. 3 ст. 40 КПК України; неможливості проведення обшуку співробітниками оперативних підрозділів та інші;

вдосконалено:

визначення поняття розсуду в кримінальному процесі в частині об'єднання таких ознак розсуду, як законність, відносна свобода, прийняття обов'язкових для виконання юридично значущих рішень, інтелектуально-

вольовий характер, відповідність вимогам кримінального процесуального законодавства та врахування особливостей кожного конкретного кримінального провадження, а також із урахуванням детермінантів, які впливають на розсуд кожного уповноваженого суб'єкта кримінальних процесуальних відносин: засади кримінального процесу, професійний досвід правозастосувача, судова та слідча практика, моральні та етичні характеристики суб'єкта правозастосування;

перелік ознак, які притаманні лише суддівському розсуду, з обґрунтуванням доцільності включення до зазначеного переліку таких ознак, як суб'єкт застосування та юридичне значення такого розсуду;

визначення меж розсуду в частині встановлення чіткого зв'язку між межами розсуду та нормами права, якими визначаються відповідні межі;

тлумачення заяви та повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення в частині уточнення можливості зробити зі змісту заяви або повідомлення про кримінальне правопорушення попередній висновок про наявність події кримінального правопорушення;

визначення ефективності досудового розслідування, яке можна оцінити як ознаку досудового розслідування, що характеризується можливістю досягнути завдань, передбачених ст. 2 КПК України, в частині прив'язки ефективності досудового розслідування до кількості проведених процесуальних дій та оперативності прийняття проміжних і кінцевих рішень;

набуло подальшого розвитку:

класифікація розсуду в кримінальному процесі України в частині здійснення її за такими критеріями: прогнозованість, ступінь свободи при застосуванні розсуду та суб'єкти, які можуть такий розсуд застосовувати;

наукове положення про співвідношення меж та детермінантів розсуду. Доведено, що межі розсуду є незмінними, адже вони визначають обсяг повноважень та встановлюються конкретними нормами кримінального процесуального права. При цьому на способи реалізації та результати розсуду

впливають детермінанти, які можна поділити на дві групи: об'єктивні (принципи права, нормативно-правові акти, правозастосовча практика) та суб'єктивні (особистісні якості та професійний досвід правозастосувача);

оцінка ймовірності впровадження та застосування інструментів для оцінки ризиків як одного з можливих способів забезпечення прогнозованості судових рішень у кримінальному процесі України, особливо в частині визначення розміру застави. Зроблено висновок, що такі інструменти можуть бути ефективними в Україні за умови визначення оптимального методу їх формування: шляхом аналізу великого масиву судових рішень або розробки абсолютно нової «ідеальної» системи обрахунку ризиків;

теоретичне обґрунтування розмежування таких форм впливу прокурора на досудове розслідування, як доручення та вказівка. Доведено, що доручення надається прокурором тоді, коли слідчим чи дізнавачем ще не були здійснені необхідні процесуальні дії, в ході проведення яких можуть бути отримані докази, що мають значення для кримінального провадження. Вказівка ж надається прокурором як форма оперативного впливу на хід досудового розслідування з боку процесуального керівника у випадку необхідності усунення недоліків попередніх процесуальних дій;

перелік критеріїв, які має оцінити прокурор для встановлення розумності строку досудового розслідування з точки зору категорії «способи здійснення повноважень на стадії досудового розслідування». Запропоновано цей перелік доповнити такими критеріями: 1) строк реалізації повноважень; 2) невчинення дій, які забезпечують подальший рух кримінального провадження; 3) непроведення процесуальних дій у випадку заявлення клопотання учасниками кримінального провадження; 4) обґрунтованість зупинення досудового розслідування;

наукове положення про форми зміни обсягу обвинувачення. Доведено доцільність виокремлення таких форм: зміна фактичних обставин кримінального правопорушення; встановлення або спростування обставин, які

обтяжують чи пом'якшують покарання; встановлення додаткових потерпілих; зміна розміру шкоди, завданої кримінальним правопорушенням.

Практичне значення одержаних результатів полягає в тому, що висновки та пропозиції, сформульовані в дисертації, можуть бути використані у:

науково-дослідній діяльності – для подальшого дослідження проблематики реалізації розсуду в кримінальному процесі України;

правотворчій діяльності – для вдосконалення національного законодавства у сфері реалізації розсуду уповноваженими суб'єктами кримінальних процесуальних відносин;

правозастосовній діяльності – для вдосконалення діяльності правоохоронних органів, суду та адвокатури щодо оцінки та реалізації розсуду в кримінальному процесі (Акт про впровадження в практичну діяльність Ради адвокатів Одеської області від 04 січня 2021 року, Акт впровадження результатів дисертаційного дослідження Ради адвокатів Житомирської області від 29 січня 2021 року);

навчальному процесі – при викладанні навчального курсу «Кримінальний процес», спеціальних курсів «Досудове розслідування», «Актуальні проблеми правосуддя у кримінальному провадженні», «Використання практики ЄСПЛ у кримінальному провадженні», «Міжнародно-правова допомога у кримінальному провадженні», «Проблеми вдосконалення кримінального процесуального законодавства», підготовці робочих програм, підручників, навчальних посібників, методичних рекомендацій, тематики кваліфікаційних робіт із зазначених дисциплін (Акт про впровадження наукових розробок у навчальну діяльність Національного університету «Одеська юридична академія» від 16 грудня 2020 року, Акт про впровадження в освітній процес Львівського державного університету внутрішніх справ від 02 лютого 2021 року).

Особистий внесок здобувача. Дисертація становить самостійне дослідження, висновки та пропозиції, викладені у дисертації, становлять особистий здобуток автора.

У статтях, підготовлених у співавторстві з В.А. Касьяною, з'ясовані фактори, що впливають на рішення слідчих суддів у процесі визначення розміру застави як альтернативного запобіжного заходу, встановлено силу зв'язку між розміром застави, що визначається слідчими суддями, та розміром майнової шкоди, у завданні якої підозрюють осіб, та досліджено можливість прогнозування відповідних судових рішень.

У статті, підготовленій у співавторстві з І.В. Гловюк, визначено роль прокурора на кінцевому етапі досудового розслідування та можливість надання ним доручень слідчому щодо складання обвинувального акта.

У статтях, підготовлених у співавторстві з Ю.П. Аленіним, встановлено перелік ознак, які притаманні суддівському розсуду в кримінальному процесі, а також проаналізовано двосторонній зв'язок між процесуальною самостійністю слідчого та обсягом розсуду, який він може реалізовувати в кримінальному процесі.

У статті, підготовленій у співавторстві з Л.І. Аркушою, В.К. Волошиною, В.А. Завтуром, Т.В. Бабчинською, встановлені повноваження слідчого на початку досудового розслідування в частині самостійного прийняття рішення щодо доцільності внесення відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань.

Наукові ідеї та висновки, що належать співавторам опублікованих наукових праць, у дисертації не використовувались.

Апробація результатів дослідження. Висновки і положення дисертаційного дослідження обговорювалися на засіданнях кафедри кримінального процесу, детективної та оперативно-розшукової діяльності Національного університету «Одеська юридична академія» та міжкафедральному семінарі кафедр кримінального процесу, детективної та

оперативно-розшукової діяльності і криміналістики, а також засіданні Південного регіонального центру НАПрН України. Основні положення дисертації доповідалися на міжнародних науково-практичних конференціях, зокрема: Всеукраїнській науково-практичній конференції «Принципи та стандарти змагального кримінального процесу на досудовому провадженні» (м. Дніпро, 7 грудня 2016 року); Всеукраїнській науково-практичній конференції, присвяченій до 70-річчя д.ю.н., професора Юрія Павловича Аленіна (м. Одеса, 21 квітня 2017 року); Всеукраїнській науково-практичній конференції «Теорія та практика кримінального процесуального доказування» (м. Івано-Франківськ, 24 березня 2017 року); Міжнародній науково-практичній конференції «Традиції та новації юридичної науки: минуле, сучасність, майбутнє» (м. Одеса, 19 травня 2017 року); Міжнародній науково-практичній конференції «Правові та інституційні механізми забезпечення розвитку України в умовах європейської інтеграції» (м. Одеса, 18 травня 2018 року); VIII Міжнародній науково-практичній конференції «Адвокатура: минуле, сучасність та майбутнє» (м. Одеса, 17 листопада 2018 року); Міжнародній науково-практичній конференції «Правове життя сучасної України» (м. Одеса, 17 травня 2019 року); Міжнародній науково-практичній конференції «Правове життя сучасної України» (м. Одеса, 15 травня 2020 року); Міжнародній науково-практичній конференції «Актуальні питання юридичної теорії та практики: наукові дискусії» (м. Харків, 4-5 грудня 2020 року); Міжнародній науково-практичній конференції «Сучасне державотворення та правотворення: питання теорії та практики» (м. Одеса, 11-12 грудня 2020 року).

Публікації. Основні теоретичні та практичні висновки, положення та пропозиції дисертаційного дослідження викладені в одноособовій монографії «Розсуд у кримінальному процесі: теоретичне обґрунтування та практика реалізації», 25 наукових статтях, опублікованих у фахових виданнях, перелік яких затверджено МОН України, 4 наукових статтях, опублікованих у

зарубіжних періодичних виданнях, а також 10 тезах доповідей на науково-практичних конференціях.

Структура та обсяг дисертації зумовлені метою та завданнями дослідження. Дисертація складається зі вступу, 5 розділів, що містять 12 підрозділів, висновків, списку використаних джерел (374 найменування), додатків. Загальний обсяг дисертації становить 454 сторінки, з яких основний зміст – 388 сторінок.

РОЗДІЛ 1.

РОЗСУД ЯК ІНСТИТУТ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ

1.1. Поняття, ознаки та види розсуду в кримінальному процесі

Відповідно до ст. 2 КПК України, до основних завдань кримінального провадження належать захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, а також забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду з тим, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений, жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу і щоб до кожного учасника кримінального провадження була застосована належна правова процедура. Лише чітке дотримання всіх встановлених кримінальним процесуальним законодавством норм та правил дозволить у повній мірі гарантувати можливість виконання заявлених завдань. Така місія в першу чергу покладається на уповноважених суб'єктів кримінальних процесуальних відносин, які, в силу своїх владних повноважень, зобов'язані застосовувати норми КПК України задля забезпечення виконання зазначених завдань.

Поряд з цим КПК України за своєю суттю є досить складним правовим документом, застосування якого вимагає не тільки чіткого знання відповідних процесуальних положень, а і розуміння їх змісту. З урахуванням складності соціальних процесів, які у відповідному обсязі повинні регулюватися нормативно-правовими актами, суб'єктам правозастосування недостатньо лише сліпо «накладати» нормативне положення на ситуацію, яка склалася. КПК України не є інструкцією, яка однаково застосовується у всіх випадках кримінальної процесуальної діяльності, адже законодавець не ставив перед собою завдання створити такого роду документ. Ефективність реалізації

кримінального процесуального законодавства має оцінюватись в першу чергу способом застосування відповідних процесуальних положень. І застосовують кримінальні процесуальні приписи саме ті учасники кримінального провадження, які наділені відповідними владними повноваженнями.

Чинний КПК України містить в собі велику кількість оціночних понять. Оціночними в кримінально-правовій доктрині вважаються такі поняття, зміст яких визначається не законом чи іншим нормативно-правовим актом, а правосвідомістю особи, яка застосовує відповідну правову норму, виходячи з конкретних обставин справи. Використовуючи їх, законодавець намагається надати суб'єкту застосування відповідної норми можливість максимально врахувати фактичні обставини справи, а також вимоги мінливих умов життя суспільства [136, с. 97].

Велика кількість оціночних понять у законодавчих актах може викликати певну критику з боку науковців та практиків. Поряд з цим необхідно констатувати, що в деяких випадках застосування оціночних понять пояснюється правовою необхідністю, а не недосконалістю нормативно-правового акта. Так, Г.Т. Ткешелиадзе, аналізуючи точність та неточність формулювання правової норми на прикладі кримінального права, наводив приклад, що підстави кримінальної відповідальності в законодавстві прописані точно, а покарання – ні, адже «кожний конкретний злочин та особа злочинця настільки індивідуальні, що законодавець не в змозі встановити в законі конкретну норму покарання, однакову для всіх...» [241, с. 114].

Очевидним є той факт, що така значна кількість оціночних понять дещо ускладнює процес правозастосування та зобов'язує уповноважених суб'єктів ретельніше обирати відповідні процесуальні положення, які мають бути застосовані. Така ситуація стосується не лише кримінального процесуального законодавства, і навіть не лише правової системи України. В усіх країнах, в яких діє принцип верховенства права, застосування права вимагає від суддів, прокурорів, слідчих та інших чіткого розуміння не лише змісту правової норми,

але і її суті. Як слушно зазначає А. Барак, вже не можна застосовувати підхід Монтеск'є, відповідно до якого «суддя – це лише рот, який повторює мову права» [14, с. 10]. Суддя Джоель Зуссмен також піддає критиці такий «механічний підхід» до визначення ролі судді у застосуванні права, зазначаючи, що суддя в очах Монтеск'є – це образ людини, яка завжди найде свій шлях на прихованих стежинах у хащах законодавства. «Проте такий підхід можна використовувати лише в тому випадку, якщо такі стежини завжди існують і талант суддів проявляється лише в можливості їх віднайти. Інколи ж стежини законодавцем взагалі не відмічені і судді самі повинні їх відмітити» [14, с. 10].

У зв'язку з цим науковці та практики все частіше почали звертатися до оцінки такого явища, як розсуд. Хоча навіть відносно велика кількість наукових досліджень зі згаданої тематики не завжди вказує на одностайність виділення важливості розсуду в правозастосовчій практиці. Так, наприклад, М. Толчєєв зазначає, що в звичайному розумінні розсуду не існує, адже суд не наділений ніякою свободою вибору, а повинен приймати єдине правильне рішення [242]. В певній мірі таку позицію можна назвати правильною, адже в результаті рішення буде прийняте одне, і (в ідеалі) – правильне. Поряд з цим науковець повністю ігнорує такий аспект, як процес прийняття рішення (в даному випадку – судом). Перед тим як прийняти відповідне рішення, суд повинен провести кропітку роботу щодо дослідження всіх обставин та обрання відповідної норми права, яка має бути застосована. Саме на цьому етапі і проявляється розсуд уповноваженого суб'єкта. Крім того, в більшості випадків законодавець навіть у самій правовій нормі залишає певне «вікно» вільного вибору при її застосуванні. Найяскравішим прикладом у даному випадку можна назвати статті особливої частини Кримінального кодексу. Навіть у повній мірі дослідивши всі обставини кримінального провадження та правильно кваліфікувавши кримінальне правопорушення, суд не може сліпо застосувати санкцію відповідної статті, адже таких санкцій є декілька. Очевидно, що в кінці буде прийняте єдине (правильне) рішення, проте таке рішення буде результатом

саме розсуду. Тому можна з впевненістю констатувати, що розсуд у праві є реальністю, а тому його дослідження залишається актуальною проблемою в правовій науці.

Засилля оціночних понять у новому кримінальному процесуальному законодавстві також вказує на необхідність проведення доктринального аналізу розсуду в кримінальному процесі України. Додатково на це також вказує та обставина, що на даний момент у науці кримінального процесу України відсутнє єдине комплексне дослідження вказаного питання. Проте розпочати аналіз розсуду в кримінальному процесі необхідно з дослідження самого поняття «розсуд». Крім того, розсуд у праві є поняттям міжгалузевим, тому перш ніж встановлювати особливості розсуду в кримінальному процесі, необхідно дослідити наукові роботи і з інших галузей права, встановити суть поняття «розсуд» і лише тоді переходити до аналізу даного поняття суто в кримінальній процесуальній галузі права.

Відповідно до тлумачних словників, під розсудом розуміється розмірковування, роздум [224], рішення, заключення, думка [144]. Відповідного тлумачення вже достатньо, щоб зрозуміти сутність даного поняття, адже розсуд у праві (в тому числі і в кримінальному процесі) змушує певних суб'єктів розмірковувати щодо способу та порядку застосування певного правового положення. Проте очевидним також є те, що розсуд у праві має багато особливостей, які неможливо встановити, дослідивши лише лінгвістичне тлумачення. З цього приводу А. Барак слушно зазначає, що «в мові та науці термін «розсуд» має більше ніж одне значення і, звичайно, означає різні речі в різних контекстах» [14, с. 12-13].

О. Баєв вказував, що «в теорії права немає більш неформалізованого, а тому далеко неоднозначного поняття, ніж угляд (*discrecio* – розсуд (укр.) у правозастосовній діяльності» [13, с. 438]. К.П. Єрмакова, проаналізувавши декілька тлумачень даного поняття, зробила висновок, що розсуд включає в себе два взаємопов'язані аспекти: 1) розумовий процес, результатом якого виступає

певний вибір (розсуд–роздум–думка); 2) фактичний результат цього процесу, тобто конкретний вибір (розсуд–рішення). Відповідно до цього науковець зробила висновок, що розсуд являє собою вид розумової діяльності, який дозволяє суб'єкту висловити своє ставлення до певної ситуації та дійти певного результату [61, с. 15].

В.Н. Дубовицький вказує на існування широкого та вузького тлумачення поняття «розсуд». У широкому розумінні розсуд – це рішення, думка, позиція. На думку автора, в такому розумінні право «зв'язано» розсудом. Відповідно, у вузькому розумінні розсуд «зв'язаний» правом [60, с. 49]. Беззаперечною є позиція Ю.А. Тихомирова про те, що проблема розсуду в рамках права повинна розглядатися в якості найважливішої для теорії права та всіх галузей правового регулювання [238, с. 158].

Досліджуючи визначення сутності поняття «розсуд» у наукових працях, необхідно зробити невелике уточнення. На доктринальному рівні досить часто досліджувався не сам розсуд, а розсуд конкретних суб'єктів, найчастіше – судовий розсуд. Дійсно, існують певні особливості розсуду в залежності від того, хто його застосовує. Крім того, існують особливості розсуду і в залежності від галузі права, в якій відповідне поняття аналізується. Проте за своєю суттю такі наукові праці подібні між собою, адже сам зміст поняття «розсуд» є незмінним незалежно від суб'єкта, який його застосовує, або галузі права, в якій його застосовують. Очевидно, що при більш детальному аналізі даного поняття можна встановити окремі особливості розсуду судді, прокурора, слідчого та інших. Проте на даний момент завдання полягає у встановленні поняття розсуду в кримінальному процесі, а також встановленні тих особливостей, які характерні галузі кримінального процесуального права в цілому без виділення суб'єктивного фактора.

Повертаючись до питання визначення сутності поняття «розсуд», необхідно зауважити, що на доктринальному рівні ця проблема знайшла своє відображення в достатній кількості наукових робіт. Проте єдиного підходу до

його визначення серед науковців так і не було вироблено. На даний момент існує безліч понять розсуду в праві. Такі визначення мають між собою багато спільного, а відрізняються власне включенням в себе певного обсягу особливостей, які дозволяють у більшій мірі усвідомити зміст розсуду відповідно до галузі права чи суб'єкта, який має такий розсуд застосовувати. Проте аналіз визначення поняття доцільно починати з найбільш базового та фундаментального розуміння розсуду, яке в подальшому дозволить у повній мірі зрозуміти подібності та відмінності в позиціях науковців.

З таким завданням цілком може впоратись визначення, запропоноване А. Бараком. Науковець досить лаконічно визначив розсуд як повноваження, яке належить особі та характеризується можливістю вибору між двома або більше альтернативами, кожна з яких є законною [14, с. 12]. Іншими словами, «розсуд означає свободу вибору між різними можливими рішеннями» [14, с. 12]. Дане визначення А. Барака було обране як базове саме через його відносну простоту та можливість встановити ключові характеристики розсуду в будь-якій галузі права. З даного визначення можна зробити декілька висновків:

1) розсуд у першу чергу має визначатися в якості повноваження, а отже можливість застосовувати розсуд належить виключно суб'єктам владних повноважень;

2) у випадку реалізації розсуду суб'єкту застосування надається декілька варіантів для вирішення конкретної ситуації;

3) кожна з альтернатив є законною та може бути застосована у відповідній ситуації.

Очевидно, що лише такого визначення для становлення сутності розсуду в праві недостатньо. Крім того, науковець у своїй роботі концентрувався лише на суддівському розсуді та лише при прийнятті остаточного рішення у справі. Як слушно зазначає П.Г. Марфіцин, розсуд не можна обмежувати лише такими рамками. «Під час підготовки до розгляду справи і в судовому засіданні судді часто доводиться здійснювати вибір у прийнятті рішень. Такий вибір може

стосуватись, наприклад, порядку дослідження доказів, виклику додаткових свідків, вирішення клопотань тощо. При цьому доцільно вести мову про те, що суддя застосовує розсуд. На нашу думку, вибір поведінки, рішення взагалі можна вважати невід'ємною, необхідною частиною діяльності судді. Тому розсуд, який застосовується при кінцевому вирішенні справи, і розсуд, який застосовується в процесі вирішення справи, необхідно уявляти як частину та ціле» [128, с. 97].

З такою позицією можна погодитись, адже уповноважені на застосування розсуду суб'єкти приймають юридично значущі рішення шляхом обрання одної з-поміж декількох альтернатив протягом всього кримінального провадження, а не лише при вирішенні питань щодо, наприклад, винуватості чи невинуватості особи. Саме тому визначення сутності поняття «розсуд» не можна обмежити лише одним науковим підходом, а найбільш повне розуміння даного терміна буде можливим лише після дослідження більшої кількості наукових робіт щодо зазначеного питання.

Аналізуючи роботи науковців з даного питання, можна помітити певні спільні риси при тлумаченні даного поняття. При цьому такі спільні риси зустрічаються незалежно від того, в якому обсязі досліджується проблематика розсуду та чи здійснюється науковцем прив'язка до конкретної галузі права чи суб'єкта, на який покладається обов'язок такий розсуд застосовувати. Така ситуація не є несподіваною, адже на доктринальному рівні серед науковців існує відносно єдине розуміння сутності даного поняття, яка можна вдало об'єднати запропонованим визначенням А. Барака. Проте такий висновок не можна плутати з позицією, відповідно до якої в правовій доктрині склалося єдине визначення розсуду в праві. Дійсно, розуміння розсуду, особливо з огляду на простоту лінгвістичного тлумачення даного поняття, є спільним для більшості науковців та практиків. Однак підхід до такого розуміння та виділення характерних ознак у повній мірі відображає багатогранність доктринальних наробіток з даного питання.

Крім того, багато в чому значну роль у відмінностях вказаних підходів відіграв той факт, що відносно недавно в правовій доктрині переважала позиція, відповідно до якої розсуд уповноважених суб'єктів був показником низької якості нормативно-правових актів, а тому сам розсуд розглядався як явище негативне. На думку В.М. Манохіна, командно-адміністративна система стала, по суті, хазяїном в суспільстві, при цьому набувши такі хвороби, як бюрократизм, громіздкість, закостенілість організаційних форм [126, с. 27]. На даний момент деякі науковці продовжують розглядати розсуд як негативне явище [325; 328, с. 11], що, на думку А.С. Скурданова, пояснюється приматом позитивізму в праві пострадянських країн, відповідно до якого право розглядається як суворе, формальне, обов'язково-примусове явище, що обмежує свободу [221, с. 28].

Дійсно, якщо розглядати право з позиції «чистого» позитивізму, то розсуд має характеризуватися як свавілля уповноважених суб'єктів, яке неможливо контролювати та передбачити його наслідки. Така правова невизначеність може стати причиною правового нігілізму, адже учасники правовідносин більше не будуть бачити можливості захистити свої права та законні інтереси через застосування та підкорення правовим нормам. Крім того, розсуд також завжди може розглядатися як досить серйозний корупційний ризик [19; 153; 326]. Проте така ситуація може стати реальністю тільки в одному випадку – якщо право розглядати виключно з позиції позитивізму. На практиці ж це неможливо. Нормативно-правові акти або в силу своєї недосконалості (фактор, який буде присутній в будь-якій правовій системі в усі часи), або в силу бюрократичної тяганини, пов'язаної з їх оновленням, або в силу динамічного розвитку суспільства ніколи не зможуть в повній мірі описати всі правовідносини, які виникають або можуть виникнути, а тим більше описати всі процедури, яким мають слідувати правозастосувачі в будь-яких ситуаціях. Навіть кримінальне процесуальне законодавство, яке завжди вирізнялося високим рівнем урегульованості в порівнянні з іншими галузями права, містить у собі велику

кількість вже згаданих оціночних понять (наприклад, «невідкладно», «негайно» тощо) саме задля забезпечення гнучкості правозастосовчого процесу, акцентуючи увагу уповноважених суб'єктів кримінального процесу на необхідність врахування особливостей кожного окремого кримінального провадження.

У зв'язку з цим варто констатувати, що незалежно від ставлення науковців та практиків до даного явища, розсуд залишається досить важливим способом регулювання правовідносин у будь-якій галузі права незалежно від правової системи. А всю зазначену критику треба звертати не в бік розсуду як окремого явища, а в бік складності його застосування, що стає причиною суттєвого зниження рівня правозастосування.

А.М. Ніконов, аналізуючи у своїй науковій роботі основні положення правової доктрини щодо розсуду, згрупував всі підходи до розуміння розсуду на три блоки: 1) формально-юридичний – розсуд розглядається як «повноваження»; 2) філософський – науковці, віднесені до даного блоку, розглядають розсуд як «вибір» чи свободу; 3) розумоводіальний – розсуд характеризують як «розумову діяльність» або «правозастосовчий акт (діяльність)» [138, с. 18]. В даному випадку науковець, аналізуючи різні наукові підходи до тлумачення поняття «розсуд», взяв за основу ключове слово (словосполучення), яким характеризується дане поняття: розсуд як повноваження, розсуд як свобода вибору тощо. Такий підхід видається досить слушним, адже будь-яке визначення можна замінити одним або декількома словами, на які автор відповідного тлумачення робить змістовний акцент. Як вже було зазначено, в цілому науковці збігаються у своїх поглядах щодо сутності розсуду, а самі визначення відрізняються, як правило, обсягом додаткових ознак та характеристик розсуду, які до таких визначень включаються.

Проте, незважаючи на відносну простоту та логіку зазначеного підходу групування тлумачень розсуду, повністю вдалим його назвати також неможна,

адже досить часто неможливо віднести конкретне визначення лише до першого, другого або третього блоку. Фактично розсуд полягає в наданні відповідним суб'єктам *повноваження вільно* обирати одну з декількох альтернатив у процесі *правозастосування*. Таким чином розсуду притаманні всі три характеристики, а тому поділ тлумачень на вказані блоки фактично унеможлиблює об'єднання даних ознак одним тлумаченням, що суперечить більшій частині наукових напрацювань щодо даного питання.

Тому в даному дослідженні пропонується дещо інша система оцінки тлумачень терміна «розсуд». З огляду на відносну подібність всіх визначень та неможливість виділення окремих категорії за будь-якою ознакою (адже запропоновані науковцями тлумачення можуть належати одразу до декількох груп), пропонується виділяти з усього переліку окремі тлумачення, які мають унікальні властивості відносно інших, у зв'язку з чим їх легше аналізувати. Відповідно, таких властивостей буде декілька.

Першою властивістю в даному випадку можна назвати **обсяг свободи**, яким характеризується розсуд. Як вже було встановлено, розсуд надає можливість уповноваженому суб'єкту обирати один варіант із декількох альтернатив. Проте не всі науковці з цим погоджуються. Так, Д.М. Чечот стверджує, що поняття «розсуд» вказує на можливість відповідного органу чи посадової особи діяти по своїй волі, не зв'язаній при прийнятті рішення будь-якою нормою [324, с. 68]. А.В. Ярославський розуміє розсуд як ставлення слідчого (судження, оцінка) до характеру ситуації, що вирішується, що обумовлене деякими його індивідуальними якостями та яке виражається у формі права вільного вибору рішення (дії) чи часу прийняття рішення (дії) найбільш доцільного, з точки зору накопиченого кримінально-процесуальною практикою досвіду правозастосування, для досягнення завдань кримінального судочинства в тій чи іншій конкретній слідчій ситуації [333, с. 6]. В.Л. Кулапов та Ю.В. Медная дійшли висновку, що судовий розсуд висловлюється у вільному визначенні позиції судді на основі творчого, системного сприйняття діючого

права, правозастосовної практики та фактичних обставин справи [106, с. 168]. М.Ф. Лук'яненко визначає розсуд як спосіб творчої реалізації цивільно-правових норм, який полягає у вільно-суб'єктивному виборі поведінки шляхом оцінки відповідно до конкретної ситуації, яка заснована на внутрішньому переконанні правозастосувача [116, с. 1947]. В.В. Лазарев розсуд розглядає як вирішення справи, виходячи з основ, які закладені в самому суб'єкті застосування права. Він опирається на внутрішні джерела формування волі відносно кінцевого вирішення питання [108, с. 144]. А.А. Малиновський зазначає, що розсуд – вибір суб'єктом певної цілі та способів її досягнення або як можливість висловлювати свою волю та приймати рішення незалежно від волі інших осіб [123, с. 102]. О.С. Скударнов вважає, що розсуд у процесі реалізації права – закріплена в нормативно-правових засобах свобода вибору суб'єктів при реалізації конкретної юридичної справи (питання) в рамках індивідуального правового регулювання в цілях ефективної та сприятливої для особи організації та безпосередньої реалізації прав, свобод, виконання та дотримання обов'язків [220, с. 70]. О.В. Геселев стверджує, що розсуд – усвідомлена суб'єктом правових відносин можливість вибору найбільш оптимального, пріоритетного варіанта правомірної поведінки, що виходить з аналізу правового припису та конкретних життєвих обставин (у т.ч. мети, інтересу, що підлягає задоволенню, тощо) [36, с. 474]. На думку Я. Зейкана, судовий розсуд – це вибір суддею варіанта рішення юридичної справи, що ґрунтується на його суб'єктивному сприйнятті обставин справи та його суб'єктивному тлумаченню правових норм [68, с. 21].

В даному випадку ми не стверджуємо, що перераховані науковці в повній мірі дотримуються позиції, що розсуд повністю залежить від волі суб'єкта, який його застосовує, та ніяк не обмежений нормативно-правовими актами. Проте інші вчені є більш категоричними в даному питанні (в тому числі шляхом прямої вказівки на дану обставину у власних тлумаченнях поняття «розсуд»). Існують навіть досить радикальні позиції щодо обмеження свободи

застосування розсуду суб'єктом такого застосування. Так, наприклад, А.Т. Боннер розглядає судовий розсуд як повноваження суду, що передбачене законом та яке може бути реалізовано виключно в рамках закону, вирішувати правові питання, виходячи з обставин справи, загальних положень закону, принципів права, економічних законів та норм моралі. При цьому суд, реалізуючи таку діяльність, або не вільний у своїй поведінці, або має лише незначні ознаки свободи [23, с. 48].

Іншою властивістю, яка дозволяє виділити з-поміж всього масиву тлумачень розсуду, є встановлення **мети застосування розсуду**. В більшості випадків вчені виділяють таку мету, як *необхідність прийняття законного, найбільш оптимального рішення*. Так, наприклад, Ю.П. Соловей стверджує, що адміністративний розсуд необхідно розуміти як оцінку фактичних обставин, підстави (критерії) якої не закріплені в правових нормах достатньо повно чи конкретно, яка здійснюється органом (посадовою особою) при обранні в межах, які допускаються нормативно-правовими актами, оптимального варіанта вирішення конкретного управлінського питання [230, с. 14]. Л.Н. Берг вважає, що судовий розсуд – це елемент правозастосовчої діяльності, який полягає у виборі вмотивованого, законного та обґрунтованого рішення, що реалізується уповноваженим на те суб'єктом (суддею) щодо конкретної юридичної справи в межах, встановлених нормою права [16, с. 61-62]. А. Бондюк вважає, що суддівський розсуд слідчого судді – це ментальна форма реалізації процесуальних повноважень, що обмежуються вказівкою припису процесуальної норми закону або умовою її відсутності, результатом якої є винесення правомірного, оптимально ефективного рішення, в основу якого покладено обґрунтовані підстави з урахуванням основних засад кримінального судочинства, мети досудового розслідування та положень про захист основоположних прав, свобод та інтересів людини [21, с. 425].

Окрема група авторів наголошує на тому, що метою розсуду також має бути *подолання невизначеності нормативно-правових актів*. За такої умови

розсуд розглядається як направлені на подолання фактичної та правової невизначеності та узгоджені з принципами кримінального судочинства повноваження суду застосовувати на основі власного внутрішнього переконання один з декількох легітимних варіантів вирішення правових питань з метою найбільш ефективного здійснення кримінального судочинства (К.В. Пронін) [178, с. 7], як зумовлене відносною невизначеністю права певним чином обмежене повноваження суду обирати такий варіант вирішення конкретної справи, який є максимально доцільним та справедливим у відповідній ситуації (Г.П. Мельник) [129, с. 45], або (якщо це стосується слідчого) як обраний слідчим у межах своїх повноважень із декількох альтернатив (кожна з яких є законною) варіант поведінки, яка або прямо передбачена у правовій нормі, або випливає з її змісту, або виникає через недосконалість конкретності чи повноти нормативного закріплення, у формі кримінально-процесуального акта (рішення) в рамках конкретного кримінально-процесуального провадження (М.В. Багрій) [12, с. 2].

Наступною властивістю, яка також може бути підставою для виділення окремих тлумачень розсуду, є **фактори, які мають впливати на розсуд** уповноважених на те суб'єктів. При цьому необхідно зауважити, що майже у всіх визначеннях зустрічається такий фактор, як *оцінка фактичних обставин конкретної справи (провадження)*, тому в даному дослідженні окремо його виділяти немає сенсу.

За такої обставини в окремі групи необхідно включити ті тлумачення, в яких автори посилаються на можливість застосування *основних засад (принципів)* права. Так, А.П. Корнеєв зазначає, що судовий розсуд – це надання суду повноважень приймати в залежності від конкретних умов таке рішення з питань права, можливість якого випливає із загальних та лише відносно визначених приписів закону і яке надається йому в цілях прийняття оптимального рішення у справі [102, с. 70]. К.І. Комісаров під судовим розсудом розуміє специфічний вид судово-застосовної діяльності, сутність якого

проявляється в наданні суду в певних випадках повноважень приймати, відповідно до конкретних умов, таке рішення з питань права, можливість якого впливає із загальних і лише відносно визначених законодавчих приписів [96, с. 50]. Також в якості прикладу в даному випадку можна навести вже згадані визначення А.Т. Боннера, К.В. Проніної та ін.

До інших обставин також можуть відноситись:

- *внутрішнє переконання* суб'єкта правозастосування (розсуд як встановлена правом можливість відповідного органу, посадової особи обирати при вирішенні дисциплінарної справи найбільш доцільний, на його думку, варіант поведінки, як визначений альтернативно нормами, так і взагалі ними не регламентований) (Ю.С. Андрушкін) [3, с. 260];

- *добросовісність та мораль* (судовий розсуд – це врегульований правовими нормами, здійснюваний в процесуальній формі специфічний вид правозастосовчої діяльності, сутність якого проявляється в наданні суду в певних випадках повноважень вирішити спірне правове питання виходячи з цілей, які ставив перед собою законодавець, принципів права та інших положень закону, конкретних обставин справи, а також розумності, добросовісності, справедливості та основ моралі) (О.П. Папкова) [148, с. 107];

- *воля законодавця* (судовий розсуд в кримінальному праві – здійснюваний в процесуальній формі специфічний аспект правозастосовчої діяльності, який полягає у використанні наданих суду (слідчому, дізнавачу) кримінально-правовими нормами повноважень щодо вибору рішень у межах, встановлених законом, у відповідності зі своєю правосвідомістю та волею законодавця, виходячи з принципів права та конкретних обставин вчиненого злочину) (Ю.В. Грачева) [43, с. 144];

- *професійний досвід* (розсуд – надане судді законом та статутом право та обов'язок свободи вибору одного з декількох закріплених у правовій нормі рішення конкретної справи, що базується на його світогляді, професіональному досвіді та переконанні) (Н.С. Погорелова) [160, с. 28] тощо.

Аналізуючи наукові підходи до визначення сутності поняття «розсуд», можна помітити значну частину вчених, які окремо підкреслюють значення **інтелектуальної (розумової) складової** при застосуванні розсуду. До таких вчених відносяться:

- П.А. Гук, який розглядає розсуд як розумово-аналітичну діяльність судді (суддів) щодо вибору єдино вірної правової норми, правової позиції, правозастосування судової практики, за наявності декількох легітимних варіантів для застосування відносно правовідношення, що оспорується, чи напрацювання спільного правоположення [53, с. 46];

- В.Г. Антропов, для якого правозастосовчий розсуд – це надана правом владна, інтелектуально-вольова діяльність правозастосувача щодо вибору суб'єктивно оптимального рішення [10, с. 62];

- В.С. Ковальський, який розуміє судовий розсуд як інтелектуально-вольовий елемент судової діяльності, який полягає в розумінні (сприйнятті, зіставленні) суддями предмета розглядуваних справ та прийнятті рішень у відносно визначених межах дії кримінально-правових норм [89, с. 114];

- М.Д. Савенко, відповідно до якого суддівський розсуд – це інтелектуально-вольова діяльність, спрямована на законне, об'єктивне, неупереджене і справедливе вирішення спірних питань, що виникають у судочинстві або є предметом розгляду у випадках, дозволених або не врегульованих законом [213, с. 75];

- В. Канцір, який зазначає, що суддівський розсуд – це дозволена кримінальним та кримінально-процесуальним законом інтелектуальна діяльність суду, змістом якої є проведення оцінки кримінально-правових (й інших) явищ та здійснення вибору одного (з декількох допустимих межами відносно-визначеної за змістом кримінально-правової та кримінально-процесуальної норми) варіанта правозастосовного рішення для забезпечення законності [75, с. 10];

- Н.А. Власенко, який вказує, що судовий розсуд – владна діяльність суду щодо здійснення правосуддя з допомогою інтелектуально-вольового механізму, який дозволяє суду здійснити вибір варіантів вирішення юридичної справи [32, с. 56];

- А.С. Макаренко, яка зазначає, що суддівський розсуд – це правозастосовча інтелектуально-вольова діяльність судді, яка є передбаченою кримінальним законом мірою свободи вибору одного з варіантів рішення по кримінальній справі [121, с. 14], та інші.

До визначень, які в силу свого лаконізму не знайшли відображення в наданих групах, можна віднести тлумачення розсуду слідчого П.В. Марфіциним (розсуд слідчого – це обраний слідчим у межах своїх повноважень з-поміж альтернатив (кожна з яких є законною) варіант поведінки (рішення), який відповідає конкретним умовам справи) [128, с. 103]; визначення розсуду Ю.А. Тихомирова (розсуд – мотивований вибір для прийняття правомірних рішень та реалізації дій уповноваженим суб'єктом у межах його компетенції для виконання поставлених завдань) [237, с. 72], розуміння судового розсуду Д.Б. Абушенка (судовий розсуд базується на свободі суду, його праві вибору; відносному характері свободи, обмеженості свободи; а встановлення свободи та способи її обмеження впливають безпосередньо з правових норм) [2, с. 24] та В. Бігуна (суддівський розсуд – як межі свободи судді в судовому вирішенні, спосіб реалізації судової влади суддею, принципове положення в здійсненні правосуддя, що визначає межі повноважень суду у вирішенні питань і справ у судочинстві) [20, с. 22] та інші.

Аналіз всіх зазначених тлумачень вказує на правильність обраної методики їх дослідження, а саме: на відмові від класифікації визначень, а лише проведення групування за певними ключовими ознаками, які присутні в цих визначеннях. Неможливість проведення класифікації в даному випадку пояснюється в першу чергу тим, що незалежно від вибору підстав для класифікації майже всі визначення можуть бути віднесені одразу до декількох

груп, що робить всі спроби класифікації нікчемними. В даному випадку було запропоновано згрупувати окремі визначення в залежності від тих ознак, які в них зазначалися. Проте навіть за таких умов дане групування носить виключно умовний характер, адже, як можна було помітити, навіть ті тлумачення, які віднесені до різних груп, мають інші спільні ознаки. Саме тому здійснити чітку та єдину класифікацію таких визначень неможливо, а метою наданого групування було лише спрощення аналізу особливостей розсуду з точки зору його визначення.

Однак у будь-якому випадку завданням даного дослідження є визначення сутності розсуду саме в кримінальному процесі. І хоча логічним завершенням аналізу тлумачення поняття «розсуд» у правовій доктрині буде саме формулювання власного визначення кримінального процесуального розсуду, проте необхідно констатувати, що на даному етапі дослідження це завдання виконати не можливо. Як вже було неодноразово зазначено, серед науковців незалежно від їхньої приналежності до конкретної галузі права склалося єдине розуміння сутності поняття «розсуд», і аналіз таких визначень тільки підкреслило єдність поглядів у правовій доктрині. Проте мова йде саме про сутність розсуду. Власне характеристика розсуду значно більше залежить від конкретної галузі права. Тому задля формулювання найбільш повного визначення поняття «розсуд» у кримінальному процесі спершу необхідно встановити, чим саме розсуд у кримінальному процесі відрізняється від інших видів розсуду. А для цього спершу необхідно встановити ознаки розсуду.

Ю.В. Грачова, аналізуючи у власному дисертаційному дослідженні сутність судового розсуду, дійшла висновку про існування наступних ознак судового розсуду:

- 1) правозастосувачу надається відносна свобода вибору при прийнятті рішення;
- 2) право вибору при прийнятті рішення *в межах, окреслених законом*;

3) всі рішення, з яких правозастосувач може прийняти будь-яке, в рівній мірі є законними, але тільки одне з них для відповідної ситуації буде обґрунтованим та справедливим;

4) обов'язок врахувати конкретні обставини вчиненого суспільно небезпечного діяння [43, с. 145].

О.В. Корабліна, аналізуючи судовий розсуд, встановила наступні ознаки, які притаманні даному явищу:

1) правозастосувачу надається *відносна* свобода вибору при прийнятті рішення, пов'язаного із застосуванням даної норми в конкретній життєвій ситуації;

2) правозастосувачу надається право вибору при прийнятті рішення *в межах, встановлених законом*;

3) всі рішення, з яких правозастосувач може вибрати будь-яке, *в рівній мірі є законними та обґрунтованими*;

4) *обов'язкове врахування конкретних обставин вчиненого суспільно небезпечного діяння* при здійсненні вибору одного з можливих варіантів рішення [99, с. 246].

Можна помітити, що підходи Ю.В. Грачової та О.В. Корабліної щодо встановлення переліку ознак розсуду є досить подібними. Проте у вказаних позиціях існує суттєва відмінність, на яку необхідно звернути увагу. Так, Ю.В. Грачова стверджує, що всі рішення, які можуть бути обрані правозастосувачем, є законними, проте лише одне з них є обґрунтованим та справедливим. О.В. Корабліна до цієї проблеми підходить дещо інакше, зазначаючи, що всі можливі рішення мають бути і законними, і обґрунтованими. Такий підхід видається дещо радикальним та, можливо, не зовсім відповідає суті розсуду. Якщо всі альтернативи, які доступні правозастосувачу, є одночасно і законними, і обґрунтованими, в такому випадку взагалі зникає необхідність застосування розсуду.

Як вже було встановлено, при застосуванні розсуду уповноважений суб'єкт повинен прийняти таке рішення, яке є найбільш оптимальним до відповідної ситуації з урахуванням всіх обставин. Відповідно, після оцінки доказів та обставин уповноважений суб'єкт приймає єдине (на його думку) оптимальне рішення та обов'язково зазначає мотиви його прийняття, тобто відповідне рішення обґрунтовує. Якщо ж всі можливі альтернативи апріорі є обґрунтованими, то це також має означати, що будь-яке з рішень, які може прийняти уповноважений на те суб'єкт, також є найоптимальним, а сам розсуд може звестися виключно до випадкового обрання того чи іншого рішення.

Очевидно, що автор, ведучи мову про обґрунтованість всіх можливих альтернатив, у більшій мірі вказував на нерозривний зв'язок обґрунтованості та законності. Відповідно, якщо всі можливі рішення є законними, то можна буде і обґрунтувати застосування кожного з них. Проте в подальшому О.В. Корабліна досить слушно зазначає, що при здійсненні вибору одного з можливих варіантів рішення суб'єкт правозастосування обов'язково повинен врахувати конкретні обставини справи. Саме у зв'язку з конкретними обставинами справи пов'язана така властивість рішення, як обґрунтованість. Це напряду підтверджується навіть кримінальним процесуальним законодавством, адже, наприклад, відповідно до ч. 3 ст. 370 КПК України, обґрунтованим є рішення, ухвалене судом на підставі об'єктивно з'ясованих обставин, які підтверджені доказами, дослідженими під час судового розгляду, та оціненими судом відповідно до ст. 94 КПК України. Таким чином український законодавець поєднує обґрунтованість не з вимогами законодавства, а саме з конкретними обставинами вчинення кримінального правопорушення, які були встановлені судом. У зв'язку з цим думка про те, що при застосуванні розсуду всі альтернативи мають бути обґрунтовані, не відповідає сутності розсуду та не може бути використана для аналізу даного правового явища.

А.С. Скурданов, вивчаючи проблематику розсуду з позиції людиноцентричного праворозуміння, робить досить цікаві висновки щодо переліку ознак, які притаманні розсуду в праві:

- 1) розсуд здійснюється будь-яким суб'єктом, а не лише уповноваженими на те особами;
- 2) має ціленаправлений характер;
- 3) є елементом індивідуального правового регулювання;
- 4) проявляється в правомірній поведінці;
- 5) має творчий характер [221, с. 30].

І якщо майже всі зазначені автором ознаки не потребують уточнення, то п. 1 необхідно розібрати окремо. На думку А.С. Скурданова, виключення громадян та юридичних осіб з кола суб'єктів, які мають свободу розсуду при реалізації права, по-перше, веде до необґрунтованого звуження кола осіб, які наділені можливостями діяти відповідно до розсуду, по-друге, не дозволяє отримати повну уяву про інститут розсуду в праві, про його суб'єкти та форми, по-третє, не дозволяє виділити самостійний вид розсуду – розсуд при безпосередній реалізації права. При цьому науковець зазначає, що «розсуд» не змішується з поняттям «реалізація права», а є однією з умов найбільш ефективного використання права та виконання обов'язку будь-яким суб'єктом права, що дозволяє задовольнити наявний інтерес чи потребу. Тому можливість діяти на свій розсуд належить не тільки органам державної влади, але і громадянам (організаціям) при здійсненні прав, свобод та виконанні обов'язків [221, с. 31].

У даному випадку науковець робить акцент на тому, що не лише уповноважені суб'єкти мають свободу вибору в процесі реалізації власних прав та законних інтересів, а тому будь-які неуповноважені учасники правовідносин також є суб'єктами розсуду. Проте з такою позицією погодитись важко з наступних причин.

Дійсно, неуповноважені суб'єкти можуть вільно, тобто на власний *розсуд*, обирати обсяг прав та спосіб їх реалізації у відповідних правовідносинах. Проте тут варто зробити ремарку, що в такий спосіб реалізуються виключно права. У визначеннях поняття «розсуд», які були представлені в даному дослідженні, майже всі вчені підкреслювали, що розсуд – це саме повноваження. В даному випадку ключовим має бути аспект юридичної значимості застосування розсуду. Суб'єкти, які не наділені владними повноваженнями, на власний розсуд можуть обирати лише обсяг власних прав та способів їх реалізації, не приймаючи юридично значимих рішень для широкого кола суб'єктів. На відміну від них суд, наприклад, наділений не правами, а повноваженнями, тобто «сукупністю певних взаємопов'язаних його правочинностей та обов'язків, встановлених для виконання ним конкретних одиночних процесуальних дій, ухвалення окремих процесуальних рішень або комплексу об'єднаних єдиним призначенням процесуальних дій та процесуальних рішень» [24, с. 114].

В даному випадку необхідно наголосити, що хоча тлумачення самого терміна «розсуд» є досить сталим і така сталість стала причиною відносної подібності визначення сутності розсуду в праві серед науковців, «розсуд» та «розсуд у праві» - це поняття нетотожні. А.С. Скурданов, характеризуючи природу правового розсуду шляхом визначення ознак даного явища, визначив розсуд у першу чергу як спосіб прийняття рішення (в даному конкретному випадку – юридично значимого рішення). Проте можливість застосування розсуду як елемента аналітичного процесу ще не вказує на належність будь-якого суб'єкта з аналітичними можливостями до суб'єкта застосування розсуду в праві. Розсуд у праві нерозривно пов'язаний саме з можливістю прийняття рішень, виконання яких є обов'язковим для інших суб'єктів таких правовідносин. У процесі застосування розсуду уповноважений суб'єкт обирає одну з декількох законних альтернатив застосування певної правової норми, яка стає обов'язковою для інших учасників правовідносин. Таким чином

відповідний суб'єкт «легалізує» власний розсуд для інших. Відповідно, всі інші неуповноважені учасники таких правовідносин вільні лише у виборі власних прав, у процесі чого і застосовується розсуд. Тому важливим є розмежування сутності розсуду як способу прийняття рішення та окремо як результату такої діяльності, що і має розглядатися в якості розсуду в праві.

Тому більш обґрунтованою виглядає точка зору, відповідно до якої розсудом у праві наділені лише уповноважені на те суб'єкти, а інші учасники правовідносин застосовують розсуд лише як метод прийняття власних рішень щодо обсягу прав, який ними буде використаний у відповідних правовідносинах.

І.І. Поляков, підсумовуючи власне бачення сутності розсуду в праві, дійшов висновку про наявність наступних ознак розсуду:

- 1) легальність (спроможність суб'єктивного розсуду представлена об'єктивним правом);
- 2) інтелектуально-вольовий характер;
- 3) правоздатність і дієздатність суб'єкта розсуду;
- 4) цілеспрямованість суб'єкта розсуду (розсуд завжди спрямований на вибір поведінки, необхідної для досягнення конкретної мети) [163, с. 235].

А.С. Ігнат'єв стверджує, що розсуду притаманні наступні ознаки:

- 1) «встановленість», «передбаченість» законом (очевидно, в широкому сенсі);
- 2) здійснення публічним органом чи посадовою особою;
- 3) свобода (правомочність) вибору ним того чи іншого рішення, поведінки;
- 4) наявність меж, обмежень такої свободи (правомочності) вибору;
- 5) ціль – досягнення оптимального результату при вирішенні правового питання [71].

П.В. Марков згадує наступні ознаки розсуду:

1) відповідність загальноправовим принципам і виступає в якості цілі для судового розсуду та судової діяльності в цілому;

2) судовий розсуд здійснюється (або хоча б отримує зовнішнє вираження) у формі логічної аргументації, оскільки в такий спосіб суд зможе продемонструвати відповідність прийнятого ним рішення правовим нормам;

3) суд приймає рішення у відповідності зі своїм особистим переконанням, розсуд суду означає його свободу від будь-якого впливу: політичного, економічного тощо [127, с. 74].

Оцінивши підходи різних науковців до проблематики визначення ознак розсуду в праві, можна спробувати встановити характеристики, які притаманні розсуду в кримінальному процесі. Визначивши такі ознаки, можна буде сформулювати славне визначення розсуду у кримінальному провадженні. Одразу необхідно зробити ремарку, що більшість із запропонованих ознак у певній мірі будуть повторювати вже названі характеристики розсуду іншими науковцями. Це пояснюється тим, що розсуд у кримінальному процесі хоча і має певні особливості, в той же час його можна визначити в якості різновиду правового розсуду. Тому загальні ознаки мають бути окремо вказані та проаналізовані. Поряд з цим розсуду в кримінальному процесі притаманні і специфічні ознаки, які відповідають специфіці даної галузі права та про які також необхідно згадати.

З самого початку потрібно ще раз повторити, що розсуд у першу чергу пов'язаний саме з **повноваженнями**. Як вже було зазначено, в даному випадку розгляд має досліджуватися не як спосіб прийняття рішень, а як *можливість* прийняття юридично значущих для інших учасників правовідносин рішень. Кримінальний процес є публічною галуззю права, а тому в першу чергу необхідно оцінювати саме можливості застосування правових норм уповноваженими на те суб'єктами. Відповідно, аналіз розсуду через оцінку повноважень дозволяє зробити ще досить важливий висновок: розсуд у кримінальному процесі як повноваження притаманний лише уповноваженим

суб'єктам: слідчому судді, суду, слідчому, прокурору та ін., тобто тим суб'єктам, які реалізують владні повноваження в кримінальному провадженні. Суб'єктами розсуду в кримінальному процесі не можуть бути інші учасники кримінальних процесуальних правовідносин, яким притаманні лише права та обов'язки (підозрюваний, обвинувачений, захисник, потерпілий та ін.).

В даному випадку важливо також встановити відмінність між розсудом у виборі власних прав та розсудом при реалізації владних повноважень. Наприклад, підозрюваний, подаючи до слідчого клопотання в порядку ст. 220 КПК України, створює обов'язок слідчого надати відповідь не пізніше трьох днів з моменту подання відповідного клопотання. Проте в даному випадку відсутній розсуд у правовому розумінні, адже розсуд також пов'язаний виключно з можливістю реалізації владних повноважень, якими наділені лише відповідні суб'єкти. Створення обов'язків для інших учасників кримінальних процесуальних правовідносин шляхом реалізації власних прав не робить таких учасників суб'єктами розсуду в кримінальному процесі.

Виходячи з позиції, що в кримінальному процесі розсуд пов'язаний з повноваженнями конкретного суб'єкта, можна встановити наступну ознаку даного правового явища: розсуд полягає в прийнятті **обов'язкових для виконання юридично значущих рішень**. Результатом розсуду завжди має бути певне юридичне рішення, винесення якого має створювати юридичні права та обов'язки для інших учасників кримінального провадження. При цьому таке рішення не обов'язково має бути оформлене в якості окремого процесуального документа або бути пов'язаним з вирішенням кримінального провадження по суті. Наприклад, слідчий на власний розсуд може прийняти рішення про проведення допиту свідка, наслідком чого стане обов'язок такої особи з'явитися для участі у слідчій (розшуковій) дії, повідомити про наявність поважних причин неявки тощо. При цьому таке рішення не буде оформлюватися у вигляді окремої постанови, тобто не буде мати певного документального закріплення.

Зазначена ознака також допомагає розділяти розсуд як метод та розсуд як результат. Якщо в результаті розсуду уповноваженою особою буде прийняте рішення, яке не створюватиме для будь-якого учасника кримінальних правовідносин певних обов'язків, у такому випадку некоректним буде твердження, що відповідним уповноваженим суб'єктом було застосовано розсуд. Наприклад, слідчий, аналізуючи та перевіряючи версії вчинення кримінального правопорушення, може внаслідок розсуду робити для себе певні висновки. В такому випадку слідчий застосував розсуд саме як спосіб прийняття рішення, що притаманно будь-якій особі в процесі прийняття будь-якого рішення. Проте якщо в результаті такої діяльності слідчим буде прийнято рішення про проведення додаткових слідчих (розшукових) чи будь-яких інших процесуальних дій, або застосування до осіб заходів забезпечення кримінального провадження тощо, то в такому випадку слідчий виступив саме як суб'єкт розсуду в кримінальному процесі, адже він прийняв дозволене законом рішення, яке в подальшому виступить в якості юридичного факту та потягне за собою створення певних обов'язків для інших учасників кримінального провадження.

В даному випадку окремо варто наголосити, що під рішеннями розуміються не лише процесуальні рішення, які мають бути оформлені у відповідній формі. Суб'єкт правозастосування в результаті розсуду може, наприклад, прийняти рішення про вчинення певної дії. Наприклад, слідчий, приймаючи рішення про проведення огляду, не складає процесуальних документів, які б засвідчували факт прийнятого слідчим рішення. В той же час рішення слідчого запускає процес підготовки до слідчої (розшукової) дії, що вже може створювати обов'язки для інших учасників кримінального провадження, не кажучи про саме проведення даної процесуальної дії. Тому можна стверджувати, що розсуд полягає саме у прийнятті певного рішення, в тому числі і рішення щодо вчинення дій.

Наступною ознакою, на яку посилювалась значна кількість науковців, є **відносна свобода** розсуду. Як вже було неодноразово підкреслено в даному дослідженні, розсуд можливий лише в певних межах, які чітко визначені законодавчим актом. Проте такі межі не обов'язково мають бути встановлені лише відповідною нормою права, а і всім нормативно-правовим актом. Розсуд, як правило, застосовується у випадках використання законодавцем відносно визначених норм, які вимагають від уповноважених суб'єктів прийняття найбільш оптимального рішення, яке відповідає фактичним умовам провадження. Однак науковці неодноразово зазначали, що розсуд також може застосовуватись уповноваженими суб'єктами і у випадках подолання прогалин нормативно-правового акта. Прогалини в праві завжди існували, і не схоже, що така ситуація може змінитися. Це пов'язано в першу чергу зі швидкістю, з якою еволюціонують суспільні відносини та, як наслідок, наявність постійного розриву між нормативним забезпеченням та правозастосуванням. У зв'язку з цим досить часто законодавець встановлює правила подолання прогалин в самому нормативно-правовому акті. КПК України в даному випадку не є винятком. Так, відповідно до ч. 6 ст. 9 КПК України, у випадках, коли положення КПК України не регулюють або неоднозначно регулюють питання кримінального провадження, застосовуються загальні засади кримінального провадження, визначені ч. 1 ст. 7 КПК України. Тобто законодавець одразу передбачив неминучість прогалин кримінального процесуального законодавства, а тому окремо встановив правило щодо їх подолання, а саме використання загальноправових, галузевих та міжгалузевих засад кримінального провадження. Відповідно, уповноважений суб'єкт, встановивши необхідність подолання конкретної прогалини, керуючись загальними положеннями КПК України, застосовує розсуд та приймає відповідне юридично значуще рішення.

Також, аналізуючи дану характеристику, необхідно вказати, що уповноважений суб'єкт кримінального провадження завжди обмежений у

своєму розсуді кримінальним процесуальним законодавством та не вправі вийти за такі межі. Саме цим пояснюється відмінність між розсудом та зловживанням правом. Проблематика встановлення меж розсуду в кримінальному процесі потребує окремого аналізу. На даний момент, аналізуючи ознаки розсуду, достатньо буде лише вказати, що така вимога дозволяє сформулювати наступну ознаку – розсуд має бути **законним**. Розсуд надає право уповноваженим суб'єктам обирати один з декількох способів реалізації певного правового положення. Проте ключовим у даному випадку має бути той факт, що будь-яке з можливих рішень повністю відповідає вимогам норми права, тобто є законним. Якщо норма права передбачає лише один законний варіант поведінки, то розсуд у такому випадку відсутній і будь-які відхилення від правової норми вказують на незаконність поведінки уповноваженого суб'єкта. Якщо ж правова норма передбачає обмежену кількість варіантів, яку може обрати суб'єкт правозастосування, то вихід за такі межі також має вважатися зловживанням зі сторони уповноваженого суб'єкта.

Якщо мова ведеться про законний розсуд, то в якості окремої ознаки необхідно підкреслити зв'язок між розсудом та **кримінальним процесуальним законодавством**. Розсуд у кримінальному процесі повинен відповідати вимогам кримінального процесуального законодавства. З однієї сторони, такий висновок видається очевидним, а тому його окреме виділення в даному дослідженні виглядає нелогічно. Проте розсуд у кримінальному процесі має свої унікальні характеристики, які не притаманні жодній іншій галузі права. Галузь кримінального процесу, з урахуванням специфіки методів та форм правового регулювання, містить у собі досить велику кількість обмежень. Особливо ці обмеження стосуються повноважень владних суб'єктів, на яких покладається обов'язок розслідування, розгляду та вирішення кримінальних правопорушень. Тому можливості щодо вільного застосування власних повноважень такими суб'єктами у порівнянні з іншими галуззями права значно обмежені, навіть незважаючи на присутність у КПК України 2012 року великої

кількості оціночних понять. Чітке та неухильне дотримання процедури здійснення кримінального провадження є однією з головних гарантій забезпечення прав та законних інтересів учасників кримінального провадження. Відповідно, будь-яке незаконне відхилення від таких процедур може бути підставою скасування процесуальних рішень, визнання доказів неналежними тощо. Таким чином, кримінальні галузі права з урахуванням власної специфіки мають суттєво вужчі можливості щодо застосування розсуду. Існують відмінності навіть між розсудом у кримінальному праві та процесі. Розсуд у кримінальному праві, як правило, найчастіше пов'язаний з необхідністю здійснення правильної правової кваліфікації кримінального правопорушення та правильного застосування санкцій, які передбачені в статтях Особливої частини КК України. В кримінальному процесуальному законодавстві також передбачена можливість застосування розсуду в межах однієї статті при прийнятті рішення, яке найбільше відповідає умовам конкретного кримінального провадження (наприклад, у випадку, коли слідчий суддя визначає розмір застави підозрюваному). Поряд з цим у значній кількості випадків суб'єкт владних повноважень повинен не тільки обирати одну з декількох альтернатив, що визначається нормою кримінального процесуального законодавства, а навіть спосіб вчинення окремих процесуальних дій чи взагалі тактику та стратегію здійснення кримінального провадження, що в подальшому і визначить результати такого провадження. В даному випадку ведеться мова про відмінність між розсудом у кримінальному праві та процесі не стільки за обсягом можливостей, а за способом його реалізації. Тому, характеризуючи розсуд у кримінальному процесі, в якості окремої характеристики також обов'язково необхідно вказувати і на обмеження такого розсуду саме кримінальним процесуальним законодавством, адже таким чином також підкреслюється специфіка реалізації відповідних повноважень учасниками кримінальних процесуальних відносин.

Також серед ознак, які притаманні кримінальному процесуальному розсуду, необхідно вказати на **інтелектуально-вольовий** характер такої діяльності. В даному випадку обов'язково необхідно підкреслити зв'язок цих двох компонентів, які у симбіозі і надають можливість застосувати розсуд відповідним уповноваженим суб'єктам. У першу чергу розсуд базується саме на правильному тлумаченні та застосуванні відповідної правової норми, в чому і проявляється інтелектуальна характеристика розсуду. За таких умов застосування розсуду потребує використання інтелектуального механізму (огляд фактів, позиція, оцінка фактів, переконання, формування висновків) [61, с. 16]. В той же час розсуд нерозривно пов'язаний з суб'єктом, який його застосовує, а тому в будь-якому випадку має також бути присутній вольовий елемент.

Можна зробити попередній висновок, що при застосуванні розсуду в кримінальному процесі інтелектуальна складова переважає над вольовою, адже кримінальні галузі регулюються значно детальніше, а тому у владних суб'єктів обмежені можливості задля застосування розсуду в процесі прийняття певного юридично значущого рішення. Проте це не зовсім так. Для досягнення завдань кримінального провадження, які передбачені ст. 2 КПК України, величезне значення має ініціативність та самостійність владних суб'єктів. Такі положення передбачені навіть в окремих статтях КПК України. Наприклад, відповідно ч. 1 ст. 94 КПК України, слідчий, прокурор, слідчий суддя та суд мають оцінити докази за своїм внутрішнім переконанням, яке ґрунтується на всебічному, повному й неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального провадження, керуючись законом, оцінити кожний доказ з точки зору належності, допустимості, достовірності, а сукупність зібраних доказів – з точки зору достатності та взаємозв'язку для прийняття відповідного процесуального рішення. Можна з впевненістю стверджувати, що оцінка доказів є одним з найяскравіших прикладів застосування розсуду в кримінальному процесі. Законодавець у відповідних статтях КПК України встановив умови та підстави визнання доказів допустимими чи недопустимими.

В той же час описати всі ситуації, за яких докази мають бути визнані недопустимими, неможливо, а тому законодавець свідомо визначає внутрішнє переконання як ключовий критерій для оцінки доказів уповноваженими на те суб'єктами, таким чином підкреслюючи значення вольового елемента в процесі застосування розсуду щодо оцінки доказів.

Існують і інші приклади кримінального процесуального законодавства, в яких конкретизується процесуальна самостійність уповноважених учасників кримінального провадження (ч. 1 ст. 36 КПК України – щодо процесуальної самостійності прокурора; ч. 5 ст. 40 КПК України – щодо процесуальної самостійності слідчого тощо). Як вже було зазначено, розсуд нерозривно пов'язаний із суб'єктом, який цей розсуд застосовує. Цілком можливо, що в одній і тій самій ситуації один слідчий суддя прийме одне рішення, а інший – інше. Досить складно дати однозначну відповідь, чи можна назвати таку ситуацію позитивною чи негативною стороною розсуду. Дійсно, неоднаковість застосування правових норм тягне за собою ігнорування такої надважливої характеристики права, як його прогнозованість, що може стати причиною зниження довіри до правової системи в цілому. Проте прийняття будь-якого рішення в кримінальному процесі у випадку застосування розсуду завжди буде також віддзеркалювати професійний досвід та етичні переконання суб'єкта, який буде приймати відповідне рішення. Саме тому перед тим, як призначити, наприклад, суддю чи прокурора на посаду, перевіряється не лише знання ними норм матеріального та процесуального права, а і моральні та етичні якості, адже ці якості (свідомо або несвідомо) будуть впливати на рішення, які приймаються в процесі застосування розсуду.

Тому, незважаючи на суттєвий рівень формалізованості кримінальних процесуальних відносин, при застосуванні розсуду уповноваженими на те суб'єктами значення мають як інтелектуальна, так і вольова складова.

Також необхідно вказати на ще одну характеристику, яка в деяких випадках може мати ключове значення при прийнятті уповноваженим суб'єктом

відповідного рішення. Мова йде про необхідність врахування обставин **конкретного кримінального провадження** при застосуванні розсуду в кримінальному процесі. Сама ідея необхідності визначення розсуду в процесі правозастосування пов'язана з тим, що на законодавчому рівні неможливо спрогнозувати всі можливі ситуації, які можуть виникнути на практиці. Відповідно, уповноважені особи при застосуванні розсуду повинні враховувати конкретні обставини кожного кримінального провадження, давати оцінку всім обставинам кримінального правопорушення, враховувати особливості всіх суб'єктів кримінального провадження тощо. Рішення, яке виглядає найбільш оптимальним в одному кримінальному провадженні, може абсолютно не відповідати обставинам іншого провадження. В якості прикладу можна навести положення ч. 4 ст. 182 КПК України, відповідно до якого слідчий суддя або суд, при визначенні розміру застави для підозрюваного чи обвинуваченого, мають врахувати матеріальний стан осіб, до яких буде обрана застава, адже розмір застави «не може бути завідомо непомірним» для них. Відповідно, навіть у межах одного кримінального провадження до двох підозрюваних може бути обраний різний розмір застави, адже помірний розмір для одного може бути непомірним для іншого. Лише при врахуванні обставин конкретного кримінального провадження можна вести мову про те, що розсуд у кримінальному процесі виконує покладене на нього завдання.

Характеризуючи інтелектуально-вольову ознаку розсуду, частково було охоплено питання **ознак, які впливають на розсуд у кримінальному процесі**. Очевидно, що такі ознаки також мають бути зазначені в якості окремої характеристики. Дослідивши думки та позиції інших вчених, можна зробити висновок, що на розсуд у кримінальному процесі впливають:

- засади кримінального процесу;
- професійний досвід правозастосувача;
- судова та слідча практика;
- моральні та етичні характеристики суб'єкта правозастосування.

Також очевидним є те, що на розсуд (особливо на його межі) впливають відповідні правові норми. Проте обмеження розсуду нормою права було описано в якості окремої ознаки (законності), а тому додатково виділяти таку характеристику немає сенсу.

Засади кримінального провадження є невід'ємною частиною всього кримінального процесу та впливають на всі процеси, які в ньому відбуваються. Засади як певні фундаментальні положення вказують на спрямованість ідеї законодавця в частині застосування всіх положень КПК України. Більше того, законодавець прямо передбачив обов'язок уповноважених суб'єктів застосовувати засади кримінального провадження у випадку відсутності або неоднозначності правового регулювання будь-яких кримінальних процесуальних відносин. Сама процедура застосування принципів кримінального провадження в такому випадку чітко не прописана, що тягне за собою складність в процесі практичної імплементації даного положення КПК України. Проте в цьому і полягає сутність розсуду в кримінальному процесі, відповідно до якого уповноваженому суб'єкту описуються лише межі застосування норми, проте прийняття рішення в конкретному кримінальному провадженні має залежати від конкретного суб'єкта кримінального провадження, який, крім іншого, також повинен враховувати засади кримінального провадження.

Оцінюючи характеристики, які можуть впливати на рішення уповноваженої особи, також необхідно надати оцінку професійного досвіду особи, повноваженням якої буде застосування розсуду в кримінальному процесі. Очевидно, що не можна переоцінити досвід, який набув, наприклад, слідчий або прокурор при розслідуванні кримінальних правопорушень. Крім того, уповноважені особи, аналізуючи результати кримінального провадження, роблять висновки щодо власних прорахунків при застосуванні правових норм і в подальшому коригують підхід до аналогічних ситуації з метою повторення

отримання позитивного результату або недопущення помилок, які були в минулому.

В той же час можна стверджувати про наявність «помилкового» досвіду, який буде негативно впливати на діяльність уповноважених суб'єктів, у тому числі і при застосуванні ними розсуду. В даному випадку мова йде про ситуації, за яких уповноважені суб'єкти приймали помилкові рішення, проте в силу тих чи інших обставин такі помилки не тягнули за собою настання негативних наслідків, або (у найгірших випадках) уповноважені суб'єкти були зацікавлені в настанні таких наслідків. У зв'язку з цим у таких суб'єктів виробилися власні «стереотипи» в процесі розслідування, розгляду та вирішення кримінальних проваджень, які також мають суттєвий вплив і на процес застосування розсуду. У зв'язку з цим доцільним буде ще раз підкреслити комплексність умов застосування розсуду, яка повинна базуватися на законодавстві, практиці, професійному досвіді тощо, тобто відповідати встановленій інтелектуально-вольовій ознаці.

Також на розсуд у кримінальному процесі величезний вплив мають результати слідчої та судової практики. В деякій мірі дана ознака пов'язана з попередньою в частині її формування, проте об'єднувати їх не варто. Головна відмінність полягає в тому, що професійний досвід формується у кожного окремого суб'єкта в процесі його діяльності. Іншими словами, професійний досвід нерозривно пов'язаний з особою, яка цей досвід набула та застосовує. Судову та слідчу практику, в свою чергу, можна розглядати як «досвід інших», тобто приклади з інших подібних кримінальних проваджень, в яких суб'єкт застосування розсуду участі не приймав, проте може ознайомитись з їх результатами.

В кримінальному процесі досить складно переоцінити значення практики для прийняття конкретного процесуального рішення (особливо в процесі застосування розсуду). Як відомо, одне з основних завдань оновленого Верховного Суду полягає саме в уніфікації судової практики шляхом прийняття

рішень, в яких би містились правові позиції з найбільш типових чи значимих проваджень, які є обов'язковими для інших учасників правовідносин. Очевидно, що такого роду реформування ще не є підставою для використання твердження про запровадження функціонування прецедентної системи, проте деякі елементи такої системи все ж присутні. Тому не має бути несподіваним той факт, що учасники кримінального провадження у своїй практиці постійно користуються позиціями Верховного Суду. Однак не лише практика ВС формує особливості застосування розсуду в кримінальному провадженні. Досить важливе також має значення і практика судів першої та апеляційної інстанції, з якою постійно знайомляться правозастосувачі через Єдиний державний реєстр судових рішень. На даний момент можна констатувати, що, крім випадків застосування абсолютно нових норм кримінального процесуального законодавства, в більшості випадків можна знайти схожі кримінальні провадження в ЄДРСР, а отже можна відшукати і аргументацію суду чи, наприклад, прокурора при застосуванні тієї чи іншої процесуальної норми. Схожа ситуація спостерігається і в частині аналізу та застосування слідчої практики. При цьому слід зауважити, що значення практики в процесі застосування розсуду дійсно велике, навіть незважаючи на відносне ігнорування даного питання як науковцями, так і практиками. У своїх рішеннях уповноважені суб'єкти, як правило, не посилаються на інші рішення, а лише використовують аргументацію, запропоновану в них. Тому може скластися враження, що практика майже ніяким чином не впливає на розсуд. Однак рідко коли слідчий або прокурор знехтують можливістю перевірити ЄДРСР на факт наявності в ньому подібних кримінальних проваджень, щоб оцінити перспективи того провадження, яке ними розслідується. Тому врахування слідчої та судової практики також має бути виділено як одна з ознак застосування розсуду в кримінальному процесі.

Останньою в переліку, але далеко не останньою за значенням, є така ознака, як моральні та етичні характеристики суб'єкта правозастосування. В

даному випадку підкреслюється саме суб'єктивний фактор у процесі застосування розсуду в кримінальному процесі. Як вже було неодноразово зазначено, процес застосування розсуду нерозривно пов'язаний з суб'єктом, який цей розсуд застосовує. Відповідно, особистісні характеристики завжди будуть впливати на результати прийнятого рішення, відмінними може бути лише сила впливу таких факторів на остаточне рішення та, у випадку низького рівня етичності та моральності суб'єкта правозастосування, деформація остаточного рішення та його віддаленість від мети розсуду.

Також надважливою характеристикою розсуду, на яку вказували інші науковці, є **кінцева мета розсуду**, тобто той бажаний результат, який планується досягти застосуванням розсуду в кримінальному процесі.

В правовій доктрині науковці вказували на таку кінцеву мету розсуду, як ефективність, доцільність, справедливість тощо. Очевидно, що з такими позиціями досить важко сперечатися. Однак проблеми виникають у процесі більш глибокого аналізу вказаних понять. І ефективність, і доцільність, і справедливість є занадто оціночними поняттями, в яких майже неможливо встановити межі, особливо в такій регульованій сфері, як кримінальний процес. Крім того, всі ці поняття є занадто суб'єктивними, адже, наприклад, те рішення, яке одному учаснику кримінального провадження видається справедливим, іншому таким не здається. Тому використання настільки оціночних понять в даному випадку буде зайвим, особливо за умови, що саме поняття «розсуд» також є оціночним.

У той же час встановити єдину, чітку кінцеву мету розсуду, яка б мала лише одне тлумачення, також неможливо. Тобто необхідно використати таку термінологію, яка дозволить мінімізувати некоректне або занадто широке тлумачення кінцевої мети застосування розсуду. В такому випадку більш доцільним виглядає використання поняття «інтерес» як мети розсуду. Аналіз категорії «інтерес» у кримінальному процесі знайшов своє відображення в достатній кількості наукових досліджень, що значно полегшує оперування

таким поняттям [186; 240, с. 37]. Крім того, законодавець у ст. 2 КПК України також вказує на «інтерес» як на одне із завдань кримінального провадження, що дозволяє стверджувати про певне легальне підґрунтя даної правової категорії.

В наукових роботах виділяється два види інтересу у кримінальному провадженні: інтерес приватний та інтерес публічний [239]. Відповідно, розсуду в кримінальному процесі також повинна бути притаманна така ознака, як захист приватних та публічних інтересів. При цьому, як і у всьому кримінальному провадженні, при застосуванні розсуду має бути збережений баланс цих двох інтересів. З однієї сторони, слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд та ін. повинні обрати таке рішення, яке найбільше відповідає інтересам окремої особи у кримінальному провадженні. Такою особою може бути як підозрюваний, так і, наприклад, потерпілий. З іншої сторони, уповноважена особа завжди повинна враховувати і суспільні інтереси при застосуванні розсуду, адже в значній мірі саме для захисту суспільства і здійснюється кримінальне провадження. А. Барак, аналізуючи роль судді при застосуванні розсуду, цілком слушно зазначає, що суддя повинен знати настрій суспільства, в якому він служить суддею. Такий суддя повинен знати націю та різноманіття її проблем. Тому він повинен знаходитись в контакті з широкою публікою [14, с. 34]. «Не варто кидатися з однієї крайності в іншу. Не варто будувати стіну між суддею та суспільством, в якому він діє. Суддя – частина свого народу. ... Суддя – громадянин, і гарний суддя повинен бути гарним громадянином. Він повинен робити свій вклад в будівництво свого суспільства» [14, с. 34].

Таким чином, можна зробити висновок, що кінцевою метою розсуду в кримінальному процесі є забезпечення приватних та публічних інтересів. Крім того, таке забезпечення має бути збалансованим, адже баланс між цими двома інтересами гарантує виконання завдань кримінального провадження, що є кінцевою метою будь-якої кримінальної процесуальної діяльності.

Підсумовуючи все вищезазначене, можна констатувати, що розсуд у кримінальному процесі можна охарактеризувати наступним чином:

- розсуд є можливістю реалізувати повноваження;
- розсуд полягає в прийнятті обов’язкових для виконання юридично значущих рішень;
- розсуд передбачає відносну свободу;
- розсуд має бути законним;
- розсуд має відповідати вимогам кримінального процесуального законодавства;
- розсуд має інтелектуально-вольовий характер;
- при застосуванні розсуду мають враховуватись обставини конкретного кримінального провадження;
- в кримінальному провадженні на розсуд впливають засади кримінального процесу, професійний досвід правозастосувача, судова та слідча практика, моральні та етичні характеристики суб’єкта правозастосування;
- кінцевою метою розсуду є забезпечення приватних та публічних інтересів [264].

Таким чином, врахувавши названі ознаки, можна зробити висновок, що **розсуд у кримінальному процесі** – це можливість реалізації повноважень, яка полягає в прийнятті за допомогою інтелектуально-вольового механізму одного обов’язкового для виконання юридично значущого законного рішення з декількох запропонованих кримінальним процесуальним законодавством альтернатив відповідно до обставин конкретного кримінального провадження з урахуванням засад кримінального провадження, професійного досвіду правозастосувача, судової та слідчої практики, моральних та етичних характеристик суб’єкта правозастосування задля найкращого забезпечення приватних та публічних інтересів у кримінальному провадженні [264, с. 96].

Встановивши сутність розсуду, необхідно виділити види такого розсуду, які притаманні саме кримінальному процесу. Правова доктрина не вперше

стикається з даною проблемою, а тому наявні наукові роботи окремих вчених щодо визначення видів розсуду.

При цьому далеко не завжди науковці визначають єдину класифікуючу ознаку, за якою групуються види розсуду. Так, наприклад, Р. Паттенден (R. Pattenden) у своїй роботі виділяє такі чотири види розсуду:

1. «Відкритий» («явний») розсуд. Замість прийняття рішення на основі закріпленої норми (якщо «а», то суддя повинен застосувати «b») суддя уповноважити одну з альтернативних дій (якщо «а», то суддя може обрати «b» або «с»).

2. «Відхильний» розсуд. Передбачає можливість суду ігнорувати правові норми без загрози понесення відповідальності.

3. «Прихований» розсуд. Має місце при оцінці неточних понять (наприклад, розумний, необхідний, справедливий).

4. Розсуд по відношенню до встановлення та оцінки фактів [364].

К. Шнейдер (С.Е. Schneider) також виділяє чотири види розсуду без встановлення уніфікованого критерію групування. Науковець зазначає, що існують:

1. «khadi-розсуд», тобто розсуд з обов'язковим віднесенням особи, яка приймає рішення, до найбільш мудрих осіб, які розуміють принципи правосуддя та можуть винести рішення через спілкування з людьми. А.Т. Кронмен (А.Т. Kronman) зазначав, що khadi-правосуддя – це винесення рішення виключно типу *ad hoc*, в якому справи розглядають на індивідуальній основі і у відповідності з хаотичним змішуванням правових, духовних, емоційних та політичних поглядів. Khadi-правосуддя є нераціональним в тому сенсі, що воно ненормативно, воно не робить спроби засновувати рішення на загальних принципах і, крім того, старається вирішити кожну справу по суті у світлі унікальних обставин, які відрізняються від справи до справи» [361, с. 76-77].

2. «ненормативний розсуд». Такий вид розсуду застосовується у випадку, коли «можна вважати, що справи виникли із обставин настільки різноманітних,

настільки складних та непрогнозованих, що норми, які необхідно застосувати для правильного вирішення спору по суті, не могли бути написані».

3. «нормотворчий розсуд» присутній тоді, коли законодавець, який здатний розробити належні дієві норми, вважає, що найкращі нормативні правила можуть бути створені судовою практикою, та самоусувається від прийняття правових норм.

4. «нормативно-компромісний розсуд». Він проявляється у випадках, коли члени відповідних державних органів не можуть прийти до рішення про тлумачення чинних правових норм. У такому випадку судовий розсуд виступає в якості правового компромісу, оскільки бездіяльність відповідних органів є мовчазним наданням судам права вирішувати справи без належного юридичного керівництва [368, с. 79].

Р. Дворкін (R. Dworkin) пропонує власну класифікацію розсуду з видами та підвидами, відповідно до якої науковець виділяє:

1. «слабкий розсуд», який, у свою чергу, поділяється на два підвиди. Перший проявляється в процесі прийняття окремих судових рішень при діючих правових нормах, другий – при винесенні кінцевого судового рішення, яке не може бути змінено або скасовано вищою інстанцією.

2. «сильний розсуд», який проявляється у випадках, коли суддя не пов'язаний з правовими нормами, визначеними відповідними владними органами [346, с. 32].

Р. Гудін (R.E. Goodin) в «слабкому розсуді» виділяє наступні пари: формальний–неформальний розсуд (формальний існує у випадку, коли його застосування впливає зі змісту правової норми; неформальний розсуд застосовується тоді, коли мова норми незрозуміла), попередній–кінцевий розсуд (в залежності від можливості або неможливості подальшого скасування відповідного судового рішення) [355, с. 236].

А. Барак пропонує одразу декілька класифікацій судового розсуду. Так, науковець виділяє:

- 1) в залежності від обсягу свободи при застосуванні розсуду:
 - вузький розсуд (варіантів розсуду мало, але ніколи не менше двох);
 - широкий розсуд (багато варіантів розсуду);
- 2) в залежності від ступеня директивності та обмежень, яким закон наділяє особу, що застосовує розсуд:
 - обмежений розсуд (наявні обмеження при застосуванні розсуду, визначені законодавцем);
 - абсолютний розсуд (обмеження відсутні);
- 3) в залежності від об'єкта судового розсуду:
 - вибір із сукупності фактів, які видаються необхідними для вирішення конфлікту;
 - судовий розсуд при застосуванні норми, яка передбачає вибір з різних варіантів застосування, які допускаються відповідною нормою, одного, який судовий розсуд розглядає як найбільш відповідний даній ситуації;
 - судовий розсуд при встановленні самої норми, який передбачає вибір з нормативних можливостей найбільш відповідного варіанта [14, с. 27].

А.Т. Боннер та К.І. Комісаров вказують на існування наступних чотирьох видів розсуду:

- 1) конкретизація суб'єктивних прав та обов'язків;
- 2) застосування факультативних норм;
- 3) випадки, коли законодавець надає юридичне значення індивідуальним особливостям справи не шляхом їх типізації у вигляді юридичних фактів, а шляхом вказівки їх загальної характеристики в гіпотезі норми;
- 4) можливість прийняття рішення, яке регламентує діяльність державного органу, в тому числі і суду, шляхом узагальнених формулювань, за якими не слідує перелік того, як він може діяти [22, с. 44; 96, с. 29].

Д.Б. Абушенко пропонує такі види розсуду:

1) альтернативний вид – коли суд обирає з декількох законних варіантів, прямо передбачених законодавцем;

2) рамковий вид – коли суд обмежений певними рамками/межами (верхньою та нижньою);

3) змішаний;

4) рамковий без верхньої межі [2, с. 104].

Н.В. Громова виділяє три види розсуду:

1) тлумачення тотожних за юридичною силою нормативних актів (наприклад, кодексів);

2) усунення судом зовнішньої формальної колізійності норм;

3) «чистий» судовий розсуд [48, с. 52].

О.А. Папкова розглядає можливість виділення видів розсуду як спосіб встановлення суттєвих особливостей та переваг застосування судового розсуду та пропонує наступну класифікацію:

1) відносно-визначений судовий розсуд, який можна поділити на наступні підвиди:

- ситуативний судовий розсуд (застосування аналогії права та закону; застосування загальних норм, які передбачають підстави виникнення певних прав та обов'язків; застосування норм, які містять формулювання «справедливий», «поважні причини», «інтереси дитини» тощо; розсуд при конкретизації суб'єктивних прав та обов'язків, коли суд передбачає їх обсяг та зміст; розсуд при визначенні розміру відшкодування, компенсації шкоди);
- альтернативний судовий розсуд (застосування альтернативних норм права);

2) повноважний судовий розсуд, в якому автор виділяє факультативний судовий розсуд [150, с. 349].

О.О. Огілець, аналізуючи сфери використання слідчим розсуду на стадії попереднього розслідування, виділив наступні його види:

- при визначенні напрямку ходу розслідування;
- при організації та проведенні слідчих дій, в тому числі при виборі моменту і тактики їх проведення;
- при прийнятті процесуальних рішень: про порушення кримінальної справи; про застосування примусових процесуальних заходів, що обмежують права особи; про притягнення в якості обвинуваченого; про закінчення попереднього слідства;
- при визначенні меж розголошення відомостей попереднього слідства;
- при оцінці доказів, які зібрані у справі, з точки зору їх достатності [140, с. 28].

М.А. Ніконов, пропонуючи власну багаторівневу класифікацію судового розсуду, за основу розподілу видів взяв направленість такого розсуду. Таким чином вчений виділяє судовий розсуд відносно питань права та відносно питань фактів [138, с. 30].

Можна помітити, що на даний момент у правовій доктрині існує досить багато способів для класифікації розсуду як всеохоплюючого правового поняття, так і розсуду окремих суб'єктів (слідчого, судді та ін.). Крім того, окремі науковці намагаються створити розгалужену систему видів та підвидів розсуду, яка б об'єднала всі можливі варіації розсуду. Розробити таку класифікацію набагато складніше, адже мають бути визначені групуючі характеристики не лише за видами, а і підвидами. В той же час ефективність створення саме такої класифікації видається дещо сумнівною. В даному випадку можна провести аналогію з процесом виділення властивостей розсуду при їх аналізі. Як вже було встановлено, велика кількість авторських тлумачень поняття «розсуд» містять схожі елементи, а тому їх розмежування може бути не лише проблематичним, а і помилковим, адже в подальшому буде неможливо провести більш змістовний порівняльний аналіз тлумачень між собою.

Відповідно, існує схожа проблема в частині створення єдиної класифікації видів розсуду в кримінальному процесі. Багато в чому різновиди розсуду доповнюють один одного або можуть мати одразу декілька проявів. Створення ж хоча і розгалуженої, проте єдиної системи змушує окремі різновиди розсуду розміщати на різні «полюси» такої системи, таким чином вказуючи на відсутність будь-якого органічного зв'язку між ними, що не відповідає дійсності. Навіть у більшій мірі це стосується класифікації видів розсуду в кримінальному процесі, адже в даному випадку така класифікація обмежується лише однією галуззю права (не кажучи вже про правову систему).

У зв'язку з цим при класифікації видів розсуду в кримінальному процесі найефективнішим способом буде формування декількох класифікацій відповідно до одного критерію. Такий метод не можна назвати компактним, проте це дозволяє оцінювати розсуд з різних точок зору. Таким чином, для класифікації видів розсуду в кримінальному процесі пропонується використовувати окремі категорії, за якими можна буде сформувати окремі групи видів розсуду.

І в якості першої категорії можна назвати **прогнозованість** розсуду в кримінальному процесі. Відповідно до даної ознаки можна виділяти:

- 1) прогнозований розсуд;
- 2) непрогнозований розсуд.

В даному випадку мова ведеться про ситуації, за яких законодавець або спеціально вказав на можливість застосування розсуду по відношенню до певних правових норм, або в силу низької якості правових норм, юридичної техніки чи помилкового тлумачення уповноважені суб'єкти кримінального провадження самостійно застосовують розсуд, хоча таку ідею законодавець у правову норму не закладав.

Відповідно, проблем з встановленням сутності та наведенням прикладів прогнозованого розсуду в КПК України не виникає, адже такий розсуд має бути прямо зазначений в самій статті кримінального процесуального законодавства.

Так, відповідно до ч. 5 ст. 182 КПК України, розмір застави щодо, наприклад, особи, підозрюваної чи обвинуваченої у вчиненні нетяжкого злочину, встановлюється в межах від одного до двадцяти розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб. У самій ст. 182 КПК України встановлюються лише загальні правила визначення розміру застави (наприклад, розмір застави не може бути завідомо непомірним для підозрюваного чи обвинуваченого), проте саме слідчий суддя або суд будуть визначати конкретний розмір застави в кожному конкретному кримінальному провадженні, як це і було заплановано законодавцем.

Непрогнозований розсуд має місце в тому випадку, коли законодавець не закладав можливість застосування розсуду в конкретній правовій ситуації або правовій нормі. Проте у зв'язку з відсутністю правового регулювання або неоднозначності правових положень уповноважені суб'єкти на власний розсуд приймають юридично значущі рішення, вдосконалюючи таким чином реалізацію відповідних правових положень. Очевидно, що непрогнозований розсуд в першу чергу включає в собі можливості подолання прогалин кримінального процесуального законодавства у випадку складності застосування певних правових положень та відсутності більш чітких вказівок з боку законодавця. Наприклад, відповідно до ч. 2 ст. 242 КПК України, експертиза обов'язково має бути призначена для визначення розміру матеріальних збитків. Законодавець встановлює лише один виняток з даного правила, надаючи можливість самому потерпілому підтвердити розмір шкоди. Однак Верховний Суд в своєму рішенні, застосувавши розсуд, розширив тлумачення даного положення і зазначив, що дана імперативна норма не поширюється на випадки, коли предметом злочину є гроші або інші цінні папери, що мають грошовий еквівалент, а також коли для достовірного встановлення розміру матеріальних збитків, шкоди, заподіяних кримінальним правопорушенням, достатньо загальновідомих та загальнодоступних знань та проведення простих арифметичних розрахунків [172]. У даному випадку було

вдосконалено процедуру залучення експерта шляхом розширення можливостей слідчого або прокурора в частині невиконання імперативних вказівок законодавця щодо призначення експертизи. При цьому у слідчого та прокурора лишається право призначити експертизу в даному конкретному випадку, а тому Верховний Суд таким роз'ясненням надав можливість у подальшому слідчому та прокурорц застосовувати власний розсуд для визначення доцільності проведення експертизи, на відміну від позиції законодавця в даному конкретному випадку.

Наступною категорією для класифікації видів розсуду можна назвати **ступінь свободи при застосуванні розсуду**. Опираючись на класифікацію, запропоновану Д.Б. Абушенко, можна визначити такі види розсуду в кримінальному процесі:

1) альтернативний розсуд, тобто розсуд, за якого уповноважений суб'єкт може обрати одну з альтернатив, запропоновану законодавцем. Такий вид розсуду має підвиди:

– активний альтернативний розсуд. У даному випадку мова йде про ситуації, за яких уповноважені суб'єкти приймають рішення про вчинення або невчинення певних процесуальних дій, прийняття або неприйняття процесуальних рішень тощо. Такий підвид об'єднує в собі всі випадки, за яких слідчий, дізнавач або прокурор приймають рішення про проведення окремих слідчих чи негласних слідчих (розшукових) дій, про повідомлення про підозру, про відкриття матеріалів досудового розслідування, а слідчий суддя чи суд приймають рішення про обрання заходів до порушників порядку судового засідання тощо. В даному випадку необхідно чітко розуміти, що в процесі правозастосування один розсуд може замінювати собою інший. У наведеному прикладі щодо заходів до порушників порядку судового засідання суд спочатку повинен прийняти рішення про саму необхідність застосування такого заходу до порушника і лише після цього обирати форму такого заходу. Саме рішення про необхідність вчинення певних дій або необхідність прийняття певних

рішень і характеризують активний альтернативний розсуд, за якого в уповноваженого суб'єкта є можливість вільно обрати власну лінію поведінки. При цьому слід ще раз наголосити, що на даному етапі не приймається конкретне рішення або обирається конкретна дія, а лише приймається рішення про «активізацію» слідчого, дізнавача, прокурора, суду в частині реалізації власних повноважень;

– обмежений альтернативний розсуд. Такий розсуд настає після того, як уповноважений суб'єкт прийняв рішення вступити у кримінальні процесуальні відносини шляхом вчинення певних дій чи прийняття певних рішень, тобто після активного альтернативного розсуду. У випадку обмеженого альтернативного розсуду слідчому, дізнавачу, прокурору, слідчому судді, суду надається можливість обрати одне із чітко встановлених (і таким чином обмежених) законодавцем рішень. Наприклад, в ч. 1 ст. 271 КПК України вказано, що прокурор при проведенні такої негласної слідчої (розшукової) дії, як контроль за вчиненням злочину, може обрати одну з чотирьох форм, запропонованих законодавцем. Прокурор вільний у виборі форми контролю за вчиненням злочину, який буде залежати від особливостей конкретного кримінального провадження та завдань, які ставляться правоохоронними органами для розслідування кримінального правопорушення. В той же час в КПК України виділено лише чотири форми контролю за вчиненням злочину, таким чином чітко обмеживши прокурора у виборі можливостей проведення даної процесуальної дії;

2) рамковий розсуд. У даному випадку, по аналогії з позицією Д.Б. Абушенка, суб'єкту застосування розсуду пропонується обрати одну з можливих дій в межах певних рамок, встановлених законодавцем. Як правила, такий розсуд застосовується при визначенні розміру процесуальних стягнень. Наприклад, відповідно до ч. 1 ст. 139 КПК України, у випадку неприбуття на виклик підозрюваного, обвинуваченого, свідка, потерпілого, цивільного відповідача, представника юридичної особи, щодо якої здійснюється

провадження, слідчий суддя може накласти грошове стягнення у розмірі від 0,25 до 0,5 розміру прожиткового мінімуму для працездатних осіб. Таким чином законодавець встановив певні межі («рамки») розміру грошового стягнення, в яких слідчий суддя вільний у виборі в залежності від конкретної ситуації та за умови можливої аргументації прийнятого рішення.

3) оціночний розсуд. У даній групі пропонується об'єднати ті випадки, за яких суб'єкт розсуду повинен обрати найбільш ефективний спосіб реалізації владних повноважень з урахуванням оціночних понять, які передбачені в кримінальному процесуальному законодавстві. Особливості імплементації такого розсуду в першу чергу пов'язані з конкретним оціночним поняттям, яке необхідно застосувати суб'єкту владних повноважень. В якості одного з найяскравіших прикладів можна навести формулювання допустимості доказів. Відповідно до ч. 1 ст. 86 КПК України, допустимим є доказ, отриманий в порядку, передбаченому КПК України. Відповідно, якщо доказ було отримано з порушенням вимог кримінального процесуального законодавства, то такий доказ має визнаватися недопустимим. Законодавець наводить приклади істотного порушення прав та свобод людини, за який будь-які докази мають визнаватися недопустимими (ст. 87 КПК України), проте оцінка доказів з точки зору допустимості даним положенням не обмежується. Слідчий, прокурор, слідчий суддя чи суд повинні провести повну ґрунтовну оцінку доказів задля прийняття рішення про допустимість чи недопустимість доказів. Більше того, далеко не завжди порушення вимог КПК України буде обов'язково тягнути за собою визнання доказів недопустимими, адже крім встановлення факту порушення також необхідно встановити ступінь порушення та яким чином таке порушення вплинуло на права та свободи учасників кримінального провадження.

Також в КПК України присутні і інші приклади можливості застосування такого розсуду з огляду на існування великої кількості оціночних понять, таких як «невідкладний» (невідкладне внесення відомостей про кримінальне

правопорушення до ЄРДР – ч. 1 ст. 214 КПК України; невідкладне проведення слідчих (розшукових) дій в нічний час – ч. 4 ст. 223 КПК України; невідкладне проникнення до житла чи іншого володіння особи без ухвали слідчого судді – ч. 3 ст. 233 КПК України тощо), «ефективний» (відсторонення прокурора у випадку неефективного здійснення нагляду – ч. 3 ст. 37 КПК України; відсторонення слідчого у разі неефективного досудового розслідування – п. 2 ч. 2 ст. 39 КПК України тощо), «оперативний» (оперативність кримінального провадження як підстава для передачі кримінального провадження до іншого суду – абз. 6 ч. 1 ст. 34 КПК України; оперативність досудового розслідування як підстава проведення допиту в режимі відеоконференції – п. 3 ч. 1 ст. 232 КПК України тощо), «найкоротший» (в найкоротший строк затриманий має бути доставлений до слідчого судді – ч. 2 ст. 12 КПК України; право кожного, щоб обвинувачення щодо нього в найкоротший строк стало предметом судового розгляду – ч. 5 ст. 28 КПК України тощо), «доцільний» (доцільність запрошення понять до участі в інших процесуальних діях – ч. 7 ст. 223 КПК України; доцільність проведення обшуку для відшукування та вилучення речей – п. 5 ч. 5 ст. 234 КПК України; доцільність продовження тримання під вартою, яку має встановити суд незалежно від наявності клопотань – ч. 3 ст. 331 КПК України тощо), «заінтересований» («заінтересованість» як підстава для відводу – ст.ст. 75, 77 КПК України), «повнота» (неможливість виділення матеріалів досудового розслідування в окреме провадження, якщо це впливає на повноту досудового розслідування – ч. 4 ст. 217 КПК України; ризик неповноти показань свідка, потерпілого як підстава для проведення допиту слідчим суддею під час досудового розслідування – ч. 1 ст. 225 КПК України тощо) та інші.

Особливість такого розсуду полягає в тому, що його обсяг буде залежати від конкретного оціночного поняття та, відповідно, конкретних обставин кримінального провадження. Уповноважена кримінальним процесуальним законодавством особа має оцінити всі обставини, які впливають на поняття, що

підлягає оцінці, та прийняти відповідне рішення згідно з вимогами кримінального процесуального законодавства.

На перший погляд можна помітити подібність обмеженого альтернативного розсуду та оціночного розсуду, адже, наприклад, при аналізі ефективності досудового розслідування уповноважений суб'єкт фактично обирає одне з двох можливих рішень – або досудове розслідування проводилось ефективно, або ні. Проте ці різновиди розсуду між собою не тотожні, адже відмінність полягає в обсязі, який необхідно встановити уповноваженим суб'єктам при оцінці таких понять. Так, у випадку альтернативного розсуду законодавець чітко встановлює альтернативи, які мають бути обрані. У випадку оціночного розсуду уповноважені суб'єкти в першу чергу повинні встановити «ступінь» відповідності понять, які підлягають оцінці, а лише тоді обирають певний варіант поведінки. Наприклад, при оцінці ефективності досудового розслідування має бути врахована низка обставин, які у своїй сукупності, як правило, не вказують на стовідсоткову ефективність або неефективність, а лише на наближеність до таких показників. Відповідно, прокурор або керівник органу досудового розслідування, оцінюючи ефективність досудового розслідування, повинні прийняти таке рішення, яке б найбільше відповідало результатам оцінки фактів, проте без можливості встановлення повної відповідності. При застосуванні альтернативного розсуду уповноважені суб'єкти можуть обрати один з декількох запропонованих варіантів прийняття рішення, встановивши повну відповідність між фактичними обставинами, вимогами кримінального провадження та варіантами прийняття рішення, які містяться в кримінальному процесуальному законодавстві.

В якості останньої класифікації видів розсуду можна запропонувати розмежування за суб'єктами, які уповноважені застосовувати розсуд у кримінальному процесі. Як вже було зазначено в даному дослідженні, розсуд у кримінальному процесі – це виключно повноваження, а тому застосовувати розсуд можуть лише суб'єкти, які наділені владними повноваженнями в

кримінальному процесі. Відповідно, до класифікації видів розсуду за суб'єктами застосування не будуть включені ті учасники кримінального провадження, які застосовують розсуд як метод при прийнятті рішень щодо можливості та форми реалізації власних прав (наприклад, підозрюваний, обвинувачений, захисник, потерпілий тощо). У зв'язку з цим можна виділити наступні форми розсуду:

1) розсуд суб'єктів, уповноважених на здійснення кримінального провадження. В дану категорію необхідно віднести тих суб'єктів, роль яких є ключовою в процесі розслідування, розгляду та вирішення кримінальних правопорушень. В якості аналогії можна взяти положення ст. 94 КПК України, в якому законодавець наводить приклад одного з найбільш визначальних розсудів у кримінальному процесі – оцінку доказів. Відповідно до даного положення, оцінка доказів покладається на *слідчого, прокурора, слідчого суддю та на суд*. Також до даної групи варто віднести такого суб'єкта кримінального провадження, як дізнавач, адже його повноваження майже повністю збігаються з повноваженнями слідчого (у зв'язку з чим дивним є те, що законодавець не включив дізнавача в коло суб'єктів, уповноважених на оцінку доказів у кримінальному процесі).

Очевидно, що, крім оцінки доказів, вказані учасники кримінального провадження застосовують розсуд і в інших випадків: при визначенні необхідних для проведення слідчих дій, при обранні до підозрюваного чи обвинуваченого одного з передбачених КПК України запобіжних заходів, при визначенні необхідності та моменту повідомлення особі про підозру тощо. Саме ці суб'єкти своїми процесуальними рішеннями рухають кримінальне провадження до його завершення, приймаючи юридично значущі процесуальні рішення. Відповідно, слідчому, дізнавачу, прокурору, слідчому судді та суду надаються найбільш широкі повноваження в частині застосування розсуду в кримінальному процесі, а тому вони мають бути згруповані в окрему групу при класифікації видів розсуду;

2) розсуд суб'єктів, які сприяють у здійсненні кримінального провадження. Неправильним буде твердження, відповідно до якого лише слідчий, дізнавач, прокурор, слідчий суддя та суд у кримінальному процесі мають право приймати юридично значущі рішення при можливості обрати певний варіант з декількох альтернатив. Законодавець передбачив низку інших учасників кримінального провадження, роль яких також має важливе значення для розслідування, розгляду та вирішення кримінального провадження. При цьому такі суб'єкти самотійно не забезпечують рух кримінального провадження, а лише сприяють у його здійсненні. До таких суб'єктів належать:

- керівник органу досудового розслідування. Відповідно до ст. 39 КПК України, керівник органу досудового розслідування на власний розсуд може визначати слідчого (слідчих), який здійснюватиме досудове розслідування, а у випадках здійснення досудового розслідування слідчою групою визначати старшого слідчої групи, який керуватиме діями інших слідчих; визнати досудове розслідування неефективним, наслідком чого буде відсторонення слідчого від його проведення; давати письмові вказівки слідчому, які не повинні суперечити вказівкам прокурора тощо. В даному випадку необхідно підкреслити, що у разі отримання повноважень слідчого керівником органу досудового розслідування та самотійного здійснення досудового розслідування (п. 6 ч. 2 ст. 39 КПК України) такий керівник «трансформується» в слідчого і, відповідно, має бути переведений в першу групу;

- керівник органу дізнання. Повноваження керівника органу дізнання досить подібні до повноважень керівника органу досудового розслідування та включають в себе можливість визначати дізнавача, який здійснюватиме дізнання; відсторонювати дізнавача від проведення дізнання за ініціативою прокурора або з власної ініціативи та призначати іншого дізнавача; ознайомлюватися з матеріалами дізнання, давати дізнавачу письмові вказівки, що не суперечать рішенням та вказівкам прокурора; вживати заходів для усунення порушень вимог законодавства у разі їх допущення дізнавачем, та

виконувати інші повноваження, передбачені кримінальним процесуальним законодавством;

– оперативні підрозділи. Оперативні підрозділи в кримінальному процесі не наділені ініціативністю та самостійністю і повинні виконувати доручення слідчого та прокурора в межах, які були окреслені в таких дорученнях. У той же час тактика та методика виконання доручень (особливо в частині проведення слідчих та негласних слідчих (розшукових) дій) обираються вже самими працівниками оперативних підрозділів на власний розсуд. Таким чином, хоча і у досить обмежених рамках, проте можна констатувати, що оперативні підрозділи також наділені розсудом у кримінальному процесі. Проте такий розсуд не може суперечити вказівкам слідчого та прокурора, а лише доповнювати їх з тактичної точки зору;

– представник персоналу органу пробачії. При підготовці до складання, складанні та проголошенні досудової доповіді представник персоналу органу пробачії як посадова особа має низку повноважень, які він може реалізовувати на власний розсуд з метою виконання покладених на нього завдань. Відповідно до п. 1 ч. 3 ст. 72¹ КПК України, представник персоналу органу пробачії зобов'язаний скласти досудову доповідь, зміст якої регулюється Наказом Міністерства юстиції України [169]. В той же час встановлення конкретних відомостей, які мають бути відображені в досудовій доповіді, а також ігнорування обставин, які не матимуть суттєвого значення для досудової доповіді та прийняття рішення про виключення таких обставин, здійснюються на власний розсуд представником персоналу органу пробачії, що підтверджує його статус як суб'єкта, що наділений розсудом в кримінальному провадженні [292].

Інші суб'єкти владних повноважень у кримінальному процесі не наділені розсудом у тому його розумінні, яке використовується в даному дослідженні. Наприклад, не можна до таких суб'єктів відносити експерта. Незважаючи на той факт, що експерт є вільним у виборі методики проведення експертного

дослідження, такий розсуд буде стосуватися не кримінального процесу, а окремої сфери знань, у межах якої експерт вільний у виборі методики експертного дослідження. Аналогічний висновок можна зробити, проаналізувавши повноваження спеціаліста в частині застосування розсуду.

Секретар судового засідання та судовий розпорядник діють виключно в межах повноважень, які передбачені кримінальним процесуальним законодавством та можуть виконувати лише вказівки суду, а тому розсудом у кримінальному процесі вони не наділені.

Підсумовуючи вищезазначене, можна зробити висновок, що за суб'єктним складом у кримінальному процесі існують такі види розсуду:

1) розсуд суб'єктів, уповноважених на здійснення кримінального провадження. До такий суб'єктів відносяться:

- слідчий;
- дізнавач;
- прокурор;
- слідчий суддя;
- суд;

2) розсуд суб'єктів, які сприяють у здійсненні кримінального провадження. До таких суб'єктів відносяться:

- керівник органу досудового розслідування;
- керівник органу дізнання;
- оперативні підрозділи;
- представник персоналу органу пробації.

1.2. Межі та детермінанти розсуду в кримінальному процесі

В будь-якій правозастосовчій діяльності уповноваженим суб'єктам повинна бути гарантована певна міра свободи при реалізації владних повноважень. Така міра може різнитися в залежності від галузі правового регулювання та завдань, які мають бути реалізовані в процесі такої діяльності.

Однак в будь-якому випадку законодавцем має бути забезпечена можливість вирішувати спірні ситуації та проблеми не лише з огляду на стандартизоване нормативне регулювання, а і з урахуванням специфічних особливостей та потреб, які мають бути враховані задля забезпечення людиноцентричного вектора правової системи. Наявність розсуду в будь-якій правовій галузі можна розглядати як врахування законотворцями основних правових засад та забезпечення функціонування правової системи в повному обсязі. Саме тому розсуд уповноважених правозастосувачів можна розглядати як ефективний механізм врахування особливостей кожної конкретної правової ситуації та забезпечення можливості повної реалізації прав та законних інтересів учасників правовідносин.

Проте розсуд не може бути абсолютним. Особливо це стосується розсуду при застосуванні правових норм, адже інколи під маскою розсуду можна побачити приклади зловживання правами або навіть перекручування первісного задуму законодавця з метою неправомірної вигоди для тих, хто законом уповноважений розсуд застосовувати. «Розсуду немає там, де вибір полягає між законною та незаконною можливістю» [128, с. 142]. Саме тому в правовій доктрині разом з аналізом категорії «розсуд» прийнято досліджувати таку категорію, як «межі розсуду». Особливо важливим таке дослідження є для кримінальних галузей права, адже при розслідуванні, розгляді та вирішенні кримінальних проваджень в уповноважених суб'єктів виникають складності при застосуванні окремих положень кримінального та кримінального процесуального законодавства, особливо в частині застосування оціночних понять.

А.І. Рарог та В.П. Степалін досить влучно зазначили, що «формування меж розсуду ... являє собою пошук оптимального співвідношення обмежень правозастосувача жорсткими рамками закону зі свободою оцінки та вибору заходів приватноправового або кримінально-правового характеру» [180, с. 36]. В.Л. Кулапов та Ю.В. Медная з цього приводу вказували, що межі судового

розсуду, які проявляються в ході багатостадійної правозастосовчої діяльності, є досить важливою та актуальною проблемою в сучасній теорії держави та права [106, с. 166]. П.В. Марфіцин, досліджуючи межі розсуду слідчого, підкреслював необхідність врахування не лише правової проблематики розсуду, а і інших соціальних інститутів при визначенні меж дозволеної, розумної поведінки слідчого [128, с. 163]. Таким чином межі розсуду в праві є поняттям багатоаспектним, яке потребує аналізу не лише нормативної бази, а і інших факторів, які в тій чи іншій мірі обмежують розсуд уповноважених учасників кримінального провадження. Проте перед тим, як приступати до аналізу конкретних факторів встановлення меж розсуду, необхідно окреслити термінологічну сутність поняття меж розсуду в праві.

В. Бендюхін у власному дослідженні меж розсуду вказує на необхідність та доцільність обмежувати розсуд суду тільки процесуальними нормами [18]. О.А. Папкова з цього приводу зазначала наступне: «Право на застосування судового розсуду не безмежне. Межі – це невід’ємна властивість будь-якого права, адже при відсутності меж право перетворюється в свою протилежність та перестає бути правом» [149, с. 99].

А.А. Березін зазначав, що межі правозастосовчого розсуду – це встановлені шляхом особливого правового інструментарію межі, в яких суб’єкт правозастосування на основі комплексного аналізу обставин юридичної справи уповноважений винести оптимальне рішення з точки зору принципів законності, справедливості та доцільності [17, с. 95].

Л.Н. Берг дійшла висновку, що межі судового розсуду – це межі, встановлені уповноваженими суб’єктами, які за допомогою правових юридичних засобів чітко обмежують обсяг застосування права [16, с. 108].

К.С. Єрмакова на підставі аналізу робіт інших вчених дійшла висновку, що межі судового розсуду – це необхідні обмеження, які гарантують застосування даного інституту в частині забезпечення правомірності та доцільності прийнятого судом рішення [61, с. 64].

О.В. Корабліна, підкреслюючи важливість не лише правових, а і соціальних складових при аналізі даного поняття, зазначала, що межі розсуду – це соціально-юридичні обмеження свободи дії правозастосувача, в рамках яких він зобов'язаний винести оптимальне рішення по конкретній справі [100, с. 7].

А.В. Малько, аналізуючи суміжну проблему (проблему правового обмеження), зазначає, що правове обмеження – це правове стримування незаконного рішення, що створює умови для задоволення інтересів конкретного суб'єкта та суспільних інтересів в охороні та захисті; це встановлені в праві рамки, в межах яких суб'єкти повинні діяти, виключення окремих можливостей в діяльності [125, с. 148]. У зв'язку з цим автор виділяє наступні ознаки правових обмежень: 1) зв'язок з несприятливими умовами (загроза або позбавлення певних цінностей) для реалізації власних інтересів суб'єкта; 2) негативний характер, адже за своєю природою вони відносяться переважно до примусових, силових засобів; 3) зменшення обсягу можливостей, свободи, а отже, прав особи, що здійснюється за допомогою обов'язків, заборон, заходів захисту, покарань тощо; 4) направленість на охорону суспільних відносин та захист індивідуальної та колективної свободи [124, с. 19].

А.А. Хайдаров встановив сутність меж судового розсуду через перелік нормативно-правових актів, які визначають межі можливого вибору судді (суддей) процесуального рішення та процесуальної дії [320, с. 252].

В цілому можна погодитись, що в правовій доктрині склалося відносно єдине тлумачення меж розсуду. Це пов'язано в першу чергу з універсальним тлумаченням поняття «межі», яке, незважаючи на його багатоаспектність, прийнято розуміти як певну границю поділу, розрізнення яких-небудь явищ. Цим же і пояснюється відносна вживаність даного поняття навіть у нормативно-правових актах. Так, наприклад, у КПК України термін «межі» використовується понад 140 раз. Наприклад, законодавець використовує дане поняття для визначення меж повноважень (п. 8, 9, 15 ч. 1 ст. 3 КПК України), меж компетенції (п. 17 ч. 1 ст. 3 КПК України, ст. 25 КПК України, ч. 7 ст. 110

КПК України), меж територіальної юрисдикції (п. 20 ч. 1 ст. 3 КПК України, ч. 1, 3 ст. 32 КПК України, ч. 2, 3 ст. КПК України, ч. 7 ст. 100 КПК України), меж території (ч. 2 ст. 4 КПК України, п. 19 ч. 2 ст. 36 КПК України), меж прав (ч. 1 ст. 26 КПК України), меж органів (ч. 5 ст. 36 КПК України), часових меж (ч. 6 ст. 36 КПК України, ч. 1 ст. 113 КПК України), меж знань експерта (ч. 4 ст. 101 КПК України), меж розміру застави (ч. 5 ст. 182 КПК України) тощо. В даному випадку можна помітити, що законодавець використовує вказане поняття саме для визначення чітких рамок – меж, які б дозволяли відмежовувати однорідні явища між собою в залежності від вимог кримінального процесуального законодавства. Тобто, використовуючи термін «межі», законодавець вводить певні обмеження (обмеження часу, території, повноважень), які мають відповідати конкретним завданням, які ставляться перед суб'єктами кримінального процесу. Аналогічною є ситуація і при встановленні сутності меж розсуду. Межі розсуду мають визначати певні рамки, за допомогою яких можна розрізняти власне розсуд від зловживання правом, його нехтуванням або прямого порушення.

Для більш повного аналізу сутності меж розсуду необхідно визначити, які наслідки може мати недотримання таких меж. Як вже було зазначено в даному дослідженні, розсуд обов'язково має бути законним, тобто таким, що відповідає вимогам чинного законодавства. Відповідно, порушення меж розсуду може тягнути за собою незаконність винесення процесуального рішення, адже таке рішення не буде відповідати вимогам кримінального процесуального законодавства.

Проте необхідно підкреслити, що далеко не завжди порушення меж розсуду буде вказувати на незаконність розсуду. В правовій доктрині досить часто згадується про такі важливі ознаки розсуду, як його справедливість, доцільність, ефективність тощо. В дослідженні ці ознаки були сформульовані через відповідність розсуду публічним та приватним інтересам, однак у даному конкретному випадку задля кращого розуміння сутності меж розсуду можна

використати, наприклад, поняття доцільності. У випадку виходу за межі розсуду уповноваженим суб'єктом не завжди буде порушено норми закону, але не буде виконане те завдання, заради якого розсуд і було введено в норми законодавства.

В якості прикладу можна навести норми ст. 182 КПК України. Так, відповідно до ч. 5 ст. 182 КПК України, при обрані до особи запобіжного заходу у вигляді застави слідчий суддя або суд мають визначити розмір застави у межах, встановлених пп. 1-3 ч. 5 ст. 182 КПК України (крім виключних випадків щодо тяжких чи особливо тяжких злочинів). Відповідно, якщо слідчий суддя або суд визначають розмір застави більший або менший, ніж це зазначено в ст. 182 КПК України, то можна буде стверджувати, що такий розсуд є незаконним, адже були порушені межі розсуду, встановлені правовою нормою.

Проте в деяких випадках навіть визначення розміру застави в законодавчо окреслених рамках все одно може мати ознаки порушення меж розсуду. Так, слідчий суддя та суд крім положень пп. 1-3 ч. 5 ст. 182 КПК України також повинен встановити, чи не буде така застава завідомо непомірна для підозрюваного чи обвинуваченого (ч. 4 ст. 182 КПК України), а також має враховувати низку інших ознак, встановлених ст. 178 КПК України. Специфікою оцінки меж розсуду в даному випадку буде те, що такі межі не чітко встановлені законодавством, а більше пов'язані з ознакою «доцільності» розсуду. Очевидно, що такі межі оцінити значно складніше, що не завжди дозволяє стверджувати про їх порушення. Проте в даному дослідженні вже неодноразово було зазначено, що при застосуванні розсуду уповноважені суб'єкти в будь-якому випадку мають враховувати обставини кожного конкретного кримінального провадження, а також принципи кримінального процесу, морально-етичні норми, що склалися в суспільстві та знайшли своє відображення в особі правозастосувача тощо. У зв'язку з цим необхідно констатувати нерозривний зв'язок меж розсуду з метою застосування розсуду в кримінальному процесі, тобто повне забезпечення приватних та публічних інтересів.

Також, аналізуючи законність розсуду та можливість виконання завдань, які покладаються на розсуд, необхідно зазначити, що порушення меж розсуду завжди має тягнути за собою констатацію факту невиконання завдань розсуду в кримінальному процесі, але це не завжди буде тягнути незаконність розсуду.

Тому, з огляду на наявні визначення, **межі розсуду в кримінальному процесі** можна визначити як обмеження повноважень суб'єктів кримінального процесу при застосуванні розсуду, при порушенні яких не виконуються основні завдання розсуду, а сам розсуд може бути визнаний незаконним [249, с. 170].

Встановивши сутність меж розсуду, необхідно проаналізувати обставини, які ці межі визначають. З цього приводу у науковців єдиної точки зору немає.

Так, О.А. Папкова стверджує, що існують загальні та спеціальні межі судового розсуду. Загальні межі закріплені нормативно, носять узагальнений характер та зустрічаються при розгляді та вирішенні будь-якої справи в суді. До них відносяться: 1) предмет розсуду суду; 2) суб'єкт розсуду; 3) строки розсуду справи, а також рішення окремих процесуальних питань; 4) незалежність суддів; 5) задачі судочинства. Спеціальні межі судового розсуду при виборі визначаються в: 1) переліку умов, закріплених в альтернативних юридичних нормах; 2) спеціальних умовах, які встановлені відносно визначеної норми; 3) категорії добросовісності, справедливості, розумності, доцільності, моральності [150, с. 76].

Л.Н. Берг вказував на існування матеріально-правових (положення законодавства та судової практики, принципи права та фактичні обставини справи) та процедурно-процесуальних (повноваження суду, зміст вимог, що висуваються сторонами спору, «тимчасові межі», «суб'єктивні межі») засобів обмеження судового розсуду [16, с. 10-11].

А.А. Березін пропонує одразу декілька класифікацій меж розсуду: за галузями права (в адміністративному, цивільному, кримінальному тощо), за ознакою формального закріплення (формально закріплені, не закріплені безпосередньо в нормативно-правовому акті), за джерелом закріплення (в

нормативно-правових актах, в інтерпретаційних актах), за способом закріплення (якісні, кількісні), в залежності від стадії правозастосовчого процесу (в процесі встановлення фактичних обставин справи; при встановленні юридичних обставин справи; в процесі винесення рішення по справі; в процесі контролю за виконанням винесеного рішення), за ступенем визначеності (абсолютно визначені, відносно визначені) [17, с. 96-114].

І.Н. Сеняткін, А.Б. Степін, В.Д. Підмосковний виділяли одразу форми, види та типи судового розсуду. До форм вчені відносили: межі в приватному праві, межі в публічному праві, а також межі, які мають міждисциплінарний характер; межі судового розсуду, які виникають до розгляду справи по суті, та межі, які виникають після її розгляду; межі судового розсуду на досудовій стадії, на стадії судового розгляду та на стадії винесення рішення по суті. Серед видів меж розсуду автори встановили: межі судового розсуду, пов'язані із законними підставами та процесуальними гарантіями; межі судового розсуду, що виникають при наявності конкретної правової ситуації; межі судового розсуду, пов'язані з тлумаченням норм права. Відповідно, за типами межі судового розсуду, на думку вчених, можуть бути зовнішніми (не пов'язаними із законом), внутрішніми (пов'язаними із законом) та світоглядними (пов'язані з особистістю судді) [219, с. 194-196]. Схожої позиції дотримується П.В. Марков, який виділяє дві групи меж судового розсуду: об'єктивні та суб'єктивні [127, с. 79].

К.І. Комісаров сформулював власне бачення проблематики видів меж розсуду та визначив наступний їх перелік: загальні вказівки закону, цілі законодавця, конкретні обставини справи, принципи права, закони суспільного розвитку, особистий досвід судді [95, с. 26].

К.П. Єрмакова також пропонує декілька класифікацій меж судового розсуду:

1) в залежності від сфери функціонування:

— приватно-правові;

- публічно-правові;

2) в залежності від поділу норм права, що регулюють зміст правовідносин:

- матеріально-правові;

- процесуальні;

3) в залежності від форми (джерела) їх прояву:

- зовнішні (знаходять своє відображення в праві);

- внутрішні (знаходять своє відображення в моральності, релігії, культурі тощо) [61, с. 71].

З переліку позицій науковців щодо питання класифікації меж судового розгляду, навіть незважаючи на його різноманіття, можна зробити декілька висновків, які в цілому будуть відповідати загальній направленості правової доктрини з даного питання. По-перше, вчені, навіть використовуючи різні формулювання, в більшості підтримують класифікацію меж розсуду на суб'єктивні та об'єктивні, тобто на такі, що залежать від особистих якостей правозастосувача, та на такі, які залежать від інших об'єктивних обставин (правові норми, обставини справи, засади права тощо). По-друге, науковці досить часто для класифікації меж розсуду використовують нормативні рамки, враховуючи їх обсяг (наприклад, класифікації за галузями права або за правовими джерелами).

В той же час існують і певні суперечності, які мають базовий характер. Так, серед вчених все ще немає єдиної точки зору щодо застосування понятійного апарату. Одні науковці стверджують про існування видів меж розсуду, інші – про форми, треті – про типи тощо. Тому, задля більш повного аналізу меж розсуду в кримінальному процесі, необхідно чітко встановити терміни, які будуть в подальшому використовуватись в даному дослідженні.

Аналізуючи позиції науковців, більш логічною виглядає відмова від будь-якої класифікації меж розсуду. Це пов'язано в першу чергу з тим розумінням меж розсуду, яке було зроблено в даному дослідженні. Як вже було встановлено,

розсуд у кримінальному процесі – це сукупність певних повноважень владних суб'єктів кримінального процесу. Відповідно межі розсуду визначаються як обмеження таких повноважень. На даному етапі дослідження неважливо, які саме фактори визначають межі і як ці межі можуть змінюватись в залежності від галузі права, джерела права або навіть фактичних обставин справи. Головним є розуміння, що межі розсуду – це лише обмеження такого поняття, як повноваження. В будь-якому випадку повноваження встановлюються нормативно-правовими актами, адже владні учасники правовідносин мають абсолютну зв'язаність з правом, тобто можуть робити тільки те, що прямо передбачено законом. Відповідно, суть розсуду полягає в наданні можливості реалізувати ті повноваження, які вже передбачені нормативно-правовими актами. Це стосується навіть тих випадків, коли розсуд застосовується для подолання прогалин у праві, адже навіть в таких ситуаціях уповноважені суб'єкти продовжують діяти у межах власної компетенції, приймаючи рішення, які вони уповноважені приймати, або вчиняючи дії, які вони можуть вчиняти.

Відповідно, межі розсуду – це лише штучні обмеження, які встановлюють ліміти реалізації владних повноважень відповідними суб'єктами. Такі ліміти можуть мати правову природу (коли межі розсуду визначаються в нормативно-правових актах), морально-етичну природу, впливати з факторів доцільності, ефективності, справедливості тощо. Проте ці обставини лише впливають на межі розсуду, але самими межами не є, адже, як вже було зазначено, межі розсуду нерозривно пов'язані з конкретними повноваженнями.

Наприклад, відповідно до ч. 1 ст. 176 КПК України, слідчий або прокурор можуть подати клопотання до слідчого судді про обрання до підозрюваного лише одного з п'яти передбачених запобіжних заходів (крім виключень, які стосуються неповнолітніх, примусових заходів медичного характеру та питань екстрадиції). Відповідно, слідчий та прокурор самостійно обирають, який саме запобіжний захід необхідно застосувати до особи (за умови погодження такого заходу слідчим суддею), реалізуючи таким чином власний розсуд. Чи буде такий

розсуд абсолютним? Звичайно, що ні, тим більше що абсолютний розсуд кримінальному процесу взагалі не притаманний. Отже в даному випадку мають місце межі розсуду при обранні запобіжного заходу. По-перше, існують певні нормативні обмеження. Так, відповідно до ч. 2 ст. 183 КПК України, запобіжний захід у вигляді тримання під вартою не застосовується до осіб, які підозрюються у вчиненні злочину, за який законом передбачене основне покарання у виді штрафу у розмірі менше ніж три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Тобто в даному випадку межі розсуду містяться в нормах КПК України, в т.ч. в ч. 2 ст. 183 КПК України.

Проте слідчий та прокурор крім вимог кримінального процесуального законодавства мають врахувати і інші фактори. Необхідно оцінити всі обставини кримінального провадження, особу підозрюваного тощо, щоб встановити, як можна недопустити настання ризиків, які передбачені ч. 1 ст. 177 КПК України. Також уповноваженим особам необхідно спрогнозувати, чи може бути виконане завдання такого запобіжного заходу у випадку його застосування. Тобто в даному випадку межі розсуду визначаються конкретними обставинами кримінального провадження.

Також на рішення слідчого та прокурора щодо можливості застосування запобіжних заходів буде впливати і низка інших факторів: чи потрібно застосовувати такий запобіжний захід з точки зору справедливості; чи має впливати стан здоров'я підозрюваного на вид та обсяг запобіжного заходу; чи доцільно обирати запобіжний захід до особи з тактичної точки зору, адже таким чином можна втратити можливість встановити інших співучасників кримінального правопорушення тощо. Всі ці обставини в тій чи іншій мірі також будуть впливати на остаточне рішення слідчого та прокурора, а тому вони також є відображенням меж розсуду.

Проте сама суть розсуду, так само як його межі, не змінилася. Незалежно від того, які саме обставини будуть враховані, слідчий та прокурор в будь-якому випадку можуть подати клопотання про обрання до підозрюваного одного з

п'яти запобіжних заходів, передбачених ч. 1 ст. 176 КПК України. Обсяг таких повноважень змінювався, але все одно його було окреслено відповідною правовою нормою.

Цей приклад демонструє, що виділення окремих видів меж розсуду є помилковим, адже межі одні – ті, які визначають обсяг повноважень. При цьому різні обставини та фактори можуть мати різний вплив на такі межі, розширюючи (наприклад, у випадках тлумачення) або звужуючи (у випадках нормативних чи інших обмежень) їх. Саме такі фактори більшість науковців і розглядає в якості видів (форм, типів) меж розсуду. Проте можна стверджувати, що відповідні юридичні, соціальні та інші інститути лише встановлюють межі-ліміти розсуду, при цьому самими межами не є.

Досить важливим є власне порівняння понять, які використовуються вченими при аналізі меж розсуду. Як вже було зазначено, одна частина вчених використовує формулювання «види меж розсуду», фактично описуючи фактори, які на такий розсуд впливають. Тому критичним є уточнення, що, незважаючи на різні формулювання, при оцінці обставин, які впливають на межі розсуду, допустимим буде ототожнення таких обставин з названими вище видами меж розсуду, адже фактично такі види також уточнюють рамки розсуду.

Також у правовій доктрині досить вживаним став термін «умови застосування розсуду», які, на думку П.В. Маркова, можна описати як сукупність обставин історичного, соціально-політичного та юридичного характеру, що визначає образ впливаючих на формування та затвердження в практиці тієї чи іншої моделі судового розсуду [127, с. 109]. В даному випадку науковець розглядає умови розсуду як певні правила його реалізації, які, крім іншого, включають в себе обставини, які можуть визначати обсяг розсуду. Тому необхідно констатувати нетотожність обставин, що визначають межі розсуду, та умов застосування розсуду, проте можна стверджувати про наявність спільних ознак в частині визначення обсягу повноважень, які надаються уповноваженим суб'єктам при застосуванні розсуду.

Проте, задля забезпечення єдності понятійного апарату, пропонується для характеристики ознак та факторів, якими визначаються межі розсуду, використовувати поняття «детермінанти розсуду», яке вже застосовується в правовій доктрині для аналізу меж розсуду [138]. Хоча на даний момент не існує окремого наукового дослідження визначення сутності цього поняття в аспекті його зв'язку з правовим розсудом, у межах даного дослідження буде цілком достатньо тлумачення самого поняття «детермінант» (причина, умова, засіб) задля формулювання власного бачення детермінантів розсуду. Як вже було зазначено, межі розсуду (щодо відповідних повноважень у випадках, встановлених законодавством) є єдині, може змінюватись лише обсяг таких повноважень. Відповідно, детермінанти розсуду можна розглядати як відповідні фактори (ознаки), які визначають межі розсуду в конкретній правовій ситуації. Тому найбільш правильним буде в подальшому структурувати аналіз меж розсуду в кримінальному процесі не за видами, а саме за детермінантами, які впливають на такі межі.

В даному випадку необхідно нагадати авторське тлумачення розсуду, відповідно до якого розсуд у кримінальному процесі повинен формуватися відповідно до обставини конкретного кримінального провадження, засад кримінального провадження, професійного досвіду правозастосувача, судової та слідчої практики, моральних та етичних характеристик правозастосувача. Очевидно, що цей перелік неповний, адже вичерпного переліку обставин, які впливають на розсуд (а отже і на межі розсуду) не існує. Однак навіть поверхневого аналізу достатньо, щоб зрозуміти величезний масив детермінантів, які визначають межі розсуду в праві. І аналіз правової доктрини лише підтверджує такий висновок, адже науковці мають досить відмінні між собою підходи щодо визначення детермінантів меж розсуду.

В правовій доктрині є досить багато пропозицій щодо виділення окремих детермінантів розсуду. Науковці по-різному оцінюють такі обставини та їх прямий вплив на обсяг повноважень владних суб'єктів при застосуванні

розсуду. В той же час більшість таких поглядів можна об'єднати шляхом виділення об'єктивних та суб'єктивних детермінантів розсуду. До суб'єктивних детермінантів мають відноситись лише ті фактори, які пов'язані виключно з особою правозастосувача та вказують на його особистісний вплив при прийнятті певного юридично значущого рішення. Відповідно, об'єктивні детермінанти розсуду стосуються всіх інших факторів: нормативних актів, правових засад, правозастосовної практики тощо. Такі детермінанти існують окремо від суб'єкта правозастосування, і такий суб'єкт може впливати на зміст та обсяг об'єктивних детермінант розсуду лише в складі великої групи правозастосувачів, але не як окремий індивід.

Об'єктивні детермінанти розсуду

Принципи (засади) як детермінант розсуду

Розпочати аналіз об'єктивних детермінантів розсуду необхідно саме з дослідження впливу принципів кримінального процесу на процес прийняття рішення при застосуванні розсуду. Пояснюється така послідовність самою природою засад кримінального провадження, які визначаються як закріплені в нормах права визначальні, фундаментальні положення щодо закономірностей і найбільш суттєвих властивостей кримінального провадження, які обумовлюють їх значення як засобу для захисту прав і свобод людини і громадянина, а також для врегулювання діяльності органів та посадових осіб, які ведуть кримінальний процес [103, с. 62]. Відповідно, фундаментальний характер засад кримінального процесу (або, як їх ще називають, «футляр для думок», що наповнюється тим чи іншим змістом [138, с. 87]) вказує на їх першочергове значення при оцінці меж розсуду та детермінант, які на ці межі впливають. Крім того, «неможливо уникнути факту складності, багатогранності та неоднозначності матерії права» [61, с. 82], а тому засади виступають в якості орієнтирів правозастосовчої діяльності і у випадках невизначеності правової норми, і у випадках її відносної визначеності.

Найбільш сталою в правовій науці є точка зору щодо необхідності виділення загальноправових, міжгалузевих та галузевих засад [5, с. 108; 164, с. 116]. Існують і інші позиції [131], проте саме трьохрівнева система є найбільш прийнятною та вживаною серед науковців. Така класифікація притаманна не лише праву в цілому, а і конкретній галузі кримінального процесуального права [8; 32], хоча власне перелік таких засад на доктринальному рівні досі не визначений. Очевидно, це пов'язано з новою редакцією КПК України, в якому законодавець закріпив перелік засад у ст. 7 КПК України, а в подальших статтях надав загальну характеристику та умови застосування таких засад. У той же час неправильним буде твердження, що до засад кримінального процесу відносяться лише ті принципи, які зазначені в ст. 7 КПК України. В даному випадку слід погодитись з Ю.П. Аленіним та В.К. Волошиною, які стверджують, що галузеві принципи кримінального процесу в своїй масі неоднорідні та містять інші засади, які не передбачені ст. 7 КПК України: недопустимість розголошення відомостей досудового розслідування; нагляд прокурора, відомчий та судовий контроль за законністю дій і рішень органів, що здійснюють досудове провадження; підтримання державного обвинувачення в суді прокурором [8, с. 87].

Принципи мають досить велике значення при дослідженні проблематики реалізації розсуду, адже «межі розсуду визначаються сталими для даної правової системи принципами права» [222, с. 32]. «Процес індивідуального судового регулювання не може базуватися тільки на суб'єктивному розсуді суду, фактичних обставинах справи, інших соціальних регуляторів, неправі або на праві, що виробляється судом. Суд повинен керуватися фундаментальними принципами та нормами права, які містяться в інших формах міжнародного та національного права, застосовуючи їх з урахуванням індивідуально-фактичних обставин конкретної справи» [62, с. 15]. З цього приводу К.П. Єрмакова слушно зазначає, що принципи права, являючись самостійною фундаментальною формою права, що знайшла своє вираження в інших формах права,

забезпечують існування меж судового розсуду та їх ефективне функціонування [61, с. 87]. При цьому науковець досить слушно визначає одну з ключових особливостей застосування принципів права як детермінантів розсуду – принципи права застосовуються лише в тому випадку, якщо норми права прямо не регулюють відповідні правовідносини.

Дійсно, при розробці нормативно-правових актів законодавець вже враховує правові засади, які лише конкретизуються шляхом встановлення відповідної правової процедури. Тобто правові норми вже містять у собі засади права, і при реалізації розсуду в межах окремого правового положення суб'єкт правозастосування автоматично використовує загальноправові принципи або принципи, які відповідають певній галузі права. Саме таку позицію підтримує законодавець, встановивши можливість прямого застосування засад кримінального процесу у випадку відсутності регулювання або неоднозначного регулювання питань кримінального провадження (ч. 6 ст. 9 КПК України). Можливо, саме з цим також пов'язана складність прямого застосування принципів кримінального процесу уповноваженими на те суб'єктами, адже в першу чергу має відбутися констатація правової прогалини або колізії.

Відповідно, за наявності чіткої правової норми уповноважений суб'єкт не може обирати іншу лінію поведінки ніж нею передбачена. В такому випадку пряме застосування засад кримінального процесу для реалізації повноважень, які відповідною нормою не встановлені, може бути розцінене або як зловживання правом, або як його пряме порушення. Проблеми виникають тоді, коли в силу тих чи інших причин норма права прямо не відповідає засадам кримінального процесу.

Наприклад, відповідно до ч. 3 ст. 315 КПК України, під час підготовчого судового засідання суд за клопотанням учасників судового провадження має право обрати, змінити чи скасувати заходи забезпечення кримінального провадження, в тому числі запобіжний захід, обраний щодо обвинуваченого. За відсутності зазначених клопотань сторін кримінального провадження

застосування заходів забезпечення кримінального провадження, обраних під час досудового розслідування, вважається продовженим. Очевидно, що таке «автоматичне» продовження запобіжних заходів не тільки суперечить засадам кримінального процесу (забезпечення права на свободу та особисту недоторканність; змагальність сторін тощо), а і самій сутності запобіжних заходів, які не можуть бути обрані (або продовжені) до особи, якщо прокурор не доведе необхідність такого обрання (продовження). В той же час положення ч. 6 ст. 9 КПК України дозволяє суб'єктам правозастосування звертатися до принципів кримінального провадження лише у випадку прогалин або неоднозначного регулювання, проте не у випадку прямих колізій між нормою та принципом права.

Конкретно на цю ситуацію намагався вплинути ВССУ, який у своєму інформаційному листі, оцінюючи положення ч. 3 ст. 315 КПК України, зазначав, що «суд продовжує застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою відповідно до порядку, визначеного главою 18 КПК, тобто у будь-якому разі суд зобов'язаний з'ясувати наявність та характер ризиків, які обґрунтовують доцільність та правомірність подальшого обмеження прав людини у кримінальному провадженні. При цьому про право вирішення судом самостійно питання щодо продовження запобіжного заходу, який має обмежений строк дії (домашній арешт, тримання під вартою), та порядок розгляду цього питання у ст. 315 КПК не визначені... Суди першої інстанції за відсутності клопотань під час підготовчого судового засідання продовжують строк тримання під вартою та зазначають про це лише у резолютивній частині, чим порушують вимоги глави 18 КПК та практику ЄСПЛ, яка забороняє «автоматичне» продовження строку тримання під вартою» [175]. Таким чином ВССУ, використовуючи інші положення КПК України, довів необхідність ігнорування прямої дії третього речення ч. 3 ст. 315 КПК України, що відповідає засадам кримінального провадження. Конкретно ця проблема в подальшому знайшла своє офіційне вирішення у 2017 році, коли КСУ визнав третє речення

ч. 3 ст. 315 КПК України неконституційним [207]. І хоча у випадку визнання неконституційності КСУ фактично встановлює невідповідність між нормативно-правовим актом та Конституцією, Конституція України, будучи головним законом, містить у собі основні правові положення, які в певній мірі можуть розцінюватись в якості правових засад. Таким чином можна дійти висновку, що неможливість застосування третього речення ч. 3 ст. 315 КПК України пов'язана саме з невідповідністю правового положення правовим засадам, у тому числі – і принципам кримінального процесу.

Проте на даному прикладі варто оцінити формулювання ч. 6 ст. 9 КПК України. Уповноважені суб'єкти кримінального провадження можуть на власний розсуд напряду застосовувати засади кримінального процесу, проте лише у тих випадках, коли положення КПК не регулюють або неоднозначно регулюють правовідносини, що виникають у процесі розслідування, розгляду та вирішення кримінальних правопорушень. Однак законодавець не встановлює порядок дії в тих випадках, коли положення КПК суперечать засадам кримінального процесу.

Очевидно, що в таких випадках або законодавець зобов'язаний вчасно вносити зміни до нормативно-правових актів, або такі норми повинні подаватися на розгляд до КСУ, який уповноважений встановлювати такого роду невідповідність (що і було зроблено по відношенню до ч. 5 ст. 176, ч. 3 ст. 315, ч. 2 ст. 392 КПК України). В той же час такі механізми регулювання колізій складно назвати оперативними. Крім того, в силу можливих політичних чи соціальних змін окремі колізійні норми українського законодавства навіть не доходять до стадії розгляду по суті уповноваженими органами, не кажучи про прийняття рішення. Такі висновки наштовхують на міркування щодо уточнення положень КПК України з вказівкою про можливість прямого застосування засад кримінального провадження не тільки у випадку нерегулювання чи неоднозначного регулювання, а і коли норми КПК України грубо суперечать засадам кримінального провадження.

У зв'язку з цим ми пропонуємо внести зміни до ч. 6 ст. 9 КПК України та викласти її в наступній редакції: «Ч. 6. У випадках, коли положення цього Кодексу не регулюють, неоднозначно регулюють питання кримінального провадження, *або у випадках виявлення колізій між нормами цього Кодексу та загальними засадами кримінального провадження*, застосовуються загальні засади кримінального провадження, визначені частиною першою статті 7 цього Кодексу». Проте дана пропозиція потребує додаткової аргументації [250, с. 154].

При більш прискіпливому аналізі можна встановити декілька слабких позицій такого вдосконалення КПК України. По-перше, в такому випадку існує ризик, що уповноважені суб'єкти правозастосування почнуть грубо зловживати можливістю прямо застосовувати засади кримінального процесу та ігноруватимуть прямі вказівки законодавця, тим самим порушуючи або штучно обмежуючи права та свободи учасників кримінального провадження, приймаючи завідомо незаконні рішення. По-друге, на слідчого, прокурора, слідчого суддю та ін. можуть перекладатися невластиві їм функції виявлення правових колізій та встановлення способів їх подолання. Однак існують також і контраргументи.

Щодо можливості зловживання таким правом. Дійсно, запропоновані зміни в законодавство надають значно більше повноважень, у тому числі і для зловживання правом. Проте можливості для зловживання правом існували завжди. Саме для цього в кримінальному процесі передбачено низку правових інститутів, за допомогою яких здійснюється нагляд та контроль за будь-якою процесуальною діяльністю (у формі прокурорського нагляду, відомчого контролю, при перегляді судових рішень в апеляційному, касаційному порядку тощо). Відповідно, факт зловживання в тій чи іншій формі може бути виявлений та оскаржений. Також важливо розуміти обсяг негативних наслідків, які матимуть місце у випадку зміни КПК України та у випадку залишення відповідної норми без зміни. Дійсно, можуть бути (і, напевно, будуть) випадки зловживання таким правом, проте в масштабах всієї правової системи наслідки

такого зловживання будуть значно менші, ніж від ігнорування або навіть примусового виконання положення КПК України, яке явно не відповідає засадам та завданням кримінального провадження. Крім того слід зауважити, що, наприклад, у суду є право застосувати норми Конституції України як норми прямої дії у разі: 1) коли зі змісту норм Конституції України не випливає необхідність додаткової регламентації її положень законом; 2) коли закон, який був чинним до введення в дію Конституції України чи прийнятий після цього, суперечить їй; 3) коли правовідносини, що розглядаються судом, законом України не врегульовано, а нормативно-правовий акт, прийнятий Верховною Радою чи Радою міністрів Автономної Республіки Крим, суперечить Конституції України; 4) коли укази Президента України, які внаслідок їх нормативно-правового характеру підлягають застосуванню судами при вирішенні конкретних судових справ, суперечать Конституції України [174].

З урахуванням того факту, що положення Конституції України є досить загальними та інколи навіть можуть вважатися окремим формулюванням певного правового принципу, можна зробити висновок, що суд має право застосовувати засади кримінального процесу (за умови їх відображення в Конституції України) у будь-якому випадку виявлення колізії. Таким чином запропонована зміна не лише не змінює порядок реалізації правових положень уповноваженими суб'єктами, а навіть в певній мірі направлена на узгодження положень КПК України та рішень КСУ.

Відповідно, оцінюючи слідчого, прокурора та ін. в якості уповноважених суб'єктів кримінального процесу, які можуть застосовувати розсуд при реалізації власних повноважень, цілком логічним виглядає пропозиція поширити на таких учасників можливість застосовувати на власний розсуд засади кримінального провадження у випадку встановлення колізій кримінального процесуального законодавства. Крім того, більшість юридично значущих рішень, які приймаються вказаними суб'єктами, можуть бути

оскаржені в судовому порядку, а тому можна констатувати наявність суворого контролю за таким застосуванням розсуду.

Нормативно-правові акти як детермінант розсуду

Нормативно-правові акти в якості детермінантів розсуду в кримінальному процесі відіграють одну з ключових ролей, адже галузь кримінального процесу має набагато стійкіший зв'язок з правовими нормами, ніж більшість інших галузей права саме через її специфіку та широкі можливості щодо обмеження прав та свобод учасників кримінального провадження. І хоча в даному дослідженні не було поставлено за мету встановити значення кожного детермінанта, нормативно-правові акти досліджують лише після аналізу правових засад лише тому, що будь-який нормативно-правовий акт має базуватися саме на принципах.

Одну з основних проблем у частині застосування норм права викликає тлумачення відносно визначених правових норм, «які не містять всіх вказівок та допускають можливість варіантів з урахуванням конкретних обставин» [139, с. 121]. С.С. Алексєєв досить слушно поділяє всі відносно визначені норми на три групи: ситуаційні, альтернативні та факультативні [6, с. 321]. К.П. Єрмакова, досліджуючи таку класифікацію, дійшла висновку, що ситуаційні норми – це вид спеціальної правової норми, який відповідає основній нормі при вирішенні спору та необхідній для прийняття доцільного та справедливого рішення відповідно до конкретної спірної ситуації. Відмінність ситуаційних норм від інших полягає в тому, що вони безпосередньо пов'язані з судовим розсудом та практикою його реалізації [61, с. 94]. Тобто ситуаційна норма з самого початку закладається законодавцем як відносно визначена, застосування якої в будь-якому випадку потребуватиме реалізації розсуду уповноваженими на те суб'єктами. Наприклад, відповідно до ч. 1 ст. 354 КПК України, допит малолітнього свідка і, за розсудом суду, неповнолітнього свідка проводиться в присутності законного представника, педагога чи психолога, а за необхідності – лікаря. В даному випадку можна констатувати наявність одразу двох видів

правового припису – визначеного та ситуаційного. Так, допит малолітнього свідка обов’язково має проводитись в присутності законного представника, педагога чи психолога. Проте визначення конкретної особи, яка повинна бути присутньою при допиті неповнолітнього, в більшій мірі буде залежати від обставин конкретного кримінального провадження, особи неповнолітнього, та точки зору судді (колегії суддів), який і уповноважений застосувати розсуд у даному конкретному випадку. Більше того, на прикладі даної статті можна дослідити подвійну ситуативність відповідного правового положення: спочатку суд повинен на власний розсуд прийняти рішення щодо необхідності залучення додаткових учасників кримінального провадження для допиту неповнолітнього, а після цього – на власний розсуд визначити коло таких осіб (лікар викликається *за необхідності*).

Продовжуючи аналіз відносно визначених норм, К.П. Єрмакова зазначила, що альтернативні норми (наступний вид відносно визначених норм) передбачають можливість застосування правозастосовчими органами одного з декількох варіантів, що передбачені правовою нормою. «Межі розсуду суду чітко зазначені в самій нормі, в рамках таких вказівок суду належить реалізувати власний розсуд» [61, с. 95]. Такий різновид відносно визначеної норми досить легко виділити в нормативно-правовому акті, адже законодавець чітко зазначає, які саме рішення може вчинити уповноважений суб’єкт у конкретній ситуації. Наприклад, відповідно до п. 15 ч. 2 ст. 36 КПК України, прокурор уповноважений підтримувати державне обвинувачення в суді, відмовлятися від підтримання державного обвинувачення, змінювати його або висувати додаткове обвинувачення у порядку, встановленому КПК України. Відповідно, в частині підтримання публічного (державного) обвинувачення в суді прокурор обмежений саме такими повноваженнями, і вчинити будь-які інші дії або прийняти інші рішення він не може.

За побудовою всі альтернативні норми схожі між собою, адже допустимі варіанти поведінки передбачені, як правило, в межах однієї статті та виділені

або сполучником («та», «або», «чи» тощо), або перераховані через кому. Проте інколи невдале формулювання норми права навіть при абсолютному визначенні всіх допустимих варіантів може тягнути за собою помилкове тлумачення та застосування правового положення. Наприклад, відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 50 КПК України, повноваження захисника підтверджуються ордером, договором із захисником або дорученням органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги. Відповідно, слідчий, дізнавач або прокурор мають допустити захисника за наявності або ордера, або договору, або доручення. Проте на практиці непоодинокими є випадки, коли слідчий або прокурор неправильно тлумачать п. 2 ст. 1 ст. 50 КПК України, розширяючи перелік необхідних документів для підтвердження повноважень захисника до ордера *та* договору, або доручення, вважаючи кому заміною сполучника «та», а не «або». З цього приводу навіть є рішення ВС, в якому сказано, що в цьому випадку використана синтаксична конструкція, в якій однорідні члени речення з'єднані безсполучниковим зв'язком і між двома останніми членами речення стоїть розділовий сполучник «або». У випадках вживання «або» для з'єднання однорідних членів речення створюється альтернативний перелік. Якщо такий перелік перелічує умови для настання певного правового наслідку, це означає, що наслідок настає за наявності хоча б однієї з перелічених умов. Також ВС звернув увагу, що на користь того, що умови підтвердження повноважень захисника, зазначені у п. 2 ч. 1 ст. 50 КПК України, застосовуються альтернативно, свідчить і ч. 1 ст. 26 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», відповідно до якої адвокатська діяльність здійснюється на підставі договору про надання правової допомоги, а документами, що посвідчують повноваження адвоката на надання правової допомоги, можуть бути: 1) договір про надання правової допомоги; 2) довіреність; 3) ордер; 4) доручення органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги [171]. Таким чином можна констатувати, що навіть за умови об'єднання альтернатив в одній правовій нормі в процесі правозастосування все

одно можуть виникнути ситуації, за яких можливе неправильне тлумачення відповідних положень КПК України та подальше помилкове застосування розсуду уповноваженими на те суб'єктами, результатом якого буде звуження прав інших учасників кримінальних процесуальних відносин. «Законодавець повинен так формулювати закон, щоб, по-перше, зміст його був зрозумілим, а форма викладення повністю відповідала тому, що має бути в ньому висловлено, а по-друге, воля законодавця в повній мірі доходила до читача закону, і він був твердо переконаний, що буква та зміст закону ідентичні. В іншому випадку з'являються акти тлумачення ... норм, які не збігається за змістом. В правозастосовчій діяльності це веде до прийняття неоднакових рішень, заснованих на вибраних на власний розсуд актах» [43, с. 178].

Повертаючись до аналізу відносно визначених правових норм, необхідно зазначити, що факультативні норми передбачають поряд з головним і додатковий варіант. Він може бути застосований уповноваженим органом у порядку заміни основного варіанта за певних умов [61, с. 96]. Наприклад, відповідно до ч. 2 ст. 236 КПК України, обшук житла чи іншого володіння особи на підставі ухвали слідчого судді повинен відбуватися в час, коли заподіюється найменша шкода звичайним заняттям особи, яка ними володіє, якщо тільки слідчий, прокурор не вважатиме, що виконання такої умови може істотно зашкодити меті обшуку. Тобто на законодавчому рівні встановлено обов'язок проводити обшук лише тоді, коли буде завдана найменша шкода власнику житла чи іншого володіння особи. Проте за наявності факультативної умови (шкода меті обшуку) уповноважені особи можуть на власний розсуд прийняти рішення про проведення обшуку в будь-який час (навіть у нічний).

Аналізуючи види відносно-визначених норм, логічною виглядає пропозиція розширення їх переліку та виділення також рамкових відносно визначених норм по аналогії з видами розсуду у кримінальному процесі. Такі норми в деякій мірі подібні до альтернативних, адже в них також зазначені різні варіанти можливої поведінки або прийняття рішення уповноваженими

суб'єктами. Відмінність полягає у чіткому кількісному визначенні варіантів, які можуть бути обрані при застосуванні розсуду. В рамкових нормах визначаються певні межі (рамки), в яких уповноважений суб'єкт має право вільно обирати відповідний варіант, проте самі ці варіанти не перераховані. Як вже зазначалося, найяскравішим прикладом таких норм є норми, які дозволять уповноваженим суб'єктам визначати розміри грошових сум: в якості санкції у випадку неприбуття на виклик (ч. 1 ст. 139 КПК України), в якості санкції у випадку невиконання підозрюваним чи обвинуваченим покладених на нього обов'язків при застосуванні особистого зобов'язання (ч. 2 ст. 179 КПК України), в якості санкції у випадку невиконання поручителем взятих на себе зобов'язань (ч. 5 ст. 180 КПК України), при визначенні розміру застави (ч. 5 ст. 182 КПК України), в якості санкції за невиконання батьками, опікунами, піклувальниками та ін. зобов'язань при переданні неповнолітнього під нагляд (ч. 5 ст. 493 КПК України). В даних випадках слідчий суддя або суд вільні обирати будь-який розмір грошового стягнення або застави, проте лише в межах, встановлених правовою нормою.

Також в якості окремого виду відносно визначених норм доцільним буде виділення оціночних понять, про які також вже згадувалось у даному дослідженні. П.Г. Марфіцин зазначає, що традиційно оціночні поняття поділяються на якісні та кількісні [128, с. 237]. Т.В. Кашаніна стверджує, що якісні оціночні поняття відображають властивість узагальнених явищ під впливом ціннісної орієнтації законодавця, але без вказівки на ступінь відповідності таких властивостей відповідній ціннісній орієнтації. Кількісні оціночні поняття включають ознаки предметів, які наділені тими чи іншими параметрами, відображають ступінь відповідності таких ознак ціннісній орієнтації законодавця, їх інтенсивності [81, с. 26].

Як зазначає В.В. Питецький, кількісні оціночні поняття характеризуються тим, що вони виражають певний ступінь відображених ними явищ і можуть характеризувати такі сторони явищ, як масштаби діяльності, розміри злочинних

наслідків тощо. Уточнення змісту таких понять відбувається з урахуванням кількісних критеріїв, які можуть бути висловлені числом (наприклад, певна грошова сума). Відповідно, якісні оціночні поняття неможливо виразити за допомогою кількісних критеріїв [156, с. 21].

На думку П.Г. Марфіцина, кримінальному процесу майже не притаманні кількісні оціночні поняття, на відміну від, наприклад, кримінального права [128, с. 238]. З такою точкою зору автора частково можна погодитись саме через величезну різницю при оцінці кількісних оціночних понять з суміжними галузями права. В той же момент автор наводить приклади, які вказують, що навіть кількісні оціночні поняття мають немало прикладів і в кримінальному процесі.

В даному випадку доцільним буде використати підхід В.В. Питецького та встановити ті оціночні поняття, які можуть мати числове вираження. В більшості випадків КПК України оперує таким кількісним оціночним поняттям, як час (невідкладно, терміново тощо), хоча присутні і інші приклади. Наприклад, відповідно до ч. 1 ст. 124 КПК України, у разі ухвалення обвинувального вироку суд стягує з обвинуваченого на користь потерпілого всі здійснені ним документально підтверджені процесуальні витрати. За відсутності в обвинуваченого коштів, *достатніх* для відшкодування зазначених витрат, вони компенсуються потерпілому за рахунок Державного бюджету України у випадках та в порядку, передбачених законом для компенсації шкоди, завданої кримінальним правопорушенням. У даному випадку можна констатувати закріплення контекстуальної оціночної норми, адже достатність коштів для відшкодування витрат буде оцінюватись у контексті окремого кримінального провадження, при цьому маючи чітке грошове вираження. Відповідно, достатність коштів у даному випадку буде встановлюватись як відповідність між реально встановленими витратами та розміром відшкодованих (або таких, що планується відшкодувати) коштів [262, с. 136].

Досліджуючи наукові роботи інших вчених щодо проблематики встановлення меж розсуду, можна помітити, що значна кількість науковців також досліджує межі розсуду при використанні окремих прийомів та засобів у ситуаціях «складного правозастосування» [11, с. 56]. На думку К.П. Єрмакової, в таку групу відносяться межі розсуду суду, які проявляються в процесі подолання прогалин у праві та при застосуванні колізійних норм [61, с. 100].

При дослідженні даного питання в першу чергу необхідно зауважити, що не всі вчені підтримують однакову позицію щодо можливості застосування розсуду при встановленні прогалин або колізій правових норм. Так, Д.Б. Абушенко зазначає, що «діяльність, яка здійснюється судом при застосуванні аналогії права чи закону, не враховує наявну специфіку конкретної справи і тому знаходиться поза зоною судового розсуду» [1, с. 123-129]. А.Т. Боннер стверджує, що вирішення справи на основі аналогії закону чи права не може бути визнано формою судового розсуду, оскільки тут відсутня будь-яка свобода при виборі варіантів рішення» [23, с. 40]. З такими позиціями науковців погодитись досить складно, адже навіть у процесі обрання необхідної норми для подолання прогалини або колізії уповноважена особа враховує не лише нормативні вказівки, а і конкретні особливості провадження, чим і забезпечується правильність обрання тієї чи іншої норми. Тому в даному конкретному випадку більш прийнятною виглядає точка зору іншої, значно більшої групи вчених, які чітко констатують застосування розсуду в процесі подолання прогалин чи колізій правових норм [96, с. 169].

В той же час у даному дослідженні необхідність окремого дослідження аналогії права та закону в якості детермінантів меж розсуду відсутня. По-перше, вчені, які досліджують це питання, вивчають аналогію саме як одну з меж розсуду. Як вже було встановлено, межі розсуду єдині, а змінюватись можуть лише фактори, які ці межі визначають. Тому обрана методика даного дослідження не узгоджується з точкою зору щодо аналогії як окремої межі розсуду. По-друге, аналогія права та аналогія закону в будь-якому випадку

пов'язані або з конкретними правовими нормами, або із правовими засадами. Відповідно, ці дві категорії вже були окремо досліджені, а тому додаткового аргументування не потребують. Таким чином, не зменшуючи роль та значення аналогії при застосуванні розсуду, варто констатувати, що вона не є окремим детермінантом розсуду.

Правозастосовча практика як детермінант розсуду

Кримінальна процесуальна практика також відіграє досить важливе значення в процесі визначення меж розсуду в кожному конкретному провадженні. Проте перш ніж починати аналіз впливу даного детермінанта на розсуд, необхідно встановити сутність даного поняття задля забезпечення понятійної стабільності.

П.Г. Марфіцин, досліджуючи фактори, що впливають на розсуд, слідчого, дійшов висновку, що кримінальна процесуальна практика – це діяльність щодо розгляду, вирішення інформації про злочини, кримінальні справи та досвід реалізації такої діяльності [128, с. 279]. В цілому така позиція видається слушною, проте можна виділити один спірний аспект. В даному випадку науковець об'єднує під поняттям «кримінальна процесуальна практика» і саму діяльність, в досвід реалізації такої діяльності. В той же час підставою для класифікації детермінант розсуду в даному дослідженні є саме зв'язок таких факторів з суб'єктивними чи об'єктивними ознаками. Тому в даному випадку практика не буде розглядатися як досвід окремого уповноваженого суб'єкта, адже такий детермінант є суто суб'єктивним.

При цьому додатково необхідно підкреслити, що в науковій літературі практику розглядають у першу чергу як діяльність. Наприклад, Т. Росік розглядає судову практику як особливий різновид юридичної діяльності, що реалізується уповноваженими суб'єктами на національному та міжнародному рівнях у встановленому законом порядку з метою здійснення правосуддя чи офіційного тлумачення правових норм, результатом якого є прийняття відповідного акта, що закріплює правоположення [209, с. 9]. Інші вчені також

розглядають судову практику саме в якості діяльності [179, с. 50; 218, с. 156; 321, с. 8]. В даному випадку можна зауважити, що такий підхід виглядає цілком логічним, адже навіть саме слово «практика» передбачає певну активну поведінку.

Проте задля досягнення мети даного дослідження пропонується взяти до уваги, наприклад, визначення П. Гука, який під судовою практикою розуміє результат, підсумок судової діяльності у конкретній справі або узагальненої категорії справ, що заснований на досвіді та суддівському розсуді, закріплений у судовому акті, що містить правоположення, тлумачення норми права, які служать взірцем для застосування [52, с. 165]. Інші вчені при аналізі судової практики також використовують такі дефініції, як «створення положень нормативного акта» [327, с. 3-4], «накопичення професійного досвіду» [217, с. 701], «рішення судів» [235, с. 119] тощо. Ключовою ознакою в даному випадку є те, що судова (і, відповідно, слідча) практика задля досягнення певної мети має розглядатися як результат діяльності судів чи інших уповноважених органів та посадових осіб.

Оцінюючи кримінальну процесуальну практику в якості детермінанта розсуду, можна помітити неоднорідність та багатомірність даного поняття. Можливо, в сучасній правовій системі України найбільш суттєво відчувається вплив саме судової практики. Це пов'язано в першу чергу з тими реформами, яких зазнала українська судова система. Так, до завдань нового Верховного Суду тепер також входить обов'язок забезпечення однаковості застосування норм права українськими судами. Для цього ВС узагальнює судову практику, результатами чого можуть бути окремі постанови, дайджести судової практики або навіть конкретні рішення по зразкових справах, які в подальшому мають застосовуватись всіма учасниками відповідних правовідносин.

При цьому необхідно підкреслити, що до реформи Верховного Суду також відбувалося узагальнення судової практики (інформаційні листи ВССУ, постанови пленуму ВСУ тощо). Крім того, узагальнення судової практики

відбувається і на рівні апеляційних судів. Окремі науковці вважають, що така практика може розглядатися в трьох аспектах: 1) та, що виникає у результаті заповнення прогалин у праві; 2) та, що конкретизує і деталізує зміст приписів загального характеру; 3) та, що виникає в результаті конкретизації і деталізації загальних положень, понять і термінів законодавства (тобто тлумачення норм права) [66, с. 18].

Будь-яка уніфікація судової практики має досить велике значення при застосуванні розсуду в кримінальному процесі, адже таким чином уповноважені суди встановлюють найбільш типові правила застосування відповідних нормативних положень, які значно покращують процес правозастосування. Однак у даному випадку також необхідно вказати на такий важливий в процесі застосування розсуду елемент судової практики, як окремі рішення по конкретних справах. На момент написання даного дослідження в ЄДРСР знаходилось понад 85 мільйонів судових рішень. Відповідно, вже на ранніх етапах розслідування кримінального правопорушення можна спрогнозувати його результати та, за необхідності, привести його до відповідності задля отримання бажаного результату. Особливість такої судової практики полягає у відсутності уніфікації та недоцільності прямого посилання. Учасники кримінального провадження в обґрунтуванні власної позиції можуть також посилатися на такі рішення, проте вони не можуть розглядатися на одному рівні з офіційними узагальненнями. При цьому суб'єкти кримінального процесу досить часто використовують аргументацію таких судових рішень задля обґрунтування власної правової позиції.

Однак, розглядаючи вплив практики на розсуд у кримінальному процесі, неправильним буде обмежитись лише судовою практикою. Тому в правовій доктрині досить часто обмежуються або лише терміном «практика», або, наприклад, «юридична практика». С.С. Алексєєв пропонував визнавати наявність у правозастосовчій практики правонаправляючої, правоконкретизуючої та сигнально-інформаційної функції [7, с. 348-351].

К.М. Гарапшин до функції юридичної практики відносить правонадаючу та виховну функції, а також забезпечувальну та оціночну по відношенню до загальної теорії [34, с. 42, 44].

В.П. Реутов вважає, що, оскільки юридична практика в цілому і правозастосовча практика по суті є реальним буттям права, логічним буде зробити висновок, що юридична практика має в принципі ті ж самі функції в суспільному житті, що і право в цілому. Право реалізує свої функції тільки через практику. Виключенням, можливо, може бути лише функція виховного впливу. З урахуванням такої обставини головною функцією юридичної практики як діяльності, пов'язаної з реалізацією правових актів, є приведення до руху правової системи, переведення її зі статичного стану (норми права) в динамічний (правовідношення) [184, с. 13]. Якщо взяти за основу таку точку зору, то стає очевидним значення не лише судової, а і слідчої практики. Адже, як було слушно зазначено, саме через практику можна встановити особливості реалізації правових положень та відмінності результатів правозастосування від тих, які були заплановані законодавцем.

На даний момент відсутня єдина стандартизована форма узагальнення слідчої практики. Проте це не означає, що аналіз такої практики не відбувається. З різного роду аналітикою можна ознайомитися у формі статистичної інформації, доповідних записок або навіть в якості доповіді на робочих нарадах чи конференціях. Проте незалежно від форми така практика суттєво впливає на процес правозастосування та, відповідно, на розсуд уповноважених суб'єктів. П.Г. Марфіцин стверджує, що слідча практика: 1) в певній мірі заповнює прогалини кримінального процесуального законодавства; 2) виробляє тлумачення закону, вирішує протиріччя, що у ньому містяться, усуває конкуренцію правових норм; 3) дозволяє перевірити правильність зробленого рішення, тобто служить критерієм оцінки дій слідчого [128, с. 297].

В даному випадку можна лише додати, що слідча та судова практика по своїй суті встановлюють напрямок «тенденцій» розслідування, розгляду та

вирішення кримінальних правопорушень. В окремих випадках така практика може негативно впливати на реалізацію завдань кримінального провадження, адже інколи помилкова практика може бути використана як взірцева. В такому випадку хаотична слідча та судова практика обов'язково має бути замінена узагальненнями, а уповноважені органи та посадові особи повинні надати роз'яснення щодо правильних та хибних способів реалізації відповідних правових положень.

Суб'єктивні детермінанти розсуду

Особистісні якості правозастосувача як детермінант розсуду

Дана категорія детермінантів є досить широкою та включає в себе всі якості та характеристики, які притаманні суб'єкту реалізації владних повноважень. Застосування будь-яких правових положень здійснюється не знеособленою особою, яку характеризує лише коло повноважень, що передбачені в нормативно-правових актах, а конкретна особа-індивід. Це означає, що на всі рішення, які будуть прийматися такою особою, також впливатимуть і низка суб'єктивних чинників, які притаманні відповідному уповноваженому учаснику кримінальних процесуальних відносин. Можна стверджувати, що така практика є хибною, і саме задля забезпечення єдності правозастосовчої практики має бути однорідність у прийнятті найбільш важливих процесуальних рішень. Проте необхідно констатувати, що суб'єктивні фактори все ще відіграють досить велику роль у процесі застосування розсуду, а тому вони мають бути оцінені в якості окремих детермінантів. Така ситуація може пояснюватись самою природою людини, яка намагається залишити слід своєї індивідуальності у всьому, що робить.

Досліджуючи вплив особистісних якостей суб'єкта правозастосування на межі розсуду, в першу чергу необхідно згадати про моральні якості такого суб'єкта. Як слушно зазначає О.О. Огилець, моральні цінності слідчого, які він використовує у своїй практичній діяльності, – це сформовані на основі загальних моральних принципів правила поведінки слідчих, за допомогою яких

регулюються їх відносини між собою, з іншими посадовими особами, з громадянами та суспільством у цілому. Основами таких цінностей є об'єктивна необхідність повного та швидкого розкриття злочинів, правильного застосування закону та створення всіх передумов для того, щоб кожен, хто вчинив злочин, був справедливо покараний та жоден невинуватий не був притягнутий до кримінальної відповідальності та засуджений [140, с. 122].

В науці присутня точка зору, що «цілісною характеристикою людської свідомості є переконання людини» [27, с. 141]. Відповідно, саме переконання має бути тим індикатором правильності прийнятого рішення для кожного конкретного суб'єкта правозастосування. А.Б. Ярославський робить висновок, що 1) внутрішнє переконання має психологічний аспект як певний стан свідомості слідчого; 2) внутрішньому переконанню слідчого притаманний моральний, етичний характер; інакше кажучи, судити за переконанням означає судити по совісті, вирішувати так, як того вимагає совість [333, с. 51].

Переконання є досить важливою характеристикою для всіх суб'єктів кримінального провадження, але в першу чергу – для тих, які власною діяльністю забезпечують його рух: слідчий, дізнавач, прокурор, слідчий суддя та суд. Недаремно внутрішнє переконання було закріплене і в КПК України, де в ч. 1 ст. 94 КПК України чітко вказано, що оцінка доказів здійснюється саме за внутрішнім переконанням. Ю.М. Грошевий встановив, що суддівське переконання – це такий стан свідомості судді, коли він вважає зібрані по справі докази достатніми для вирішення питання про наявність чи відсутність фактів, що входять у предмет доказування, впевнений у правильності свого висновку та готовий до практичних дій у відповідності до отриманих знань [49, с. 19]. Н.Л. Дроздович, провівши власне дослідження, дійшов висновку, що внутрішнє переконання судді – це стан його свідомості, що відображає результат розумової суб'єктивної діяльності судді в процесі судочинства щодо оцінки доказів з метою достовірного встановлення фактичних обставин конкретної

кримінальної справи, що входять до предмета доказування, результат якої втілюється в судовому рішенні [58, с. 253].

Влучним можна назвати твердження, відповідно до якого внутрішнє переконання розглядається як метод, принцип оцінки доказів, а також як результат оцінки. Як метод оцінки внутрішнє переконання означає, що кожен суб'єкт, який оцінює докази, робить це вільно, він не залежить від будь-яких вказівок, не пов'язаний формальними вимогами закону, оскільки ніякі докази не мають наперед встановленої сили. Внутрішнє переконання як результат оцінки доказів означає стан упевненості в правильності своїх висновків щодо належності, допустимості і достовірності доказів, а також достатності сукупності доказів, на підставі яких можна дійти переконливого висновку про фактичні обставини справи, які необхідно встановити для прийняття певного процесуального рішення [105, с. 274].

Проте неправильним буде твердження, що внутрішнє переконання стосується лише процесу оцінки доказів. Дійсно, в більшості випадків внутрішнє переконання пов'язують саме з процесом доказування, адже тоді внутрішнє переконання проявляється найбільш яскраво. Поряд з цим слід зазначити, що кримінальне процесуальне законодавство використовує таке формулювання декілька разів. Так, наприклад, відповідно до ч. 2 ст. 388 КПК України, присяжні мають скласти присягу наступного змісту: «Я, (прізвище, ім'я, по батькові), присягаю виконувати свої обов'язки чесно і неупереджено, брати до уваги лише досліджені в суді докази, при вирішенні питань керуватися законом, своїм *внутрішнім переконанням* і совістю, як личить вільному громадянину і справедливій людині». В даному випадку законодавець також використав формулювання «внутрішнє переконання», хоча в дещо іншій формі. В тексті присяги містяться слова про дослідження доказів, а тому, проводячи аналогію зі ст. 94 КПК України, поняття «внутрішнє переконання» можна було б пов'язати саме з доказами. Проте законодавець пішов дещо іншим шляхом та зазначив, що присяжні мають керуватися внутрішнім переконанням у процесі

вирішення питань. Очевидно, що під формулюванням «вирішення питань» можна зрозуміти прийняття будь-яких процесуальних рішень (в тому числі і остаточних), де і буде застосовуватись розсуд. Таким чином, присяжні мають керуватись внутрішнім переконанням не лише під час оцінки доказів, а протягом всього кримінального провадження при прийнятті будь-яких процесуальних рішень.

Також привертає увагу визначення ще одного критерію для присяжних – совість. Стаття 388 КПК України є єдиним прикладом використання терміна «совість» у всьому тексті кодексу. Очевидно, що цей термін не має єдиного тлумачення та в деякій мірі може змінюватись в залежності від особи, яка буде дане поняття інтерпретувати. Не вдаючись до філософської полеміки щодо встановлення сутності совісті, необхідно зазначити, що дане поняття є знайомим та зрозумілим для кожного громадянина, а тому його можна назвати вдалим прикладом узагальнення впливу моральних якостей індивіда на процес прийняття рішень у кримінальному провадженні. Також у даному випадку необхідно підкреслити, що судді при призначенні на посаду також складають присягу, текст якої передбачений в ст. 57 ЗУ «Про судоустрій та статус суддів»: «Я, (ім'я та прізвище), вступаючи на посаду судді, урочисто присягаю Українському народові об'єктивно, безсторонньо, неупереджено, незалежно, *справедливо* та кваліфіковано здійснювати правосуддя від імені України, керуючись принципом верховенства права, підкоряючись лише закону, чесно і сумлінно здійснювати повноваження та виконувати обов'язки судді, дотримуватися етичних принципів і правил поведінки судді, не вчиняти дій, що порочать звання судді або підривають авторитет правосуддя». Відповідно, вимога справедливості стосується і суддів.

Оцінюючи ступінь нормативного закріплення внутрішнього переконання, слід зауважити, що в КПК України досить часто зустрічаються суміжні поняття: переконання (переконання про достовірність інформації щодо корупційного кримінального правопорушення від викривача – п. 16² ч. 1 ст. 3 КПК України;

релігійні та інші переконання – ч. 1 ст. 10, п. 5 ч. 2 ст. 557 КПК України; переконання щодо достатності обставин для застосування запобіжних заходів – ч. 3 ст. 176 КПК України; переконання щодо необхідності зміни обвинувачення – ч. 2 ст. 338 КПК України або щодо відмови від обвинувачення – ч. 1 ст. 340 КПК України), переконливість (щодо переконливості доказів – ст. 22 КПК України; щодо відомостей про факт надання первинних пояснень – п. 4 ч. 2 ст. 97 КПК України). Тобто дане поняття використовується законодавцем неодноразово, що також вказує на відносну єдність у розумінні стану переконливості особи серед більшої частини громадян.

Особистий досвід як детермінант розсуду

Особистий досвід правозастосувача також впливає на кінцеве рішення, яке може бути прийняте в кримінальному провадженні. При цьому, як вже зазначалося в даному дослідженні, важливим є розмежування таких детермінантів, як правозастосовча практика та особистий досвід правозастосувача. Слідча та судова практика формується поза прямим впливом конкретного правозастосувача, тому в даному дослідженні такий детермінант був визначений як об'єктивний. Очевидно, що кожен конкретний слідчий, дізнавач, прокурор, слідчий суддя та суддя в процесі розслідування, розгляду та вирішення кримінальних правопорушень прямо чи опосередковано визначають напрям руху правозастосовчої практики. Проте такий вплив буде мати значення лише при його неодноразовому повторенні, а окремі приклади складно визнати суттєвими факторами впливу на діяльність судових та правоохоронних органів.

З даного приводу слушно висловився В.Н. Карташов, який виділяє два значення терміна «досвід». По-перше, особистий досвід, який, будучи частиною правосвідомості, накладає відбиток на характер та стиль діяльності правозастосувачів, використання ними юридичних засобів та методів. По-друге, об'єктивований ззовні правозастосовчий досвід, який формується в процесі вирішення конкретної юридичної справи, узагальнення матеріалів практики,

забезпечує стабільність при вирішенні однорідних справ, спадковість прогресивних сторін правозастосовчої практики [79, с. 6].

На думку П.Г. Марфіцина, на формування досвіду слідчого впливають особистий та суспільний досвід, весь досвід, накопичений людством, вся юридична практика, в тому числі і кримінально-процесуальна. У зв'язку з цим автор робить висновок, що особистий досвід слідчого – це сукупність загального життєвого досвіду (досвід спілкування з людьми, користування електроприладами тощо) та спеціального – досвід розкриття та розслідування злочинів. У ході процесуальної діяльності обидва елементи проявляються одночасно, при цьому їх співвідношення може бути різним [128, с. 286].

Проте в межах даного дослідження пропонується сконцентруватися саме на «спеціальному» досвіді уповноважених суб'єктів кримінального процесу, який ними застосовується в процесі кримінальної процесуальної діяльності. Очевидно, що на такий досвід буде впливати і запропонований П.Г. Марфіциним загальний досвід, однак у такому випадку виникає необхідність аналізу особливості розвитку людини починаючи з її народження, що, очевидно, в певній мірі не збігається з метою даного дослідження. Крім того, на процес розслідування, розгляду та вирішення кримінальних правопорушень у більшій мірі буде впливати саме спеціальний досвід, адже на момент призначення на посаду слідчого, дізнавача, прокурора або слідчого судді у таких осіб вже сформувались всі (або більшість) необхідних для кримінальної процесуальної діяльності особистісних характеристик, які і визначаються світоглядом кожного конкретного індивіда.

З урахуванням суб'єкта формування досвід у кримінальному процесі можна поділити на особистий та запозичений. Особистий досвід з'являється після того, як уповноважений суб'єкт самостійно вчинить певну дію або прийме певне рішення, проаналізує їх результативність та ефективність та зробить висновок щодо доцільності такої поведінки в наступних подібних провадженнях. «Отримавши однаково позитивні результати при здійсненні

конкретної слідчої дії (прийнятті рішення) в наближених або аналогічних умовах, практичний працівник «зараховує» використані прийоми в розряд ефективних та в подальшому (в залежності від ситуації) користується ними. Цей процес, що неодноразово повторюється, формує уміння, навички, досвід роботи, професійну майстерність, які в більшій мірі є індивідуальними якостями того чи іншого слідчого. Інколи вони бувають настільки усталеними, що переконати правозастосувача діяти інакше (ефективніше, з точки зору переконуючого) досить складно. Правозастосувач в цій частині нерідко буває консервативним. Тому вплив особистого досвіду на формування розсуду слідчого має дві сторони. Позитивна сторона очевидна: вона спрощує пошук і зменшує час, необхідний для прийняття рішення. Негативна сторона може проявлятися у формуванні негативного стереотипу поведінки (що називають деформацією), коли слідчий, приймаючи рішення, діє звично, не помічаючи відмінних особливостей, характерних ознак конкретного випадку» [148, с. 65].

В даному випадку можна в якості прикладу навести декілька ситуацій, за яких особистий досвід правозастосувача негативно впливатиме на виконання завдань кримінального провадження. В першу чергу необхідно нагадати про існування помилкового досвіду. Такий досвід буде мати місце тоді, коли уповноваженою посадовою особою було прийняте помилкове рішення, однак в силу тих чи інших причин негативні наслідки не настали. В такому випадку така особа буде продовжувати застосовувати хибні методи розслідування, розгляду та вирішення кримінальних проваджень, очікуючи позитивний результат. Проте особливість такого роду помилкового досвіду є можливість його саморегуляції в процесі правозастосування. Наприклад, слідчий, переконавшись, що оцінка ефективності хибних методик не підтверджується, зрештою зробить правильні висновки та змінить порядок розслідування кримінальних правопорушень. У даному випадку набагато небезпечнішим є негативний досвід, який заснований на професійній деформації особи, уповноваженої на реалізацію розсуду в кримінальному процесі.

Завдання кримінального провадження досить чітко прописані законодавцем в ст. 2 КПК України. Однак це не означає, що всі уповноважені учасники кримінального провадження ставлять за мету досягнення саме таких завдань. Наприклад, у своїй практиці слідчі досить часто ставлять за мету не встановити винувату особу, а направити кримінальне провадження до суду, покращивши таким чином відомчі показники – проблема, «про яку не прийнято говорити вголос» [128, с. 300]. «В роки застою в системі кримінальної юстиції почали складатися стереотипи діяльності, орієнтованої не на забезпечення реального правопорядку та соціальної справедливості, а на отримання гарних показників та позитивних оцінок від вищих ланок системи. При цьому самі оцінки велися, та і зараз у багатьох випадках ведуться, не за кінцевим результатом, а за великим масивом часто не узгоджених між собою проміжних показників» [243, с. 28].

Не зупиняючись окремо на проблемі впливу показників роботи правоохоронних органів на діяльність уповноважених суб'єктів кримінального процесу (з урахуванням того, що дану проблему досить детально дослідив у своїй роботі П.Г. Марфіцин), в межах дослідження досвіду можна стверджувати, що, наприклад, слідчий чи прокурор можуть обирати з власного досвіду найбільш ефективні способи розслідування злочинів, хоча вони перед собою не ставлять в якості кінцевої мети розслідування злочинів. Такий негативний досвід значно гірший, ніж досвід помилковий, адже суб'єкту, що втілює такий досвід у власній діяльності, немає потреби змінювати власну поведінку, так як саме у такий спосіб буде отримано результат, який уповноваженого суб'єкта найбільше задовольняє [262, с. 123].

Очевидно, що в даному дослідженні представлений неповний перелік таких детермінантів, які в тій чи іншій мірі впливають на розсуд уповноважених суб'єктів кримінальних процесуальних відносин. Наприклад, в якості окремих детермінантів можна визначити також справедливість, добросовісність, розумність суб'єктів правозастосування, соціальні, економічні, політичні та

інші процеси у державі тощо. Таким чином, встановити повний перелік всіх факторів неможливо. Однак була зроблена спроба вказати на найбільш значущі детермінанти, вплив яких можна встановити та оцінити.

Поряд з цим необхідно констатувати, що оцінка розсуду в кримінальному процесі не може базуватися лише на теоретичному аналізі тих обставин, які на такий розсуд впливають. Як вже було неодноразово зазначено, кримінальні процесуальні відносини можуть реалізовуватися лише через активну поведінку учасників кримінального провадження. Відповідно, аналіз особливостей реалізації розсуду в кримінальному процесі також має відбуватися через призму діяльності тих суб'єктів, які уповноважені такий розсуд застосовувати.

РОЗДІЛ 2.

ОСОБЛИВОСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ СУДДІВСЬКОГО РОЗСУДУ

2.1. Сутність суддівського розсуду

В правовій доктрині склалася ситуація, за якої проблематиці суддівського розсуду приділяється значно більше уваги, ніж іншим суб'єктам, які також можуть застосовувати такий розсуд. Очевидно, що такий інтерес з боку науковців має одразу декілька пояснень. Як слушно зазначає Ю.В. Грачова, тільки судді наділені правом виносити вироки та призначати покарання, обирати його вид або розмір, а нерідко і те, і інше одночасно, з передбаченого санкцією. Також судді можуть не погодитись з правовою оцінкою обставин справи, що була запропонована, наприклад, слідчим, та надати свою. Саме оцінка, надана суддею, буде мати вирішальне кримінально-правове значення. Одночасно з цим науковець зазначає, що термін «суддівський розсуд» є більш лаконічним, ніж «розсуд судді, слідчого та дізнавача», а тому саме таке формулювання є більш вживаним серед вчених правників [43, с. 116]. У деякій мірі позиція автора є цілком логічною, проте окремі положення видаються суперечливими.

Дійсно, саме на суд покладається обов'язок вирішення справи по суті, і виключно суд може остаточно встановити винуватість чи невинуватість особи. Проте необхідно зробити застереження щодо неправильності ототожнення остаточно характеру суддівського розсуду з розумінням того, що такий розсуд є головним у кримінальному процесі. Суб'єкти, уповноважені на застосування розсуду при прийнятті юридично значимих рішень, застосовують його для виконання покладених на них завдань у тому обсязі, в якому це дозволено кримінальним процесуальним законодавством. При цьому такий розсуд також може бути остаточним (наприклад, у випадку прийняття прокурором рішення про закриття кримінального провадження у зв'язку з відсутністю події або

складу кримінального правопорушення). Тому, розуміючи всю важливість кінцевих судових рішень, також необхідно пам'ятати, що розсуд інших суб'єктів кримінального процесу також має досить суттєвий вплив на результати кримінального провадження.

Поряд з цим Ю.В. Грачова підняла досить важливе питання щодо правильності застосування термінології при аналізі розсуду, що застосовується суддями. Автор вказує на існування двох подібних понять – «суддівський розсуд» та «судовий розсуд» [43, с. 116]. При цьому зазначається, що поняття «судовий розсуд» має використовуватись у тих випадках, коли мова йде про розсуд суду як інституту судової влади. Проте в тих випадках, коли мається на увазі та вкрай важлива частина судової діяльності, яка здійснюється тільки суддями, доцільним буде використання саме терміна «суддівська влада» [43, с. 116].

У такому висновку можна знайти як сильні, так і слабкі сторони. Дійсно, правосуддя (або ж судовий контроль) в кримінальному процесі реалізується не інституціями, а окремими суб'єктами. Саме тому при аналізі детермінантів розсуду в кримінальному процесі були виділені суб'єктивні детермінанти, які притаманні конкретній особі. В той же час неправильним вбачається твердження про те, що розсуд у кримінальному процесі існує сенс розглядати у відриві від тієї інституції, яка такий розсуд реалізовує. Судові рішення приймаються в першу чергу судом, що підкреслює їх значення не тільки для учасників окремого кримінального провадження, а і для всієї правової системи з точки зору формування сталої правозастосовчої практики. У зв'язку з цим можна констатувати наявність проблеми вибору правильного понятійного апарату. Однак це не означає, що дана проблема є критичною при аналізі способів реалізації розсуду в кримінальному процесі.

Аналізуючи наукові роботи з даного питання, можна зробити висновок, що більшість науковців використовує термін «суддівський розсуд» [9; 98; 167], хоча є і виключення [129]. А.А. Хайдаров та О.А. Папкова є прибічниками

позиції, відповідно до якої термін «суддівський розсуд» має застосовуватись відносно тих проваджень, які розглядаються одноособово, а «судовий» – у випадках колегіального розгляду кримінальної справи [150, с. 38; 320, с. 43]. З одного боку, такий підхід дозволить уніфікувати різні точки зору та виробити єдину оптимальну стратегію застосування термінології в частині аналізу розсуду в праві. Поряд з цим такий підхід дану проблему не вирішує. Дійсно, можна в деякій мірі погодитись, що судовий розсуд більше дотичний саме до колегіального розгляду провадження. В той же час варто пам'ятати, що колегія суддів – це не єдина інституція, а саме група з декількох суддів, які можуть як одноголосно приймати рішення, так і висловлювати окремі думки. Крім того, виокремлення двох різних термінів не дозволяє встановити різницю між ними, яка, з урахуванням їх існування, обов'язково повинна бути.

Тому задля забезпечення уніфікованої термінології в даному дослідженні буде використовуватись поняття «суддівський розсуд». Крім того, як вже було зазначено, на суддівський розсуд обов'язково впливають певні особистісні характеристики самих суддів, які не можуть ігноруватися, а тому вести мову лише про розсуд судової установи буде некоректно.

Порівняно з розсудом інших суб'єктів кримінальних процесуальних відносин суддівський розсуд отримав та продовжує отримувати найбільше уваги зі сторони науковців. Однак такий факт не дає право стверджувати, що на доктринальному рівні були встановлені всі аспекти суддівського розсуду. Навпаки, постійні публікації щодо питань суддівського розсуду є основним показником того, що дана проблема все ще актуальна на науковому рівні, що, відповідно, підкреслює також її практичне значення. «Можна було б очікувати, що сьогодні, через півстоліття після руху юристів-реалістів, феномен здійснення «суддівського розсуду» буде вивчений настільки повно, що буде заслуговувати не більше ніж на згадування мимохідь при підготовці до розгляду більш суперечливих питань. Не тільки діяльність щодо здійснення суддівської правотворчості залишається таємною, але велика кількість людей як в середині,

так і ззовні товариства юристів досі ставлять під питання законність її в будь-якій формі» [347] – ці слова суддя Едвардс (Edwards) проголосив більше тридцяти років тому. Проте така позиція є актуальною і нині, а тому основні ознаки суддівського розсуду в кримінальному процесі все ще лишаються актуальною темою наукових досліджень.

Як зазначає М.І. Клеандров, «чітко вивірена формула розсуду судді не є та не може бути самоціллю. ... у неї є цілком прагматичний аспект, який дозволяє за об'єктивним критерієм, якщо він буде вироблений, швидко та у більшості випадків об'єктивно оцінити ставлення судді до прийнятного рішення та проголошеного ним судового акта, а також об'єктивно оцінити – через оцінку такого акта – самого суддю з точки зору виконання ним функції правосуддя по даній справі» [85, с. 6]. В даному випадку автор підкреслює, що встановлення єдиної (або подібної) формули розсуду є неправильним, а тому в першу чергу має бути оцінено саме результат застосування такого розсуду, адже шляхом аналізу реалізації завдань кримінального провадження можна оцінити, чи були досягнуті завдання, які покладалися на уповноважених суб'єктів при застосуванні розсуду.

Відповідно до вже оголошеної позиції, розсуд у кримінальному процесі визначається як повноваження, яке полягає в прийнятті за допомогою інтелектуально-вольового механізму одного обов'язкового для виконання юридично значущого законного рішення з декількох запропонованих кримінальним процесуальним законодавством альтернатив відповідно до обставин конкретного кримінального провадження з урахуванням засад кримінального провадження, професійного досвіду правозастосувача, судової та слідчої практики, моральних та етичних характеристик суб'єкта правозастосування, задля найкращого забезпечення приватних та публічних інтересів у кримінальному провадженні. Очевидно, що таке визначення стосується будь-якого розсуду в кримінальному процесі, а тому може бути застосованим і при реалізації такого повноваження судом. При цьому слід

нагадати, що в найбільш широкому сенсі розсуд (у тому числі і суддівський) має розумітися як можливість обрати одну з декількох альтернатив, кожна з яких є законною. У зв'язку з цим відсутня необхідність повторного аналізу змісту поняття суддівського розсуду, адже сама сутність даного терміна не зазнає суттєвих змін по відношенню до більш загального визначення.

Крім того, досить схожу позицію щодо встановлення сутності суддівського розсуду висловив Верховний Суд, який у своєму рішенні зазначив, що «поняття судової дискреції (судового розсуду) у кримінальному судочинстві охоплює повноваження суду (права та обов'язки), надані йому державою, обирати між альтернативами, кожна з яких є законною, та інтелектуально-вольову владну діяльність суду з вирішення у визначених законом випадках спірних правових питань, виходячи із цілей та принципів права, загальних засад судочинства, конкретних обставин справи, даних про особу винного, справедливості й достатності обраного покарання тощо» [170]. «Дискреційне повноваження може полягати у виборі діяти чи бездіяти, а якщо діяти, то у виборі варіанта рішення чи дії серед варіантів, що прямо або опосередковано закріплені у законі. Важливою ознакою такого вибору є те, що він здійснюється без необхідності узгодження варіанта вибору із будь-ким» [152].

Проте, незважаючи на подібність розсуду в кримінальному процесі незалежно від суб'єктів, які такий розсуд застосовують, стверджувати про їх повну ідентичність також неправильно. Тому необхідно встановити та дослідити ті ознаки та властивості, які в більшій мірі притаманні саме суддівському розсуду.

Розпочати такий аналіз можна з дослідження структури суддівського розсуду. Так, К.П. Єрмакова з метою кращого розуміння особливостей реалізації суддівського розсуду пропонує, за аналогією зі складом (структурою) правопорушення, виділяти наступні елементи суддівського розсуду – суб'єкт розсуду, об'єкт розсуду та зміст розсуду [61, с. 38]. В якості суб'єкта автор визначає або власне суд, або суддю (в залежності від розуміння – широкого та

вузького). Об'єкт розсуду суду – це, відповідно, суспільні відносини, відсутність або недостатня чіткість правового регулювання яких перешкоджає вирішенню спірного правового питання. Зміст розсуду, у свою чергу, складають права та обов'язки суду по відношенню до можливості застосування розсуду.

В даному випадку можна помітити, що науковець взяла за основу в більшій мірі не склад правопорушення, а склад правовідносин (хоча в названій науковій роботі також досліджується об'єктивна та суб'єктивна сторона розсуду суду [61, с. 38]). Виходячи із запропонованої структури суддівського розсуду необхідно зробити декілька уточнень, які стосуються суддівського розсуду в кримінальному процесі України. Суб'єктом суддівського розсуду має бути визнані слідчий суддя або суд, адже саме вони приймають юридично значущі рішення або в ході здійснення судового контролю на стадії досудового розслідування, або при реалізації функції правосуддя чи перегляду судових рішень на судових стадіях.

Очевидно, що слідчий суддя, реалізуючи функцію судового контролю, приймає юридично значущі рішення, які майже постійно вимагають застосування розсуду. Крім того, слідчий суддя, відповідно до ст. 94 КПК України, є суб'єктом оцінки доказів, що підкреслює значення його процесуальних рішень у такому виді діяльності. Другим суб'єктом суддівського розсуду є суд. У даному випадку необхідно підкреслити, що такий висновок не суперечить вже встановленій в даному дослідженні термінології щодо оцінки саме суддівського розсуду. Використання формулювання «суд»¹ пов'язано лише з тим, що задля забезпечення більш повного аналізу досліджуваного інституту та з метою недопущення плутанини необхідно розділити окремо слідчого суддю та окремо суд. При цьому в даному випадку ознака, за якою відбувся такий

¹ В даному випадку немає необхідності окремо виділяти всіх суб'єктів судової влади, які можуть приймати участь у кримінальному провадженні, при цьому здійснюючи різні повноваження (наприклад, суддя, який розглядає заяву про відвід в судовому засіданні – ст. 81 КПК України; суддя-доповідач – ст. 398, 430 КПК України), адже таке виділення впливає лише на коло питань, які ними розглядаються, але не впливає на сутність їх розсуду. Тому в даному дослідженні буде використовуватися в певній мірі узагальнююче поняття «суд».

поділ, пов'язана в першу чергу зі стадіями, на яких суддівський розсуд відбувається. Слідчий суддя застосовує розсуд при здійсненні судового контролю на стадії досудового розслідування. Суд, у свою чергу, реалізовує його на судових стадіях. При цьому на судових стадіях реалізується не лише функція правосуддя, а і функція судового контролю. Проте слід зважати на той факт, що за процедурними особливостями функцію судового контролю на стадії досудового розслідування та на судових стадіях є відносно подібними, тому, наприклад, у ст. 331 КПК України законодавець, описуючи процедуру обрання, зміни або скасування запобіжних заходів зробив посилання на главу 18 КПК України, підкреслюючи уніфікований характер відповідних правових процедур. У зв'язку з подібністю процедур, за яких уповноважені суб'єкти застосовують розсуд, пропонується в подальшому при дослідженні конкретних аспектів реалізації суддівського розсуду окремо досліджувати суддівський розсуд слідчого судді та окремо – розсуд суду, при цьому ще раз підкреслюючи, що об'єктом дослідження має бути не розсуд всієї судової установи, а лише конкретних суддів, які такий розсуд реалізують на відповідних судових стадіях [263, с. 68].

Повертаючись до аналізу ознак суддівського розсуду в кримінальному процесі, обов'язково необхідно підкреслити, що аналогічно з власне визначенням розсуду у кримінальному процесі, ознаки такого «загального» розсуду, які вже були встановлені в даному дослідженні, також можуть бути застосовані і до розсуду, що реалізується слідчим суддею або судом в процесі здійснення кримінального провадження. В той же час очевидним є той факт, що розсуд уповноважених на те суб'єктів кримінального процесу (слідчий, дізнавач, прокурор, слідчий суддя, суд та ін.) не є однорідним, адже він притаманний учасникам кримінального провадження з різним обсягом процесуальних можливостей, що відображається у способах його реалізації. Тому, не забуваючи про уніфіковані ознаки, задля кращого розуміння сутності

суддівського розсуду необхідно встановити, що саме відрізняє його від, наприклад, розсуду слідчого або прокурора.

З самого початку необхідно встановити, чи в будь-якому кримінальному провадженні присутні елементи суддівського розсуду. В правовій доктрині можна виділити одразу три різні підходи щодо вирішення даної проблеми. В даному дослідженні вже згадувалось одне з них, а саме розуміння розсуду як явища негативного та такого, що не відповідає історичній перспективі розвитку кримінальної політики та принципу законності [44, с. 21]. Саме прихильники даної позиції вважають, що в будь-якій ситуації існує лише один можливий спосіб вирішити будь-яку справу [56, с. 383]. Інші вчені підходять до сутності суддівського розсуду більш виважено, стверджуючи, що розсуд має місце, проте лише у «важких» справах [11, с. 112]. Наприклад, А. Барак у власному дослідженні пропонує поділ всіх справ на легкі, середні та важкі. На його думку, легкі справи характеризуються тим, що навіть поверхневого аналізу норм права та обставин справи буде достатньо для того, щоб прийняти рішення по справі. «У величезній кількості судових процесів право настільки зрозуміле, що у суддів немає права на розсуд. Вони мають право формувати норми у випадках прогалин у праві, проте часто прогалин немає. У нас буде неправильне враження від ландшафту, якщо ми будемо дивитися тільки на порожні ділянки, відмовляючись бачити акри, вже засіяні та плодоносні» [14, с. 55]. Справи середньої складності характеризуються тим фактом, що в кінцевому рахунку у судді при їх вирішенні немає права на розсуд, проте в таких справах обидві сторони мають законні правові аргументи, що підкріплюють їх позиції. Відповідно, саме в складних справах суддя стикається з низкою можливостей, серед яких всі законні в рамках контексту системи [14, с. 56]. Третя ж група вчених вважають розсуд досить типовим явищем, який має місце в будь-яких справах незалежно від їх тяжкості [167, с. 229].

Однак задля кращого розуміння даної проблеми та пошуку оптимального вирішення питання щодо можливості застосування розсуду в будь-яких справах

необхідно підкреслити, що позиції щодо необхідності виділення різних категорій справ та, відповідно, оцінки застосування розсуду в них підтримують в першу чергу представники англо саксонської правової системи. Відповідно, такі погляди в першу чергу мають оцінюватись з урахуванням специфіки відповідної правової системи. По відношенню до української системи кримінального процесу слід підкреслити, що суддівський розсуд застосовується в першу чергу при тлумаченні положень кримінального процесуального законодавства, що, відповідно, було враховано законодавцем ще на момент складання КПК. Представники англо-саксонської системи також неодноразово підкреслювали значення тлумачення права судом та суддями, в той же час саме такі відмінності у розумінні ролі судді при застосуванні розсуду вказують на необхідність виокремлення таких підходів.

В певній мірі можна стверджувати, що саме кримінальне процесуальне законодавство намагається максимально уникнути концепції «легких» кримінальних проваджень. Це можна продемонструвати на прикладі оцінки доказів та принципу презумпції невинуватості. Так, відповідно ч. 2 ст. 94 КПК, жоден доказ не має наперед встановленої сили, тобто будь-який доказ має бути оцінений судом за своїм внутрішнім переконанням, яке ґрунтується на всебічному, повному й неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального провадження з точки зору належності, допустимості, достовірності, а сукупність зібраних доказів – з точки зору достатності та взаємозв'язку для прийняття відповідного процесуального рішення. Очевидно, що КПК містить виключення з даного правила (відмова від дослідження доказів сторонами кримінального провадження, якщо вони ці докази не оспорюють; укладення та затвердження угоди в кримінальному провадженні; провадження щодо кримінальних проступків тощо), проте такі положення є виключеннями задля спрощення кримінального провадження. В даному випадку необхідно підкреслити уточнення законодавця щодо необхідності дослідження доказів у

будь-якому провадженні, незалежно від того, наскільки складним чи легким таке провадження вбачається суду.

Можна погодитись з науковцями, що у великій кількості провадження судді, користуючись власним багаторічним досвідом вирішення кримінальних проваджень, можуть досить швидко прийняти для себе певне проміжне рішення, яке в подальшому не зазнає значних змін. При цьому такі ситуації можуть розглядатися і як позитивний, і як негативний приклад здійснення правосуддя в кримінальному процесі. Очевидно, що законодавець передбачив необхідність оцінки всіх доказів та дослідження всіх обставин кримінального провадження саме задля того, щоб уникнути будь-яку упередженість зі сторони суддів. Крім того, саме дослідження доказів у суді може кардинально змінити хід кримінального провадження, а попередні висновки судді можуть не підтвердитись.

Також необхідно згадати про принцип презумпції невинуватості, який вказує на відсутність «легких» справ у кримінальному процесі. Відповідно до презумпції невинуватості, жодна особа в кримінальному процесі не повинна доводити свою невинуватість, а винуватість особи має бути встановлена поза розумним сумнівом. Крім того, всі сумніви мають тлумачитись на користь обвинуваченого. Таким чином у КПК України підкреслюється, що легких справ у кримінальному процесі не може бути, адже в будь-якому провадженні має бути доведена винуватість особи поза розумним сумнівом. Крім того, в КПК України закладена формула, відповідно до якої на початок судового розгляду обвинувачений є невинуватий, а тому будь-які висновки суду так чи інакше є передчасними.

КПК України містить приклади спрощення кримінальної процесуальної форми в частині необхідності доведення винуватості особи. Ці окремі виключення були започатковані законодавцем в КПК України 2012 року саме задля забезпечення оперативності судового розгляду за умов відсутності правового спору та визнання обставин справи та винуватості особи. Проте

навіть у таких провадженнях все одно має місце судовий розсуд, наслідки якого в деякій мірі є більш визначальними, ніж в «стандартних» кримінальних провадженнях. Це пояснюється тим, що у суду залишається низка повноважень щодо здійснення кримінального провадження у спрощеній формі, при цьому законодавець, як правило, наголошує саме на праві суду, а не на обов'язку відмовитись від дослідження доказів чи одразу визнати особу винуватою. Наприклад, відповідно до ч. 3 ст. 349 КПК, суд лише має право якщо проти цього не заперечують учасники судового провадження, визнати недоцільним дослідження доказів щодо тих обставин, які ніким не оспорюються. Тобто в даному конкретному випадку суд на власний розсуд приймає рішення, яке визначає хід всього кримінального провадження та в подальшому суттєво впливає на право сторін подавати апеляційну скаргу. Крім того, відмова від дослідження доказів не в усіх випадках буде підставою для прийняття рішення. Адже, по-перше, сторони можуть погодитись досліджувати частину доказів, а по-друге, у суду лишається обов'язок прийняти законне, обґрунтоване та вмотивоване рішення. І якщо саме рішення щодо вини чи невинуватості за умови відмови від дослідження доказів приймається відносно легко, все ще залишається проблема вирішення інших питань, які також віднесені до компетенції суду (вид та розмір покарання, порядок його відбування тощо), що також вимагає застосування розсуду судом.

Схожа ситуація і при затвердженні угоди про примирення та про визнання винуватості. Відповідно до ч. 7 ст. 474 КПК України, перед тим як затвердити угоду, суд повинен переконатися, що умови угоди не суперечать вимогам КПК та/або закону, відповідають інтересам суспільства, не порушують права, свободи чи інтереси сторін або інших осіб, відсутні обґрунтовані підстави вважати, що укладення угоди не було добровільним або сторони не примирилися, відсутня очевидна неможливість виконання обвинуваченим взятих на себе за угодою зобов'язань та наявні фактичні підстави для визнання винуватості. Таким чином суд повинен у спрощеному порядку перевірити

одразу низку обставин та лише на основі цього прийняти рішення. Так, наприклад, непоодинокими є приклади, коли суди відмовляли у затвердженні угоди лише на підставі того, що в провадженні відсутні фактичні обставини, які вказують на винуватість особи. Таким чином у «спрощеному» провадженні завдання судді навіть ускладняється, адже він повинен за обмежених умов дослідження обставин кримінального правопорушення встановити підстави для фактичного визнання винуватості особи. В такому контексті така «легка» справа перетворюється у досить складну, в якій неможливо прийняти передчасне правильне рішення.

Можна продовжувати наводити приклади, але в цілому всі вони вказують на один і той самий висновок – у кримінальному процесі завжди присутній суддівський розсуд (за умови здійснення судового нагляду на стадії досудового розслідування або при здійсненні правосуддя на судових стадіях). Відповідно, в кримінальному процесі немає сенсу виділяти «легкі» та «складні» кримінальні провадження при аналізі суддівського розсуду, адже він буде присутній завжди. Проте сама форма такого розсуду може різнитися. В більшості своїй вчені розглядають суддівський розсуд саме як спосіб прийняття *остаточного* рішення у справі. Тобто розсуд досліджується ними у нерозривному зв'язку з результатом кримінального провадження та впливом розсуду на такий результат. Відповідно, з такої точки зору спрощені кримінальні процесуальні форми можуть бути віднесені до «легких» проваджень. Проте в правовій доктрині країн континентальної правової системи дещо по-іншому дивляться на сутність розсуду. Розсуд у кримінальному процесі має розумітися як повноваження у прийнятті юридично значущого рішення з декількох альтернатив, які були запропоновані законодавцем. Тобто підкреслюється, що уповноважені суб'єкти кримінального процесу застосовують розсуд не лише для вирішення всього провадження по суті, а і при прийнятті проміжних процесуальних рішень, які стосуються будь-яких аспектів здійснення кримінального провадження за умови, що законодавець надає можливість

обирати одну з декількох альтернатив. Таким чином, навіть якщо суд при затвердженні угоди не уповноважений призначати покарання та встановлювати його розмір, порядок відбування покарання тощо, це не означає, що суд не реалізовує розсуд. Адже ще до моменту затвердження угоди суд має право на основі власного розсуду, керуючись КПК України, прийняти низку інших процесуальних рішень. Далеко не всі вони будуть зафіксовані в окремому процесуальному документі, проте в тій чи іншій мірі вони будуть стосуватися суті кримінального провадження, а тому неправильним буде твердження, що розсуд у таких провадженнях не застосовувався.

Повертаючись до аналізу властивостей суддівського розсуду в кримінальному процесі, необхідно нагадати, що в даному дослідженні були встановлені загальні ознаки, які притаманні розсуду будь-якого уповноваженого суб'єкта кримінального процесу, до яких відносяться, наприклад, ототожнення розсуду з повноваженнями, його інтелектуально-вольовий характер, наявність відносної свободи вибору тощо. Проте, задля кращого розуміння сутності даного поняття, бажано виявити ті ознаки, які характеризують саме суддівський розсуд.

Одна з таких ознак вже була названа – суб'єкт, що застосовує суддівський розсуд. У кримінальному процесі суддівський розсуд можуть застосовувати слідчий суддя та суд. Саме через незгоду з позицією щодо існування суддівського розсуду виключно на етапі прийняття кінцевого рішення в провадженні та необхідність аналізу розсуду на всіх етапах правозастосовної діяльності можна із впевненістю стверджувати, що застосування суддівського розсуду відбувається як на стадії досудового розслідування, так і на судових стадіях, хоча завдання такого розсуду різняться.

Наступною специфічною ознакою можна назвати підвищене юридичне значення результатів такого розсуду. Дана ознака потребує додаткового уточнення. Г.П. Мельник зазначає, що судовий розсуд поєднує як динамічні, так і статичні елементи. «Динаміка судової дискреції виявляється не лише у пошуку

застосовних правових норм (що є типовим і для недискреційного правозастосування), а й в об'єктивно необхідному процесі порівняльного аналізу альтернативних варіантів вирішення справи з метою вибору найбільш адекватного для конкретної ситуації. Статичний елемент дискреції – це дискреційне судове рішення, де втілюється результат реалізації дискреційних повноважень суду» [129, с. 46]. В подальшому автор робить висновок щодо структури судової дискреції. Однак пропонується дещо інакше оцінити запропоновану автором ідею та змінити вектор розуміння статички та динаміки суддівського розсуду.

Суддівський розсуд, як і будь-який інший розсуд у кримінальному процесі, в першу чергу направлений на вирішення конкретного питання в окремому кримінальному провадженні. В такому випадку можна стверджувати, що судді приймають активну участь у застосуванні розсуду, адже вони оцінюють обставини провадження, досліджують правові норми та виносять відповідне рішення. В такому випадку можна вести мову про динамічний судовий розсуд, на який впливають конкретні обставини, що досліджуються суддями. Крім того, завжди існує ймовірність того, що в подальшому судове рішення буде скасоване, що, відповідно, скасує і результати суддівського розсуду. Таким чином у конкретному кримінальному провадженні розсуд може змінюватись в залежності від повторного дослідження обставин, що також вказує на динамічну природу суддівського розсуду.

Проте, на відміну від рішень слідчого чи прокурора, судові рішення можуть використовуватися не лише в даному кримінальному провадженні, а і в інших провадженнях. У даному випадку мова йде, наприклад, про судову преюдицію або про формування правових позицій Верховним Судом. Відмінність у даному випадку полягає в тому, що ще до винесення рішення та формування правової позиції ВС розуміє, що в подальшому така правова позиція може та буде використана не лише судами, а і будь-якими іншими учасниками кримінального провадження при вирішенні інших кримінальних

проваджень. У випадку ж судової преюдиції суд розуміє, що в подальшому його рішення може бути використане, наприклад, для встановлення допустимості вже досліджених доказів. Тобто можна констатувати можливість подальшого використання судових рішень взагалі та конкретних висновків, які були зроблені із застосуванням розсуду зокрема. В даному випадку можна стверджувати про існування статичного судового розсуду, який був зроблений на підставі обставин, недотичних до інших кримінальних проваджень, а тому він вже не може динамічно змінюватись. Крім того, такий розсуд не може бути скасований судом вищої інстанції, тобто він вже є сталим по відношенню до всього кримінального процесу. Очевидно, що з даного правила існують виключення. Наприклад, ВС може відійти від власної правової позиції, або судові рішення, яке використовувалось як преюдиційне, може бути скасоване за нововиявленими обставинами. Проте навіть такі зміни в більшій мірі будуть стосуватися обставин, що не були предметом розгляду первісного кримінального провадження, а тому по відношенню до таких обставин суддівський розсуд буде лишатися незмінним.

Таким чином, суддівський розсуд може бути динамічним та статичним. Динамічним суддівський розсуд нерозривно пов'язаний з провадженням, у рамках якого відповідний розсуд здійснювався. Відповідно, наявність статичного суддівського розсуду можна констатувати по відношенню до інших проваджень, в яких такий розсуд може бути застосований, але який існує незалежно від такої невизначеної кількості проваджень.

В цьому і проявляється одна з особливостей суддівського розсуду, яка виділяє його з-поміж інших різновидів розсуду, які притаманні кримінальному процесу – у випадках, встановлених законодавством, статичний суддівський розсуд поширюється не лише на провадження, в межах якого його було прийнято, а і на іншу невизначену кількість проваджень. Очевидно, що таке положення стосується не будь-яких питань, які вирішуються судом із застосуванням розсуду, проте судова практика, як правило, формується саме за

рахунок здійснення суддівського розсуду, і така практика (навіть якщо рішення приймаються не Верховним Судом) в тій чи іншій мірі буде впливати на розгляд схожих кримінальних проваджень у подальшому. Крім того, лише судові рішення мають силу преюдиції, що виділяє їх з-поміж інших процесуальних рішень.

У зв'язку з цим до суддівського розсуду мають висуватись додаткові вимоги задля забезпечення високої «якості» розсуду з тим, щоб у подальшому уникнути будь-яких проблем застосування таких судових рішень в інших провадженнях. В даному випадку під додатковими вимогами розуміються не окремі процедури реалізації суддівського розсуду, які мають бути зазначені в кримінальному процесуальному законодавстві, а додаткові вимоги щодо якості такого розсуду. Проте може постати досить логічне питання: як саме перевірити таку якість? Однозначної відповіді на це питання немає. Очевидним є те, що не існує єдиного шаблону застосування суддівського розсуду у кримінальному процесі. Пов'язано це не лише з самою складністю застосування розсуду, а і з його неоднорідністю. В такому випадку для оцінки розсуду можна використовувати інші критерії, наприклад ефективність суддівського розсуду.

В.О. Копоть зазначає, що, на думку правових реалістів, до критеріїв ефективного функціонування та застосування суддівського розсуду слід віднести наступні:

- вивчення загальних тенденцій розвитку законодавства;
- вирішення справи в будь-якому випадку;
- превалювання суспільного інтересу над особистим;
- розуміння того, що суддя є законодавцем лише там, де є прогалина в законодавстві;
- самодисципліна, самокритичність, об'єктивність крізь призму досвіду;
- суддя – це не професія, а стиль життя;

– врахування часів і моралі суспільства. Суддя повинен знати настрій суспільства, в якому він служить суддею. Він повинен знати націю й різноманітність проблем [98, с. 175].

В даному випадку необхідно зауважити, що запропоновані актором критерії не є критеріями оцінки ефективності суддівського розсуду, це лише умови ефективного існування такого розсуду. У зв'язку з цим постає досить логічне питання: чи можна оцінити ефективність застосування суддями розсуду? Чи існує певне цифрове вираження вдалого застосування розсуду в кримінальному процесі України? Очевидно, що однозначної відповіді на це питання немає. Суддівський розсуд за своєю природою є неоднорідний, а тому при визначенні його ефективності в першу чергу необхідно встановити, яке завдання покладалося на суддю в момент його застосування. Наприклад, можна проаналізувати ті випадки, в яких суддівський розсуд застосовувався при вирішенні справи по суті, адже саме такий підхід вважається найбільш прийнятним серед переважної більшості науковців. У такому випадку суддівський розсуд було застосовано для вирішення провадження, встановлення вини чи невинуватості особи, призначення покарання тощо. Тобто задля спрощення віртуального моделювання можна поставити знак рівності між суддівським розсудом та результатом судового розгляду кримінального провадження (що було оформлено у відповідному судовому рішенні). За такої умови дещо змінюється поставлене завдання, а саме необхідно оцінити ефективність самого судового розгляду, тобто відповідність результатів судового розгляду обставинам провадження та в цілому завданням, які ставилися перед судом.

Наприклад, в якості індикатора ефективності суддівського розсуду можна спробувати використати відсоток судових рішень, які були скасовані судами вищої інстанції. Така пропозиція узгоджується з наведеною вище позицією щодо тотожності ефективності суддівського розсуду та ефективності судового провадження.

На рівні судів апеляційної інстанції статистика зазначає, що з 927 727 судових рішень, які були прийняті судами першої інстанції в кримінальних провадженнях у 2017 році, апеляційні суди скасували 19 474 рішення (2,1%), у 2018 році було скасовано 13 782 судових рішення з 1 203 951 (1,1%) [141].

Верховним Судом за 2019 рік було скасовано від 18% до 50% відсотків судових рішень у кримінальному провадженні. «У кримінальному судочинстві скасування рішень відбувається внаслідок того, що суд апеляційної інстанції, безпосередньо не досліджуючи докази, надає їм іншу оцінку, ніж та, яку їм надав суд першої інстанції. Верховний Суд у таких випадках скасовує судові рішення та направляє справу на новий розгляд. Також поширеними є випадки звільнення осіб від відбування покарання на підставі ст. 75 КК без належного мотивування» [135].

Таким чином можна зробити висновок, що апеляційні суди скасовують значно менше судових рішень, ніж це робить Верховний Суд. Такі ситуації можна спробувати обґрунтувати обсягом підстав для апеляційного та касаційного оскарження. Можливості для апеляційного оскарження судових рішень значно ширші, ніж для касаційного (в першу чергу мова йде про можливість оскаржити обставини, на які посилався суд при вирішенні провадження, а також можливість подати до суду апеляційної інстанції нові докази та повторно дослідити докази, що були предметом дослідження в суді першої інстанції). В такому випадку можна зробити висновок, що значна кількість апеляційних скарг є необґрунтованими, і в таких апеляційних скаргах в основному ставиться питання про повторну оцінку обставин кримінального правопорушення або доказів, які відповідні обставини встановлюють. У такому аспекті процесуальні повноваження суддів касаційної інстанції вужчі, що вимагає від учасників кримінального провадження приділяти особливу увагу обґрунтуванню касаційних скарг. Тому відсоток скасованих рішень судом касаційної інстанції значно вищий, ніж відсоток скасованих рішень судами апеляційної інстанції.

Проте це не відповідає на питання щодо можливості оцінити ефективність судового провадження (а разом з ним і суддівського розсуду) за показником скасованих судових рішень. У політичних та правових колах досить часто звучать позиції, що такий показник можна використовувати навіть для того, щоб притягнути суддю до відповідальності [82], було навіть зареєстровано відповідний законопроект [177]. Вища рада правосуддя виступала категорично проти такої ініціативи, зазначаючи, що система оскарження є єдиним способом, у який судді можуть вважатися відповідальними за свої рішення, за винятком випадків, коли суддя діяв недобросовісно. «При цьому підтвердження недобросовісності повинно відбуватись лише в порядку дисциплінарного чи кримінального провадження. Слід взяти до уваги принцип внутрішньої незалежності суддів і той факт, що скасування рішення має сприйматись як нормальний результат процедури апеляційного оскарження, а не як провина з боку судді першої інстанції» [187].

В цілому необхідно зазначити, що таким кардинальним змінам в кримінальному процесуальному законодавстві має передувати ґрунтовний аналіз підстав та умов скасування судових рішень. Дійсно, досить часто суди при перегляді судових рішень встановлюють помилки, які були допущені при вирішенні кримінальних проваджень. Проте далеко не завжди підставою для скасування судових рішень буде низький рівень судочинства, продемонстрований судами нижчих рівнів. Підставами для перегляду може бути дослідження нових доказів, використання практики, яка не була відома та не могла бути відома на момент первинного судового розгляду, або навіть зміна обставин, що сталася вже після перегляду судових рішень. Тому ВРП і звернула увагу на передчасний та суперечливий характер запропонованих змін. У зв'язку з цим можна зробити висновок, що в якості оцінки ефективності судового провадження використовувати показник скасованих судових рішень не зовсім коректно. Більше того, можливо, навіть припущення щодо тотожності оцінки суддівського розсуду та судового розгляду також було помилковим, адже

суддівський розсуд у першу чергу є інструментом, який застосовується уповноваженими на те суб'єктами задля досягнення завдань судового розгляду. Якщо ж стверджувати про тотожність цих понять, то наступним логічним висновком буде те, що причиною будь-якого неефективного судового розгляду має бути саме суддівський розсуд. Очевидно, що в деяких випадках таке припущення буде правильним, однак вести мову про пряму залежність між суддівським розсудом та ефективністю судового розгляду кримінального провадження також не варто. Далеко не завжди інструмент буде причиною негативного результату, необхідно також враховувати спосіб застосування такого інструменту.

У зв'язку з цим можна зробити припущення, що оцінка ефективності суддівського розсуду є значно складнішим завданням, ніж це може здатися на перший погляд. Оцінка ефективності суддівського розсуду, як і власне аналіз такого розсуду, має відбуватися поетапно в залежності від завдань, які ставляться перед судом при застосуванні відповідного суддівського розсуду. Тобто задля проведення більш повного аналізу суддівського розсуду таке дослідження необхідно поділити на декілька частин. Одним із найбільш вдалих способів у даному випадку уявляється аналіз суддівського розсуду в залежності від стадії, на якій розсуд має застосовуватися.

2.2. Реалізація розсуду слідчими суддями

Відповідно до п. 18 ч. 1 ст. 3 КПК України, слідчий суддя – це суддя суду першої інстанції, до повноважень якого належить здійснення у порядку, передбаченому КПК України, судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні та у випадку, передбаченому ст. 247 КПК України, – голова чи за його визначенням інший суддя відповідного апеляційного суду. В даному визначенні законодавець не вказав на особливості процесуального статусу слідчого судді, що в певній мірі ускладнює процес правозастосування. В той же час законодавець окремо наголошує, що основним

завданням слідчого судді є здійснення судового контролю у кримінальному провадженні (на стадії досудового розслідування).

Складність при аналізі повноважень слідчого судді полягає в тому, що законодавець не передбачив у КПК України єдиної статті (або декількох статей), яка б встановлювала процесуальний статус слідчого судді в кримінальному процесі, на відміну від, наприклад, слідчого або прокурора. Відповідно, аналіз повноважень слідчого судді та процесуальних можливостей застосування ним розсуду має відбуватися шляхом комплексного дослідження цілої низки норм кримінального процесуального законодавства. При цьому відсутність єдиного положення кримінального процесуального законодавства, яке б було присвячене повноваженням слідчого судді, тягне за собою складності щодо порядку застосування окремих норм КПК України.

При цьому науковці намагалися здійснити групування повноважень слідчого судді під час досудового розслідування. Так, наприклад, В.О. Попелюшко стверджує, що за критерієм предмета правового регулювання до повноважень слідчого судді відносяться: 1) повноваження у сфері процесуальних відносин, пов'язаних із застосуванням заходів забезпечення кримінального провадження; 2) повноваження, пов'язані з розглядом та вирішенням питань щодо дачі дозволу на проведення визначених у законі слідчих (розшукових), негласних слідчих (розшукових) та інших процесуальних дій, спрямованих на збирання доказів; 3) повноваження щодо розгляду та вирішення скарг на рішення, дії чи бездіяльність слідчого або прокурора; 4) повноваження щодо збирання доказів у разі відмови слідчим, прокурором стороні захисту в задоволенні клопотання; 5) повноваження, пов'язані із встановленням процесуальних строків; 6) повноваження з розгляду та вирішення питань про відводи під час досудового розслідування прокурора, слідчого, захисника, представника, спеціаліста, перекладача, експерта, секретаря судового засідання; 7) повноваження щодо вирішення на стадії досудового розслідування долі речових доказів; 8) повноваження щодо

вирішення питання про використання інформації, отриманої в результаті проведення негласної слідчої (розшукової) дії про ознаки кримінального правопорушення, яке не розслідується в даному кримінальному провадженні; 9) повноваження щодо захисту прав людини, закріплених у ст. 206 КПК України [166].

Проте більш структурованою виглядає класифікація повноважень слідчого судді, запропонована І.В. Гловюк. Вона вважає, що, незважаючи на декілька підстав для класифікації повноважень слідчого судді, найбільш розгорнутим є поділ повноважень за предметом здійснення, відповідно до якого можна виділити наступні групи: 1) дозвільні повноваження (пов'язані з вирішенням питань про проведення слідчих (розшукових) дій, які обмежують конституційні права особи); 2) повноваження із забезпечення законності та обґрунтованості застосування заходів кримінально-процесуального примусу; 3) повноваження із здійснення судового контролю (здійснювана у встановленому кримінальним процесуальним законом порядку діяльність слідчого судді з розгляду та вирішення скарг на дії, бездіяльність, рішення слідчого, прокурора, а також перевірка слідчим суддею законності рішення про провадження процесуальної дії); 4) повноваження із забезпечення доказів (наданням слідчому судді повноважень самостійно збирати фактичні дані та забезпечувати проведення деяких слідчих дій за клопотанням сторони захисту для забезпечення реалізації принципу змагальності); 5) допоміжні повноваження (роз'яснення прав підозрюваному, прийняття рішення про здійснення частини кримінального провадження в закритому засіданні, залучення законного представника тощо); 6) повноваження, пов'язані з міжнародним співробітництвом (застосування тимчасового та екстрадиційного арешту, затвердження згоди особи на її видачу, розгляд скарг на видачу особи (екстрадицію) тощо) [39].

Необхідно підкреслити, що інститут слідчих суддів не є унікальним для кримінального процесуального законодавства України і його аналоги зустрічаються в багатьох нормативно-правових актах інших країн.

Так, в КПК Республіки Казахстан повноваженням слідчого судді присвячена окрема стаття [272]. В ст. 55 зазначено, що слідчий суддя вирішує питання щодо:

- 1) санкціонування тримання під вартою;
- 2) санкціонування домашнього арешту;
- 3) санкціонування тимчасового відсторонення від посади;
- 4) санкціонування заборони на наближення;
- 5) санкціонування екстрадиційного арешту;
- 6) санкціонування проведення негласних слідчих дій, продовження термінів проведення негласних слідчих дій;
- 7) припинення негласних слідчих дій за клопотанням прокурора у випадках, передбачених КПК Республіка Казахстан;
- 8) продовження строків тримання під вартою, домашнього арешту, екстрадиційного арешту;
- 9) санкціонування застосування застави;
- 10) санкціонування накладення арешту на майно;
- 11) примусового залучення особи до медичної установи для проведення судово-психіатричної та (або) судово-медичної експертиз;
- 12) ексгумації трупа;
- 13) оголошення в міжнародний розшук підозрюваного, обвинуваченого;
- 14) санкціонування огляду;
- 15) санкціонування обшуку;
- 16) санкціонування виїмки;
- 17) санкціонування особистого обшуку;
- 18) санкціонування примусового огляду;

19) санкціонування примусового отримання зразків.

Крім того, слідчий суддя також:

1) розглядає скарги на дії (бездіяльність) і рішення дізнавача, органу дізнання, слідчого і прокурора;

2) розглядає питання про реалізацію речових доказів, що швидко псуються або тривале зберігання яких до вирішення кримінальної справи по суті вимагає значних матеріальних витрат;

3) депонує в ході досудового провадження свідчення потерпілого і свідка;

4) накладає грошове стягнення на осіб, які не виконують або неналежно виконують процесуальні обов'язки в досудовому провадженні, за винятком адвокатів і прокурорів;

5) розглядає питання про стягнення процесуальних витрат у кримінальній справі за поданням прокурора;

6) за мотивованим клопотанням адвоката, який бере участь в якості захисника, розглядає питання про витребування і приєднання до кримінальної справи будь-яких відомостей, документів, предметів, що мають значення для кримінальної справи, за винятком відомостей, що становлять державну таємницю, у випадках відмови у виконанні запиту або неприйняття рішення щодо нього протягом трьох діб;

7) за мотивованим клопотанням адвоката, який бере участь в якості захисника, розглядає питання про призначення експертизи або проведення органом досудового розслідування інших слідчих дій, за винятком негласних слідчих дій, в тому числі якщо органом кримінального переслідування в задоволенні такого клопотання було необґрунтовано відмовлено або по ньому не прийнято рішення протягом трьох діб;

8) за клопотанням адвоката, який бере участь в якості захисника, розглядає питання про примусовий привід до органу, що проводить досудове розслідування, раніше опитаного ним свідка, показання якого мають значення для кримінального провадження;

9) за мотивованим клопотанням органу досудового розслідування розглядає питання про продовження терміну повідомлення особі про проведені відносно неї негласних слідчих дій;

10) за мотивованим клопотанням органу досудового розслідування дає згоду органу досудового розслідування на неповідомлення особі про проведені відносно неї негласних слідчих діях;

11) виконує інші повноваження, передбачені КПК Республіка Казахстан.

В даному випадку одразу привертає увагу той факт, що КПК Республіка Казахстан містить окрему статтю, яка присвячена повноваженням слідчого судді. Наявність такого положення значно спрощує сам аналіз повноважень слідчого судді серед науковців та практиків. В той же час необхідно підкреслити, що в ст. 55 КПК Республіки Казахстан відсутнє групування повноважень слідчого судді, а лише надається їх перелік. Тобто законодавець лише ввів положення, за яким можна дослідити повноваження, але не можна оцінити їх функціональну спрямованість.

Якщо ж вести мову про обсяг повноважень, то можна дійти висновку, до роль слідчого судді в Україні та в Республіці Казахстан досить подібна: вирішення питання про застосування заходів забезпечення та запобіжних заходів, санкціонування слідчих дій, розгляд скарг тощо. У зв'язку з цим можна зробити висновок, що обсяг застосування розсуду при вирішенні даних конкретних питань між слідчими суддями України та Республіки Казахстан є відносно подібний. Однак в даному випадку увагу привертає ст. 56 КПК Республіки Казахстан, де зазначено, що слідчий суддя розглядає питання, віднесені до його компетенції, одноособово без проведення судового засідання. Якщо необхідно дослідити обставини, які мають значення для прийняття законного та обґрунтованого рішення, або якщо наявне клопотання прокурора чи сторони захисту, слідчий суддя вирішує питання про проведення судового засідання за участю відповідних осіб та прокурора. При цьому проведення судового засідання є обов'язковим при санкціонуванні тримання особи під

вартою, домашнього арешту, екстрадиційного арешту, продовження строків застосування таких запобіжних заходів, депонуванні доказів та вирішенні питання про реалізацію речових доказів.

В цілому таку відмінність по відношенню до КПК України можна оцінювати по різному. З одного боку відсутність обов'язку проведення обов'язкового судового засідання дозволяє значно пришвидшити процес прийняття відповідних судових рішень. З іншого боку учасники кримінального провадження суттєво обмежуються у можливостях впливати на судові рішення, а судовий контроль від прокурорського починає відрізнятися лише процедурою, але не суб'єктом застосування. Проте предметом даного дисертаційного дослідження є аналіз способів та порядку реалізації розсуду в кримінальному процесі, а не порівняння якості судового контролю в Україні та інших країнах. В даному випадку в першу чергу необхідно констатувати, що повноваження слідчих суддів за КПК Республіки Казахстан можна поділити на 3 групи: ті, які реалізуються без проведення судового засідання; ті, які реалізуються обов'язково в судовому засіданні; ті, які можуть реалізуватися в судовому засіданні за рішенням самого слідчого судді. У зв'язку з цим можна констатувати, що за КПК Республіки Казахстан слідчий суддя починає реалізувати розсуд ще до початку вивчення клопотання (скарги тощо) по суті, адже в більшості випадків саме він буде вирішувати, чи буде відбуватися судове засідання. Як вже було зазначено, таке рішення може бути прийняте лише за клопотанням сторін кримінального провадження і лише з метою дослідження доказів, які мають істотне значення для вирішення відповідного питання. Очевидно, що істотність обставин – це виключно оціночне поняття, яке може змінюватися в залежності від суті питання, яке ставиться перед слідчим суддею.

В Республіці Молдова аналог слідчих суддів має назву «суддя з кримінального переслідування». Відповідно до ст. 41 КПК Республіки Молдова [273], суддя з кримінального переслідування забезпечує судовий контроль під час кримінального переслідування шляхом:

- 1) взяття особи під попередній або домашній арешт, а також зміни, призупинення або скасування цих запобіжних заходів;
- 2) прийняття рішень про тимчасове звільнення затриманого або заарештованого, а також прийняття рішень про тимчасове позбавлення особи водійських прав;
- 3) дозволу проведення обшуку, огляду, арешту майна, вилучення предметів, що містять державну, комерційну, банківську таємницю, екзгумації;
- 4) прийняття рішення про переміщення особи до медичного закладу;
- 5) дозволу на прослуховування повідомлень, затримання, вивчення, видачу, огляд або виїмку поштових відправлень, відеозапис;
- 6) допиту свідків відповідно до КПК Республіки Молдова;
- 7) розгляду заяв про прискорення кримінального переслідування;
- 8) вирішення на підставі клопотання прокурора проведення спеціальних розшукових заходів, віднесених законом до його компетенції;
- 9) розгляду скарг сторін процесу на дії вищестоящего прокурора;
- 10) розгляду виключення з рішення деяких пунктів обвинувачення у випадку, якщо засуджений був екстрадований;
- 11) здійснення інших процесуальних дій, передбачених КПК Республіки Молдова.

В даному випадку законодавець також пішов шляхом створення окремої статті в КПК задля групування повноважень слідчих суддів. При цьому, на відміну від КПК Республіки Казахстан, процедура вирішення відповідних питань слідчими суддями є відносно сталою і не вимагатиме від уповноважених осіб застосування додаткового розсуду для вирішення питання про проведення судового засідання. Таким чином можна зробити висновок, що в частині реалізації розсуду слідчі судді України та Республіки Молдова мають досить подібні можливості, адже їх надані схожі повноваження та способи їх реалізації.

Згідно з ч. 2 ст. 20 КПК Грузії, судді-магістрати районного (міського) суду (аналог слідчих суддів) вирішують питання щодо проведення слідчих дій, пов'язаних з обмеженням конституційних прав людини та застосування заходів примусу, запобіжних заходів відносно обвинуваченого, вирішують скарги на незаконні дії або рішення слідчого або (та) прокурора, а також здійснюють інші повноваження, передбачені кримінальним процесуальним законодавством (вирішення питань щодо речових доказів; проведення допиту свідків; надання дозволу на проведення ексгумації; призначення досудового засідання). В даному випадку можна помітити певну подібність щодо переліку повноважень суддів, які контролюють законність на стадії досудового розслідування. Це також вказує і на подібність в процесі застосування розсуду вказаними суб'єктами владних повноважень.

Згідно з КПК Естонської Республіки [270], судовий контроль на стадії досудового розслідування здійснюється суддями попереднього слідства. При закріпленні повноважень судді попереднього слідства законодавець відмовився від введення єдиного положення щодо переліку його повноважень, у зв'язку з чим можна помітити помітність у порядку регулювання діяльності слідчих суддів в КПК України та їх аналогів в КПК Естонської Республіки. З аналізу положень кримінального процесуального законодавства Естонської Республіки можна зробити висновок, що на суддю попереднього слідства покладаються наступні обов'язки: вирішення питання про відводи; забезпечення захисту свідків; депонування показань; вирішення питання про арешт поштового або телеграфного відправлення та його огляд; надання дозволу на проведення обшуку; вирішення питання щодо примусового поміщення підозрюваного до медичної установи; вирішення питань щодо речових доказів; надання дозволів на проведення оперативно-розшукової діяльності; надання дозволу на таємне прослуховування та перегляд інформації; надання дозволу на імітування злочину тощо.

Таким чином можна зробити висновок, що сутність судового контролю на стадії досудового розслідування серед значної частини пострадянських країн є відносно однаковою. На слідчих суддів (суддів-магістратів, суддів з кримінального переслідування тощо) покладаються майже однакові обов'язки та схожі можливості щодо способів реалізації повноважень. Очевидно, що існують певні відмінності, які пояснюються особливостями кримінального процесуального законодавства кожної конкретної країни, однак в цілому можна стверджувати, що можливості суддів, які здійснюють контроль за досудовим розслідуванням, на застосування розсуду є досить подібними у порівнянні з КПК України. В той же час у переважній більшості країн, які були досліджені, загальнозживаною є практика формулювання окремої статті кримінального процесуального закону, яка б вміщувала в собі перелік всіх повноважень відповідних суддів. Така норма значно спрощує процес аналізу повноважень слідчих суддів. В той же час необхідно зазначити, що відсутність такого положення в КПК не можна назвати суттєвим недоліком відповідного кримінального процесуального закону, адже значення має не перелік повноважень, а специфіка їх реалізації, яка може суттєво різнитися в залежності від завдань, які ставляться на відповідному етапі досудового розслідування. Наприклад, неправильним буде порівняння порядку розгляду слідчими суддями скарг на рішення, дії чи бездіяльності слідчого, дізнавача та прокурора, і порядку надання дозволу на проведення обшуку, адже в такому випадку перед слідчими суддями ставляться абсолютно різні завдання. У зв'язку з цим варто ще раз наголосити, що хоча відсутність єдиної статті КПК України, яка б вміщала в собі перелік всіх повноважень слідчого судді, не можна назвати сильною стороною вітчизняного кримінального процесуального законодавства, критичною така ситуація також не є.

Повертаючись до питання аналізу розсуду слідчих суддів відповідно до КПК України, можна зробити висновок, що слідчий суддя під час досудового розслідування має низку досить важливих повноважень, які направлені на

гарантування прав та законних інтересів учасників кримінального провадження. Однак предметом даного дослідження мають бути не самі повноваження, способи реалізації розсуду слідчими суддями під час здійснення судового контролю на стадії досудового розслідування. Очевидно, що, з огляду на досить великий перелік процесуальних можливостей, оцінювати розсуд слідчих суддів при реалізації всіх повноважень недоцільно. У зв'язку з цим пропонується взяти за основу лише одну окрему сферу, в якій суддівський розсуд та детермінанти такого розсуду проявляються найяскравіше. Розпочати такий аналіз можна з повноваження слідчого судді вирішувати відводи під час досудового розслідування.

Власне сама процедура вирішення відводів не представляє значного інтересу при дослідженні способів реалізації розсуду, адже сама процедура досить чітко окреслена в КПК України. В даному випадку інтерес представляє аналіз підстав для заявлення відводу, адже більшість з них є оціночними поняттями. Наприклад, прокурору, слідчому та дізнавачу можна заявити відвід, якщо якщо він особисто, його близькі родичі чи члени його сім'ї заінтересовані в результатах кримінального провадження або існують інші обставини, які викликають обґрунтовані сумніви в його неупередженості. Дана підстава одразу може бути поділена на дві частини: наявність заінтересованості (особистої або через родичів) та наявність інших обставин, які «викликають обґрунтовані сумніви в неупередженості».

Власне законодавець не пояснює, що саме має розумітися під заінтересованістю у кримінальному процесі, хоча таке формулювання зустрічається досить часто. Так, крім власне підстав для відводів КПК України згадує про заінтересованість: у випадку передачі майна яке не має ніякої цінності і не може бути використане при передачі заінтересованим особам в процесі вирішення питання про спеціальну конфіскацію (п. 4 ч. 9 ст. 100 КПК України); при поновлені процесуальних строків заінтересованими особами (ст. 117 КПК України); у випадку направлення копії ухвали про тимчасове

обмеження у користуванні спеціальним правом заінтересованим особам (ч. 4 ст. 152 КПК України); у випадку направлення копії ухвали про відсторонення від посади заінтересованим особам (ч. 4 ст. 157 КПК України); при встановленні в ухвалі про арешт майна порядку виконання ухвали із зазначенням способу інформування заінтересованих осіб (п. 5 ч. 5 ст. 173 КПК України); при оцінці понять як незаінтересованих осіб (ч. 7 та 8 ст. 223 КПК України); при виправленні описок і очевидних арифметичних помилок у судовому рішенні за заявою заінтересованої особи (ч. 1 ст. 379 КПК України); при повідомленні суддею-доповідачем заінтересованих осіб про час, дату і місце апеляційного розгляду (ч. 1 ст. 422 КПК України). При цьому також варто наголосити, що кримінальне процесуальне законодавство використовує і інші подібні поняття, які фактично є аналогами «заінтересованості». Наприклад, в ч. 3 ст. 255 КПК України зазначено: «У разі якщо власник речей або документів, отриманих у результаті проведення негласних слідчих (розшукових) дій, може бути *зацікавлений* у їх поверненні, прокурор зобов'язаний повідомити його про наявність таких речей або документів у розпорядженні прокурора та з'ясувати, чи бажає він їх повернути». Очевидно, що якщо кримінальне процесуальне законодавство не містить тлумачення поняття «заінтересованість», то немає і оцінки відмінності між зацікавленістю та заінтересованістю. З цього можна зробити справедливе припущення, що в кримінальному процесі «зацікавленість» та «заінтересованість» - абсолютно тотожні поняття.

Власне повертаючись до аналізу заінтересованості, можна зробити припущення, що відсутність нормативного тлумачення даної категорії пояснюється відносною сталістю розуміння її сутності. Законодавець не уточнює, що саме має розумітися під заінтересованістю, а робить акцент на суб'єктах, які можуть мати таку заінтересованість (власне особа, якій можуть заявити відвід, її близькі родичі чи члени сім'ї). Тобто слідчий суддя повинен зробити висновок про наявність або відсутність заінтересованості відповідних осіб в кожному конкретному випадку відводу. Проте відносна сталість

розуміння заінтересованості не завжди означає, що суб'єкти застосування розсуду будуть однаково оцінювати дану правову категорію. У зв'язку з цим при аналізі заінтересованості пропонується взяти за основу положення Закону України «Про запобігання корупції». Відповідно до вказаного Закону, неправомірна вигода - грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, будь-які інші вигоди нематеріального чи негрошового характеру, які обіцяють, пропонують, надають або одержують без законних на те підстав. А приватний інтерес – будь-який майновий чи немайновий інтерес особи, у тому числі зумовлений особистими, сімейними, дружніми чи іншими позаслужбовими стосунками з фізичними чи юридичними особами, у тому числі ті, що виникають у зв'язку з членством або діяльністю в громадських, політичних, релігійних чи інших організаціях. Враховуючи, що більшість з осіб, яким можуть заявити відвід у кримінальному процесі, є держслужбовцями, можна із впевненістю стверджувати, що положення Закону України «Про запобігання корупції» можна використовувати як певний фундамент для оцінки відповідного поняття.

Таким чином можна зробити висновок, що заінтересованість у кримінальному процесі – це будь-який майновий чи немайновий інтерес особи, який може мати вираження отримання грошових коштів або іншого майна, переваг, пільг, послуг, нематеріальних активів, будь-якої вигоди нематеріального або негрошового характеру, зумовлений особистими, сімейними, дружніми чи іншими стосунками з фізичними чи юридичними особами, у тому числі ті, що виникають у зв'язку з членством або діяльністю в громадських, політичних, релігійних чи інших організаціях тощо. Відповідно, для оцінки наявності або відсутності заінтересованості слідчий суддя повинен оцінити потенційну можливість отримання таких переваг. При цьому обов'язково має бути враховано реальна можливість отримання таких переваг, навіть якщо вона не настала і не настане.

Якщо вести мову про категорію неупередженості, то ЄСПЛ, аналізуючи суддівську неупередженість, рекомендує брати до уваги суб'єктивний та об'єктивний критерій. За суб'єктивним критерієм враховуються особисті переконання та поведінка судді, тобто те, чи виявив суддя упередженість або безсторонність у відповідній справі. Об'єктивний критерій зобов'язує оцінити забезпечення судом відсутності його безсторонності. «Правосуддя має не тільки чинитися, має бути також видно, що воно чиниться» [190].

Оцінюючи інститут відводів у кримінальному процесі, також не можна оминати увагою проблематики встановлення некомпетентності захисника у кримінальному провадженні. Перш за все необхідно встановити зміст поняття «некомпетентність», яке буде використовуватися в даній роботі. В даному випадку термін «некомпетентність» буде використовуватися в розумінні п. 4 ч. 4 ст. 47 КПК, тобто як відсутність належної правової кваліфікації для надання правової допомоги у конкретному провадженні, що є особливо складним. Тобто некомпетентність буде стосуватися лише знань адвоката, не торкаючись будь-яких інших аспектів його професійної діяльності. Таке тлумачення також узгоджується зі ст. 11 Правил адвокатської етики, де зазначено, що компетентність та добросовісність адвоката «передбачає знання відповідних норм права, наявність необхідного досвіду їх застосування, досконалість в урахуванні всіх обставин, що стосуються доручень клієнта та можливих правових наслідків його виконання, ретельну підготовку до виконання доручень».

Також в ст. 47 КПК передбачена перша процесуальна гарантія здійснення захисту компетентним адвокатом. Будь-який захисник, який не впевнений у власних знаннях та/або сумнівається у власних можливостях, має право відмовитися від виконання своїх обов'язків. Можливо, в даному випадку було б краще, якби КПК вів мову не про право, а про обов'язок адвоката відмовитися від здійснення захисту. В такому випадку адвокат перед тим, як розпочати виконувати функцію захисту, більш ретельно оцінював би свої знання та не

приймав би участі у тих провадженнях, які потребують значно більшого обсягу знань. Поряд з цим ми розуміємо, що обов'язок оцінки захисником власної правової кваліфікації покладається виключно на самого адвоката, що вже передбачає певну суб'єктивність у вирішенні даного питання.

Крім того, більшість захисників залучається на договірних засадах. А тому в самому договорі повинно бути чітко прописані положення щодо компетентності захисника, способах її оцінки та можливості дострокового розірвання договору у випадку, якщо клієнт вважає, що адвокат не володіє достатньою правовою кваліфікацією. Тобто в даному випадку оцінка правових знань адвоката буде проводитись клієнтом, а питання щодо наслідків встановлення некомпетентності захисника буде вирішуватись перш за все в рамках цивільного законодавства (розірвання договору, повернення гонорару тощо).

В той же час не до кінця вирішеним лишається питання кримінально-процесуальних наслідків встановлення некомпетентності захисника. Якщо не брати до уваги положення п. 4 ч. 4 ст. 47 КПК, то єдиною нормою, яка може бути застосована у випадку виявлення низького рівня знань захисника, є ст. 54 КПК. Так, в даній статті передбачена процедура відмови підозрюваного, обвинуваченого від захисника або його заміна. Варто звернути увагу на те, що ст. 54 КПК регулює лише порядок відмови та заміни захисника, проте не встановлює підстави відмови від захисника. Очевидно, що перелік таких підстав є невичерпним, а отже сюди також можна включити питання щодо некомпетентності захисника.

Цікавим також є питання щодо можливості заявлення відводу захиснику у випадку його неналежної правової кваліфікації. Так, в ст. 78 КПК передбачений вичерпний перелік підстав, за якими може бути заявлено відвід захиснику: його участь у цьому самому кримінальному провадженні в іншому процесуальному статусі, конфлікт інтересів або зупинення чи припинення права на зайняття адвокатською діяльністю. Цей перелік є вичерпний, а отже заявляти відвід

захиснику у випадку встановлення його некомпетентності неможна, а судді повинні відмовляти у задоволенні такої заяви про відвід. Проте так відбувається не завжди.

Так, наприклад, суддя Кам'янка-Бузинського районного суду Львівської області розглянув заяву про відвід захисника, яка була подана обвинуваченим. Підставою заявленого відводу було те, що обвинувачений не довіряє захиснику, оскільки він не обізнаний у матеріалах справи, і не може здійснювати належно її захист у даному кримінальному провадженні. Суддя, заслухавши думку учасників судового розгляду, посилаючись на ст. 47 КПК, задовольнив заяву обвинуваченого про відвід захисника [291]. Тобто суд самостійно визнав некомпетентність адвоката в якості підстави для задоволення заяви про відвід. В іншому судовому рішенні за аналогічною заявою суд відмовив у відводі захисника, але не через відсутність такої підстави в ст. 78 КПК, а через те, що заявлений відвід «є необґрунтованим та надуманим, оскільки суд не вбачає в діях захисника порушень його функцій щодо здійснення захисту особи, передбачених ст. 47 КПК» [300]. Тобто в даному випадку суд також проаналізував участь захисника у кримінальному провадженні через положення ст. 47 КПК, тобто встановлюючи компетентність (або некомпетентність) такої особи.

Питання, які розглядали судді в даних судових рішеннях, виходять за межі ст. 74 КПК, тобто є такими, що не відповідають вимогам кримінального процесуального законодавства. В той же час вирішення судом або слідчим суддею питання про відвід захисника у зв'язку з його некомпетентністю виглядає як додаткова гарантія права підозрюваного, обвинуваченого та інших осіб на якісну правову допомогу. Тому існує сенс внести відповідні зміни до ст. 74 КПК. Але поряд з цим варто передбачити, що право заявляти такий відвід можуть лише ті особи, щодо яких здійснюється захист, адже в іншому випадку такими відводами стане зловживати перш за все сторона обвинувачення.

Оцінюючи реалізацію розсуду слідчими суддями на досудовому розслідуванні, також не можна оминати увагою проблематику визначення

розміру застави. Проблема встановлення грошових застав у кримінальних провадженнях не є новою для науковців та практиків різних країн. У той же час погляди на дану проблему досить сильно різняться між собою. Очевидно, що така ситуація в першу чергу пояснюється відмінностями правового регулювання. Так, наприклад, у Великобританії суд може обрати до особи запобіжний захід у вигляді застави без внесення коштів, зобов'язавши підозрюваного з'являтися на всі судові засідання, визначивши поручителів, чи встановити конкретну суму грошей, яку повинен внести підозрюваний або його поручителі [338]. При цьому сам факт існування грошової застави зазнавав критики, адже, відповідно до звіту англійського Хоум-офісу робітничої партії (1974), грошові застави можуть стати причиною дискримінації менш забезпечених членів суспільства, розмір застави складно розрахувати, а для підозрюваних досить складно зібрати всю необхідну суму грошей за короткий період часу [339].

В США, навпаки, внесення грошової застави є досить популярним заходом забезпечення, який гарантує, що особа, наприклад, не втече від слідства чи не вчинить нове кримінальне правопорушення. Більше того, достатньо велика кількість судів у США користуються «списками застав», які являють собою таблицю, в якій чітко визначено розмір застави в залежності від конкретного виду кримінального правопорушення [352]. Для суддів такий «список», як правило, має лише рекомендаційний характер [363], однак на практиці використання такого інструменту отримало відносну популярність [353].

Проте система застави, яка на даний момент існує в США, постійно піддається критиці з боку науковців [356; 372; 374], суддів [349], політиків [342] та інших.

Поряд з цим, незважаючи на значну кількість нещадної критики, не можна забувати і про низку позитивних моментів у застосуванні застави, до яких відносять:

- тривалість застосування застави та, як наслідок, її прийняття та розуміння громадськістю;

- ефективність;
- легкість в адмініструванні;
- можливість негайно отримати певну грошову суму, яка може бути звернута в дохід держави тощо [339].

Українське кримінальне процесуальне законодавство в частині визначення правової природи такого запобіжного заходу, як застава, є досить схожим до процесуального законодавства інших пострадянських країн. Так, чинний КПК України містить декілька положень, які стосуються питань обрання та визначення розміру застави. Відповідно до ст. 182 КПК України, застава полягає у внесенні коштів у грошовій одиниці України на спеціальний рахунок, визначений в порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України, з метою забезпечення виконання підозрюваним, обвинуваченим покладених на нього обов'язків, під умовою звернення внесених коштів у дохід держави в разі невиконання цих обов'язків. При цьому розмір застави визначається у таких межах: 1) щодо особи, підозрюваної чи обвинуваченої у вчиненні нетяжкого злочину, – від одного до двадцяти розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб; 2) щодо особи, підозрюваної чи обвинуваченої у вчиненні тяжкого злочину, – від двадцяти до вісімдесяти розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб; 3) щодо особи, підозрюваної чи обвинуваченої у вчиненні особливо тяжкого злочину, – від вісімдесяти до трьохсот розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб. Слідчі судді мають право обрати більший розмір застави, якщо особа підозрюється у вчиненні тяжкого чи особливо тяжкого злочину та якщо максимальний розмір застави, визначений відповідним положенням КПК, не зможе забезпечити виконання покладених на особу обов'язків. Також, відповідно до ст. 178 КПК України, при обранні будь-якого запобіжного заходу (в тому числі і застави) слідчий суддя, суд зобов'язані врахувати: 1) вагомість наявних доказів про вчинення підозрюваним, обвинуваченим кримінального правопорушення; 2) тяжкість покарання, що загрожує відповідній особі у разі визнання підозрюваного, обвинуваченого

винуватим у кримінальному правопорушенні, у вчиненні якого він підозрюється, обвинувачується; 3) вік та стан здоров'я підозрюваного, обвинуваченого; 4) міцність соціальних зв'язків підозрюваного, обвинуваченого в місці його постійного проживання, у тому числі наявність в нього родини й утриманців; 5) наявність у підозрюваного, обвинуваченого постійного місця роботи або навчання; 6) репутацію підозрюваного, обвинуваченого; 7) майновий стан підозрюваного, обвинуваченого; 8) наявність судимостей у підозрюваного, обвинуваченого; 9) дотримання підозрюваним, обвинуваченим умов застосованих запобіжних заходів, якщо вони застосовувалися до нього раніше; 10) наявність повідомлення особі про підозру у вчиненні іншого кримінального правопорушення; 11) розмір майнової шкоди, у завданні якої підозрюється, обвинувачується особа, або розмір доходу, в отриманні якого внаслідок вчинення кримінального правопорушення підозрюється, обвинувачується особа, а також вагомість наявних доказів, якими обґрунтовуються відповідні обставини. При цьому варто зауважити, що КПК України 2012 року зробив досить впевнений крок на шляху до більш активного застосування застави, адже майже у всіх випадках обрання до особи запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою слідчі судді та суд зобов'язані визначити розмір застави в якості альтернативного запобіжного заходу¹.

Підставою застосування запобіжного заходу є наявність обґрунтованої підозри у вчиненні особою кримінального правопорушення, а також наявність ризиків, які дають достатні підстави слідчому судді, суду вважати, що підозрюваний, обвинувачений, засуджений може здійснити дії, передбачені частиною першою цієї статті. При цьому законодавець не уточнює, що саме має розумітися під «достатністю підстав». На думку В.О. Рибалка, під достатністю підстави розуміється її повнота, обсяг фактичних даних, що її становлять.

¹ Виключення становлять злочини, які спричинили загибель людини; злочини із застосуванням насильства; випадки, коли до підозрюваного в цьому ж кримінальному провадженні вже обирався запобіжний захід у вигляді застави проте підозрюваний не виконав покладені на нього обов'язки; а також відносно окремої категорії злочинів, що передбачено КПК України

Підстави застосування запобіжного заходу будуть достатніми тоді, коли фактичні дані, що її складають, дозволять слідчому судді, суду на основі закону та внутрішнього переконання зробити висновок про необхідність обрання запобіжного заходу. Питання про достатність підстав повинно вирішуватися у кожному конкретному випадку з урахуванням наявних фактичних даних [185, с. 152].

Якщо власне аналізувати той перелік ризиків, який зазначений в ст. 177 КПК, то можна дійти висновку, що він досить повно охоплює перелік обставин, які можуть негативно вплинути на хід досудового розслідування та судового розгляду. Наприклад, Д. Макбрайд, проаналізувавши практику ЄСПЛ, вказав, що до таких ризиків мають відносити: 1) ризик переховування; 2) ризик перешкоджання здійсненню правосуддя; 3) ризик вчинення нових злочинів; 4) загроза громадському порядку та захист утримуваного під вартою [122, с. 91-104]. А. Бущенко відносить до ризиків, що можуть виправдати тримання особи під вартою: 1) тяжкість обвинувачення; 2) ризик втечі обвинуваченого; 3) ризик знищення доказів; 4) ризик повторення злочину; 5) захист громадського порядку; 6) безпека обвинуваченого [25, с. 239-268]. В даному випадку сумнівною виглядає позиція науковців щодо такого ризику, як забезпечення безпеки обвинуваченого, адже метою застосування заходів забезпечення у кримінальному провадженні є саме забезпечення дієвості досудового розслідування та судового розгляду. Забезпечення безпеки осіб у кримінальному провадженні (в тому числі і обвинуваченого) відбувається відповідно до ЗУ «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві» та ЗУ «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів», а не в порядку обрання до такої особи запобіжних заходів.

Проте, з урахуванням популярності такого запобіжного заходу, як тримання під вартою, слідчі судді та судді досить часто стикаються з необхідністю визначати розмір застави. Однак КПК України не дає відповідь на

головне питання: як саме має визначатися розмір застави в кожному конкретному випадку? В КПК України визначено лише певні межі розміру застави, яка залежить від тяжкості злочину, а також наданий перелік обставин, які повинен врахувати суд. Проте закон не зазначає, як саме ці обставини мають впливати на розмір застави.

Одразу варто зауважити, що в частині правового регулювання встановлення та визначення застави КПК України подібний до кримінального процесуального законодавства більшості східноєвропейських країн:

ст. 197 Кримінального процесуального акта Республіки Словенія – застава завжди повинна визначатися як розмір грошей, що залежить від тяжкості злочину, особи обвинуваченого та його родини, матеріального становища заставодавця;

ст. 266 КПК Республіки Польща – розмір, тип та умови застави, а також строки її внесення, мають бути встановлені відповідно до матеріального становища обвинуваченого та заставодавця, розміру збитків та характеру злочину;

ст. 217 КПК Румунії – розмір застави ... визначається в залежності від тяжкості обвинувачення, матеріального становища обвинуваченого та його законних обов'язків;

ст. 1921 КПК Республіки Молдова – розмір застави встановлюється суддею з кримінального переслідування або судовою інстанцією в межах від 300 до 100 000 умовних одиниць в залежності від матеріального становища відповідної особи та тяжкості скоєного злочину;

ст. 145 КПК Республіки Казахстан – розмір застави визначається з урахуванням тяжкості підозри, особи підозрюваного, обвинуваченого, характеру злочинного діяння, матеріального становища заставодавця та не може бути меншим: тридцятикратного розміру місячного розрахункового показника, проте не більше сто двадцятикратного розміру місячного розрахункового показника – при підозрі у вчиненні злочину невеликої тяжкості; сто двадцятикратного

розміру місячного розрахункового показника, проте не більше двісті кратного розміру місячного розрахункового показника – при підозрі у вчиненні необережного злочину середньої тяжкості; двісті кратного розміру місячного розрахункового показника, але не більше трьохсот п'яти десятикратного розміру місячного розрахункового показника – при підозрі у вчиненні умисного злочину середньої тяжкості; трьохсот п'яти десятикратного розміру місячного розрахункового показника – при підозрі у вчиненні тяжкого злочину; п'ятисот кратного розміру місячного розрахункового показника – при підозрі у вчиненні особливо тяжкого злочину;

ст. 124 КПК Республіки Білорусь – вид та розмір застави визначаються органом, що веде кримінальний процес, з урахуванням тяжкості злочину та нанесеної ним матеріальної шкоди, особи підозрюваного чи обвинуваченого, матеріального становища заставодавця. Розмір застави не може складати понад сто базових величин.

Очевидно, що дана методика недосконала. Відсутність чітких орієнтирів може стати причиною того, що на рішення слідчого судді при визначенні розміру застави можуть впливати сторонні чинники: корупція [373], дискримінація [345; 369], стереотипи суддів [345] тощо. Проте наявність надто чітких орієнтирів (як вже згаданий «список застав») може ставити під сумнів суддівську дискрецію [344]. При цьому такі аргументи не можуть заперечувати необхідність внесення чіткості в саму методику визначення розміру застави, адже це питання піднімалося навіть на рівні ЄСПЛ [194] та ВС США [370].

Якщо аналізувати наукові роботи з даного питання, то можна встановити, що проблема обрання до особи запобіжного заходу у вигляді застави в якості альтернативи тримання під вартою досить жваво обговорюється в першу чергу західними науковцями. Вчені аналізували як власне вірогідність прийняття рішення про обрання до особи застави, так і розмір застави, використовуючи різні фактори: соціальний вплив [374], расову приналежність [366; 367], тип правової допомоги (платний чи безоплатний) [366; 371], стать [356; 366], вік

[345; 356; 366; 367], попередні ув'язнення [345; 356; 367; 371] тощо. Наприклад, в одному дослідженні науковці одночасно дослідили і вірогідність обрання до особи застави, і розмір обраної застави, і вірогідність внесення застави [366]. При цьому вчені використали такий фактор, як тип правової допомоги (безоплатний або платний) як можливий індикатор матеріального становища підозрюваних. Маріан Вільямс (Marian R. Williams), у свою чергу, дослідив вплив заповненості в'язниць на розмір застав, які обираються суддями [371].

Інша група вчених пропонувала власні концепції вдосконалення процедури прийняття рішення про обрання запобіжних заходів. Так, Кристал Янг (Crystal S. Yang) запропонувала при прийнятті рішення про обрання до особи застави враховувати як переваги тримання під вартою, так і його виключний характер [374], при цьому користуючись чіткими нумеративними формулами.

Проте серед країн Східної Європи дана проблема все ще залишається досить недослідженою. Тому з метою проведення відповідного дослідження було проаналізовано 239 ухвал слідчих суддів про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою із обранням в якості альтернативного запобіжного заходу застави у період з 2015 по 2020 роки. Вибір саме такого типу ухвал пояснюється значно більшою популярністю тримання під вартою у порівнянні із заставою в якості самостійного запобіжного заходу.

Як вже було зазначено, в КПК України встановлена мінімальна та максимальна межа розміру застави в залежності від тяжкості злочину, в якому підозрюється особа. Тому всі ухвали були поділені на 3 групи:

- нетяжкі злочини (в попередній редакції КК України – злочини середньої тяжкості) – 47 ухвал;
- тяжкі злочини – 175 ухвал;
- особливо тяжкі злочини – 17 ухвал.

Для аналізу обставин, які враховувалися суддями при визначенні розміру застави, було обрано номінальну шкалу із виділенням трьох перемінних: «судом не враховувалося», «погіршило становище особи», «покращило становище

особи». Перемінна «судом не враховувалося» присвоювалася всім випадкам, коли суддя взагалі не брав до уваги ту чи іншу обставину (наприклад, про неї не згадувалося в судовому рішенні). Перемінна «покращило становище особи» використовувалась тоді, коли суддя визначав дану обставину як таку, що позитивно характеризувала підозрюваного при визначенні розміру застави. Протилежне значення мала перемінна «погіршило становище особи».

Одиницею для обрахування розміру застави було обрано як гривню, так і прожитковий мінімум для працездатних осіб (далі – ПМ)¹. Гривня як одиниця використовувалась лише для порівняння розміру майнової шкоди (яка визначалася також у гривні) та розміру застави. У всіх інших випадках для обрахування розміру застави використовувався ПМ. Такий вибір має одразу декілька пояснень. По-перше, в КПК України визначені межі розміру застав у ПМ, а не у конкретних грошових одиницях. По-друге, ПМ змінюється щороку відповідно до економічних умов та визначається ЗУ «Про Державний бюджет України», а тому ПМ адекватно представляє реальні блага, які будуть покладені в основу застави.

Для аналізу сили зв'язку між *числовими* величинами було застосовано коефіцієнт кореляції Пірсона, який обраховується за формулою

$$r_{xy} = \frac{\sum(x_i - \bar{x}) \times (y_i - \bar{y})}{\sqrt{\sum(x_i - \bar{x})^2 \times \sum(y_i - \bar{y})^2}}$$

де x_i – значення розміру застави, y_i – значення розміру матеріальної шкоди), $\bar{x}$ – значення середнього розміру застави, $\bar{y}$ – значення середнього розміру матеріальної шкоди. Коефіцієнт кореляції Пірсона може набувати значення від -1 до +1. Відповідно, якщо коефіцієнт наближається до 0, то можна стверджувати про відсутність зв'язку між двома величинами, а якщо коефіцієнт

¹ До 2016 року розмір застави обраховувався не в прожиткових мінімумах для працездатних осіб, а у мінімальній заробітній платі. Однак така зміна фактично не вплинула на вираження розміру застави у грошовому еквіваленті, тому в даному дослідженні буде використано формулювання «прожитковий мінімум».

наближається до +1 (-1), то можна констатувати сильний прямий (обернений) зв'язок.

Для аналізу впливу *нечислових* факторів на розмір застави було проаналізовано середнє значення розміру застави за кожною обставиною із виділенням стандартної помилки та відхилення.

Як вже було зазначено, відповідно до ст. 178 КПК України, судді при обранні будь-якого запобіжного заходу повинні врахувати 11 обставин, які стосуються як події кримінального правопорушення, так і самої особи, яка вчинила кримінальне правопорушення. Проте при аналізі ухвал було встановлено, що більшість із передбачених КПК України обставин суддями або не враховується взагалі, або лише зазначається в тексті ухвали у вигляді стандартних формулювань без реальних посилань на докази, які підтверджують або спростовують існування вказаних обставин. Відповідно, було встановлено реальний перелік обставин, які судді дійсно враховували при визначенні розміру застави. До таких обставин відносяться:

- «Переховувався» – факт того, що особа переховувалася від слідства. У випадках, які погіршували становище особи, підозрюваного було оголошено у розшук та насильно доставлено до суду. У випадках, які покращували становище особи, слідчі судді відзначали, що підозрюваний самостійно з'явився до органу досудового розслідування;

- «Допомагав розслідуванню» – чи допомагає підозрюваний досудовому розслідуванню. Якщо підозрюваний визнає свою вину та активно сприяє досудовому розслідуванню, то слідчі судді враховували цю обставину як таку, що покращувала становище особи. Цікавим є те, що в деяких випадках судді негативно оцінювали відмову підозрюваного допомагати досудовому розслідуванню, навіть незважаючи на дію принципу презумпції невинуватості та право особи не свідчити проти себе;

- «Раніше судимий» – чи вчинялися підозрюваним інші злочини на момент обрання запобіжного заходу. Судді враховували як факт вчинення особою вже

доведених злочинів, за які особа відбула покарання, так і наявність інших кримінальних проваджень, за якими вирoki ще не були винесені;

- «Асоціальність» – в даному випадку суд аналізував спосіб життя підозрюваного: чи зловживає він алкогольними напоями, чи вживає наркотичні речовини, як його в цілому оцінює громада, в якій він проживає, тощо;

- «Родина» – в даному випадку судді оцінювали міцність соціальних зв'язків підозрюваного: наявність чоловіка/дружини, дітей, інших родичів, а також міцність соціальних зв'язків у середині родини;

- «Робота (навчання)» – судді враховували наявність або відсутність у підозрюваного постійного місця роботи (навчання), або наявність (або відсутність) законних джерел доходу;

- «Житло» – судді враховували, чи наявне у підозрюваного власне житло або житло, яке ним законно орендується. Також у даному випадку судді враховували факт проживання підозрюваного у місцевості, в якій ним було вчинено правопорушення, як одну із обставин, яка вказує на те, що підозрюваний не буде переховуватися від слідства;

- «Особи на утриманні» – судді оцінювати той факт, що у підозрюваного на утриманні перебувають діти або непрацездатні особи. Цікавим є той факт, що досить часто відсутність таких осіб на утриманні підозрюваного згадувалася в судових рішеннях як обставина, яка не перешкоджає (тобто дозволяє) застосовувати до підозрюваного запобіжні заходи;

- «Здоров'я» – суд враховував стан здоров'я підозрюваного, наявність у нього хронічних хвороб тощо. В даному випадку судді також використовували відсутність у підозрюваного серйозних проблем із здоров'ям в якості додаткового обґрунтування можливості застосування до особи запобіжного заходу, що знову таки суперечить засадам кримінального процесу;

- «Характеристика» – судді враховували письмову характеристику особи, яка була надана уповноваженими на те особами за місцем проживання або роботи підозрюваного.

Таблиця 2.2.1. Обставини, які враховували судді при обранні запобіжного заходу

Обставина	Нетяжкі злочини (середньої тяжкості) <i>N=47</i>	Тяжкі злочини <i>N=175</i>	Особливо тяжкі злочини <i>N=17</i>
Переховувався			
не враховувалось	27 (57,4%)	134 (76,6%)	14 (82,4%)
погіршило	20 (42,6%)	49 (22,3%)	3 (17,6%)
покращило	0	2 (1,1%)	0
Допомога слідству			
не враховувалось	32 (68,1%)	111 (63,4%)	11 (64,7%)
погіршило	0	5 (2,9%)	2 (11,8%)
покращило	15 (31,9%)	59 (33,7%)	4 (23,5%)
Раніше судимий			
не враховувалось	5 (10,6%)	32 (18,3%)	11 (64,7%)
погіршило	41 (87,2%)	136 (77,7%)	4 (23,5%)
покращило	1 (2,1%)	7 (4%)	2 (11,8%)
Асоціальний			
не враховувалось	46 (97,9%)	155 (88,6%)	17 (100%)
погіршило	1 (2,1%)	20 (11,4%)	0
покращило	0	0	0
Сім'я			
не враховувалось	28 (59,6%)	82 (46,9%)	6 (35,3%)
погіршило	17 (36,2%)	81 (46,3%)	8 (47,1%)
покращило	2 (4,3%)	12 (6,9%)	3 (17,6%)
Робота (навчання)			
не враховувалось	8 (17%)	45 (25,7%)	6 (35,3%)
погіршило	39 (83%)	120 (68,6%)	9 (52,9%)
покращило	0	10 (5,7%)	2 (11,8%)
Житло			
не враховувалось	29 (61,7%)	106 (60,6%)	9 (52,9%)
погіршило	16 (34%)	58 (33,1%)	6 (35,3%)
покращило	2 (4,3%)	11 (6,3%)	2 (11,8%)
Особи на утриманні			
не враховувалось	33 (70,2%)	136 (77,7%)	13 (76,5%)
погіршило	8 (17%)	24 (13,7%)	2 (11,8%)
покращило	6 (12,8%)	15 (8,6%)	2 (11,8%)
Здоров'я			
не враховувалось	42 (89,4%)	156 (89,1%)	15 (88,2%)
погіршило	3 (6,4%)	16 (9,1%)	2 (11,8%)

покращило	2 (4,3%)	3 (1,7%)	0
Характеристика			
не враховувалось	38 (80,9%)	139 (79,4%)	16 (94,1%)
погіршило	8 (17%)	34 (19,4%)	0
покращило	1 (2,1%)	2 (1,1%)	1 (5,9%)

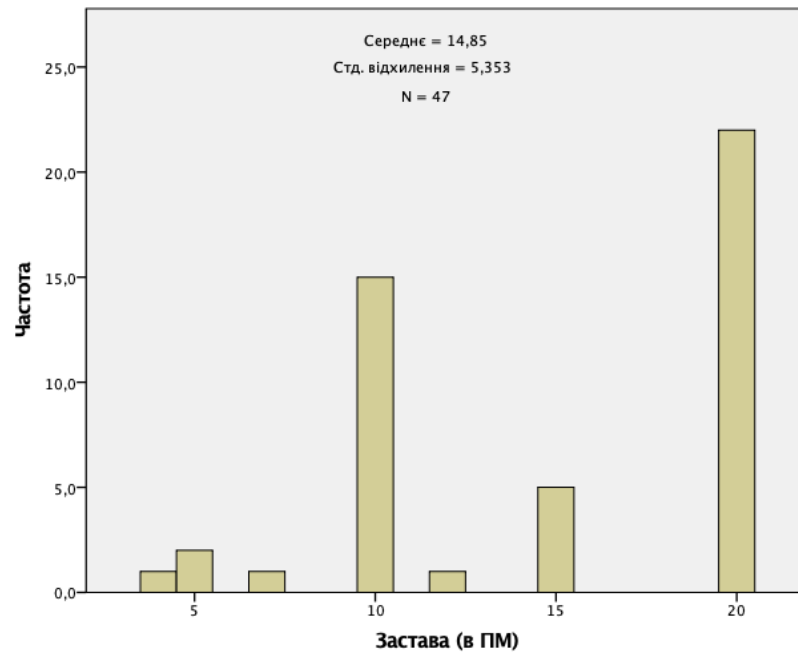
Власне аналіз даних обставин вже дозволяє зробити досить цікаві висновки. Так, судді при визначенні розміру застави фактично не враховують майновий стан підозрюваного, хоча КПК України зобов'язує їх це робити. Очевидно, що це може пояснюватися складністю оцінки такої обставини. Далеко не всі громадяни України свої заощадження зберігають у банках, тому доступ до банківських рахунків для встановлення матеріального стану в даному випадку не матиме реальних результатів. У даному випадку оцінити матеріальне становище підозрюваного можна лише за показником «Робота (навчання)», однак цей показник лише вказує на факт існування постійного доходу, але не на обсяги такого доходу.

Повертаючись до аналізу визначення розміру застави, в першу чергу слід проаналізувати, чи відповідає розмір застави нормальному розподілу. Як вже було зазначено, КПК України визначає межі застави в залежності від тяжкості злочинів:

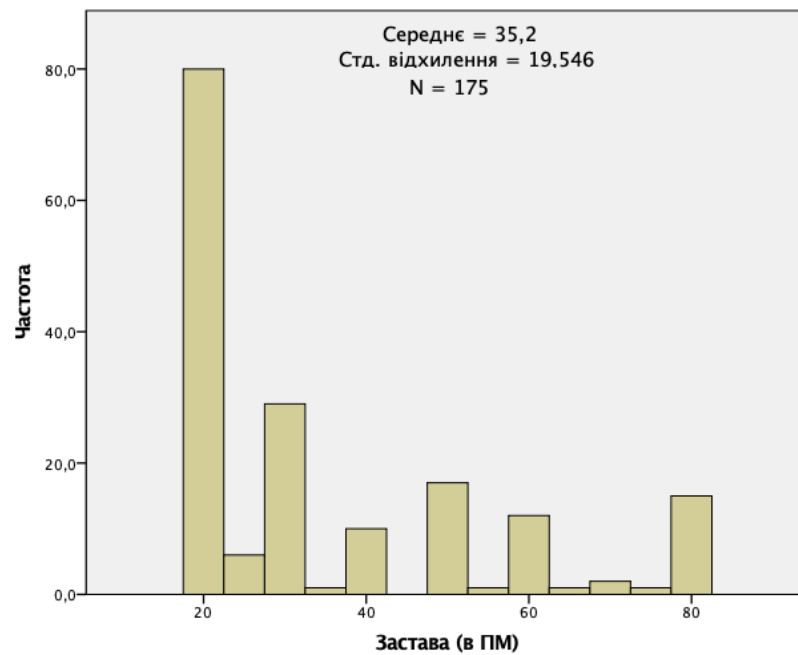
- нетяжкі злочини (злочини середньої тяжкості) – від 1 до 20 ПМ;
- тяжкі злочини – від 20 до 80 ПМ;
- особливо тяжкі злочини – від 80 до 300 ПМ.

При цьому судді при розгляді тяжких та особливо тяжких злочинів мають право обирати застави більші, ніж максимально визначені межі (але не менші).

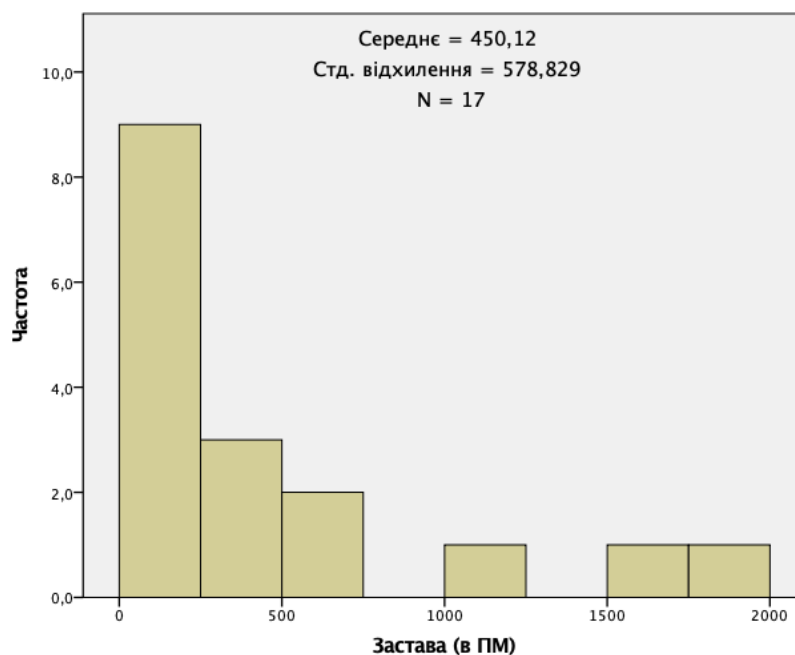
Аналіз показав, що розмір застави (в залежності від тяжкості злочину) розподіляється наступним чином.



Графік 2.2.1. Частота застав (в ПМ) для нетяжких злочинів (злочинів середньої тяжкості)



Графік 2.2.2. Частота застав (в ПМ) для тяжких злочинів



Графік 2.2.3. Частота застав (в ПМ) для особливо тяжких злочинів

Як можна помітити, в жодних з трьох випадків не можна стверджувати, що діє закон нормального розподілу. Поряд з цим можна зробити висновок, що в кожній групі діють свої певні специфічні правила, які впливають на визначення розміру застави.

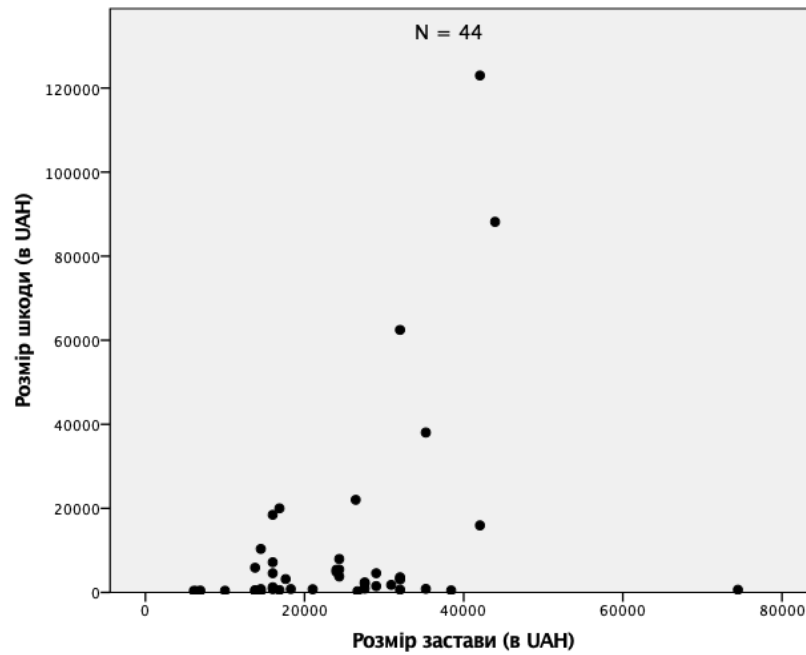
Так, для нетяжких злочинів (злочинів середньої тяжкості) в більшості випадків судді обирали найбільший розмір застави – 20 ПМ. Тобто, приймаючи рішення про обрання запобіжного заходу, слідчі судді в першу чергу орієнтуються на максимальний розмір застави. Протилежною є ситуація зі заставами для тяжких злочинів. Переважна більшість суддів обрала мінімальну заставу (середня застава – 35,2, стандартне відхилення – 19,456). При цьому можна помітити, що із збільшенням розміру застави зменшувалася кількість проваджень, в яких такі застави були застосовані.

Дещо дивною є ситуація із заставами для особливо тяжких злочинів. У даному випадку слідчі судді також за основу брали мінімальні межі застави, але значно охочіше встановлювали розмір застави, який набагато перевищує визначений законом максимум (середнє – 450, відхилення – 578,829).

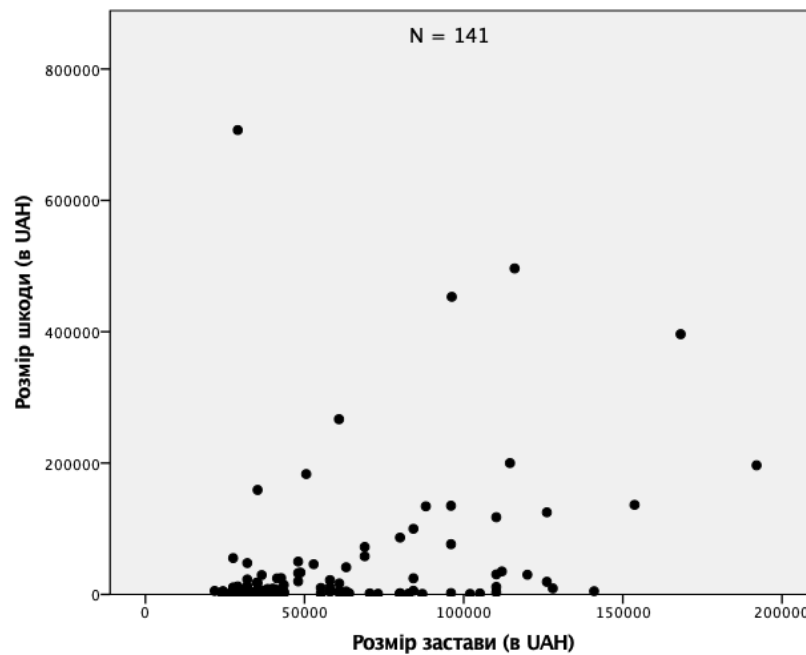
Отже, в жодному з випадків не можна стверджувати, що розмір застави може бути пояснений лише за допомогою стандартних статистичних моделей, а тому для кращого розуміння сутності даної проблеми необхідно вводити додаткові параметри та спостерігати відповідні зміни. І першим параметром, який необхідно взяти до уваги, повинен бути розмір завданої злочином матеріальної шкоди.

Одразу варто зробити ремарку, що далеко не у всіх злочинах можна встановити грошовий еквівалент завданої шкоди (в першу чергу мова йде про злочини проти життя та здоров'я). Поряд з цим категорія матеріальної шкоди здається цілком обґрунтованим показником, який мають враховувати судді. Однак при цьому треба пам'ятати, що до особи обираються запобіжні заходи тоді, коли вина підозрюваного у вчиненні злочину (та, відповідно, у завданні шкоди) ще не доведена та не встановлена судом. Тому гіпотеза про виділення матеріальної шкоди як ключового фактора ще повинна знайти своє підтвердження.

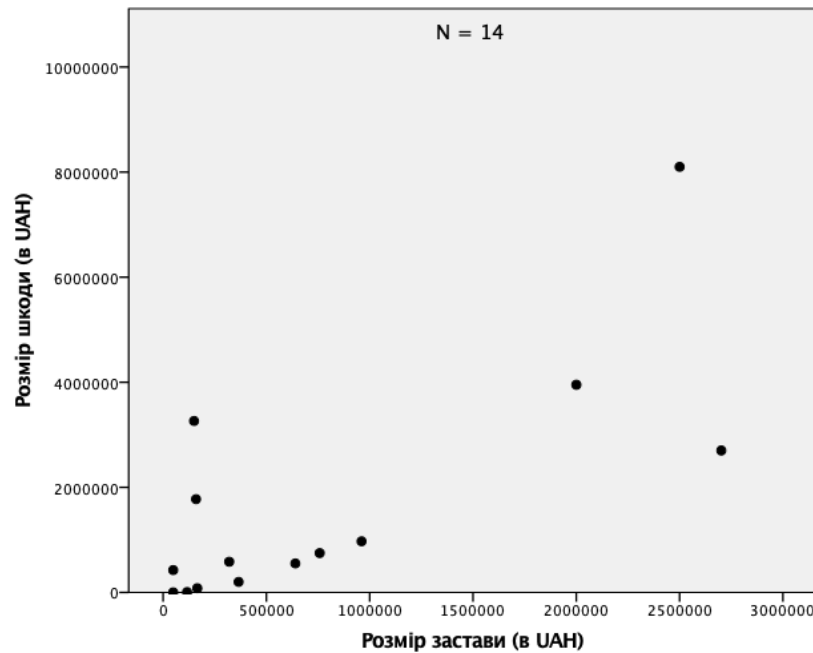
Отже, якщо виділити ті провадження, в яких майнова шкода була (попередньо) встановлена, графічно зобразити зв'язок між розміром майнової шкоди та розміром застави можна наступним чином:



Графік 2.2.4. Зв'язок між розміром майнової шкоди (в UAH) та розміром застави (в UAH) для нетяжких злочинів (злочинів середньої тяжкості)



Графік 2.2.5. Зв'язок між розміром майнової шкоди (в UAH) та розміром застави (в UAH) для тяжких злочинів



Графік 2.2.6. Зв'язок між розміром майнової шкоди (в UAH) та розміром застави (в UAH) для особливо тяжких злочинів

Таким чином, можна помітити, що існує певний взаємозв'язок між розміром матеріальної шкоди та розміром застави [253]. Відповідно, задля оцінки сили зв'язку даних величин можна застосувати кореляцію Пірсона, за допомогою якої можна встановити коефіцієнт сили зв'язку

Таблиця 2.2.2. Коефіцієнт кореляції Пірсона

	Нетяжкі злочини (злочини середньої тяжкості)	Тяжкі злочини	Особливо тяжкі злочини
Коефіцієнт сили зв'язку між розміром матеріальної шкоди та розміром застави	0,359*	0,346**	0,709**
* $p < 0,05$			
** $p < 0,01$			

Можна помітити, що зв'язок між розміром майнової шкоди та розміром застави дійсно існує. При цьому ми вважаємо, що навіть рівень 0,359 та 0,346 вказує на достатньо сильний зв'язок, адже, по-перше, суд повинен враховувати низку інших обставин, а не лише розмір матеріальної шкоди, а по-друге, КПК

України взагалі не встановлює розмір матеріальної шкоди як обставину, яка має враховуватися суддями при визначенні розміру застави.

При цьому сила кореляції збільшується із збільшенням тяжкості кримінального правопорушення. Такий факт може мати одразу декілька пояснень. По-перше, необхідно враховувати можливий діапазон розміру застав, який передбачений КПК України. Щодо нетяжких злочинів (злочинів середньої тяжкості) судді можуть обрати заставу лише в діапазоні 20 ПМ (від 1 до 20), щодо тяжких злочинів – 60 ПМ (від 20 до 80 ПМ), щодо особливо тяжких злочинів – 220 ПМ (від 80 до 300 ПМ). Тобто судді при обранні застави щодо більш тяжких злочинів мають ширші повноваження в частині забезпечення відповідності розміру майнової шкоди розміру застави. Крім того, як вже було зазначено, в провадженнях щодо тяжких та особливо тяжких злочинів судді мають право встановлювати більший розмір застави, ніж той, що передбачений КПК України.

Проте, як можна помітити з **таблиці 2**, в провадженнях по тяжких злочинах, які досліджувалися, судді не обирали розмір застави вище вищої межі. Даний факт має цілком логічне обґрунтування. Так, у грошовому еквіваленті 80 ПМ дорівнюють приблизно 150 000 UAH. Можна помітити, що у відносно невеликій кількості проваджень розмір майнової шкоди був вищим, ніж 150 000 UAH, і, якщо виходити із гіпотези сильного зв'язку між розміром майнової шкоди та розміром застави, у суддів майже не було підстав обирати розмір застави більший, ніж той, що передбачений КПК України. Протилежною є ситуація для проваджень щодо особливо тяжких злочинів, де середній розмір майнової шкоди становить 1 374 215 UAH (для порівняння: максимальна визначена КПК України застава 300 ПМ у грошовому еквіваленті становить приблизно 550 000 UAH). Тому судді при визначенні розміру застави щодо особливо тяжких злочинів активно застосовували своє право обирати розмір застави більший, ніж той, що передбачений КПК України.

Проте при визначенні розміру застави судді також беруть до уваги низку інших обставин. Для того, щоб оцінити їх вплив, було проведено порівняння середнього розміру застави (в ПМ) за кожною з обставин, у результаті чого були отримані наступні результати:

Таблиця 2.2.3. Середній розмір застави для нетяжких злочинів (злочинів середньої тяжкості)

Обставина	Середнє	Стд. відхилення	Стд. помилка середнього
Переховувався			
не враховувалось	15,07	5,129	0,987
погіршило	14,55	5,763	1,289
покращило	-	-	-
Допомагав розслідуванню			
не враховувалось	15,03	4,935	0,872
погіршило	-	-	-
покращило	14,47	6,323	0,781
Раніше судимий			
не враховувалось	14	5,477	2,449
погіршило	15,2	5,226	0,816
покращило	5	-	-
Асоціальний			
не враховувалось	14,96	5,362	0,791
погіршило	10	-	-
покращило	-	-	-
Сім'я			
не враховувалось	14,96	5,351	1,011
погіршило	14,65	5,556	1,347
покращило	15	5,353	0,781
Робота			
не враховувалось	14,88	4,970	1,757
погіршило	14,85	5,489	0,879
покращило	-	-	-
Житло			
не враховувалось	14	5,431	1,009
погіршило	15,75	5,196	1,299
покращило	20	-	-
Особа на утриманні			
не враховувалось	14,18	5,582	0,972
погіршило	16,88	4,581	1,619
покращило	15,83	4,916	2,007
Здоров'я			
не враховувалось	14,16	5,437	0,839
погіршило	18,33	2,887	1,667
покращило	15	7,071	5
Характеристика			
не враховувалось	15,16	5,400	0,876
погіршило	12,75	4,979	1,760
покращило	20	-	-

Таблиця 2.2.4. Середній розмір застави для тяжких злочинів

Обставина	Середнє	Стд. відхилення	Стд. помилка середнього
Переховувався			
не враховувалось	35,43	19,882	1,718
погіршило	35,21	18,803	3,011
покращило	20	-	-
Допомагав розслідуванню			
не враховувалось	36,8	21,055	1,998
погіршило	39,2	18,047	8,071
покращило	31,85	16,284	2,120
Раніше судимий			
не враховувалось	38,66	21,338	3,772
погіршило	34,65	19,003	1,629
покращило	30	22,461	8,452
Асоціальний			
не враховувалось	35,81	19,924	1,600
погіршило	30,5	15,969	3,571
покращило	-	-	-
Сім'я			
не враховувалось	38,15	20,161	2,226
погіршило	32,74	18,177	2,020
покращило	31,67	22,896	6,610
Робота			
не враховувалось	36,67	20,225	3,016
погіршило	34,83	18,932	1,728
покращило	27,78	19,861	6,620
Житло			
не враховувалось	35,83	19,464	1,890
погіршило	31,93	16,865	2,214
покращило	46,36	29,077	8,767
Особа на утриманні			
не враховувалось	35,72	19,504	1,762
погіршило	34,04	20,412	4,167
покращило	32,33	19,536	5,044
Здоров'я			
не враховувалось	35,65	19,565	1,566
погіршило	33,06	20,898	5,225
покращило	23,33	5,774	3,333
Характеристика			
не враховувалось	36,29	20,176	1,711
погіршило	29,59	14,596	2,503
покращило	55	35,355	25

Таблиця 2.2.5. Середній розмір застави для особливо тяжких злочинів

Обставина	Середнє	Стд. відхилення	Стд. помилка середнього
Переховувався			
не враховувалось	450,14	640,053	171,061
погіршило	450	132,288	76,376
покращило	-	-	-
Допомагав розслідуванню			
не враховувалось	459,09	507,538	153,028
погіршило	1006	1308,148	925
покращило	147,5	171,537	85,769
Раніше судимий			
не враховувалось	400,09	523,261	157,769
погіршило	647,75	878,112	439,056
покращило	330	311,127	220
Асоціальний			
не враховувалось	450,12	578,829	140,387
погіршило	-	-	-
покращило	-	-	-
Сім'я			
не враховувалось	510,5	390,698	159,502
погіршило	325,13	650,891	230,125
покращило	662,67	821,417	474,245
Робота			
не враховувалось	467,33	576,223	235,242
погіршило	495,89	663,705	221,235
покращило	300	-	-
Житло			
не враховувалось	215,11	205,740	68,58
погіршило	635,5	770,341	314,490
покращило	915,5	921,360	651,5
Особа на утриманні			
не враховувалось	564,38	621,608	172,403
погіршило	60	28,284	20
покращило	90,5	17,678	12,5
Здоров'я			
не враховувалось	387,27	530,631	137,008
погіршило	951,5	921,36	651,5
покращило	-	-	-
Характеристика			
не враховувалось	378,06	513,061	128,265
погіршило	1603	-	-
покращило	-	-	-

Логічним було б припущення, що середній розмір застави у випадках, коли судді не враховували певні обставини, повинен бути нижчим за випадки, коли ці обставини погіршують становище особи, та вищим, ніж коли ці обставини покращують становище особи. Але проведені дослідження цю гіпотезу не підтверджують. Інколи середні розміри застави між собою майже рівні (таблиця 2.2.3 – робота, сім'я; таблиця 2.2.4 – особа на утриманні тощо), а інколи в

категорії «погіршує» розмір застави навіть менший, ніж в тих випадках, коли судді взагалі не брали до уваги відповідні обставини (таблиця 2.2.4 – раніше судимий, сім'я, житло, робота тощо). Навіть не можна брати до уваги випадки, коли розподіл заяв відповідає заявленій гіпотезі, адже у порівнянні з іншими результатами такі випадки більші схожі на помилки, ніж на підтвердження гіпотези.

Таким чином, можна зробити наступний висновок: при визначенні розміру застави слідчі судді враховують розмір майнової шкоди (хоча КПК України це не передбачено) та не враховують обставини, які вони зобов'язані враховувати відповідно до ст. 178 КПК України. Тобто на даний момент у кримінальному процесі України досить складно спрогнозувати, який саме розмір застави буде обраний до особи, адже рішення про обрання застави не піддається логічному прогнозуванню з урахуванням передбачених КПК України факторів.

У той же час такий висновок не можна вважати несподіваним. Так, ще у 1995 році Голдкамп (Goldcamp) у результаті дослідження факторів, які впливають на рішення судді про обрання до особи запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, встановив, що такі судові рішення досить рідко коли можна пояснити окремими факторами [354, с. 147]. Такий висновок дозволяє зробити низку досить важливих припущень. Наприклад, Куртіс Карнов (Curtis E. Karnow) зауважує, що розмір застави також не може обґрунтовуватися і таким фактором, як тяжкість злочину, в якому підозрюється особа [359, с. 16]. Проте чи можна стверджувати, що неможливість прогнозування судового рішення є прикладом високої довіри до суддівської дискреції?

Дійсно, судді повинні приймати всі процесуальні рішення виключно на підставі закону, використовуючи при цьому внутрішнє переконання. Проте відсутність більш чітких орієнтирів також може стати підставою для прийняття завідомо неправомірних рішень. Як вдало в даному випадку Глен Далак'ян (Glen J. Dalakian II) цитує висловлювання судді Верховного Суду Нью-Йорку: «Інколи, коли ти просто дивишся на підозрюваного, ти вже можеш відчутти, чи

буде він переховуватися від слідства» [353, с. 326]. Тому необхідно вести мову про певну правову крайність, коли суддівський розсуд фактично нічим не лімітований.

При цьому введення, наприклад, обов'язкових «списків застав» г іншою крайністю, яка також піддається суттєвій критиці. Представники Асоціації адвокатів США (American Bar Association) зазначили, що списки застав негнучкі та диспотичні: вони не враховують жодні інші фактори, крім тяжкості обвинувачення. При цьому такі фактори можуть бути набагато важливішими для встановлення того, чи буде особа переховуватися [346]. Ліндсей Касрлос (Lindsey Carlson) зазначає, що постійне використання списків застав часто ненавмисно сприяє триманню під вартою осіб, які не можуть дозволити собі внести суму застави. Такі тримання під вартою дороговартісні та неефективні, а також мають низку негативних наслідків для осіб, щодо яких вони застосовуються: втрата роботи, житла, соціальних зв'язків тощо [344, с.17].

Тому, в якості компромісного рішення, можна спробувати запровадити інструмент для оцінки ризику (Risk assessment instrument) при обранні до особи запобіжних заходів. Інструменти для оцінки ризиків (далі – ІОР) вперше були запроваджені у сфері страхування. Актуарна наука – обрахування та управління ризиками та непевностями – виникла як спосіб збільшення прибутку та мінімізації ризиків для комерційних підприємств [348]. З часом такий підхід до статистичного обрахунку та планування ризиків набув великого значення в економіці та в соціальних сферах життя. Тому таку методику було адаптовано для потреб кримінального судочинства при обрахунку ризиків та на даний час активно використовують у США, Канаді, Аргентині, Великобританії, деяких країнах Європи тощо.

В основу будь-якого ІОР покладено аналіз статистичної інформації, який вказує на наявність або відсутність тих чи інших ризиків. При цьому обсяг статистичної інформації, способи її отримання та обробки, оцінка факторів

тощо залежать від завдань, які покладаються на ІОР, а також від осіб, які розробили відповідні інструменти.

Власне прикладів ІОР існує дуже багато і для розуміння сутності такої системи буде достатньо навести лише декілька з них. Наприклад, Оксфордський інструмент для оцінки ризиків рецидивізму (Oxford Risk Recidivism Tool – OxRes) [350] було розроблено для встановлення ймовірності вчинення злочинцем нових злочинів. OxRes дозволив встановити групу «високого ризику», 60% з якої вчинили новий злочин протягом 2 років, групу «середнього ризику», 30% з якої вчинили новий злочин протягом 2 років, та групу «низького ризику» (менше 10% осіб вчинили новий злочин за 2 роки). До факторів, які формують OxRes, відносяться: стать, наявність роботи, вік, статус неімігранта, попередні ув'язнення за короткий період часу, попередні злочини, тривалість попереднього навчання тощо.

Однак для даного дослідження більшу цікавість ставлять ІОР, які вказують на можливість застосування до особи запобіжних заходів. В якості прикладу можна навести ІОР, яка була розроблена Фондом Лори та Джона Арнольдів («Arnold Foundation») [366]. Розробники даного інструменту пропонують виділяти 9 факторів для встановлення ризиків того, що особа буде переховуватися (БП), вчинить новий злочин (ВНЗ) чи вчинить новий насильницький злочин (ВННЗ), та надають наступну таблицю:

№	Фактор ризику	БП	ВНЗ	ВННЗ
1	Вік, коли особу було заарештовано		х	
2	Тяжкість злочину			х
2А	Тяжкість злочину та вік (до 20 років)			х
3	Інші злочини на момент розслідування	х	х	х
4	Попередні обвинувачення за проступки		х	
5	Попередні обвинувачення за злочини		х	
5А	Попередні обвинувачення (злочини або проступки)	х		х
6	Попередні обвинувачення за насильницькі злочини		х	х
7	Попереднє ухилення від слідства за останні 2 роки	х	х	
8	Попереднє ухилення від слідства (понад 2 років)	х		
9	Попередні ув'язнення		х	

Відповідно, кожному фактору надається певна кількість балів. Після підсумовування всіх балів визначається ступінь ризику – чим більше балів, тим більшим є ризик.

Існують і інші види ІОР. Деякі з них базуються лише на статистичній інформації, яка міститься у правоохоронних органів, деякі включають елементи інтерв'ювання з особою, щодо якої проводиться оцінка. Окремі ІОР створені на комерційній основі, а тому доступ до них є платним, а методика формування – засекреченою. Але сутність таких інструментів є незмінною – аналізуються певні об'єктивні фактори за окремими об'єктивними критеріями, в результаті чого формується висновок про наявність чи відсутність ризику або ступінь такого ризику.

Очевидно, що складно назвати ІОР оптимальною системою оцінки ризиків. Навіть у США ІОР постійно піддаються нещадній (і, як правило, обґрунтованій) критиці (наприклад, ІОР не забезпечує індивідуалізований підхід до кожного підозрюваного чи обвинуваченого [358]). Велика кількість американських практиків досить вороже ставляться до ІОР як до інструменту, що обмежує суддівську дискрецію [351]. Саме тому в США ІОР є лише допоміжною системою при вирішенні питань під час здійснення кримінального провадження, а практика ігнорування результатів аналізу ІОР є досить вживаною [347].

Проте ІОР мають низку позитивних аспектів. Використання чітких критеріїв для обґрунтування наявності ризиків чи визначення розміру застави у кримінальному провадженні дозволить суттєво зменшити кількість неправомірних судових рішень. ІОР дозволяє прогнозувати ймовірність обрання до особи запобіжного заходу ще задовго до судового засідання, що дозволить краще підготуватися для обґрунтування власної позиції в суді як стороні обвинувачення, так і стороні захисту. Крім того, ІОР дозволить розвантажити судову систему, надаючи зручний та легкодоступний спосіб обґрунтування необхідності застосування запобіжних заходів [251, с. 428].

Запровадження ІОР можливе і в Україні. На даний момент Україна активно проводить велику кількість реформ, у тому числі і реформи у кримінальному судочинстві. Відкритість до нових можливостей, а також відносна популярність ІОР у світі дозволять досить швидко запровадити національні аналоги ІОР, які дозволятимуть вирішувати низку важливих питань як при обранні запобіжних заходів, так і при застосуванні інших кримінальних процесуальних заходів. Очевидно, що суддівський розсуд у будь-якому випадку має залишатися ключовим фактором винесення судових рішень. Проте існування ІОР як допоміжного механізму дозволить вирішити низку проблем, які на даний момент присутні у кримінальному процесі України.

При цьому необхідно констатувати, що розробка ІОР задля вирішення питання застосування запобіжних заходів у кримінальному процесі України потребує значно більше зусиль, а тому реалізувати таке завдання в межах даного дослідження неможливо. В даному випадку була поставлена мета лише визначити, які фактори та з якою силою впливають на процес прийняття рішення слідчими суддями при визначенні розміру застави. І, як показали результати, визначати такі фактори і тим паче їх «вагу» в процесі прийняття відповідних рішень неможливо. Навіть за необхідності розробки ІОР для слідчих суддів для визначення розміру застави або при встановленні необхідності застосувати до особи запобіжні заходи має відбутися набагато більш ґрунтовне дослідження всіх аспектів процесу прийняття слідчими суддями відповідних рішень.

При цьому ІОР у будь-якому випадку досить складно назвати «панацеєю» судової системи. Як вже було зазначено, серед західних науковців немає єдиного погляду щодо необхідності існування таких інструментів. Основним занепокоєнням лишається неможливість врахувати особистісні фактори чи особливості конкретного кримінального провадження при винесенні суддями рішень із застосуванням ІОР. Проте цю обставину можна розглядати і як позитив, адже в такому випадку правосуддя дійсно стане неупередженим та не

буде залежати від обставин, які не мають реального відношення до кримінального провадження.

Проте також необхідно враховувати те, що і при визначенні виду запобіжного заходу, і при визначенні покарання судді враховують не лише обставини кримінального правопорушення, а і мету відповідних заходів чи покарання. Якщо суддя під час судового засідання дійде висновку, що особа може бути перевихована, до неї може бути застосоване менш суворе покарання. Такі обставини не можуть бути враховані при застосуванні стандартизованої форми прийняття рішення.

Однак на даний момент в Україні існує більш серйозна проблема – неоднорідність судової практики, що було яскраво продемонстровано даним дослідженням. Слідчі судді користуються різними правилами визначення розміру застави, які неможливо пояснити та спрогнозувати. Така непрогнозованість судових рішень може бути причиною зниження довіри до всієї судової системи. Тому, при оцінці можливості розробки та запровадження ІОР в процес прийняття суддями (або іншими уповноваженими суб'єктами) процесуальних рішень, в першу чергу необхідно встановити, що на даному етапі розвитку українського правосуддя важливіше – реалізувати індивідуальний підхід при прийнятті процесуальних рішень чи забезпечити прогнозованість результатів суддівської дискреції. В даному дослідженні відповідь на це питання надана не буде, адже вона потребує змістовного обговорення на всіх рівнях правової та політичної системи. В той же час існує переконаність, що розробка ІОР або відмова від неї має залежати від відповіді саме на це питання.

В той же час не можна забувати, що ІОР не є єдиною уніфікованою системою забезпечення сталості судової дискреції. Більше того, з великою долею вірогідності такі системи навіть у випадку їх існування почнуть відмирати, адже на зміну вже існуючим системам досить активно приходять більш прогресивні інформаційні технології.

В першу чергу інформаційні технології привертають увагу своєю здатністю обробити великі масиви інформації. Вручну обробка навіть невеликого обсягу інформації (судових рішень, рішень слідчого, прокурора тощо) може вимагати значних зусиль з точки зору матеріальних та людських ресурсів тощо. На відміну від цього машинне навчання дозволяє виконувати таку роботу значно швидше, і при цьому потребує значно менше ресурсів. Алгоритми машинного навчання корисні: 1) при зборі інформації про проблеми, де величезні бази даних можуть містити цінні приховані закономірності, які можуть бути автоматично знайдені; 2) у сферах, де людям може не вистачити знань для розробки ефективних алгоритмів [362, с. 17]. Члени наукової групи, які займаються прогнозуванням технологічних змін у кримінальній процесуальній сфері (Criminal Justice Technology Forecasting Group), зазначають, що арена кримінального судочинства стоїть перед величезною кількістю можливостей інформаційних технологій. Проте існуючи бар'єри, які включають замалу кількість бізнес-прецедентів, процедур та планів імплементації та відсутність гарантій безпеки приватного життя і громадянських прав, заважає сфері кримінального процесу отримати максимальну користь від таких можливостей [357].

Директор кримінальної лабораторії Чиказького університету Л. Йенс (Jens Ludwig), розповідаючи про можливості використання алгоритмів машинного навчання, навів приклад їх застосування при вирішенні питань щодо обрання до затриманого запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою. Відповідно до законодавства США, при визначенні подальшої долі затриманого суддя повинен врахувати загрозу того, що така особа вчинить новий злочин, буде переховуватися, про винуватість особи на даному етапі мова не ведеться. Алгоритм, який був запропонований вченими, дозволяє знизити кількість злочинів, які були вчинені звільненими особами, до 25% без тримання під вартою або дозволяє тримати під вартою на 42% менше людей без збільшення рівня злочинності. Крім того, на думку розробників, такий алгоритм

дозволяє вирішити проблему суддівського упередження (та підвищити справедливість системи кримінального судочинства), оскільки алгоритм не враховує гендерні відмінності, расу, етнічну приналежність особи тощо [360]. Відмінність такого алгоритму від ІОР полягає в тому, що ІОР має бути розроблений спеціалістами на основі виділення та оцінки закономірностей, в той час як алгоритм обраховується на машинному рівні в першу чергу завдяки величезній базі даних, в якій відповідні закономірності встановлюються.

Проте і такі алгоритми містять низку недоліків. Як слушно зазначає К.В. Скоблик, машинний алгоритм може здійснювати прогноз тільки серед тих справ, де результат є передбачуваним. У випадках із визначенням застави це означає, що алгоритм може використовувати дані тільки щодо тих підозрюваних, які були раніше звільнені суддями. Але якщо підозрюваний раніше не був звільнений, то наявні дані не зможуть вказати, чи вчинить він новий злочин. Алгоритм не зможе спрогнозувати, що відбудеться, якщо таку особу звільнять з-під варти. Крім того, алгоритм здатен вивчити мільйони минулих справ та повідомити про те, що станеться в середньому, однак тільки людина може помітити пом'якшуючі обставини в конкретній справі, оскільки вони можуть бути засновані на фактах, які не містяться в даних, за якими навчався алгоритм. «Технологія прогнозованого ризику, як і у випадку з профілюванням, може бути статистично точною в більшості справах, але неточною відносно окремої справи (це проблема сумарної раціональності проти окремих випадків)» [219].

В такому випадку ідея застосування алгоритмів машинного навчання при визначенні ризиків у кримінальному процесі по аналогії з ІОР також впирається в проблему встановлення пріоритетів: або забезпечення сталої судової практики, допускаючи несправедливість алгоритму відносно окремих проваджень, або повна довіра суддівському розсуду при прийнятті відповідних процесуальних рішень з ризиками, які притаманні такому розсуду. Зі статистичної точки зору відповісти на таке питання досить легко, проте

необхідно зауважити, що така проблема виходить далеко за межі статистики та в більшій мірі стосується гуманізму та забезпечення людиноцентричного підходу в кримінальній процесуальній діяльності.

В межах даного дослідження дати єдину точну відповідь на таке питання неможливо. Варто лише уточнити, що з технічної точки зору алгоритми машинного навчання (на відміну від негнучких ІОР чи особистісних характеристик суддів) постійно змінюються та вдосконалюються на підставі наявної судової практики. Тому навіть непритаманні відповідній судовій практиці обставини в подальшому можуть бути враховані алгоритмом за умови їх систематичного застосування.

Однак це викликає нову проблему забезпечення функціонування таких алгоритмів. Алгоритми можуть бути створені за умови, що існує необхідна за обсягом база даних, в якій містяться всі умови для існування такого алгоритму. У випадку встановлення додаткових обставин, які в подальшому також мають бути враховані при винесенні відповідних процесуальних рішень, в першу чергу мають відповідні судові рішення, в яких такі обставини враховані. В такому випадку суб'єктивний суддівський розсуд може бути використаний як певний інструмент постійного оновлення та уточнення судової практики, на підставі якої має функціонувати алгоритм. Проте така ситуація ставить під сумнів взагалі існування алгоритму машинного навчання, адже повністю прибрати вплив людини з процесу прийняття рішень у кримінальному процесі неможливо. Можливо, це вказує на необхідність об'єднання особистісних та технологічних факторів у процесі застосування розсуду.

Як показало дане дослідження, суддівський розсуд, заснований лише на внутрішньому переконанні судді без реального обґрунтування необхідності прийняття того чи іншого процесуального рішення, робить правозастосовчу практику непередбачуваною. Поряд з цим ідея перекладення відповідальності щодо прийняття рішень з суддів на уніфіковані системи чи алгоритми виглядає занадто інноваційною. Не можна забувати про той факт, що кримінальне

провадження в першу чергу здійснюється задля забезпечення прав та законних інтересів учасників такого провадження, а тому порядок прийняття будь-яких юридично значущих рішень має бути не лише зрозумілий, а і прийнятний для переважної частини населення. На даний момент можна констатувати різке збільшення попиту на технологічні рішення в правовій сфері. Однак такі тенденції все ще не загальноприйнятні, а тому вимагають подальшого детального вивчення та тестування. У зв'язку з цим можна зробити висновок, що концепція застосування ІОР або алгоритмів машинного навчання в процесі здійснення судового контролю все ще знаходиться на початковому етапі, однак вже зараз виглядає досить перспективно, а тому вимагає подальшого ґрунтовного вивчення та дослідження.

2.3. Реалізація розсуду судом при вирішенні кримінальних проваджень та перегляді судових рішень

За технікою прийняття розсуд слідчих суддів під час досудового розслідування та судовий розсуд є тотожними, а тому відсутня необхідність окремо виділяти всі аспекти такого розсуду. Також варто наголосити, що питання, які вирішуються слідчими суддями, також вирішуються і судом під час підготовчого провадження, в судах першої інстанції та при перегляді судових рішень, адже на цих стадіях також відбувається судовий контроль за дотриманням прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, в тому числі і при застосуванні заходів забезпечення та запобіжних заходів. Відповідно, висновки, які були зроблені відносно слідчих суддів, також можуть бути поширені і при реалізації суддівського розсуду на судових стадіях. Відмінність у даному випадку полягає в тому, що слідчі судді (відповідно до п. 18 ч. 1 ст. 3 КПК України) здійснюють виключно судовий контроль, у той час як діяльність суддів на судових стадіях є більш різноманітною. Тому, задля правильного структурування даного дослідження, в

першу чергу необхідно уточнити, які саме аспекти суддівського розсуду підлягають аналізу.

В першу чергу, задля уникнення штучного розширення предмета дослідження, слід зазначити, що не буде підлягати аналізу застосування суддівського розсуду при призначенні покарання. Незважаючи на те, що суддівський розсуд у першу чергу асоціюється саме з винесенням кінцевого рішення, питання призначення покарання виходить за межі даного дослідження, адже воно стосується особливості реалізації розсуду в кримінальному праві, а не кримінальному процесі.

Якщо вести мову про структурування дослідження суддівського розсуду, то можна використати в якості основи стадійність судового провадження, тобто пропонується дослідити особливості реалізації суддівського розсуду на стадії підготовчого провадження, в суді першої інстанції та на стадіях перегляду судових рішень.

Виходячи з аналізу самої назви підготовче судове провадження направлене в першу чергу на те, щоб підготуватися до судового розгляду (за умови, що такий розгляд може бути призначений). На думку В.О. Попелюшка, підготовче провадження, як і його «історичний попередник» – попередній розгляд справи суддею, – є проміжною стадією між досудовим слідством та судовим розглядом кримінальної справи. Щодо досудового слідства, воно є перевірко-контрольною стадією, а щодо стадії судового розгляду – розпорядчо-підготовчою [165]. При цьому завдання даної стадії зумовлені вирішенням двох важливих питань: перевірки процесуальних підстав для призначення судового розгляду та підготовки до розгляду матеріалів кримінального провадження в судовому засіданні [65, с. 288]. Б.Е. Маїлунц у даному випадку слушно зазначає, що основними завданнями стадії підготовчого провадження є лише перевірка результатів стадії досудового розслідування (у формі оцінки відповідних процесуальних рішень) та підготовка до судового розгляду. «Під час підготовчого провадження можуть прийматися рішення,

якими закінчується кримінальне переслідування. При цьому такі рішення будуть прийматися не в рамках розгляду питання щодо можливості (чи неможливості) призначення судового розгляду, а в рамках відносно самостійної процедури, яка буде притаманна саме стадії підготовчого провадження» [120, с. 144].

Аналізуючи відповідні положення КПК України, можна встановити, що суд в залежності від особливостей кримінального провадження може прийняти дві категорії процесуальних рішень під час підготовчого провадження: рішення, пов'язані з рухом кримінального провадження, та рішення, пов'язані з підготовкою до судового розгляду. Саме така класифікація пропонується законодавцем з огляду на окремі статті, які передбачені кримінальним процесуальним законодавством. Так, відповідно до ч. 2 ст. 314 КПК України, у підготовчому судовому засіданні суд має право прийняти такі рішення: 1) затвердити угоду або відмовити в затвердженні угоди та повернути кримінальне провадження прокурору для продовження досудового розслідування в порядку, передбаченому ст. 468-475 КПК України; 2) закрити провадження у випадку встановлення підстав, передбачених п.п. 4-8, 10 ч. 1 або ч. 2 ст. 284 КПК України; 3) повернути обвинувальний акт, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру прокурору, якщо вони не відповідають вимогам КПК України; 4) направити обвинувальний акт, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру до відповідного суду для визначення підсудності у випадку встановлення непідсудності кримінального провадження; 5) призначити судовий розгляд на підставі обвинувального акта, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру; 6) доручити представнику персоналу органу пробачії скласти досудову доповідь.

У випадку призначення судового розгляду суд: 1) визначає дату та місце проведення судового розгляду; 2) з'ясовує, у відкритому чи закритому судовому засіданні необхідно здійснювати судовий розгляд; 3) з'ясовує питання про склад

осіб, які братимуть участь у судовому розгляді; 4) розглядає клопотання учасників судового провадження про: здійснення судового виклику певних осіб до суду для допиту; витребування певних речей чи документів; здійснення судового розгляду в закритому судовому засіданні; 5) вчиняє інші дії, необхідні для підготовки до судового розгляду. Крім того, ч. 3 ст. 315 КПК України регламентовано порядок розгляду судом під час підготовчого провадження клопотань учасників кримінального провадження щодо обрання, зміни чи скасування запобіжних заходів.

Обсяг даного дослідження не дозволяє оцінити кожне з можливих процесуальних рішень, які можуть бути прийняті із застосуванням суддівського розсуду, тому пропонується обрати одне з найбільш значимих рішень, яким фактично може бути встановлена винуватість особи – рішення про затвердження угоди про примирення чи про визнання винуватості.

Відповідно до ч. 6 та 7 ст. 474 КПК України, суд перед укладенням угоди повинен переконатися у тому, що: 1) угода була укладена добровільно; 2) умови угоди не суперечать положенням КПК України; 3) умови угоди відповідають інтересам суспільства; 4) умови угоди не порушують прав та законних інтересів учасників кримінального провадження та інших осіб; 5) умови угоди можуть бути виконані сторонами, які відповідну угоду підписали; 6) наявні фактичні підстави для визнання винуватості. Тобто, навіть незважаючи на спрощену процедуру винесення рішення, суд все одно має прийняти низку досить важливих рішень. І в даному випадку спрощена процедура судового розгляду виступає більше в якості негативного фактора, адже способів перевірити відповідні обставини у суддів майже немає.

По-перше, до суду не направляються жодні докази, а лише підписана сторонами угода разом з обвинувальним актом. Таким чином суд може робити висновки про подію кримінального правопорушення лише з обвинувального акта, який був складений слідчим або прокурором. По-друге, у суду досить обмежені повноваження щодо дослідження обставин та умов укладення угоди

під час її розгляду та затвердження. З аналізу положень ст. 474 КПК України можна зробити висновок, що суд обмежений такими повноваженнями:

1) з'ясування позиції обвинуваченого. Відповідно до ч. 4 ст. 474 КПК України, суд може з'ясувати в обвинуваченого його думку щодо наслідків укладення угоди, наслідків її невиконання тощо. При цьому мова ведеться не про допит, а лише про з'ясування позиції обвинуваченого. Така відмінність означає, що обвинуваченому не можуть ставитись питання щодо обставин кримінального правопорушення, його винуватості, обтяжуючих чи пом'якшуючих обставин тощо. Крім того, лише суд має право з'ясовувати думку обвинуваченого з названих питань, а тому інші учасники кримінального провадження не мають права ставити питання обвинуваченому;

2) з'ясування позиції потерпілого. В даному випадку повноваження суду ще вужчі, адже у потерпілого можна з'ясовувати думку лише щодо його обізнаність із наслідками укладення угоди (абз. 2 ч. 5 ст. 474 КПК України);

3) витребування документів, виклик у судові засідання осіб та їх опитування (ч. 6 ст. 474 КПК України). Можна зробити попередній висновок, що даним положенням закріплений необхідний мінімум повноважень, який потрібен суддям для винесення обґрунтованого та вмотивованого рішення при затвердженні угоди. Проте більш детальний аналіз таких повноважень дану позицію нівелює. По-перше, суд має право витребувати документи та опитувати осіб лише задля того, щоб встановити добровільність укладення угоди. Для встановлення будь-яких інших обставин здійснення таких дій не допускається, а тому, наприклад, витребування документів задля встановлення винуватості особи за умови неочевидності обвинувачення КПК України не передбачено. По-друге, законодавець не встановлює чітких процедур витребування доказів, а лише озвучує окремі положення, які, крім іншого, суперечать іншим статтям КПК України.

Так, витребувати можливо лише документи. Законодавець надає приклади, які це можуть бути документи: скарги підозрюваного чи

обвинуваченого, подані ним під час кримінального провадження, та рішення за наслідками їх розгляду. Дійсно, з аналізу таких скарг можна зробити висновок про добровільність чи недобровільність укладення угоди, однак для встановлення інших обставин, які мають значення для затвердження угоди, таких документів недостатньо. Також законодавець не уточнює порядок витребування таких документів та можливість заявлення клопотань про їх витребування іншими учасниками кримінального провадження, що також не гарантує правильність застосування відповідних процесуальних норм.

Крім того, окремо необхідно звернути увагу на формулювання законодавця щодо можливості «викликати в судові засідання осіб та опитувати їх». Однією з гарантій забезпечення правильності застосування норм КПК України є чіткість їх визначення та формулювання. Кожен учасник у кримінальному процесі повинен мати певний процесуальний статус, який визначає його обсяг прав та обов'язків. В такому випадку не зовсім зрозуміло, до яких саме учасників кримінального провадження відносяться «особи» та який вони мають процесуальний статус. Ще більшу плутанину вносить закріплення законодавцем процесуальної дії, яка може проводитися за участі з такими «особами» - опитування. Що саме має розумітися під опитуванням та чи можуть бути отримані докази в процесі опитування – незрозуміло. Тому необхідно зазначити, що навіть за умови надання повноважень суду для встановлення добровільності укладення угоди порядок реалізації таких повноважень викликає низку проблем у першу чергу у зв'язку з термінологічною плутаниною.

У зв'язку з цим можна зробити висновок, що відповідні положення КПК України мають бути змінені та узгоджені з іншими положеннями кримінального процесуального законодавства. В першу чергу необхідно правильно встановити статус особи, яка може бути викликана до суду для опитування. Очевидно, що єдиний статус, якого може набути така особа, є статус свідка. Відповідно до ч. 1 ст. 65 КПК України, свідком є фізична особа, якій відомі або можуть бути відомі

обставини, що підлягають доказуванню під час кримінального провадження, і яка викликана для давання показань. Таким визначенням законодавець намагається пов'язати набуття особою статусу свідка з можливістю надати показання з обставин, які включаються в предмет доказування. Однак неправильно буде прив'язка процесуального статусу свідка до ст. 91 КПК України, адже в кримінальному процесі свідків досить часто допитують з обставин, які ст. 91 КПК України не передбачені. Наприклад, поняті під час слідчих (розшукових) дій можуть бути викликані в судове засідання в якості свідків задля дачі показань щодо умов та порядку проведення відповідної слідчої (розшукової) дії, в якій вони приймали участь. Такі обставини в ст. 91 КПК України не передбачені, проте це не забороняє викликати таких осіб на допити в судове засідання [285; 286; 298]. Аналогічною буде ситуація, коли необхідно встановити добровільність укладення угоди в процесі її затвердження.

Крім того, визначення таких осіб саме в якості свідків надає досить багато переваг для суду. Такі особи можуть бути викликані в судове засідання повісткою. Відповідно, неявка за викликом суду може тягнути за собою накладення грошового стягнення чи застосування приводу. Очевидно, що до звичайних «осіб» такі процесуальні санкції застосувати неможливо, що може стати причиною неприбуття їх до суду.

Свідок залучається до кримінального процесу лише з метою надання показань, що також має бути передбачено у відповідному положення КПК України. Це дозволить суду проводити допит та вимагати повної та правдивої відповіді на поставлені питання. Крім того, свідок буде попереджений про кримінальну відповідальність за відмову від дачі показань та за дачу завідомо неправдивих показань, що також буде сприяти отриманню правдивих показань щодо добровільності укладеної угоди. Як слушно зазначає І.В. Гловюк, «КПК чомусь указує на можливість опитування, а не допиту свідків для перевірки добровільності укладення угоди, хоча пояснення свідків, на відміну від

показань, не є джерелами доказів, а суд при обґрунтуванні судового рішення, у тому числі і ухвали, повинен посилається саме на докази» [41, с. 345].

Однією з найскладніших обставин, які повинен встановити суд з використанням суддівського розсуду, є наявність фактичних обставин для визнання винуватості обвинуваченого (п. 6 ч. 7 ст. 474 КПК України). Як вже було зазначено, разом з угодою до суду докази не надсилаються, а тому фактично питання про наявність обставин для визнання винуватості має вирішуватись судом із застосуванням суддівського розсуду лише на підставі обвинувального акта та позиції самого обвинуваченого, яка повинна бути з'ясована в судовому засіданні. При цьому слід зауважити, що законодавець не уточнює обов'язок суду встановити позицію обвинуваченого щодо визнання ним винуватості (такий обов'язок прямо не передбачений ч. 4 та 5 ст. 474 КПК України), адже суд зобов'язаний встановити, чи розуміє обвинувачений характер кожного обвинувачення, щодо якого він визнає себе винуватим. Таким чином, окремо визнання винуватості не встановлюється, а лише підтверджується в момент роз'яснення суті обвинувачення.

У зв'язку з цим виникає питання щодо способу встановлення судом відсутності фактичних підстави для визнання винуватості. З аналізу положень кримінального процесуального законодавства можна зробити висновок, що суд, з метою встановлення підстав для фактичного визнання винуватості, має діяти наступним чином:

1) уважно ознайомитися з текстом угоди та обвинувального акта. В таких документах будуть відсутні посилання на докази, проте, наприклад, обвинувальний акт має містити виклад фактичних обставин кримінального правопорушення, правову кваліфікацію кримінального правопорушення з посиланням на положення закону і статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність та формулювання обвинувачення (п. 5 ч. 2 ст. 291 КПК України). Угоди про примирення та визнання винуватості обов'язково мають містити істотні для відповідного кримінального провадження обставини

(ст.ст. 471, 472 КПК України). В деяких випадках ознайомлення з такими документами вже буде достатньо для того, щоб суд міг дійти висновку про поспішне укладення угоди у зв'язку з невстановленням фактичної винуватості особи. Суд, оцінюючи кримінальне правопорушення, може спрогнозувати на прикладі аналогічних злочинів, які обставини мали бути встановлені та зазначені в обвинувальному акті. Відповідно, якщо такі обставини в угоді та обвинувальному акті не визначені, то це може бути підставою для відмови у задоволенні угоди, що і відбувається на практиці [282]. Так, наприклад, в Узагальненні ВССУ судової практики здійснення кримінального провадження на підставі угод від 22.01.2014 р. [274] міститься наступний приклад, в якому судом було відмовлено в затвердженні угоди про примирення, укладеної між потерпілим та обвинуваченим в скоєнні злочину, передбаченого ч.2 ст.185 КК: «з ухвали вбачається, що будь-які фактичні підстави для визнання винуватості обвинуваченим відсутні, оскільки в матеріалах кримінального провадження немає жодного доказу щодо вартості викрадених чобіт (відсутня довідка про вартість подібного товару), не встановлено їх місце придбання, особу, яка продавала потерпілому чоботи, не допитано її, хоча в судовому засіданні потерпілий вказував на місце їх придбання». В даному випадку суддя віртуально змодельював типовий обвинувальний акт, що складається за результатами розслідування крадіжки, встановив, яких обставин не вистачає в даному конкретному обвинувальному акті (інші учасники події кримінального правопорушення, місце придбання товару тощо), та на підставі цього зробив висновок про відсутність фактичних обставин для встановлення винуватості особи;

2) встановити суперечності між угодою та обвинувальним актом. І обвинувальний акт, і угода мають описувати одне і те саме кримінальне правопорушення. Будь-які суперечності між цими документами мають бути підставою для відмови у задоволенні угоди, в тому числі і за умови відсутності фактичних підстав для визнання винуватості. Так, в одному із рішень суд

звернув увагу, що «... кваліфікація в обвинувальному акті не містить інкримінованої ОСОБА_1 угодою про визнання винуватості в вини кримінально карної дії щодо придбання, носіння, зберігання бойових припасів без передбаченого законом дозволу. За вказаних підстав суд приходить до висновку, що угода не може бути затверджена, оскільки угода стосується визнання винуватості та призначення покарання за кримінальне правопорушення, обвинувачення в якому ОСОБА_2 не пред'явлене, а отже відсутні фактичні підстави для визнання винуватості» [294]. В даному випадку необхідно звернути увагу на правильність обрання судом підстави для відмови у задоволенні угоди. Окремої підстави «суперечність між угодою та обвинувальним актом» в КПК України немає. В той же час суд дійшов висновку, що в обвинувальному акті містяться фактичні підстави для визнання винуватості в одному злочині, а в угоді мова ведеться про інше кримінальне правопорушення. В такому випадку суд визначає, що в матеріалах, які надійшли від прокурора, відсутні обставини, які вказують на фактичну винуватість особи у тому злочині, який передбачений угодою;

3) встановити неможливість обвинуваченого розповісти деталі кримінального правопорушення. Законодавець не надає право суду при вирішенні питання про затвердження угоди допитувати обвинуваченого. В той же час суд зобов'язаний встановити, що обвинувачений розуміє характер кожного обвинувачення (п. 3 ч. 4 ст. 474 КПК України). Відповідно, в ході такого встановлення суд може поставити обвинуваченому низку питань задля того, щоб переконатися, що обвинувачений дійсно розуміє, про які обвинувачення йдеться, а не лише запитати, чи розуміє обвинувачений суть обвинувачення. Якщо ж обвинувачений не зможе пояснити навіть загальних обставин вчиненого ним кримінального правопорушення (у вчиненні якого він зізнався), то це може бути підставою для відмови у затвердженні угоди. Наприклад, в одному з випадків обвинувачений визнав вини в отриманні та зберіганні бурштину-сирцю. При цьому обвинувачений зазначив, що йому

невідомо, яким саме шляхом було одержане майно, яке він отримав та зберігав. Неможливість обвинуваченого пояснити елементарні речі в частині конкретизації події кримінального правопорушення стали підставою для відмови у затвердженні угоди [287];

4) встановити неправильність кваліфікації кримінального правопорушення. Неправильна кваліфікація не є окремою підставою для відмови у задоволенні угоди. Дійсно, про кваліфікацію злочину зазначено в п. 1 ч. 7 ст. 474 КПК України, проте там законодавцем вказується, що кваліфікація злочину має бути оцінена з точки зору його тяжкості та, в залежності від цього, можливості укладення угоди. Проте суд також повинен встановити, чи правильно було кваліфіковано кримінальне правопорушення згідно з тими обставинами, які зазначені в обвинувальному акті. Відповідно, якщо кваліфікація помилкова, суд встановлює відсутність фактичних підстав для визнання винуватості за тією кваліфікацією, яка передбачена в обвинувальному акті, та, відповідно, відмовляє у задоволенні угоди, що на практиці і відбувається [297].

Також, аналізуючи суддівський розсуд у процесі затвердження угоди, не можна оминати увагою проблему тлумачення судами п. 1 ч. 3 ст. 314 КПК України. Так, відповідно до даного положення суд, відмовивши у затвердженні угоди, яка надійшла разом з обвинувальним актом до суду, зобов'язаний повернути кримінальне провадження прокурору для продовження досудового розслідування. Проте ще у 2014 році ВССУ зазначав, що практика застосування даного положення неоднорідна і судді інколи після відмови у затвердженні угоди одразу призначають судовий розгляд [274]. Слід зауважити, що на даний момент така практика є досить популярною [292; 295; 316; 317]. Така позиція судів є яскравим прикладом активного застосування суддівського розсуду в частині розширення повноважень суду задля забезпечення процесуальної економії. Дійсно, можуть бути обставини, за яких сторона обвинувачення та захисту не заперечують проти того, щоб одразу призначити судовий розгляд,

адже досудове розслідування було завершено в повному обсязі. За таких умов позиція суддів виглядає більш ніж слушною, а суддівський розсуд було використано саме задля забезпечення оперативного руху кримінального провадження, в тому числі з урахуванням принципу розумних строків.

Проте в будь-якому випадку кримінальне процесуальне законодавство має відповідати правозастосовчій практиці. Тому пропонується внести зміни в п. 1 ч. 3 ст. 314 КПК України та викласти її в наступній редакції: «1) затвердити угоду або відмовити в затвердженні угоди та повернути кримінальне провадження прокурору для продовження досудового розслідування в порядку, передбаченому статтями 468-475 цього Кодексу. *Якщо проти цього не заперечують учасники кримінального провадження, суд після відмови у затвердженні угоди може прийняти рішення, передбачене пунктом шостим частини третьої цієї статті*».

Під час судового розгляду в суді першої інстанції суддівський розсуд застосовується майже на всіх етапах кримінальної процесуальної діяльності. А.А. Хайдаров, аналізуючи межі суддівського розсуду на стадії судового провадження, в першу чергу вказує на необхідність дослідження суддівського розсуду при визначенні меж судового розгляду [320, с. 127]. Відповідно до ч. 1 ст. 337 КПК України, судовий розгляд проводиться лише стосовно особи, якій висунуте обвинувачення, і лише в межах висунутого обвинувачення відповідно до обвинувального акта, крім випадків, передбачених КПК України. Лише прокурор має право змінювати обвинувачення, висувати додаткове обвинувачення та відмовлятися від нього, тому можна стверджувати, що в першу чергу на межі судового розгляду впливає саме розсуд прокурора. Проте, відповідно до ч. 3 ст. 337 КПК України, з метою ухвалення справедливого судового рішення та захисту прав людини і її основоположних свобод суд має право вийти за межі висунутого обвинувачення, зазначеного в обвинувальному акті, лише в частині зміни правової кваліфікації кримінального правопорушення, якщо це покращує становище особи, стосовно якої

здійснюється кримінальне провадження. Таким чином суд може на власний розсуд змінити межі судового розгляду, хоча законодавець встановив низку обмежень.

По-перше, суд може прийняти відповідне рішення лише задля ухвалення справедливого судового рішення та захисту прав людини та її основоположних свобод. Таке уточнення законодавця досить дивне, адже весь судовий розгляд направлений задля забезпечення прав та законних інтересів учасників кримінального провадження. Крім того, кримінальна процесуальна форма має забезпечувати прийняття судом законних, обґрунтованих та вмотивованих рішень у кожному кримінальному провадженні. Тому таке уточнення законодавця щодо підстав зміни меж обвинувачення виглядає зайвим, хоча в цілому направлене на забезпечення законності та справедливості судового розгляду.

По-друге, суд має право вийти за межі обвинувачення лише в частині кваліфікації кримінального правопорушення. Тобто суд не може на власний розсуд змінювати інші обставини, які вказані в обвинувальному акті. В той же час неправильним буде твердження щодо обмеження повноважень суду лише зміною кваліфікації. Наприклад, існує позиція, відповідно до якої зміна судом обвинувачення можлива і без зміни кваліфікації кримінального правопорушення. «Якщо, наприклад, особа обвинувачується у вчиненні трьох крадіжок за ч. 2 ст. 185 КК, а в судовому засіданні суд дійшов висновку, що по двох епізодах є достатні докази, а щодо третього епізоду доказів немає, то суд повинен буде виключити один епізод з обвинувачення. Суд в мотивувальній частині вироку обґрунтовує свою думку щодо підтвердження обвинувачення по двох епізодах, а третій епізод виключає з обвинувачення, залишивши кваліфікацію за ч. 2 ст. 185 КК» [104, с. 638]. Тобто можна зробити висновок, що суд на власний розсуд може змінити не лише кваліфікацію правопорушення, а і обсяг обвинувачення. Відповідно, дана обставина також має бути зазначена в ч. 3 ст. 337 КПК України.

По-третє, суд на власний розсуд змінює обвинувачення лише з метою покращення становища особи, щодо якої здійснюється провадження. В даному випадку законодавець не уточнює процесуальний статус особи, таким чином забезпечуючи можливість суду на власний розсуд покращити становище не лише обвинуваченого, а і інших осіб (наприклад, осіб, щодо яких вирішується питання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру). Однак законодавець не надав чіткого процесуального визначення оціночному поняттю «покращення становища особи». Як вже було неодноразово зазначено в даному дослідженні, розсуд у першу чергу має застосовуватись там, де законодавець свідомо використав для правового регулювання оціночні поняття. Відповідно, «покращення становища особи» і є таким оціночним поняттям, що вимагає застосування суддівського розсуду. Однак у даному випадку можна встановити низку досить чітких правил, які дозволяють повніше оцінити дане поняття. Як вже було зазначено, суд має право на власний розсуд змінити кваліфікацію або обсяг обвинувачення. Очевидно, що такі зміни і мають покращувати процесуальне становище особи. В такому випадку можна зробити висновок, що суд має право:

– змінити кваліфікацію кримінального правопорушення, яка б:

1) передбачала розмір покарання менший, ніж було передбачено попередньою кваліфікацією;

2) передбачала можливість застосування більш м'якого основного або додаткового покарання, ніж було передбачено попередньою кваліфікацією;

3) ліквідовувала додаткові негативні наслідки для особи (наприклад, перекваліфікація злочину з корупційного на некорупційний);

– зменшити обсяг обвинувачення незалежно від того, чи змінить це кваліфікацію кримінального правопорушення.

Відповідно, якщо в результаті зміни судом кваліфікації кримінального правопорушення санкція не змінилася, можна стверджувати, що така зміна не

покращує процесуальне становище особи, а тому така зміна не буде відповідати ч. 3 ст. 337 КПК України та має бути визнана незаконною.

Наступною процесуальною дією, під час якої активно застосовується розсуд, є оцінка доказів. Відповідно до ст. 94 КПК України, оцінка доказів у кримінальному процесі має здійснюватися слідчим, прокурором, слідчим суддею та судом. Таким чином при оцінці доказів суддівський розсуд не є виключним. Більше того, слідчі судді також приймають участь у даному процесі. Однак результати оцінки доказів в суді мають значення для остаточного вирішення справи по суті. Відповідно, в даному випадку від суддівського розсуду буде залежати остаточне встановлення вини чи невинуватості особи. Втім необхідно констатувати досить специфічну ситуацію, яка склалася зі слідчими суддями саме в частині оцінки доказів.

Як вже було зазначено, слідчі судді відносяться до суб'єктів оцінки доказів. Також не виникає сумнівів здійснення слідчими суддями такої оцінки в процесі реалізації ними повноважень у сфері здійснення судового контролю на стадії досудового розслідування. В той же час практика свідчить, що значна кількість слідчих суддів дещо інакше тлумачить положення КПК України саме в частині здійснення ними оцінки доказів. Так, відповідно до ч. 1 ст. 89 КПК України, суд вирішує питання допустимості доказів під час їх оцінки в нарадчій кімнаті під час ухвалення судового рішення. На практиці дане положення тлумачиться таким чином, що слідчі судді не мають права виносити рішення щодо допустимості або недопустимості доказів на стадії досудового розслідування, адже ці питання мають вирішуватись виключно судом при ухваленні судового рішення [302; 305; 310; 311]. В даному випадку звертається увага на той факт, що слідчий суддя та суд – суб'єкти нетотожні, а тому вимоги ч. 1 ст. 89 КПК України поширюються виключно на суд. При цьому дивною виглядає практика абсолютно протилежного тлумачення інших положень КПК України.

Наприклад, відповідно до ч. 2 ст. 376 КПК України, якщо складання судового рішення у формі ухвали (постанови) вимагає значного часу, суд має право обмежитися складанням і оголошенням його резолютивної частини, яку підписують всі судді. Повний текст ухвали (постанови) повинен бути складений не пізніше п'яти діб з дня оголошення резолютивної частини і оголошений учасникам судового провадження. Про час оголошення повного тексту ухвали (постанови) має бути зазначено у раніше складеній її резолютивній частині. Якщо слідувати логіці ч. 1 ст. 89 КПК України, то положення ст. 376 КПК України також мають поширюватись лише на суд, а не на слідчих суддів. У той же час судова практика свідчить про діаметрально протилежну ситуацію [305; 310]. Таким чином, можна констатувати наявність неоднокового тлумачення положень КПК України, що дозволяє уповноваженим суб'єктам збільшувати обсяг повноважень там, де це спрощує їх роботу, проте зменшувати його щодо питань, які потребують додаткового дослідження обставин кримінального провадження.

У зв'язку з цим необхідно встановити, чи правильно слідчі судді відмовляють у визнанні доказів недопустимими з огляду на положення ч. 1 ст. 89 КПК України. Як вже було зазначено, слідчі судді є суб'єктами оцінки доказів. Відповідно до ст. 94 КПК України, оцінка доказів полягає в оцінці кожного доказу з точки зору належності, допустимості, достовірності, а сукупність зібраних доказів – з точки зору достатності та взаємозв'язку для прийняття відповідного процесуального рішення, що здійснюється за внутрішнім переконанням уповноважених на те суб'єктів. У той же час даним положенням не закріплено результат такої оцінки, а лише вказані правила її здійснення. Якщо вести мову про недопустимість доказів, то порядок визнання доказів недопустимими встановлюються саме ст. 89 КПК України, тлумачення якого і викликає труднощі в процесі правозастосування. А. Павлишин з цього приводу слушно зазначає, що з цієї норми не зовсім зрозуміло, на якому етапі судового провадження вирішується питання щодо недопустимості доказів: чи

під час ухвалення вироку, чи постановлення ухвали про закриття провадження, чи відразу після постановки перед судом питання про визнання доказів недопустимими [146, с. 361]. Судова практика чіткої відповіді на це питання не має, адже існують приклади визнання доказів недопустимими як одразу після подання відповідного клопотання [281; 296; 299], так і при винесенні кінцевого рішення [29; 30].

О.В. Литвин, наприклад, виокремлює одразу два порядки визнання доказів недопустимими за критерієм очевидності/неочевидності недопустимості доказів. На думку вченого, у разі очевидної недопустимості доказів суд визнає цей доказ недопустимим під час судового розгляду, що тягне за собою неможливість дослідження такого доказу або припинення його дослідження в судовому засіданні, якщо таке дослідження було розпочате. У разі якщо докази не є очевидно недопустимими, суд вирішує питання про їх допустимість під час їх оцінки в нарадчій кімнаті під час ухвалення підсумкового судового рішення [114, с. 61]. Очевидно, що такий підхід у значній мірі залежить від надто оціночного поняття «очевидна недопустимість доказів», яке, навіть незважаючи на увагу з боку науковців [67, с. 202; 267, с. 233], занадто залежить від факторів, які не завжди можна передбачити, а також від суддівського розсуду.

Проте в даному випадку досліджується не сама проблема встановлення допустимості чи недопустимості доказів у кримінальному процесі, а можливість поширення положень ч. 1 ст. 89 КПК України на слідчих суддів саме в частині оцінки доказів, де найбільш яскраво проявляється суддівський розсуд. Задля відповіді на це питання пропонується в першу чергу встановити сутність оцінки доказів.

Відповідно до ст. 94 КПК України, метою оцінки доказів є встановлення належності, допустимості, достовірності доказів задля прийняття відповідного процесуального рішення. Однак у даному випадку більш важливою є проблема встановлення не мети, а результати оцінки доказів. І законодавець, і значна

частина науковців в тій чи іншій мірі вказують на два етапи в процесі оцінки доказів: перший – встановлення властивостей доказів (належність, допустимість, достовірність тощо); другий – використання результату оцінки доказів для прийняття процесуального рішення. В даному випадку не уточняється, про яке саме процесуальне рішення йде мова, адже оцінка доказів щодо обставин, які становлять локальний предмет доказування, може відбуватися на будь-якому етапі здійснення кримінального провадження. Головне, на що звертається увага, – оцінка доказів здійснюється *зادля* прийняття процесуального рішення. У зв'язку з цим можна зробити висновок, що, наприклад, визнання доказів недопустимими є лише інструментом на шляху до прийняття процесуальних рішень, однак не повинно вважатися самою метою оцінки доказів. У такому випадку прийняття окремих рішень про визнання доказів недопустимими суперечить логіці законодавця, яка визначена в ст. 94 КПК України, адже процес визнання доказів недопустимими є лише проміжним перед прийняттям відповідного процесуального рішення. Така концепція також узгоджується з положеннями ст. 89 КПК України, відповідно до якої суд вирішує питання допустимості доказів у нарадчій кімнаті під час ухвалення судового рішення. Однак така позиція, навіть незважаючи на її підтвердження іншими положеннями КПК України, має бути визнана помилковою в першу чергу через вже існуючу судову практику.

Дійсно, далеко не завжди суд окремими ухвалами визнає докази недопустимими, проте також існує величезна кількість саме таких ухвал. Якщо розглядати процес визнання доказів недопустимими лише як інструмент, то законодавець мав би передбачити порядок відмови у задоволенні клопотання про визнання доказів недопустимими саме через розділення процесу оцінки доказів від процесу прийняття певного процесуального рішення. Проте положень, які підтверджують дану позицію, в КПК України немає.

Крім того, не можна забувати про вже згаданий в даному дослідженні «інший» порядок визнання доказів недопустимими. Так, відповідно до ч. 2 ст.

89 КПК України, у разі встановлення очевидної недопустимості доказу під час судового розгляду суд визнає цей доказ недопустимим, що тягне за собою неможливість дослідження такого доказу або припинення його дослідження в судовому засіданні, якщо таке дослідження було розпочате. Не зупиняючись на питанні очевидності/неочевидності в оцінці допустимості доказів, слід зауважити, що законодавець передбачив можливість зупинення дослідження доказів ще до моменту прийняття відповідного процесуального рішення. Таким чином, можна стверджувати, що, навіть незважаючи на положення ст. 94 КПК України, визнання доказів недопустимими не повинно вважатися лише проміжним етапом на шляху до винесення процесуального рішення, а може розглядатися в якості самостійного процесуального рішення.

В даному випадку більш складним питанням є можливість поширення положень, які передбачені в ч. 2 ст. 89 КПК України, і на слідчих суддів. Позиція щодо неможливості використовувати вказане положення в діяльності слідчих суддів лише через те, що в даній статті мова ведеться лише про суд, автоматично суперечить загальноновживаній практиці використання ст. 376 КПК України, про що вже було зазначено. Тому такий аргумент не може бути врахований.

Очевидно, що прийняття будь-яких юридично значущих рішень обов'язково має бути результатом оціни доказів. Таку оцінку проводить і слідчий суддя, що по суті ніким не оспорується. Проблема виникає в той момент, коли слідчому судді прямо заявляють клопотання про визнання доказу недопустимим. В даному випадку найбільш логічним буде висновок, відповідно до якого слідчі судді, являючись суб'єктами оцінки доказів, також мають право прямо визнавати докази недопустимими. Такий висновок також узгоджується з можливістю оскаржувати підозри до слідчих суддів, адже якщо слідчі судді мають право визнавати незаконними чи необґрунтованими підозри, то можливість встановлення ними допустимості чи недопустимості доказів не має

бути неприйнятною. Однак на законодавчому рівні має бути уточнення щодо випадків та наслідків визнання таких доказів недопустимими.

Суд має право одразу встановлювати недопустимість доказів у тому випадку, коли така недопустимість є очевидною. Цілком логічним буде висновок, що дане правило має бути поширене і на слідчих суддів, адже підстави для визнання очевидної недопустимості доказів пов'язані в першу чергу з грубим порушенням прав та законних інтересів учасників кримінального провадження, і такі порушення мають бути виявлені та припинені ще на стадії досудового розслідування. Випадки «неочевидної» недопустимості доказів слідчим суддям встановити значно складніше, особливо з огляду на обмежений арсенал процесуальних можливостей у порівнянні з судовим розглядом [247, с. 311].

Крім того, висновок щодо необхідності дослідження доказів слідчими суддями у випадку заявлення їх очевидної недопустимості робить і Вищий антикорупційний суд. Так, апеляційна палата вищого антикорупційного суду неодноразово заявляла, що «суд на стадії досудового розслідування може визнати недопустимими лише очевидно недопустимі докази, порушення збирання яких не може спростоване будь-якими іншими матеріалами (які ще не зібрані, чи зібрані, але з тих чи інших причин не долучені до клопотання)» [277]. «Суд вважає, що на стадії досудового розслідування визнання доказів слідчим суддею, судом недопустимими можливо лише у випадках, коли: (1) такі докази, отримані внаслідок істотного та очевидного порушення прав та свобод людини і (2) їх недопустимість обумовлена такими обставинами, які у будь-якому випадку не можуть бути усунуті в ході подальшого розслідування чи судового розгляду або шляхом надання додаткових матеріалів, які вже є у розпорядженні сторони кримінального провадження, тобто висновок про недопустимість відповідного доказу є категоричним навіть із врахуванням відповідних особливостей стадії досудового розслідування» [278]. «Словосполучення «під час будь-якого судового розгляду» означає розгляд

справи судом, у тому числі слідчим суддею на стадії досудового розслідування. За іншого тлумачення стаття 94 КПК не містила би вимоги про оцінку слідчим суддею доказів в тому числі через призму їх допустимості» [279].

Таким чином, задля усунення суперечностей в процесі тлумачення та застосування норм КПК України, а також з метою недопущення передачі слідчим суддям непритаманних ним функції пропонується внести зміни до кримінального процесуального законодавства та ч. 2 ст. 89 КПК України викласти в наступній редакції: «У разі встановлення очевидної недопустимості доказу під час *судового засідання слідчий суддя*, суд визнає цей доказ недопустимим, що тягне за собою неможливість дослідження такого доказу або припинення його дослідження в судовому засіданні, якщо таке дослідження було розпочате». В такому випадку чітко визначено, що слідчі судді мають право визнавати докази недопустимими у випадку очевидних порушень вимог законодавства. На користь такої позиції також свідчить той факт, що визнання доказів очевидно недопустимими з підстав істотного порушення вимог кримінального процесуального законодавства буде підставою для припинення незаконних процедур відносно учасників кримінального провадження та забезпечення можливості відшкодування ними шкоди у випадку вчинення незаконних дій з боку правоохоронних органів, що по суті є одним із ключових завдань слідчих суддів у процесі здійснення судового контролю на стадії досудового розслідування.

В той же час слід зауважити, що рішення слідчого судді не може бути остаточним щодо визнання доказів недопустимими, адже в такому випадку буде істотно порушено принцип змагальності. Крім того, в деяких випадках визнання лише одного доказу недопустимим може тягнути за собою закриття всього кримінального провадження. Очевидно, що має бути додатковий контроль за діяльністю слідчих суддів у випадку прийняття таких рішень. Для цього пропонується розширити перелік ухвал слідчих суддів, які підлягають апеляційному оскарженню, шляхом доповнення ч. 1 ст. 309 КПК України п. 14

наступного змісту: «визнання доказів недопустимими в порядку ч. 2 ст. 89 цього Кодексу».

Повертаючись до питання застосування суддівського розсуду в процесі оцінки доказів, слід зазначити, що навіть незважаючи на той факт, що оцінка доказів потребує суддівського розсуду, в кримінальному процесуальному законодавстві міститься низка положень, які стосуються правил оцінки доказів (наприклад, умови визнання доказів належними, допустимими тощо). Тобто можна з певною мірою впевненості стверджувати, що суддівський розсуд у частині оцінки доказів реалізується відповідно до законодавчих інструкцій, які дозволяють уніфікувати судову практику в частині визначення належності та допустимості доказів. Крім того, на даний момент у доктрині кримінального процесу існує досить велика кількість наукових робіт, які присвячені саме властивостям доказів та їх оцінці, в яких фактично і розкриваються особливості суддівського розсуду в процесі оцінки доказів. У зв'язку з цим необхідно констатувати відсутність необхідності окремо досліджувати дане питання і приділити увагу іншими формам суддівського розсуду під час судового провадження.

У вже згаданому дослідженні А.А. Хайдарова пропонується окремо виділяти суддівський розсуд у процесі судового слідства та проголошення вироку [320, с. 130]. Таке формулювання є досить широким, адже охоплює найбільш масивну частину судового розгляду. Якщо проаналізувати відповідні положення КПК України, то можна виділити наступні категорії суддівського розсуду:

1) суддівський розсуд, що стосується порядку дослідження доказів (суд призначає проведення експертизи за клопотанням сторін кримінального провадження або потерпілого (ч. 1 ст. 332 КПК України); самостійно призначає проведення експертизи у випадках, встановлених КПК України (ч. 2 ст. 332 КПК України); визначає питання, які мають бути поставлені експерту у випадку призначення експертизи (ч. 3 ст. 332 КПК України); визначає обсяг доказів та

порядок їх дослідження з урахуванням позиції сторін (ч. 2 ст. 349 КПК України); визнає недоцільним дослідження доказів щодо тих обставин, які ніким не оспоруються (ч. 3 ст. 349 КПК України); ставить питання обвинуваченому протягом всього допиту для уточнення і доповнення його відповідей, вимагає конкретних відповідей від обвинуваченого (ч. 1, 2 ст. 351 КПК України); знімає питання свідку, які не стосуються суті обвинувачення (ч. 8 ст. 352 КПК України); вимагає конкретних відповідей від свідка (ч. 11 ст. 352 КПК України); приймає рішення про повторний допит свідка (ч. 14 ст. 352 КПК України); приймає рішення про виклик експерта для допиту (ч. 1 ст. 356 КПК України); призначає одночасний допит двох чи більше вже допитаних експертів (ч. 4 ст. 356 КПК України); приймає рішення про огляд речових доказів за їх місцезнаходженням (ч. 2 ст. 357 КПК України); приймає рішення про оголошення змісту документів у судовому засіданні (ч. 1 ст. 358 КПК України); виключає документ з числа доказів або призначає відповідну експертизу для цього документа (ч. 3 ст. 358 КПК України); приймає рішення про повторне відтворення звуко- чи відеозапису (ч. 2 ст. 359 КПК України); залучає спеціаліста для дослідження звуко- і відеозаписів (ч. 3 ст. 359 КПК України); користується консультаціями спеціаліста (ч. 1 ст. 360 КПК України); ставить питання спеціалісту (ч. 2 ст. 360 КПК України); приймає рішення про проведення огляду на місці (ч. 1 ст. 361 КПК України);

2) суддівський розсуд, що стосується порядку реалізації судового слідства (суд приймає рішення щодо застосування заходів забезпечення кримінального провадження та проведення слідчих (розшукових) дій за клопотанням учасників кримінального провадження (ст. 333 КПК України); приймає рішення про проведення допиту обвинуваченого в режимі відеоконференції (ч. 3 ст. 351 КПК України); приймає рішення про допит свідка за відсутності іншого свідка (ч. 5 ст. 352 КПК України); приймає рішення про допит свідка з іншого приміщення (ч. 9 ст. 352 КПК України); приймає рішення про залишення свідка в залі судового засідання після допиту (ч. 15 ст. 352 КПК України); відводить питання

малолітньому або неповнолітньому свідку (ч. 3 ст. 354 КПК України); приймає рішення про допит малолітнього або неповнолітнього свідка в режимі відеоконференції (ч. 4 ст. 354 КПК України);

3) суддівський розсуд, що стосується забезпечення руху кримінального провадження (суд вирішує питання про доцільність розпочинати судовий розгляд з початку у випадку зміни судді (ч. 2 ст. 319 КПК України); обмежує тривалість оголошення прокурором короткого викладу обвинувального акта, а також оголошення короткого викладу позовної заяви (ч. 4 ст. 347 КПК України); встановлює можливість розгляду цивільного позову без участі цивільного позивача (ч. 1 ст. 326 КПК України); приймає рішення про можливість проведення судового засідання без цивільного відповідача, представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження (ч. 2, 3 ст. 326 КПК України); приймає рішення про зупинення судового провадження (ст. 335 КПК України); приймає рішення про проведення судового засідання в режимі відеоконференції (ст. 336 КПК України); зупиняє проголошення промови у випадку встановлення ознак затягування судового розгляду (абз. 5 ч. 1 ст. 349 КПК України); призначає одночасний допит двох чи більше вже допитаних учасників кримінального провадження (ч. 15 ст. 352 КПК України); визначає порядок допиту неповнолітнього свідка (ч. 1 ст. 354 КПК України); визначає порядок виступу в судових дебатах (ч. 4 ст. 364 КПК України); зупиняє виступи учасників судових дебатів (ч. 6 ст. 364 КПК України); відновляє з'ясування обставин після останнього слова обвинуваченого (ч. 4 ст. 365 КПК України);

4) суддівський розсуд, що стосується забезпечення здійснення судового розгляду (суд вирішує питання про залучення запасного судді (ч. 1 ст. 320 КПК України); вживає необхідних заходів для забезпечення в судовому засіданні належного порядку в статусі головуєчого судового засідання (ч. 2 ст. 321 КПК України); приймає рішення про привід обвинуваченого у випадку його неприбуття до суду (ч. 1 ст. 323 КПК України); встановлює поважність причин неприбуття прокурора та захисника в судові засідання (ч. 1 ст. 324 КПК

України); визначає достатній час, необхідний для ознайомлення захисника та прокурора з матеріалами кримінального провадження (ч. 4 ст. 324 КПК України); приймає рішення про можливість здійснення судового розгляду у випадку неявки потерпілого та щодо можливості застосувати до нього заходи кримінального процесуального примусу (ч. 1 ст. 325 КПК України); застосовує заходи кримінального процесуального примусу до свідків за умови їх неявки (ч. 1 ст. 327 КПК України); визначає кількість присутніх у залі судового засідання (ч. 1 ст. 328 КПК України); дозволяє відступати учасникам судового засідання від правил поведінки в суді (ч. 1 ст. 329 КПК України); приймає рішення щодо застосування заходів до порушників порядку судового засідання (ст. 330 КПК України); приймає рішення щодо об'єднання та виділення матеріалів кримінального провадження (ст. 334 КПК України); вирішує клопотання учасників судового провадження (ч. 1 ст. 350 КПК України); перериває перебування в нарадчій кімнаті для відпочинку з настанням нічного часу (ч. 2 ст. 367 КПК України).

Таким чином, можна зробити висновок, що можливості суду застосувати розсуд під час розгляду кримінального провадження досить широкі. В той же час необхідно зазначити, що в більшості випадків такий розсуд стосується або порядку дослідження доказів, або власне порядку здійснення судового розгляду. В той же час законодавець послідовно реалізує запропоновану ним тезу «суддя – це арбітр», суттєво обмеживши роль суду в процесі формування обсягу доказів та їх дослідженні. Дійсно, саме суд визначає обсяг доказів, що буде досліджуватися, проте предметом оцінки можуть бути лише ті докази, які були надані учасниками кримінального провадження. Суд не може на власний розсуд збільшити таку сукупність доказів, а її зменшення потребує досить ґрунтовної аргументації.

Крім того, нові докази в суді можуть з'являтися тільки шляхом їх подання учасниками судового провадження. Необхідно звернути увагу, що відповідно до ст. 333 КПК України, суд не може за власної ініціативи призначити проведення

слідчих (розшукових) дій для отримання додаткових доказів. З такою ініціативою мають звернутися лише сторони кримінального провадження. Єдине виключення передбачає можливість суду самостійно призначати експертизу, проте лише у випадках, якщо: 1) суду надані кілька висновків експертів, які суперечать один одному, а допит експертів не дав змоги усунути виявлені суперечності; 2) під час судового розгляду виникли підстави, передбачені ч. 2 ст. 509 КПК України; 3) існують достатні підстави вважати висновок експерта (експертів) необґрунтованим чи таким, що суперечить іншим матеріалам справи або викликає інші обґрунтовані сумніви в його правильності. Фактично в ч. 2 ст. 332 КПК України передбачені всі можливості суду втрутитися в змагальний процес у частині отримання додаткових доказів.

Окремо необхідно розглянути особливості застосування суддівського розсуду на стадіях перегляду судових рішень. У першу чергу необхідно зазначити, що процедура судового розгляду в судах першої інстанції та при перегляді судових рішень є подібними, а тому можна констатувати тотожність форм застосування суддівського розсуду на вказаних стадіях кримінального процесу. Проте все одно необхідно вказати на окремі особливості реалізації суддівського розсуду саме при перегляді судових рішень.

Так, суддя-доповідач застосовує розсуд для вирішення питань щодо можливості призначення провадження до розгляду. В даному випадку досліджуються апеляційна та касаційна скарги на предмет їх відповідності вимогам КПК України в частині змісту, суб'єкта звернення, строків подачі тощо. Умови прийняття скарг до розгляду досить чітко визначені законодавцем, а тому можна стверджувати, що суддівський розсуд у даному випадку досить суттєво обмежений нормами кримінального процесуального законодавства.

Аналогічною є ситуація з кінцевими процесуальними рішеннями, які можуть бути прийняті на стадіях апеляційного та касаційного провадження. В кримінальному процесі суддівський розсуд найяскравіше проявляється у випадку скасування судових рішень судами апеляційної та касаційної інстанції

у зв'язку з істотним порушенням вимог кримінального процесуального закону. Законодавець уточнює, які саме випадки порушення вимог КПК України мають визнаватися істотними (ч. 2 ст. 412 КПК України), проте, по аналогії з встановленням недопустимості доказів, цей перелік надає приклади порушення вимог КПК України, які обов'язково мають тягнути за собою скасування судових рішень. У той же час він не є вичерпним, і будь-які порушення вимог КПК України, на які посилаються учасники кримінального провадження у своїх скаргах, мають бути оцінені судом, а за допомогою суддівського розсуду має бути прийняте остаточне процесуальне рішення.

В першу чергу такими порушеннями мають визнаватися порушення, які суттєво обмежили або порушили права та законні інтереси учасників кримінального провадження. Для того щоб прийняти відповідне рішення, суд повинен:

1) встановити, які саме права мав відповідний учасник кримінального провадження. Для цього суд у першу чергу має встановити, чи дійсно особа набула відповідного процесуального статусу в конкретному кримінальному провадженні та які саме права вона отримала у зв'язку з набуттям такого статусу. В даному випадку може бути недостатньо встановлення лише тих прав, які передбачені нормами КПК України, адже права можуть бути встановлені міжнародними договорами або іншими нормативно-правовими актами (за умови, що вони не суперечать положенням КПК України);

2) встановити, чи були ці права порушені. Суд повинен дослідити докази, які були подані учасником кримінального провадження на підтвердження того, чи дійсно права такої особи були порушені. В даному випадку тягар доказування таких обставин покладається на особу, яка заявляє про порушення відповідних прав, а суд не має права займати активну позицію в процесі встановлення відповідних обставин;

3) визначити, чи можна вважати відповідне порушення прав істотним порушенням вимог КПК України. Саме на цьому етапі суддівський розсуд

проявляється найяскравіше. Кримінальне процесуальне законодавство не містить чітких правил щодо визначення «істотності» порушення КПК України. Судді повинні враховувати одразу низку факторів (обсяг прав, що було порушено; результати судового розгляду; забезпечення законних інтересів учасників кримінального провадження тощо), а також власний досвід задля визначення такого порушення. Очевидно, що саме тому до суддів суду апеляційної та касаційної інстанції ставляться додаткові вимоги при їх призначенні на посаду, адже їх професійний досвід також має бути суттєвим фактором у процесі прийняття остаточного судового рішення [261, с. 212].

Необхідно зазначити, що відповідно до ч. 1 ст. 466 КПК України, заява про перегляд судового рішення за нововиявленими або виключними обставинами розглядається судом протягом двох місяців з дня її надходження згідно з правилами, передбаченими КПК України для кримінального провадження в суді тієї інстанції, яка здійснює перегляд. З даного положення можна зробити одразу декілька висновків. По-перше, обсяг застосування суддівського розсуду під час перегляду судових рішень за нововиявленими обставинами є тотожним до обсягу суддівського розсуду під час розгляду кримінального провадження в суді першої, апеляційної та касаційної інстанції. По-друге, суддівський розсуд на стадії перегляду судових рішень за нововиявленими та виключними обставинами не буде мати жодних визначальних особливостей, а тому можуть бути застосовані всі правила реалізації суддівського розсуду, які були названі раніше.

РОЗДІЛ 3.

ОСОБЛИВОСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ РОЗСУДУ ПРОКУРОРА

3.1. Ознаки розсуду прокурора

Суддівський розсуд є досить важливим у кримінальному процесі, адже саме суддя вирішує низку питань, які визначають хід кримінального провадження та його результат. У той же час не можна забувати, що в кримінальному процесі дискреційними повноваженнями наділений не лише суд, а і інші учасники кримінального провадження. І, з огляду на специфіку реалізації функції обвинувачення в кримінальному процесі, в першу чергу необхідно згадати про дискрецію прокурора. Проте, перш ніж переходити до аналізу такого правового явища, необхідно встановити правильний понятійний апарат задля уніфікації подальшого дослідження.

Якщо провести аналогію з суддівським розсудом, то в першу чергу необхідно обрати правильну термінологію. Мова ведеться про вибір між термінами «прокурорський розсуд» та «розсуд прокурора». В правовій доктрині дане питання не стоїть так гостро, як це було у випадку із встановленням співвідношення між суддівським розсудом та розсудом суду. Очевидно, що це в першу чергу пов'язано з ототожненням суб'єкта, який наділений владними повноваженнями, та органу, який цей суб'єкт представляє. У випадку дослідження суддівського розсуду в першу чергу оцінювався розсуд конкретного суб'єкта – судді та вплив на нього низки чинників, у тому числі і суб'єктивних. Якщо ж вести мову про прокурора, то він, хоча і діє від імені держави, проте свої повноваження реалізує особисто. Тому можна стверджувати, що «розсуд прокурора» та «прокурорський розсуд» є поняттями тотожними, адже вони в будь-якому випадку реалізуються одним і тим самим суб'єктом.

Також, задля забезпечення більш повного аналізу досліджуваного питання, необхідно окремо зупинитися на визначенні поняття прокурорського розсуду. І.Я. Фойницький стверджував, що розсуд прокурора необхідно розуміти як право обвинувальної влади в кожному конкретному випадку вирішувати, чи вважає вона зручним та доцільним вчинити кримінальне обвинувачення або вважає краще від нього утриматись [319, с. 75]. Е.В. Терехов визначив дискреційні повноваження прокурора як право прокурора відмовитись від подальшого кримінального переслідування особи, що підозрюється (обвинувачується) у вчиненні злочину, який не становить значну суспільну безпеку, або при дотриманні даною особою певних умов, що висловлені у рішенні, прийнятому в кримінальній справі [236, с. 47]. В даному випадку можна помітити, що вчені розглядають розсуд прокурора в першу чергу через можливість здійснення ним функції обвинувачення в кримінальному провадженні. При цьому необхідно підкреслити, що розсуд застосовується не в процесі реалізації даної функції, а саме при вирішенні необхідності здійснення кримінального переслідування (обвинувачення) відносно особи. Тобто в даному випадку мова не ведеться про розсуд у процесі здійснення обвинувачення, а лише для визначення можливості здійснення обвинувачення.

Крім того, в Рекомендаціях Комітету міністрів державам-членам Ради Європи №R(87) 18 надано тлумачення принципу дискреційності кримінального переслідування, відповідно до якого даний принцип тлумачиться як закріплені в законі повноваження компетентного органу чи посадової особи відмовитись від кримінального переслідування особи, по відношенню до якої наявні достатні докази вини, виходячи з інтересів суспільства та встановлених у законі критеріїв. В якості критеріїв виступають:

- принцип рівності перед законом;
- принцип індивідуалізації кримінальної відповідальності;
- тяжкість, характер, обставини та наслідки злочину;
- характеристика особи обвинуваченого;

- сутність майбутнього вироку суду;
- ступінь впливу такого вироку на обвинуваченого;
- стан підозрюваного [183].

І хоча функція обвинувачення є однією з основних, яка покладається на прокурора, обмежувати розсуд лише такою діяльністю також буде неправильно, адже прокурор виконує і інші функції під час здійснення кримінального провадження, в першу чергу – функцію прокурорського нагляду. Якщо згадати визначення розсуду, які надавались у різні часи різними науковцями, то можна дійти висновку, що в більшості випадків розсуд розглядається як можливість обирати з декількох альтернатив, які передбачені відповідним нормативно-правовим актом. «Розсуд є вольовим актом під час прийняття конкретного рішення в процесі здійснення особою своїх дискреційних повноважень» [80, с. 159]. Таким чином, неправильно буде обмежувати розсуд прокурора в кримінальному процесі лише однією функцією, адже розсуд – це в першу чергу можливість приймати рішення, яке прокурор використовує під час всього кримінального провадження. Якщо ж аналізувати Рекомендації комітету, то в них досліджується не весь прокурорський розсуд, а лише дія окремого принципу – дискретного кримінального переслідування, яке і відповідає тим критеріями, що були зазначені.

Тому, досліджуючи розсуд прокурора, більш вдалою виглядає позиція С.О. Кахновця, який стверджує, що «суть дискреційних повноважень прокурора полягає в можливості здійснення волі законодавця з урахуванням найменших деталей кримінального процесу з метою забезпечення верховенства права та захисту прав та законних інтересів учасників кримінального провадження в кожному конкретному випадку. Розсуд дає можливість прокурору прийняти оптимальне процесуальне рішення, яке максимально передаватиме букву і дух закону, та застосовувати принципи права в ході здійснення кримінального провадження, де законодавець не врегулював відносини через неможливість урахування всіх нюансів, проте передбачив обов'язок прокурора врегулювати ці

питання на підставі закону, власного досвіду та внутрішнього переконання» [80, с. 160]. Тобто прокурорський розсуд застосовується не лише під час реалізації ним функції обвинувачення, а і при здійсненні інших повноважень, передбачених кримінальним процесуальним законодавством. Відповідно, запропоноване раніше визначення розсуду в кримінальному процесі з огляду на його універсальний характер також може бути застосоване і для встановлення сутності розсуду прокурора.

По аналогії з суддівським розсудом, загальні ознаки розсуду також можуть бути використані при аналізі розсуду прокурора в кримінальному провадженні. В той же час для кращого розуміння особливостей використання розсуду прокурором необхідно окремо визначити особливості відповідного правового явища.

Як вже було зазначено, суддівський розсуд є досить важливим, адже в результаті такого розсуду формується судова практика, яка в подальшому може бути застосована іншими учасниками кримінального провадження при обґрунтуванні власної позиції в подібних кримінальних провадженнях. Прокурор у кримінальному процесі не формує судову практику (хоча і здійснює на неї активний вплив в якості одного з учасників судового розгляду), а тому розсуд прокурора більше стосується конкретних кримінальних проваджень. Можна стверджувати про існування слідчої та прокурорської практики, яка в певній мірі також формує порядок здійснення кримінального провадження. Однак така практика в першу чергу направлена не на всіх учасників кримінального провадження, а на суб'єктів сторони обвинувачення.

Також необхідно звернути увагу на функціональну спрямованість прокурора в кримінальному провадженні, під час якої може застосовуватися розсуд. Фактично КПК України визначає два основні напрями діяльності прокурора в кримінальному провадженні – це підтримання публічного (державного) обвинувачення в суді та здійснення нагляду за додержанням законів під час проведення досудового розслідування у формі процесуального

керівництва досудовим розслідуванням. Перша функція проявляється у його активній поведінці, яка направлена на встановлення особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, встановлення обставин вчинення кримінального правопорушення, доведення винуватості такої особи в суді тощо. Відповідно, нагляд у формі процесуального керівництва передбачає здійснення контролюючих функцій відносно діяльності слідчого з тим, щоб не допустити порушення прав та законних інтересів учасників кримінального провадження.

Ведучи мову про функціональну спрямованість прокурора, не можна оминати увагою проблематику визначення повноважень прокурора в кримінальному процесуальному законодавстві інших країн.

В ст. 58 КПК Республіки Казахстан [272] зазначено, що прокурор – це посадова особа, яка здійснює в межах своєї компетенції нагляд за законністю оперативно-розшукової діяльності, дізнання, слідства та судових рішень, кримінального переслідування на всіх стадіях кримінального процесу, а також здійснює повноваження, передбачені Конституцією та КПК Республіки Казахстан.

Одразу увагу привертає той факт, що на відміну від регулювання повноважень слідчих суддів, в КПК Республіки Казахстан повноваження прокурора не закріплені в одній статті. Проте ми вважаємо, що відсутність такої єдиної статті є більшим недоліком, ніж відсутність єдиного переліку повноважень слідчих суддів. Слідчий суддя в кримінальному процесі здійснює функцію судового контролю, яка може проявлятися у різних формах: надання дозволу на проведення певних слідчих дій, застосування заходів забезпечення та запобіжних заходів, депонування доказів тощо. Однак функціональна спрямованість слідчого судді є незмінною. Діяльність прокурора, в свою чергу, є дещо більш різноплановою, адже він реалізує владні повноваження і на стадії досудового розслідування, і на судових стадіях, і навіть в процесі виконання судових рішень. В ст. 58 КПК Республіки Казахстан вказано, що здійснює нагляд за дотриманням законності відповідними органами кримінального

переслідування. Схоже положення закріплене і в ч. 2 ст. 36 КПК України, відповідно до якого прокурор здійснює нагляд за додержанням законів під час проведення досудового розслідування. Проте очевидним є те, що таке закріплення функціональної спрямованості прокурора не в повній мірі відповідає його фактичним повноваженням, адже на судових стадіях прокурор підтримує державне (публічне) обвинувачення. У зв'язку з цим ми вважаємо, що кримінальне процесуальне законодавство повинно містити положення, яке б групувало всі повноваження прокурора саме задля оцінки співвідношення його функцій у кримінальному процесі.

Аналогічним способом було закріплено процесуальний статус прокурора в КПК Естонської Республіки [270], де в ст. 30 зазначено, що прокуратура керує здійсненням досудового розслідування, забезпечує його законність та результативність, а також представляє в суді державне обвинувачення.

Згідно зі ст. 51 КПК Республіки Молдова [273], прокурором є особа, яка здійснює в межах своєї компетенції від імені держави кримінальне переслідування особи або підтримує обвинувачення в суді і виконує інші функції, які передбачені кримінальним процесуальним законодавством. При цьому в ст. 52 КПК Республіки Молдова ці функції конкретизуються, адже там зазначено, що в ході кримінального переслідування прокурор:

1) починає кримінальне переслідування і приймає рішення про передачу кримінального переслідування іншими органами кримінального переслідування або відмовляє в здійсненні кримінального переслідування чи припиняє таке переслідування;

2) безпосередньо здійснює кримінальне переслідування, виконуючи функції органу кримінального переслідування;

3) особисто здійснює керівництво кримінальним переслідуванням і контролює законність процесуальних дій органом кримінального переслідування;

4) постійно контролює дотримання порядку прийому і реєстрації повідомлень про злочини;

5) витребує з метою контролю від органу кримінального переслідування кримінальні справи, документи, процесуальні акти, матеріали та інші відомості про вчинені злочини і осіб, які причетні до злочинів, і розпоряджається про об'єднання або виділення справ;

6) перевіряє якість доказів, здійснює нагляд за тим, щоб кожний злочин було розкрито, кожен злочинець був притягнутий до кримінальної відповідальності і жодна особа не була піддана кримінальному переслідуванню за відсутності обґрунтованих ознак вчинення ним злочину;

7) забезпечує дотримання розумних строків кримінального переслідування по кожній кримінальній справі;

8) скасовує незаконні постанови, змінює або доповнює необґрунтовані постанови органу кримінального переслідування;

9) обґрунтовано вилучає кримінальну справу у офіцера з кримінального переслідування та самостійно продовжує здійснювати кримінальне переслідування у цій справі або передає справу керівникові органу кримінального переслідування для призначення іншого офіцера по кримінальному переслідуванню у даній справі;

10) доручає здійснення кримінального переслідування групі офіцерів по кримінальному переслідуванню;

11) дозволяє самовідводи і відводи офіцерів по кримінальному переслідуванню;

12) вирішує питання про обрання запобіжного заходу, їх зміну або скасування, в межах, передбачених КПК Республіки Молдова;

13) здійснює контроль за законністю затримання особи;

14) дає письмові вказівки про проведення процесуальних дій у кримінальному провадженні;

15) видає постанови про затримання, привід, виїмку речей і документів, проведення інших дій у кримінальному провадженні;

16) звертається до суду з клопотанням для отримання санкції на арешт, продовження терміну тримання під вартою, тимчасове звільнення затриманого, затримання, вивчення, видачу, огляд або виїмку поштових відправлень, прослуховування телефонних та інших переговорів, тимчасове відсторонення обвинуваченого від посади, переслідування особи, ексгумацію, спостереження за приміщенням за допомогою відео- та аудіотехніки, поміщення особи до медичного закладу для здійснення судової експертизи тощо;

17) може бути присутнім при проведенні будь-якої дії у кримінальному провадженні або проводити її особисто;

18) повертає кримінальні справи органу кримінального переслідування зі своїми письмовими вказівками;

19) усуває особу, яка здійснює кримінальне переслідування, в разі порушення ним закону в ході здійснення кримінального переслідування;

20) звертається з поданням до відповідного органу про позбавлення імунітету окремих осіб і притягнення їх до кримінальної відповідальності;

22) закриває кримінальне провадження, застосовує примусові заходи виховного характеру у випадках, передбачених законом тощо;

23) надає сторонам можливість ознайомитися з матеріалами справи;

24) складає обвинувальний висновок у кримінальній справі, вручає його копію обвинуваченому, а справу направляє до суду, а також здійснює інші повноваження, які передбачені КПК Республіки Молдова.

З аналізу даного переліку повноважень можна зробити висновок, що роль прокурора в кримінальному процесі України та Республіки Молдова є досить подібна і не обмежується лише процесуальним керівництвом на стадії досудового розслідування. В той же час варто звернути увагу на те, що за КПК Республіки Молдова прокурор також наділений досить широкими повноваженнями в частині санкціонування проведення окремих дій, які за КПК

України віднесені до повноважень слідчих суддів. Також за КПК Республіки Молдова прокурор може самостійно здійснювати досудове розслідування, користуючись при цьому повноваженнями слідчого, можливість, яка була повністю ліквідована в КПК України 2012 року, залишивши за прокурором лише контрольні функції.

Відповідно до КПК Грузії [269], прокурор має право:

1) з дотриманням вимог підслідності доручати розслідування кримінальної справи тому чи іншому правоохоронному органу або слідчому; забирати справу у одного слідчого і передавати іншому; відстороняти нижчестоящего прокурора від процесуального керівництва слідством і покласти його функції на іншого прокурора;

2) брати участь в провадженні слідчих дій або самостійно проводити попереднє розслідування в повному обсязі;

3) в ході розслідування давати обов'язкові вказівки співробітникам правоохоронних органів або (та) нижчестоящому прокурору;

4) витребувати окремі матеріали кримінальної справи або всю кримінальну справу;

5) звертатися до суду з клопотанням про прийняття рішення щодо обрання, зміни або скасування запобіжного заходу щодо обвинуваченого, проведення слідчих дій або (та) оперативно-розшукових заходів, що обмежують права людини, а також в інших випадках, передбачених КПК Грузії;

6) скасовувати постанови слідчого або нижчестоящего прокурора;

7) закривати кримінальне провадження;

8) вирішувати скарги на дії або (та) постанови слідчого, а в разі їх оскарження до суду давати необхідні пояснення суду;

9) змінювати обвинувачення;

10) укладати з обвинуваченим процесуальну угоду і пред'являти клопотання до суду про винесення вироку щодо обвинуваченого без розгляду справи по суті;

- 11) подавати до суду докази, брати участь в їх дослідженні;
- 12) звертатися до суду з клопотанням про витребування доказів у приватних осіб;
- 13) вимагати і безперешкодно отримувати з державних органів документи чи інші речові докази;
- 14) виносити постанови про розшук обвинуваченого (засудженого);
- 15) визнавати особу потерпілим і роз'яснювати йому його права та обов'язки;
- 16) здійснювати інші повноваження, передбачені КПК Грузії.

Згідно зі ст. 84 КПК Азербайджанської республіки [268], прокурор повинен виконувати такі обов'язки у випадках і в порядку, передбачених КПК:

- 1) розглядати заяви та інші матеріали щодо злочинів, які готуються, порушувати кримінальну справу за наявності достатніх підстав для цього і проводити попереднє слідство, користуючись при цьому повноваженнями слідчого;
- 2) здійснювати процесуальне керівництво попереднім розслідуванням у кримінальній справі;
- 3) підтримувати цивільний позов в суді;
- 4) підтримувати в суді обвинувачення у кримінальній справі;
- 5) перевіряти стан виконання вимог закону при прийнятті, реєстрації та вирішенні заяв, що надійшли про вчинені злочини органами дізнання і попереднього слідства;
- 6) витребувати від дізнавача чи слідчого матеріали, документи кримінальної справи, відомості про хід попереднього розслідування, а також перевіряти матеріали та документи кримінальних справ, знайомиться на місці зі ходом попереднього розслідування;
- 7) вилучати кримінальні справи у дізнавача або слідчого і передавати їх до іншого дізнавача чи слідчого для забезпечення всебічного, повного і

об'єктивного проведення слідства, а також коли слідство проведено з порушенням вимог закону;

8) доручати слідчій групі попереднє розслідування у кримінальній справі і визначає склад цієї групи;

9) при встановленні обставин, що виключають участь адвоката у кримінальному процесі, усувати адвоката від провадження у кримінальній справі;

10) вирішувати відводи дізнавача або слідчого, а також їх самовідводи;

11) давати письмові вказівки дізнавачу або слідчому про розслідування злочину, щодо обрання, зміни або скасування запобіжного заходу, кваліфікацію діяння, розшуку особи, змісту обвинувального акта, винесення постанов, а також про провадження слідчих чи інших процесуальних дій;

12) скасовувати незаконні і необґрунтовані постанови дізнавача чи слідчого;

13) розглядати скарги на постанови і дії дізнавача або слідчого;

14) при виникненні необхідності в кримінальному переслідуванні особи, яка користується правом недоторканності, звертатися до Генерального прокурора Азербайджанської Республіки з клопотанням про надання згоди на позбавлення цієї особи недоторканності;

15) звертатися до суду або вищестоящого прокурора для складання подання про обрання щодо обвинуваченого запобіжного заходу у вигляді арешту, щодо розгляду питання про продовження терміну його перебування під вартою, а також у випадках, передбачених КПК Азербайджанської Республіки;

16) представляти перед судом орган, який здійснює кримінальне провадження;

17) припиняти кримінальне переслідування і відмовлятися від кримінального переслідування стосовно обвинуваченого;

18) затверджувати обвинувальний акт чи постанову дізнавача чи слідчого або відмовляється від затвердження і повертає кримінальну справу зі своїми обов'язковими для виконання вказівок слідчому;

19) направляти кримінальні справи або інші пов'язані з кримінальним переслідуванням матеріали в суд для розгляду по суті;

20) особисто приймати постанови у кримінальній справі, проводити окремі слідчі чи інші процесуальні дії;

21) доручати проведення оперативно-розшукових заходів з розкриття злочинів, розшуку зниклої особи або пошуку зниклого майна і отримувати повідомлення про вжиті заходи;

21) витребувати документи та матеріали про події злочинів і пов'язаних з ними осіб;

22) здійснює нагляд за законністю проведення дізнавачем або слідчим затримання, примусового доставлення чи інших заходів процесуального примусу, а також доручати проведення процесуальних дій органу дізнання;

22) забезпечувати вжиття заходів безпеки потерпілого, свідка та інших осіб, які беруть участь в кримінальному процесі;

23) звільняти підозрюваного або обвинуваченого, які утримуються без законних на те підстав;

24) здійснює інші повноваження, передбачені КПК Азербайджанської Республіки.

В цілому слід зауважити, що повноваження прокурора в пострадянських країнах є досить подібними. У зв'язку з цим можна із впевненістю стверджувати, що способи реалізацію розсуду є також подібними, і вони в першу чергу будуть залежати від особливостей здійснення відповідної правової процедури.

В той же час існує і досить яскраве виключення. Так, згідно зі ст. 34 КПК Республіки Білорусь [271], здійснюючи нагляд за дотриманням законності при провадженні досудового слідства та дізнання, прокурор уповноважений:

1) письмово витребувати від нижчестоящего прокурора, слідчого і органу дізнання для перевірки матеріали кримінальних справ;

2) вилучати з органу дізнання і передавати органу попереднього слідства будь-яку кримінальну справу відповідно до підслідності;

3) особисто проводити окремі слідчі та інші процесуальні дії при санкціонуванні застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, домашнього арешту, що знаходиться в провадженні слідчого, а також проводити попереднє слідство в повному обсязі з метою забезпечення всебічного, повного і об'єктивного дослідження обставин кримінальної справи;

4) укладати з підозрюваним (обвинуваченим) досудову угоду про співпрацю;

5) доручати досудове слідство групі прокурорів, а за погодженням з начальниками відповідних слідчих підрозділів – групі слідчих, очолювати цю слідчу групу;

6) скасовувати незаконні і необґрунтовані постанови нижчестоящего прокурора, начальника слідчого підрозділу, слідчого, органу дізнання та особи, яка провадить дізнання, за винятком випадків, передбачених КПК Республіки Білорусь;

7) давати нижчестоящому прокурору, органам, які уповноважені законом здійснювати дізнання, оперативно-розшукову діяльність, особі, яка провадить дізнання, обов'язкові для виконання письмові вказівки щодо проведення слідчих та інших процесуальних дій, проведення оперативно-розшукових заходів, а також про застосування заходів безпеки;

8) застосовувати, змінювати або скасовувати запобіжний захід у кримінальних справах, що перебувають у провадженні у нижчестоящего прокурора, подовжувати термін утримання під вартою, домашнього арешту, термін розгляду заяв і повідомлень про злочин і термін попереднього розслідування;

9) припиняти провадження у кримінальній справі у випадках і на підставах, передбачених КПК Республіки Білорусь;

10) дозволяти відводи і самовідводи;

11) вирішувати скарги на рішення і дії нижчестоящего прокурора, слідчого, органу дізнання та особи, яка проводить дізнання, за винятком скарг, розгляд яких віднесено законом до компетенції суду;

12) виносити вимогу начальнику слідчого підрозділу, органу дізнання про усунення порушень законодавства, які були допущені органом дізнання, особою, яка проводить дізнання, слідчим в ході дізнання, попереднього слідства;

13) усувати нижчестоящего прокурора від проведення попереднього слідства з передачею справи іншому прокурору або в орган попереднього слідства, якщо їм були допущені порушення законності під час розслідування, або прийняти кримінальну справу до свого провадження і провести попереднє слідство особисто;

14) звертатися до відповідних органів щодо позбавлення імунітету від кримінального переслідування осіб, які таким імунітетом користуються, якщо ці особи підлягають притягненню до кримінальної відповідальності;

15) надавати дозволи на застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, домашнього арешту, застави; проведення обшуку, огляду житла чи іншого законного володіння; накладення арешту на майно, що перебуває в житлі або іншому законному володінні, на поштово-телеграфні та інші відправлення та їх виїмку; вимогу про подання інформації та виїмку документів, що містять державну або іншу охоронювану законом таємницю; прослуховування і запис переговорів, що ведуться по технічних каналах зв'язку; вилучення трупа з місця поховання (ексгумація); приміщення підозрюваного або обвинуваченого, які не містяться під вартою, до медичних установ; відсторонення підозрюваного чи обвинуваченого від посади у випадках і порядку, встановлених КПК Республіки Білорусь;

16) повертати кримінальні справи нижчестоящому прокурору, слідчому зі своїми письмовими вказівками, обов'язковими для виконання, про проведення додаткових слідчих та інших процесуальних дій у випадках і порядку, передбачених кримінальним процесуальним законодавством, а також при скасуванні постанови про припинення попереднього розслідування;

17) направляти кримінальні справи нижчестоящому прокурору, слідчому для проведення додатково попереднього розслідування в разі передачі судом кримінальної справи при постановленні виправдувального вироку за недоведеністю участі обвинуваченого у вчиненні злочину, якщо особа, яка вчинила злочин, залишається невстановленою, або для проведення попереднього розслідування в разі передачі судом кримінальної справи, виділеного в окреме провадження у зв'язку з виправданням обвинуваченого;

18) направляти кримінальну справу до суду;

19) здійснювати інші дії, передбачені КПК Республіки Білорусь.

Фактично ст. 34 КПК Республіки Білорусь підкреслює, що майже всі контрольні функції у досудовому розслідуванні належать саме прокурору, виключаючи при цьому судовий контроль. Очевидно, що у порівнянні із кримінальним процесуальним законодавством пострадянських країн, такий підхід є дещо радикальний. Очевидно, що прокурор досить добре обізнаний в деталях кримінального провадження, а тому може оперативно приймати рішення, які стосуються його подальшого руху. В той же час відсутність судового контролю за процедурами, які в значній мірі обмежують права та законні інтереси учасників кримінального провадження, можуть бути підставою для зловживання відповідними процесуальними повноваженнями. Прокурор відноситься до сторони обвинувачення, а отже його цілі в кримінальному процесі повністю співпадають з цілями самого слідчого. У зв'язку з цим досить сильно може постраждати об'єктивність прокурора при оцінці підстав для проведення обшуку, огляду житла, застосування до особи запобіжних заходів тощо. Судовий контроль за досудовим розслідуванням забезпечує об'єктивність

санкціонування відповідних процесуальних дій, що і повинно бути забезпечено у кримінальному процесі. Очевидно, що, користуючись такими широкими повноваженнями, можливості застосування розсуду у прокурора є значно більшими, ніж у процесуальних керівників з інших пострадянських країн. Однак ми вважаємо, що це лише наслідок певної недосконалості кримінального процесуального законодавства Республіки Білорусь та не може оцінюватись як спосіб вдосконалення процесуального статусу прокурора.

В якості окремої ознаки прокурорського розсуду також необхідно вказати існування відомчого контролю за його діяльністю, що може відображатися на рішеннях, які будуть прийняті прокурором в кримінальному провадженні. Суд є незалежним у своїй діяльності, що гарантується низкою правових положень. Відповідно, суд не звітує перед жодним іншим органом чи посадовою особою за рішення, які ним були прийняті (за виключенням випадків прийняття завідомо неправосудних рішень), а тому в своєму розсуді суддя в першу чергу орієнтується на нормативно-правові акти та особистісні якості. Прокурор також є незалежним в своїй діяльності, що передбачено та гарантується нормами кримінального процесуального законодавства. Однак в структурі органів прокуратури, на відміну від суду, існує чітка ієрархія, яка прямо чи опосередковано впливає на рішення, які приймає прокурор в конкретному кримінальному провадженні із застосуванням розсуду.

Відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 13 Закону України «Про прокуратуру», керівник окружної прокуратури організовує діяльність відповідної прокуратури. Дане повноваження відображене в КПК України, наприклад, у ст. 37 КПК України, в якому встановлено порядок призначення та заміни прокурора в кримінальному провадженні. Так, прокурор, який здійснюватиме повноваження прокурора у конкретному кримінальному провадженні, визначається керівником відповідного органу прокуратури після початку досудового розслідування. У разі необхідності керівник органу прокуратури може визначити групу прокурорів, які здійснюватимуть повноваження прокурорів у конкретному

кримінальному провадженні, а також старшого прокурора такої групи, який керуватиме діями інших прокурорів.

Крім того, відповідно до ч. 4 ст. 36 КПК України, Генеральний прокурор, керівник обласної прокуратури, їх перші заступники та заступники мають право доповнити, змінити або відмовитися від апеляційної чи касаційної скарги, заяви про перегляд судового рішення за нововиявленими або виключними обставинами, внесеними ними, керівниками, першими заступниками чи заступниками керівників або прокурорами прокуратур нижчого рівня. Відповідно до ч. 3 ст. 37 КПК України, у виняткових випадках повноваження прокурора можуть бути покладені керівником органу прокуратури на іншого прокурора цього органу прокуратури через неефективне здійснення прокурором нагляду за дотриманням законів під час проведення досудового розслідування. Питання ефективності та неефективності нагляду прокурора потребує окремого дослідження, проте на даний момент достатньо констатувати досить широкі повноваження керівника органу прокуратури впливати на хід досудового розслідування шляхом заміни одного прокурора на іншого.

Відповідно до ч. 6 ст. 36 КПК України, Генеральний прокурор, керівник обласної прокуратури, керівник місцевої прокуратури, їх перші заступники та заступники при здійсненні нагляду за додержанням законів під час проведення досудового розслідування мають право скасовувати незаконні та необґрунтовані постанови слідчих та прокурорів нижчого рівня у межах строків досудового розслідування, передбачених ст. 219 КПК України. Про скасування таких постанов повідомляється прокурор, який здійснює нагляд за додержанням законів під час проведення відповідного досудового розслідування. Скасування незаконних та необґрунтованих постанов детективів Національного антикорупційного бюро України та прокурорів Спеціалізованої антикорупційної прокуратури може бути здійснено Генеральним прокурором або особою, яка виконує його обов'язки, чи керівником Спеціалізованої антикорупційної прокуратури. Таке само право дублюється і в п. 2 розділу 4 Порядку організації

діяльності прокурорів і слідчих органів прокуратури у кримінальному провадженні [168].

Також популярною практикою в прокуратурах є практика проведення різного роду нарад, на яких керівник прокуратури або його заступники цікавляться ходом та результатами роботи своїх підлеглих, у тому числі і в кримінальних провадженнях. Відповідно, в ході таких нарад керівники прокуратури можуть вказувати на ті чи інші питання, які потребують додаткової уваги в процесі реалізації прокурорського контролю за досудовим розслідуванням або підтриманням обвинувачення в суді. В даному випадку КПК України не визначає право керівника прокуратури надавати доручення прокурорам, які є обов'язковими для виконання, але в межах здійснення відомчого контролю керівники прокуратури все одно користуються досить широкими повноваженнями саме в частині формування практики реалізації процесуального керівництва відповідним прокурором. У той же час керівник прокуратури вищого рівня має право давати обов'язкові для виконання вказівки прокурору у випадку порушення останнім розумних строків під час досудового розслідування (ч. 2 ст. 308 КПК України) [245, с. 110].

Таким чином, можна побачити суттєву відмінність між порядком участі в кримінальному провадженні судді та прокурора. Очевидно, що такого роду контроль з боку керівника відповідного органу прокуратури або навіть прокуратури вищого рівня також впливає на межі вільного застосування розсуду прокурором у кримінальному провадженні. В цьому і полягає одна з головних особливостей прокурорського розсуду у порівнянні із суддівським розсудом. При цьому необхідно наголосити, що такий порядок діяльності та контролю не вважається порушенням процесуальної самостійності прокурора та не повинен розглядатися в якості хибної практики, адже, як вже було зазначено, діяльність прокурорів вибудована відповідно до суворої ієрархічної структури. В цьому проявляється не слабкість прокуратури, а лише її

особливість, яку потрібно враховувати при дослідженні особливостей застосування розсуду прокурором у кримінальному процесі.

Аналізуючи розсуд прокурора, складно досліджувати дане поняття як єдину правову категорію, адже реалізація зазначених функцій в кримінальному провадженні відбувається саме шляхом прийняття проміжних процесуальних рішень, у тому числі із застосуванням розсуду. Тому при дослідженні порядку реалізації прокурорського розсуду існує необхідність виділення окремих категорій процесуальних дій та рішень, в яких відповідний розсуд проявляється.

На перший погляд найбільш ефективним способом дослідження розгляду є виділення групи повноважень згідно з функцією, яка реалізується прокурором. У даному випадку підтримується точка зору, відповідно до якої функції обвинувачення та нагляду за досудовим розслідуванням у формі процесуального керівництва слід розглядати як окремі функції, хоча необхідно констатувати, що деякі повноваження можуть бути реалізовані в процесі здійснення одразу двох функцій. В той же час більш детальне вивчення проблематики функції прокурора в кримінальному провадженні показує, що дана проблема потребує додаткового аргументування.

В ст. 131¹ КУ зазначено, що в Україні діє прокуратура, яка здійснює: 1) підтримання публічного обвинувачення в суді; 2) організацію і процесуальне керівництво досудовим розслідуванням, вирішення відповідно до закону інших питань під час кримінального провадження, нагляд за негласними та іншими слідчими і розшуковими діями органів правопорядку; 3) представництво інтересів держави в суді у виключних випадках і в порядку, що визначені законом. Якщо не брати до уваги повноваження, передбачене п. 3, то можна зробити висновок, що в Основному Законі також вказується на існування лише двох функцій прокуратури в кримінальному провадженні. Однак формулювання таких функцій викликає низку питань.

По-перше, в КУ передбачено, що прокурор підтримує публічне обвинувачення в суді, хоча і ЗУ «Про прокуратуру», і КПК України оперують

поняттям «державне обвинувачення», що вже вносить певну плутанину в процес застосування відповідних положень. А.В. Лапкін зазначає, що «...різниця цих двох понять полягає у визначенні пріоритетності інтересів, на захист яких спрямована відповідна обвинувальна діяльність прокурора. Від того, чи будуть це інтереси держави, чи суспільства, і залежить розуміння обвинувачення як державного чи публічного. Крім того, має значення узгодження поняття обвинувачення, яке підтримує прокурор, з обвинуваченням, що підтримується потерпілим. Останнє має назву «приватного», альтернативою якого є саме публічне, а не державне обвинувачення. У цьому значенні можна вважати, що державне обвинувачення, підтримуване прокурором, за своїм характером завжди було публічним, тому при заміні цієї термінології мова йде скоріше про його уточнення, ніж про радикальну зміну форми й змісту обвинувальної діяльності прокурора в кримінальному провадженні» [109, с. 143] Повністю з такою позицією погодитись складно. На практиці дуже складно встановити, чиї саме інтереси захищає прокурор у суді – суспільства чи держави, адже майже завжди ці інтереси переплітаються між собою. Тому стверджувати, що відповідний інтерес буде підставою для розмежування державного та публічного обвинувачення не зовсім коректно.

Не кращою є ситуація з формулюванням другої функції прокуратури в Конституції України. Як слушно зазначає І.В. Гловюк, при аналізі відповідних статей КУ не зовсім зрозуміло, що саме розуміє законодавець під поняттями «органи правопорядку», «нагляд за негласними та іншими слідчими і розшуковими діями». Крім того звертається увага на невідповідність такого формулювання порядку реалізації інститутів кримінального провадження, а саме колізії з функціональним призначенням керівника органу досудового розслідування, «... причому наразі невідомо, яким шляхом піде законодавець і на кого саме він покладе комплекс організаційних повноважень – на прокурора-процесуального керівника, на прокурора вищого рівня або на керівника органу прокуратури, і, як наслідок, чи залишиться необхідність у такому учасникові

кримінального провадження, як керівник органу досудового розслідування» [40, с. 23].

Якщо ж досліджувати формулювання, яке встановлене законодавцем в ч. 2 ст. 36 КПК України, то необхідно також констатувати низку неточностей, які не дозволяють повною мірою дослідити таку функцію прокурора, як нагляд у формі процесуального керівництва. М.І. Смирнов вказував на існування одразу декількох підходів до розмежування функції нагляду та процесуального керівництва, при цьому деякі з них є діаметрально протилежними [226, с. 110]. Досить велика кількість вчених взагалі підтримує позицію, що такі повноваження неможна та непотрібно розділяти. Так, В. М. Юрчишин зазначає, що законодавець окремо не виділяє повноважень, за допомогою яких прокурор реалізує функцію процесуального керівництва, вважаючи, що будь-яке з повноважень прокурора, визначених ч. 2 ст. 36 КПК, може бути використане для здійснення функції процесуального керівництва досудовим розслідуванням. Більш того, на його думку, в такому поділі взагалі немає жодної необхідності через універсальний характер цих повноважень, які в одному випадку можуть успішно виконуватися під час здійснення нагляду, а в іншому – для реалізації процесуального керівництва досудовим розслідуванням [330, с. 28]. Як справедливо зазначає І. В. Гловюк, відсутність єдності серед науковців із цього питання підтверджує критичність штучного розподілу повноважень прокурора на наглядові та керівні [38, с. 166].

Також пропонується звернути увагу на саме формулювання, яке застосовує законодавець. Так, у ч. 2 ст. 36 КПК України мова ведеться про нагляд прокурора у формі процесуального керівництва під час проведення досудового розслідування. Відповідно, в пунктах даної статті розшифровується, які саме повноваження може реалізовувати прокурор задля забезпечення такої функції. В той же час увагу привертають повноваження, які передбачені п. 15 та п. 20 ч. 2 ст. 36 КПК України, а саме повноваження прокурора звертатися до суду з обвинувальним актом, клопотанням про застосування примусових

заходів медичного або виховного характеру, клопотанням про звільнення особи від кримінальної відповідальності та оскаржувати судові рішення в порядку, встановленому КПК України. Очевидно, що такі повноваження реалізуються тільки на судових стадіях, хоча в ч. 2 ст. 36 КПК України ведеться мова лише щодо стадії досудового розслідування. Крім того, реалізуючи відповідні повноваження, прокурор не здійснює нагляд у формі процесуального керівництва, а саме представляє публічне (державне) обвинувачення в суді.

Все це вказує на те, що в якості підстави для класифікації повноважень прокурора небажано брати функціональну направленість його діяльності. По-перше, ні на законодавчому, ні на доктринальному рівні немає єдиного розуміння щодо розмежування функції прокурора в кримінальному процесі. По-друге, повноваження прокурора у сфері здійснення обвинувачення в кримінальному провадженні та при здійсненні нагляду у формі процесуального керівництва на стадії досудового розслідування інколи можуть перемішуватися, що ускладнює розмежування таких повноважень. У зв'язку з цим найбільш доцільним виглядає групування повноважень прокурора в залежності від стадій кримінального процесу, на яких такі повноваження можуть бути реалізовані. Саме така класифікація і буде використана при аналізі прокурорського розсуду в кримінальному процесі.

3.2. Розсуд прокурора на досудовому розслідуванні

Відповідно до ч. 2 ст. 36 КПК України, прокурор під час досудового розслідування здійснює нагляд у формі процесуального керівництва за особами, які проводять таке досудове розслідування. Як вже було зазначено в даному дослідженні, формулювання такої функції прокурора викликає низку питань, які поки що так і не були вирішені на законодавчому рівні. Однак у даному випадку необхідно звернути увагу на той факт, що процесуальне керівництво прокурором здійснюється саме на стадії досудового розслідування, і саме в межах такого керівництва прокурору надані досить широкі можливості

застосовувати розсуд у кримінальному провадженні. І, з огляду на значимість, пропонується в першу чергу дослідити особливості реалізації прокурорського розсуду при здійсненні слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій.

Р.Н. Гасанов, вивчаючи участь прокурора при проведенні гласних і негласних слідчих (розшукових) дій, зазначив, що до відповідних повноважень прокурора належить: 1) мати повний доступ до матеріалів, документів та інших відомостей, що стосуються досудового розслідування; 2) доручати слідчому, органу досудового розслідування проведення в установленій прокурором строк слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій, інших процесуальних дій або давати вказівки щодо їх проведення чи брати участь у них, а за необхідності – особисто проводити слідчі (розшукові) та процесуальні дії в порядку, визначеному КПК України; 3) доручати проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій відповідним оперативним підрозділам; 4) скасовувати незаконні та необґрунтовані постанови слідчих; 5) ініціювати перед керівником органу досудового розслідування питання про відсторонення слідчого від проведення досудового розслідування та призначення іншого слідчого за наявності підстав, передбачених КПК України, для його відводу або у випадку неефективного досудового розслідування; 6) погоджувати або відмовляти в погодженні клопотань слідчого до слідчого судді про проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій, інших процесуальних дій у випадках, передбачених КПК України, чи самостійно подавати слідчому судді такі клопотання; 7) приймати процесуальні рішення у випадках, передбачених КПК України [35, с. 65]. З такою позицією можна погодитись, проте лише частково. Дійсно, кожне з цих повноважень у певній мірі відноситься до повноважень прокурора щодо здійснення процесуального керівництва за проведенням слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій, однак такий обсяг повноважень все ж таки виглядає дещо перебільшеним, адже далеко не всі

перераховані повноваження прямо стосуються проведення слідчих та негласних слідчих (розшукових) дій, а тому штучне збільшення такого переліку лише ускладнить процес їх дослідження. Тому такий підхід не можна використати в якості основи для даного дослідження.

Хоча при аналізі відповідних положень КПК України можна помітити, що прокурор володіє досить суттєвими повноваженнями як в частині забезпечення проведення слідчих (розшукових) дій, так і в частині особистого їх проведення. Ці повноваження сконцентровані в п. 4 ч. 2 ст. 36 КПК України, відповідно до якого прокурор має право доручати слідчому, органу досудового розслідування проведення у встановлений прокурором строк слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій, інших процесуальних дій або давати вказівки щодо їх проведення чи брати участь у них, а в необхідних випадках – особисто проводити слідчі (розшукові) та процесуальні дії в порядку, визначеному КПК України. Відповідно такі повноваження можна поділити на чотири групи:

- 1) прокурор може доручати проведення слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій слідчому, органу досудового розслідування;
- 2) прокурор може санкціонувати проведення слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій;
- 3) прокурор може приймати участь у проведенні слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій;
- 4) прокурор може самостійно проводити слідчі (розшукові) дії. І в кожному випадку реалізації таких повноважень прокурор у тій чи іншій формі застосовує розсуд.

В першу чергу необхідно проаналізувати прокурорський розсуд у процесі надання доручень слідчому при проведенні відповідних процесуальних дій, адже кримінальне процесуальне законодавство не встановлює чітких правил винесення відповідних доручень. Прокурор надає слідчому не лише доручення, а і вказівки, які є обов'язковими для виконання слідчим (ч. 4 ст. 40 КПК

України). При цьому законодавець не уточнює, що саме розуміється під вказівками та дорученням та як саме вони відрізняються між собою, адже обидва ці формулювання використовуються в межах п. 4 ч. 2 ст. 36 КПК України. В.В. Луцик зазначає, що вказівки про проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій, інших процесуальних дій, на відміну від доручень, даються прокурором у такому випадку, коли кримінальна справа знаходиться у провадженні слідчого [118, с. 233]. З такою позицією погодитись складно, адже будь-яке провадження знаходиться у слідчого, адже лише слідчий уповноважений на проведення досудового розслідування.

О.Д. Гринів стверджує, що вказівка прокурора – це процесуальне рішення прокурора, яке виноситься в ході здійснення процесуального керівництва досудовим розслідуванням кримінального провадження слідчому, керівнику органу досудового розслідування з метою досягнення всебічності, повноти та об'єктивності досудового розслідування, спрямоване на усунення прогалин та неповноти слідства, яка наділена ознаками імперативності і є обов'язковою для виконання [45, с. 211]. Повністю з такою позицією погодитися не можна, адже вказівки не можуть бути віднесені до процесуальних рішень прокурора, які, відповідно до ч. 3 ст. 110 КПК України, виносяться у формі постанови або обвинувального акта. В той же час автором було зроблено досить слушний акцент на ситуаціях, в яких прокурор може давати вказівки, і такий висновок узгоджується з положеннями нормативно-правових актів.

Так, в п. 4 ч. 2 ст. 36 КПК України зазначено, що прокурор може надавати як доручення, так і вказівки щодо проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій, тобто доручення та вказівки повинні відрізнятися одна від одної. При цьому в КПК України вказівки прокурора майже не згадуються (на відміну від доручень).

Також слід зауважити, що відповідно до ч. 1 ст. 41 КПК України оперативні підрозділи органів Національної поліції, органів безпеки,

Національного антикорупційного бюро України, Державного бюро розслідувань, органів, що здійснюють контроль за додержанням податкового і митного законодавства, органів Державної прикордонної служби України, органів, установ виконання покарань та слідчих ізоляторів Державної кримінально-виконавчої служби України здійснюють слідчі (розшукові) дії та негласні слідчі (розшукові) дії в кримінальному провадженні за письмовим дорученням слідчого, прокурора, а підрозділ детективів, оперативно-технічний підрозділ та підрозділ внутрішнього контролю Національного антикорупційного бюро України – за письмовим дорученням детектива або прокурора Спеціалізованої антикорупційної прокуратури. Таким чином, прокурор має право надавати вказівки щодо проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій лише слідчому, а оперативним підрозділам надають виключно доручення. Отже вказівка передбачає такий вид реагування, який притаманний лише слідчому, але не працівникам оперативних підрозділів.

О.Д. Гринів у своєму визначенні підкреслив, що вказівка прокурора направлена на усунення недоліків слідства. Саме така позиція виглядає найбільш правильною. Доручення надається слідчому прокурором у тому випадку, коли прокурор на власний розсуд вважає за потрібне отримати в конкретному кримінальному провадженні докази. Тобто прокурор, перед тим як надати доручення слідчому, повинен:

- 1) проаналізувати матеріали кримінального провадження та оцінити вже зібрані докази;
- 2) встановити, які докази мають бути отримані задля встановлення обставин кримінального провадження, які підлягають доказуванню;
- 3) встановити, які слідчі чи інші процесуальні дії можуть бути проведені для отримання таких доказів;
- 4) сформулювати відповідне доручення та ознайомити з ним слідчого.

На кожному з даних етапів прокурор повинен прийняти рішення на власний розсуд, адже законодавець не встановив, в якому саме випадку зібрана сукупність доказів буде достатньою для доведення винуватості особи. Очевидно, що саме задля цього законодавець наділив прокурора, слідчого та дізнавача правом застосовувати розсуд у процесі прийняття юридично значущих процесуальних рішень.

Вказівки ж доцільно розглядати як реакцію прокурора на результати вже проведених процесуальних дій або в загальному на хід досудового розслідування. Вказівки надаються слідчому в тому випадку, якщо, наприклад, були допущені помилки при проведенні однієї процесуальної дії та її необхідно провести повторно. Крім того, своїми вказівками прокурор може впливати на хід досудового розслідування, якщо він не задоволений його результатами. Тому оперативним підрозділам можуть надаватися лише доручення, а не вказівки, адже оперативні підрозділи не відповідають за хід всього досудового розслідування, а лише залучаються для проведення окремих процесуальних дій.

Крім того, виходячи з формулювань, які використовуються в КПК України (п. 4 ч. 2 ст. 36 КПК України – «... вказівки щодо їх проведення...») та Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні [73] (п. 4.11 – «Прокурор або слідчий за його вказівкою досліджує отриману в ході проведення негласних слідчих (розшукових) дій інформацію»), можна зробити висновок, що прокурор також може надавати вказівки в тому випадку, коли необхідно додатково роз'яснити порядок проведення відповідної процесуальної дії. Тобто вказівка може стосуватися не лише самої слідчої (розшукової) або негласної слідчої (розшукової) дії, а і конкретного способу та порядку її проведення, які будуть вимагатися від слідчого.

Відповідно, задля вибору між дорученням та вказівкою прокурор у першу чергу повинен оцінити стан досудового розслідування та якої форми впливу потребує таке провадження – встановлення процесуальних дій, які ще не були

проведені та в ході проведення яких можуть бути отримані докази, що мають значення для відповідного кримінального провадження, або усунення недоліків попередніх процесуальних дій та негайний вплив на хід досудового розслідування зі сторони процесуального керівника. При прийнятті відповідних рішень прокурор в першу чергу має опиратися на стан конкретного кримінального провадження та завдання, які мають бути виконані на відповідному етапі досудового розслідування, адже кримінальне процесуальне законодавство не містить конкретних правил, за яких прокурор зобов'язаний надавати слідчому вказівки або доручення [245, с. 90].

Наступною формою застосування прокурором власного розсуду в процесі проведення слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дії є їх санкціонування. Таке санкціонування можна поділити на дві групи: 1) надання дозволу на проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій та 2) затвердження клопотання до слідчого судді про проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій.

Прокурор надає дозвіл на проведення огляду трупа, пов'язаного з ексгумацією (ст. 239 КПК України), освідчування особи (ст. 241 КПК України), контроль за вчиненням злочину (ст. 271 КПК України), виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації (ст. 272 КПК України).

КПК України не надає чітких вказівок, в яких саме випадках прокурор надає дозвіл на проведення таких дій, тому можна стверджувати, що таке рішення прокурор приймає на власний розсуд. У доктрині кримінального процесу існує позиція, відповідно до якої підстави проведення слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій поділяються на юридичні та фактичні [104, с. 414]. Під юридичними підставами розглядається положення, відповідно до якого в законі міститься вказівка на те, що слідчий має право проводити певні слідчі дії, та наявність відповідної постанови, а у випадках, прямо передбачених законом, ще й наявність санкції прокурора або

дозволу суду. Відповідно, фактичні підстави являють собою дані, що мають у розпорядженні слідчого, які дозволяють зробити висновок щодо необхідності виконати в інтересах розслідування конкретну слідчу дію [105, с. 414]. Якщо взяти за основу такий загальнозовживаний підхід щодо класифікації підстав проведення слідчих дій, то можна зробити висновок, що прокурор при санкціонуванні відповідних дій має керуватися:

- 1) нормативними вимогами;
- 2) вимогами кримінального провадження.

Щодо нормативних вимог необхідно зазначити, що законодавець в окремих випадках встановлює умови, за яких можуть бути проведені відповідні процесуальні дії. Наприклад, НСРД, що санкціонуються прокурором, повинні проводитись тільки в кримінальних провадженнях щодо тяжких чи особливо тяжких злочинів. Тобто такі вимоги визначити досить легко, адже вони чітко передбачені у відповідних положеннях КПК України.

Вимоги ж конкретного кримінального провадження встановити складніше. Це пояснюється відсутністю чітких інструкцій в кримінальному процесуальному законодавстві¹. КПК України містить лише базові вимоги щодо фактичних підстав проведення відповідних процесуальних дій (ч. 2 ст. 223 КПК України – «Підставами для проведення слідчої (розшукової) дії є наявність достатніх відомостей, що вказують на можливість досягнення її мети»; ч. 2 ст. 246 КПК України – «Негласні слідчі (розшукові) дії проводяться у випадках, якщо відомості про злочин та особу, яка його вчинила, неможливо отримати в інший спосіб»). В даному випадку прокурор має ретельно дослідити наявні матеріали досудового розслідування, встановити мету проведення відповідної дії та можливість отримання доказової інформації за результатами її проведення. На етапі санкціонування ані слідчий, ані прокурор не можуть бути певними того, що такі докази обов'язково будуть отримані, однак наявних

¹ Хоча в даному випадку необхідно підкреслити, що таких інструкцій і не може бути, адже законодавець не може описати всі можливі ситуації, які виникають у процесі розслідування кримінального правопорушення.

відомостей в матеріалах кримінального провадження має бути достатньо для того, щоб припущення про отримання доказів було обґрунтованим.

Крім того, прокурор також обов'язково має оцінити ступінь можливого обмеження прав та законних інтересів учасників кримінального провадження в процесі проведення такої дії та пропорційність такого обмеження щодо прогнозованих результатів відповідної процесуальної дії. Якщо прокурор дійде висновку, що будуть суттєво обмежені основні права та свободи особи, а докази, які планується отримати, будуть, наприклад, лише додатково підтверджувати вже встановлені факти, то більш доцільною вбачається відмова у проведенні таких дій. Крім того, має бути врахований вплив відповідних процесуальних дій на подальший хід досудового розслідування. Якщо, наприклад, проведення однієї слідчої (розшукової) дії унеможливить або зробить марними інші процесуальні дії в силу тих чи інших тактичних особливостей, прокурор обов'язково має врахувати значення доказів, які можуть бути отримані, та, за необхідності, відмовити у проведенні відповідної дії чи відкласти її проведення на більш пізній етап досудового розслідування.

Саме при вирішенні таких питань найбільш яскраво проявляється прокурорський розсуд, адже прокурор повинен врахувати велику кількість обставин, як законодавчих, так і фактичних. І лише після їх зіставлення та прогнозування результативності їх здійснення прокурор може прийняти рішення про надання дозволу на проведення відповідної процесуальної дії.

Схожі етапи має пройти прокурор і в процесі задоволення клопотання слідчого до слідчого судді про проведення слідчих (розшукових) або негласних слідчих (розшукових) дій. Єдиною особливістю в даному випадку буде також ретельне вивчення прокурором змісту самого клопотання слідчого та перевірка його відповідно до вимог КПК України. У зв'язку з тим, що вимоги до клопотань зазначені в кримінальному процесуальному законодавстві, така діяльність прокурора не виділяється в окремий етап, а лише стосується перевірки клопотання нормативним вимогам.

Наступне питання, яке підлягає аналізу, – це можливість прокурора приймати участь у слідчих (розшукових), негласних слідчих (розшукових) та інших процесуальних діях, які проводяться слідчим або дізнавачем. Законодавець не конкретизує, в яких саме процесуальних діях прокурор може прийняти участь та в яких випадках. Однак необхідно звернути увагу на формулювання, яке використовується в п. 4 ч. 2 ст. 36 КПК України, де зазначено, що прокурор може «брати участь в них». Відповідно, до «них» відносяться всі процесуальні дії, які були перераховані до цього. Тобто прокурор може брати участь і в слідчих (розшукових), і в негласних слідчих (розшукових), і в інших процесуальних діях¹. Р.Н. Гасанов, провівши власне дослідження, встановив, що прокурори майже не приймають участь у таких процесуальних діях (було встановлено, що частка кримінальних проваджень (від загальної кількості), в яких прокурор бере участь у проведенні слідчих (розшукових) дій, становить менше 10%). Якщо ж прокурори приймають участь у слідчих (розшукових) діях, то такими діями найчастіше бувають обшуки та допити [35, с. 80]. Такі дані дозволяють зробити одразу декілька висновків. Прокурори приймають участь у слідчих (розшукових) діях лише тоді, коли для цього є крайня необхідність. До такої крайньої необхідності можна віднести складність самої процесуальної дії або її надзвичайну значимість для даного кримінального провадження. З проведеного Р.Н. Гасановим дослідження можна встановити, що прокурори приймають участь у тих діях, повторне проведення яких є неможливим, складним або нерезультативним.

Досліджуючи участь прокурора в таких процесуальних діях, окремо необхідно проаналізувати власне обсяг повноважень, яким прокурор наділений. У випадку участі прокурора відповідна слідча (розшукова) дія буде проводитися слідчим, відповідно, саме слідчий наділений повноваженнями проводити такі дії та фіксувати їх результати. Прокурор не має права сам здійснювати будь-які

¹ Також необхідно констатувати відсутність роз'яснень законодавця, що саме має розумітися під «іншими процесуальними діями».

дії, адже участь у слідчій дії не передбачає активну поведінку відповідних суб'єктів. Прокурор має право надавати поради та рекомендації слідчому, проте жодним чином не може втручатися в хід її проведення. Наприклад, якщо прокурор приймає участь у проведенні допиту, то він не має права ставити питання особі, що допитується, або скласти протокол. Очевидно, що саме така консультативна роль прокурора у відповідних процесуальних діях і пояснює незначний обсяг слідчих дій, що проводяться за участю прокурора.

І останньою формою участі прокурора в процесі проведення слідчих (розшукових) дій є можливість прокурора самотійно такі дії проводити. В першу чергу необхідно встановити, які саме слідчі дії може проводити прокурор. Наприклад, існує позиція, відповідно до якої прокурор має право самотійно проводити як слідчі, так і негласні слідчі (розшукові) дії. Такий підхід пояснюється самим визначенням НСРД, яке закріпив законодавець. Так, відповідно до ч. 1 ст. 246 КПК України, негласні слідчі (розшукові) дії – це різновид слідчих (розшукових) дій, відомості про факт та методи проведення яких не підлягають розголошенню, за винятком випадків, передбачених КПК України. Таким чином законодавець визнав НСРД різновидом слідчих (розшукових) дій, що дозволяє робити висновок про те, що прокурор має право самотійно проводити НСРД, адже п. 4 ч. 2 ст. 36 КПК України дозволяє йому проводити слідчі (розшукові) дії, що також має включати в себе і НСРД.

Якщо брати до уваги лише ч. 1 ст. 246 КПК України, то в цілому такий висновок можна вважати правильним. Проте він не узгоджується з низкою інших положень КПК України, які також необхідно враховувати. В самому п. 4 ч. 2 ст. 36 КПК України зазначено, що прокурор може надавати слідчому доручення про проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій, а коли йде мова про проведення таких дій прокурором, вказуються лише слідчі (розшукові) дії. Тобто необхідно констатувати, що законодавець, навіть незважаючи на невіддалене законодавче тлумачення, все одно розрізняє слідчі та негласні (розшукові) дії. Крім того, в ч. 6 ст. 246 КПК

України недвозначно вказано, що «проводити негласні слідчі (розшукові) дії має право слідчий, який здійснює досудове розслідування злочину, або за його дорученням – уповноважені оперативні підрозділи...». Тобто навіть у випадку посилання на ст. 246 КПК України все одно більш правильною виглядає позиція, що прокурор в кримінальному провадженні має право проводити лише «гласні» слідчі (розшукові) дії.

Р.Н. Гасанов у своєму дослідженні стверджує, що частка кримінальних проваджень, в яких прокурор особисто проводить слідчі (розшукові) дії, також не перевищує 10%. Серед цих дій найбільш популярними лишаються обшуки та допити [35, с. 80]. В даному випадку можна помітити подібність таких результатів з результатами участі прокурора в слідчих діях, що проводяться слідчими (як в частині їх виключності, так і щодо власне видів таких процесуальних дій). Можна зробити висновок, що участь прокурора в процесуальних діях або самотійне їх проведення вважається більше як виняток, ніж стала практика. Прокурор приймає рішення про особисте проведення слідчих (розшукових) дій тільки у випадках крайньої необхідності, якщо цього вимагають обставини кримінального провадження. Законодавець не уточнює, в яких саме випадках прокурор повинен прийняти таке рішення, проте, проводячи аналогію з участю в процесуальних діях, можна стверджувати, що прокурор особисто проводить слідчі (розшукові) дії тільки у випадку їх особливої складності або значимості для відповідного кримінального провадження. Відмінність між участю в даному випадку буде полягати в тому, що одних лише порад буде недостатньо.

Крім того, прокурор може також самотійно провести відповідні процесуальні дії і в тому випадку, якщо слідчий не встигатиме їх провести особисто. Наприклад, обставини кримінального правопорушення змушують одночасно провести декілька обшуків (наприклад, у разі, якщо обшуки будуть проведені у різний час, з місць проведення наступних обшуків можуть зникнути докази). В такому випадку слідчий та прокурор можуть поділити між собою

такі повноваження та одночасно провести декілька процесуальних дій. В такому випадку більш доцільним буде призначення групи слідчих у кількості, достатній для забезпечення ефективного досудового розслідування. В той же час група слідчих створюється рішенням керівника органу досудового розслідування, а прокурор відповідно до кримінального процесуального законодавства уповноважений лише ініціювати відсторонення слідчого від здійснення досудового розслідування і тільки у випадку неефективності досудового розслідування. Також, відповідно до ч. 5 ст. 36 КПК України, прокурор має право доручити здійснення досудового розслідування будь-якого кримінального правопорушення іншому органу досудового розслідування, у тому числі слідчому підрозділу вищого рівня в межах одного органу, у разі неефективного досудового розслідування. Проте навіть у такому випадку прокурор не може ініціювати створення слідчої групи чи впливати на її структуру та чисельність.

У зв'язку з цим пропонується внести зміни до КПК України та передбачити право прокурора ініціювати перед керівником органу досудового розслідування створення слідчої групи у випадку складності відповідного кримінального провадження. Для цього пропонується ч. 2 ст. 36 КПК України розширити наступним пунктом: «п. 3¹) ініціювати перед керівником органу досудового розслідування створення слідчої групи у випадках особливої складності кримінального провадження». Така зміна дозволить прокурору забезпечувати ефективність досудового розслідування в тих провадженнях, де він здійснює процесуальне керівництво. Крім того, така зміна не суперечить положенням КПК України в частині визначення повноважень керівника органу досудового розслідування, адже саме за ним залишається право приймати рішення про створення слідчої або слідчо-оперативної групи [246, с. 170].

В ході аналізу повноважень прокурора в частині самостійного проведення слідчих (розшукових) дії може виникнути цілком логічне питання щодо можливості проведення таких дій лише в тому випадку, коли прокурор не

впевнений у якості її майбутнього проведення слідчим. Право прокурора самостійно проводити слідчі (розшукові) дії не обмежене законодавцем, як і не обмежені підстави для прийняття такого рішення. Були змодельовані лише дві типові ситуації, за яких з великою долею вірогідності прокурор приймає відповідне рішення, однак очевидним є те, що перелік таких ситуацій є невичерпним та має визначатися в першу чергу на розсуд прокурора з урахуванням всіх обставин (як процесуальних, так і супутніх). З урахуванням того, що ніхто не може заборонити прокурору самостійно проводити слідчі (розшукові) дії під час досудового розслідування (адже таке рішення не оформлюється відповідною постановою, яку б можна було оскаржити та скасувати), прокурор може особисто проводити такі дії в будь-якому випадку, в тому числі і за наявності ризику неефективності результатів її проведення слідчим. І хоча така практика можлива в процесі досудового розслідування, її не можна назвати оптимальною. Законодавець надає прокурору право ініціювати перед керівником органу досудового розслідування можливість замінити слідчого на іншого слідчого у випадку неефективності досудового розслідування. Очевидно, що питання неефективності має підніматися за результатами досудового розслідування, а не на початковому його етапі, тому до проведення слідчих (розшукових) дій прокурор не має права ініціювати таке питання. Якщо ж неефективність слідчого була встановлена в одних кримінальних провадженнях, то це не означає, що прокурор має самостійно проводити відповідні процесуальні дії в інших провадженнях. Це має бути підставою вирішення питання щодо доцільності роботи слідчого на його посаді. Якщо ж завданням прокурора буде компенсація некомпетентності слідчого, то не зрозуміло, навіщо такий слідчий продовжує працювати. Завданням прокурора є здійснення процесуального керівництва, а не проведення досудового розслідування. Очевидно, що право вибору самостійно проводити слідчі (розшукові) дії залишається за прокурором, проте це не означає, що

прокурор повинен перебирати на себе повноваження слідчого під час досудового розслідування.

Досліджуючи прокурорський розсуд під час досудового розслідування, також не можна оминати увагою проблему забезпечення прокурором розумних строків досудового розслідування. Дана проблема потребує аналізу в силу низки причин. По-перше, хоча законодавець і надає критерії визначення розумних строків, такі критерії є занадто загальними та потребують прискіпливого аналізу прокурора в кожному конкретному кримінальному провадженні. Через те, що розумність строків є яскравим прикладом оціночного поняття, прокурор виключно на підставі власного розсуду може встановити, які критерії відповідають даному принципу під час досудового розслідування, в якому він здійснює функцію процесуального керівництва. По-друге, законодавець не визначає, в який саме спосіб дія принципу розумних строків має бути гарантована, розраховуючи, що прокурор зможе на власний розсуд обрати ті повноваження, які передбачені кримінальним процесуальним законодавством та які зможуть гарантувати оперативне досудове розслідування. Крім того, в КПК України відносно часто вносились зміни щодо порядку обчислення строків досудового розслідування, що значно ускладнювало ефективність застосування відповідних положень кримінального процесуального законодавства. Все це вказує, що проблематика дослідження розумних строків та повноваження прокурора щодо їх забезпечення напряду стосується аналізу прокурорського розсуду під час досудового розслідування.

КПК України 2012 року вперше надав перелік засад кримінального провадження, серед яких було названо і розумність строків. Відповідно до ч. 1 ст. 28 КПК України, розумними вважаються строки, що є об'єктивно необхідними для виконання процесуальних дій та прийняття процесуальних рішень. Розумні строки не можуть перевищувати передбачені КПК України строки виконання окремих процесуальних дій або прийняття окремих процесуальних рішень.

Необхідність нормативного закріплення визначення розумних строків з'явилася задовго до прийняття КПК України 2012 року, адже дана правова категорія досить тривалий час регулювалася на рівні міжнародних нормативно-правових актів. Так, відповідно до ч. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру або встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення [97]. Відповідно до ч. 3 ст. 9 Міжнародного пакту про громадські та політичні права, кожна заарештована або затримана за кримінальним обвинуваченням особа в терміновому порядку доставляється до судді чи до іншої службової особи, якій належить за законом право здійснювати судову владу, і має право на судовий розгляд протягом розумного строку або на звільнення. Тримання під вартою осіб, які чекають судового розгляду, не має бути загальним правилом, але звільнення може ставитись у залежність від подання гарантій явки на суд, явки на судовий розгляд у будь-якій іншій його стадії і, в разі необхідності, явки для виконання вироку [132]. Дана правова категорія також неодноразово досліджувалася в рішеннях ЄСПЛ [189; 200; 205].

В Україні про розумність строків висловлювався ще ВСУ, який у своєму Листі від 20.01.2006, базуючись в першу чергу на практиці ЄСПЛ, зазначив, що критерії оцінювання розумності строку розгляду справи є спільний для всіх категорій справ (цивільних, господарських, адміністративних чи кримінальних). Це – складність справи, поведінка заявника та поведінка органів державної влади (насамперед суду) [112]. Існує також позиція КСУ, відповідно до якої розумні строки «повинні визначатися в кожній справі залежно від обсягу матеріалів справи та її складності, кількості обвинувачених, дій або бездіяльності (поведінки) обвинуваченого чи його захисника та незалежних від волі обвинуваченого чи його захисника чинників (наприклад, хвороби) тощо»

[208]. Очевидно, така увага до визначення розумності строків і стала причиною закріплення в новому КПК України 2012 року розумності строків в якості окремої засади кримінального провадження.

Частина 2 ст. 28 КПК України наголошує, що проведення досудового розслідування в розумні строки забезпечує слідчий суддя та прокурор. Зважаючи на специфіку діяльності слідчого судді в частині встановлення порушення розумних строків досудового розслідування (в першу чергу шляхом застосування ч. 1 ст. 114 КПК України) та через неоднорідність судової практики з вказаного питання необхідно зупинитися саме на повноваженнях прокурора. Для цього необхідно спробувати дати відповідь на три питання:

1) як прокурор може встановити, що слідчим не було дотримано розумних строків досудового розслідування?

2) що може зробити прокурор задля гарантування реалізації даного принципу в якості процесуального керівника?

3) що може зробити прокурор у випадку встановлення порушення слідчим розумних строків досудового розслідування?

Для відповіді на перше питання необхідно чітко встановити, за яких умов можна стверджувати про порушення розумних строків. Для цього варто надати тлумачення терміна «розумність строків» у досудовому розслідуванні. Однак зробити це досить складно, адже в ст. 28 КПК України навіть чітко не зазначено, з якого моменту розумні строки досудового розслідування мають обраховуватися. С.І. Перепелиця та Л.В. Дробчак вважають, що «перебіг строків в кримінальному провадженні чітко закріплений КПК України та починається з часу, коли особі повідомлено про підозру. Проте така позиція потребує уточнення, адже відповідно до п. 10 ч. 1 ст. 3 КПК України, кримінальне провадження складається з наступних етапів: досудове розслідування, судове провадження та здійснення окремих процесуальних дій. Перша стадія, досудове розслідування, починається з моменту внесення відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових

розслідувань, а не з моменту повідомлення про підозру» [151, с. 179]. Не зупиняючись окремо на авторському тлумаченні етапів кримінального провадження, потрібно погодитись з позицією науковців та визначити початком обрахунку розумних строків досудового розслідування власне початок досудового розслідування – момент внесення відомостей до ЄРДР.

Відповідно до ч. 5 ст. 28 КПК України, кожен має право, щоб обвинувачення щодо нього в найкоротший строк або стало предметом судового розгляду, або щоб відповідне кримінальне провадження щодо нього було закрито, що може вказувати на необхідність прив'язки розумних строків до повідомлення про підозру. Однак дотримання розумних строків досудового розслідування не є виключним правом підозрюваного, воно поширюється і на інших учасників кримінального провадження, в першу чергу – на потерпілого. Судова практика містить достатньо прикладів, коли потерпілі зверталися до слідчого судді з оскарженням бездіяльності слідчого у кримінальному провадженні, посиляючись саме на недотримання розумних строків вчинення процесуальних дій [289; 301]. Тобто дія даної засади кримінального провадження починається з початку реалізації кримінальних процесуальних відносин. Аналогічна позиція відображена в рішеннях ЄСПЛ, де розумність строків обраховується відносно всього кримінального провадження, починаючи з моменту, коли особі було пред'явлено обвинувачення, так і з дня арешту, дня, коли відповідна особа була офіційно повідомлена, що проти неї висунуте обвинувачення у справі, або з дня, коли було розпочато досудове розслідування. Тобто з дня, коли особа починає перебувати в стані непевності про долю кримінального провадження щодо себе [199]. При цьому строк, який можна визначити розумним, не може бути однаковим для всіх справ та має оцінюватись щодо кожного окремого провадження [192].

Встановивши, що прокурор здійснює нагляд за дотриманням розумних строків досудового розслідування з самого його початку (тобто з моменту, коли прокурора було призначено процесуальним керівником у конкретному

кримінальному провадженні), необхідно встановити, які саме критерії мають бути використані прокурором для оцінки дотримання слідчим принципу розумності строків. У даному випадку необхідно звернутися до тих законодавчих положень, які встановлені КПК України. Так, відповідно до ч. 3 ст. 28 КПК України, критеріями для визначення розумності строків кримінального провадження є:

- 1) складність кримінального провадження, яка визначається з урахуванням кількості підозрюваних, обвинувачуваних та кримінальних правопорушень, щодо яких здійснюється провадження, обсягу та специфіки процесуальних дій, необхідних для здійснення досудового розслідування тощо;
- 2) поведінка учасників кримінального провадження;
- 3) спосіб здійснення слідчим, прокурором і судом своїх повноважень.

О.П. Кучинська зазначає, що ЄСПЛ встановив наступні критерії оцінки розумності строків: загальна тривалість розгляду справи в суді; складність справи; наслідки для сторони-заявника недодержання розумного строку розгляду справи в суді; особиста поведінка обвинуваченого; оперативність роботи судового органу [107, с. 46].

Щодо загальної тривалості розгляду справи в суді, ЄСПЛ вказав, що цей період починається з моменту «вручення індивіду компетентним органом офіційного повідомлення про обвинувачення його у вчиненні кримінального злочину». Закінчується судовий розгляд справи моментом вступу судового рішення в законну силу, в разі оскарження рішення – до строку розгляду включатиметься й час розгляду справи у суді вищої інстанції, аж до Верховного суду або іншого вищого судового органу [202].

Вказаний критерій може застосовуватися вже після закінчення розгляду кримінального провадження судом, тобто оцінка дотримання розумних строків буде відбуватися постфактум. Очевидно, що прокурор не може скористатися таким критерієм у процесі здійснення процесуального керівництва, адже відповідне кримінальне провадження триває і його кінцеві строки ще невідомі.

Крім того така вимога в першу чергу має застосовуватися для оцінки розумності строків судового розгляду. Взагалі і науковці, і практики більше уваги приділяють встановленню розумності строків саме на судових стадіях. Це пояснюється тим фактом, що судовий розгляд кримінального провадження в Україні не має часових обмежень. Відповідно до ч. 1 ст. 318 КПК України, судовий розгляд має бути проведений і завершений протягом розумного строку. Відповідно, жодних часових обмежень для судового розгляду немає, у зв'язку з чим питання дотримання розумних строків у судах постає надзвичайно гостро. При аналізі досудового розслідування дія принципу розумних строків досліджувалася не так активно, адже законодавець встановив часові рамки всього досудового розслідування, які передбачені ст. 219 КПК України. Більше того, після внесення змін до кримінального процесуального законодавства 2017 року строки досудового розслідування обраховуються не з моменту повідомлення особі про підозру (як це було передбачено в редакції КПК України 2012 року), а з моменту внесення відомостей про кримінальне правопорушення до ЄРДР. На виконання даного положення також була внесена низка змін в інші статті КПК України, і в першу чергу був встановлений порядок дій уповноважених посадових осіб у випадку закінчення строку досудового розслідування. Так, згідно з ч. 9 ст. 295 КПК України, у разі відмови у продовженні строку досудового розслідування прокурор, який здійснює нагляд за додержанням законів під час проведення цього досудового розслідування, зобов'язаний протягом п'яти днів здійснити одну з дій, передбачених ч. 2 ст. 283 КПК України. Згідно з ч. 7 ст. 295¹ КПК України, у разі відмови слідчим суддею у продовженні строку досудового розслідування прокурор, який здійснює нагляд за додержанням законів під час проведення досудового розслідування, зобов'язаний протягом п'яти днів здійснити одну з дій, передбачених ч. 2 ст. 283 КПК України. Крім того законодавець передбачив нову підставу для закриття кримінального провадження – після повідомлення особі про підозру закінчився строк досудового розслідування, визначений ст.

219 КПК України, крім випадку повідомлення особі про підозру у вчиненні тяжкого чи особливо тяжкого злочину проти життя та здоров'я особи. Також передбачено обов'язок слідчого та прокурора закрити кримінальне провадження у разі, якщо закінчився строк досудового розслідування та жодній особі не повідомили про підозру.

Таким чином, необхідно підкреслили, що хоча дія принципу розумності строків досудового розслідування поширюється на все кримінальне провадження, по відношенню до стадії досудового розслідування контролювати виконання таких строків легше, адже досудове розслідування в будь-якому випадку обмежено часовими рамками, які встановлені в ст. 219 КПК України.

Наступним критерієм розумності строків провадження відповідно до практики ЄСПЛ є ступінь складності справи. В даному випадку мають враховуватися такі обставини: характер і тяжкість вчинених особою злочинів; кількість злочинних епізодів і кількість злочинів, які розглядаються в рамках однієї справи; віддаленість, з точки зору часу, між фактами, що є предметом розгляду у судовому процесі, і самим судовим процесом; кількість свідків та інші проблеми, які виникають у зв'язку із збиранням показань свідків [107, с. 47]. Наслідки для сторони-заявника стосуються конкретного кримінального провадження, а більш жорсткі вимоги застосовуються у кримінальних справах, коли обвинувачений перебуває під вартою [197].

Особливість визначення обставин особистої поведінки обвинуваченого, полягає в будь-якому небажанні обвинуваченого співпрацювати з державними компетентними органами або опір їх у здійсненні правосуддя, та стосується в першу чергу судового розгляду [191].

Тобто більшість критеріїв, які встановлені для визначення розумних строків кримінального провадження, та, відповідно, більшість наукових робіт досліджують дію даної засади саме на судових стадіях та залишають без уваги дотримання розумних строків досудового розслідування. При цьому законодавець зобов'язав прокурора забезпечувати проведення досудового

розслідування у розумний строк, а тому прокурор має розробити та застосувати критерії визначення розумних строків. Очевидно, що в якості основи необхідно використовувати положення ч. 3 ст. 28 КПК України з урахуванням специфіки досудового розслідування.

Складність досудового розслідування, відповідно до позиції законодавця, має визначатися, наприклад, кількістю підозрюваних. Тобто чим більше підозрюваних, тим довше буде проводитись відповідне досудове розслідування. Проте в даному випадку більш доцільним буде вказати, що має враховуватись не лише кількість підозрюваних чи обвинувачених, а всіх учасників кримінального провадження. Наприклад, при розслідуванні шахрайства може бути встановлена велика кількість потерпілих, яких необхідно, як мінімум, допитати. А у випадку більш активної участі таких потерпілих та їх представників у кримінальному провадженні слідчий часто змушений витрачати більшу частину свого робочого часу на надання відповідей на різні клопотання. Відповіді на клопотання учасників кримінального провадження також є важливим елементом роботи слідчого та прокурора, проте інколи такі клопотання бувають необґрунтовані, а обов'язок надати на будь-які клопотання відповідь протягом трьох днів може негативно вплинути на оперативність проведення інших процесуальних дій.

Також складність провадження може визначатися переліком та складністю процесуальних дій, які повинен виконати слідчий або дізнавач під час досудового розслідування. Чим більше має бути проведено слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій, тим довше буде тривати таке розслідування. Наприклад, «при розслідуванні схем, пов'язаних із виведенням коштів за кордон, детективи НАБУ виявляють ланцюжок, який складається в середньому з 7-10 ланок, через які вкрадені в українців гроші перераховуються кінцевим бенефіціарам. З метою здобути докази у справі детективи мають проаналізувати банківські операції підприємства кожної ланки. Йдеться про те, що за подібних обставин лише на розкриття банківської

таємниці згідно зі ст. 164 КПК знадобиться щонайменше 7-10 місяців, не кажучи вже про подальше проведення експертних досліджень та інших слідчих і процесуальних дій» [134].

Проте також бувають випадки, коли затримки у слідстві відбуваються з причин, які від слідчого або дізнавача не залежать. Наприклад, при розслідуванні злочинів у сфері господарської діяльності слідчому досить часто необхідно провести велику кількість однакових експертиз. Слідчий, наприклад, буде доручати проведення таких експертиз одній експертній установі, яка, в силу зайнятості, не зможе вчасно їх виконати, що спричинить затримку у проведенні досудового розслідування. Тобто прокурор та слідчий ще на початку досудового розслідування повинні встановити, які саме процесуальні дії мають бути проведені задля прогнозування можливих строків закінчення досудового розслідування. У випадку необхідності призначення експертиз відповідні рішення повинні бути прийняті одними з перших, щоб забезпечити одночасне розслідування кримінального правопорушення та проведення експертиз, що від слідчого, дізнавача та прокурора не залежить.

Також, досліджуючи специфіку процесуальних дій як критерію визначення розумних строків досудового розслідування, потрібно пам'ятати, що окремі процесуальні дії є триваючими у часі та можуть проводитись до моменту виконання необхідних завдань. Це, наприклад, стосується значної кількості негласних слідчих (розшукових) дій (таких як спостереження за особою, річчю, місцем, зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж, моніторинг банківських рахунків тощо). Законодавець передбачив граничні строки проведення негласних слідчих (розшукових) дій, але навіть у випадку їх дотримання такі дії проводяться у розпочатому кримінальному провадженні, тобто також паралельно застосовуються вимоги ст. 219 КПК України щодо загальних строків досудового розслідування. При проведенні триваючих негласних слідчих (розшукових) дій уповноважені особи не знають, в який саме момент вони отримають інформацію, заради якої такі дії проводяться.

Очевидно, що це ті ризики, які мають бути враховані прокурором при затвердженні клопотання про проведення НСРД. Слідчий та дізнавач мають повідомити прокурора не лише про можливість отримання доказів у результаті проведення таких дій, а і можливість отримання результату у відносно короткий проміжок часу. Повністю встановити такі обставини до проведення НСРД неможливо, однак відсутність результату НСРД протягом всього періоду її проведення може вказувати на необґрунтованість клопотання слідчого.

Наступний критерій розумності строків, який має враховувати прокурор при здійсненні нагляду за досудовим розслідуванням, – поведінка учасників кримінального провадження. О.Б. Комарницька зазначає, що урахування поведінки учасників кримінального провадження є важливим фактором, оскільки відповідальність за порушення формалізованих строків унаслідок поведінки підозрюваного, обвинуваченого, захисника, спрямованої, наприклад, на затягування процесу, несе переважно слідчий. «Негативна поведінка учасників кримінального провадження є об'єктивною обставиною, що не може ставитися у провину стороні обвинувачення або суду і враховується при визначенні факту перевищення розумного строку кримінального провадження» [94, с. 88]. Дійсно, слідчий, дізнавач та прокурор далеко не завжди можуть попередити навмисне затягування досудового розслідування учасниками кримінального провадження. В той же час законодавець надає достатньо процесуальних можливостей задля мінімізації негативних наслідків такої поведінки учасників кримінального провадження. До таких осіб можуть бути застосовані заходи забезпечення кримінального провадження або інші заходи примусу. В даному випадку прокурор повинен контролювати хід досудового розслідування з метою вчасного виявлення можливих зловживань та реагування на них.

Третім критерієм розумних строків відповідно до КПК України є спосіб здійснення слідчим та прокурором своїх повноважень. ЄСПЛ зазначав, що відкладення розгляду справи, призначення і проведення експертизи, участь

судді в розгляді інших справ самі по собі не суперечать законодавству. Проте, якщо ці дії призводять до порушення права особи на судочинство в розумний строк, заява про присудження компенсації підлягає задоволенню [196]. В даному випадку необхідно підкреслити, що на стадії досудового розслідування у прокурора значно більше можливостей забезпечити оперативність досудового розслідування, ніж під час судового розгляду кримінального провадження. З іншої сторони, на прокурора з урахуванням його процесуальних можливостей в повній мірі покладається обов'язок забезпечити дієвість такого принципу кримінального провадження.

Законодавець не уточнює, що саме має розумітися під способом здійснення повноважень, надаючи можливість широкого тлумачення даного поняття учасниками кримінального провадження. ВССУ розумів під способом здійснення слідчим, прокурором і судом своїх повноважень послідовність та своєчасність здійснення процесуальних дій; наявність періодів бездіяльності (неактивності), причини якої мають з'ясовуватись у кожному конкретному провадженні; своєчасність повідомлення особи про підозру; обґрунтованість відкладення та зупинення кримінального провадження; своєчасність призначення кримінального провадження (кримінальної справи) до судового розгляду; встановлення випадків призначення судових засідань із великими інтервалами чи зволікання з переданням кримінального провадження з одного суду до іншого; проведення судових засідань у призначений час; дотримання строків постановлення суддею (або судом) мотивованої ухвали чи вироку і направлення копій процесуальних рішень учасникам судового провадження; повноту здійснення суддею контролю за виконанням працівниками суду своїх службових обов'язків, у тому числі щодо повідомлення учасників кримінального провадження про час та місце судового засідання; повноту та своєчасність вжиття слідчим, прокурором, слідчим суддею, судом (суддею) заходів забезпечення кримінального провадження та інших заходів, спрямованих на недопущення недобросовісної поведінки учасників

кримінального провадження; характер та ефективність дій, спрямованих на прискорення кримінального провадження тощо [176].

Аналіз слідчої та судової практики показує, що найчастіше до способів здійснення повноважень на стадії досудового розслідування відносять:

- строк реалізації повноважень. Тільки слідчий та прокурор можуть встановити, коли необхідно провести певну слідчу (розшукову) дію або повідомити особі про підозру. В той же час будь-які зволікання (навіть обґрунтовані) можуть бути розцінені як затягування уповноваженими посадовими особами досудового розслідування. Це стосується як визначення моменту реалізації певного повноваження, так і тривалості здійснення процесуальних дій. Прокурор має забезпечувати баланс між повнотою досудового розслідування та його оперативністю;

- невчинення дій, які забезпечують подальший рух досудового розслідування. Аналіз судової практики свідчить, що до таких дій можна віднести ненадання слідчим експерту необхідних матеріалів для проведення експертизи [312], неприйняття рішення щодо зміни підслідності прокурором протягом тривалого періоду часу [309] тощо. Далеко не у всіх випадках слідчий суддя задовольняв скарги учасників кримінального провадження щодо порушення розумних строків, вказуючи при цьому на неможливість оскарження таких рішень до слідчого судді або на необґрунтованість скарг. Однак задача прокурора в якості процесуального керівника полягає у здійсненні поточного контролю за досудовим розслідуванням, а не лише у реагуванні на скарги, які надсилаються до нього чи до слідчого судді. Крім того, відповідно до ч. 6 ст. 28 КПК України, підозрюваний, обвинувачений, потерпілий, інші особи, права чи інтереси яких обмежуються під час досудового розслідування, мають право на звернення до прокурора, слідчого судді або суду з клопотанням, в якому викладаються обставини, що обумовлюють необхідність здійснення кримінального провадження (або окремих процесуальних дій) у більш короткі строки, ніж ті, що передбачені КПК України. Відповідно, прокурор (як і слідчий

суддя) не може відмовити у розгляді клопотання щодо більш оперативного проведення всього досудового розслідування або окремих процесуальних дій, а в кожному випадку звернення з таким клопотанням повинен дослідити всі обставини та прийняти виважене та обґрунтоване рішення;

– непроведення процесуальних дій у випадку заявлення клопотання учасниками кримінального провадження. Досить часто до слідчого судді звертаються зі скаргами на відмову слідчого та прокурора провести певні слідчі (розшукові) дії. Відповідно, у випадку обґрунтованості такої скарги слідчий суддя доручає слідчому виконати відповідну процесуальну дію. Проблеми виникають у тому випадку, коли слідчий або прокурор задовольнили клопотання учасника кримінального провадження щодо проведення відповідної процесуальної дії, але саму процесуальну дію не проводять. Законодавець не встановлює чітких строків, протягом яких має бути вчинено таку дію, що дозволяє уповноваженим посадовим особам зловживати відповідними повноваженнями. Тобто такий учасник кримінального провадження навіть не може звернутися зі скаргою до слідчого судді, адже слідчим чи прокурором було задоволено клопотання, а тому відсутній предмет скарги. Така правова невизначеність може стати причиною істотного порушення принципу розумності строків досудового розслідування та обмеження прав та законних інтересів учасників кримінального провадження.

Очевидно, що контроль за виконанням відповідного клопотання слідчим або дізнавачем покладається на прокурора-процесуального керівника. Однак, як свідчить практика, дуже часто такого контролю недостатньо. Крім того, така бездіяльність може мати місце зі сторони самого прокурора. У зв'язку з цим більш доцільною виглядає позиція встановлення чіткого строку виконання відповідної процесуальної дії слідчим, дізнавачем та прокурором. Очевидно, що встановлювати такі строки досить ризиковано, адже в залежності від кількості та складності слідчих (розшукових) дій лише на їх підготовку може піти багато

часу. Проте необхідно усвідомлювати, що має бути досягнуто компроміс між оперативністю досудового розслідування та його повнотою.

В даному випадку пропонується взяти в якості прикладу порядок проведення однієї з найскладніших слідчих (розшукових) дій – обшуку. Відповідно до п. 1 ч. 2 ст. 235 КПК України, строк дії ухвали слідчого судді про проведення обшуку не може перевищувати один місяць. Тобто законодавець вважає, що одного місяця має бути достатньо для проведення обшуку в будь-якому кримінальному провадженні незалежно від завантаженості слідчого та прокурора. Цей строк і можна взяти за основу відповідних змін. Тобто пропонується внести зміни до ст. 220 КПК України та доповнити її ч. 3 наступного змісту: «У випадку задоволення клопотання про проведення слідчих (розшукових) дій така дія має бути виконана не пізніше одного місяця з моменту задоволення клопотання»;

– обґрунтованість зупинення досудового розслідування. КПК України чітко встановив чотири підстави для зупинення досудового розслідування, кожна з яких має базуватися на фактичних даних, які вказують на необхідність призупинення кримінальної процесуальної діяльності. Жодна з підстав зупинення досудового розслідування не залежить від слідчого, дізнавача або прокурора, тому у випадку настання таких випадків прокурор може лише констатувати неможливість подальшого здійснення кримінального провадження. Проте навіть у випадку наявності підстав для зупинення досудового розслідування слідчий та прокурор все одно можуть забезпечити оперативність та ефективність досудового розслідування. Так, в ч. 2 ст. 280 КПК України законодавець зазначає, що до зупинення досудового розслідування слідчий, дізнавач зобов'язаний виконати всі слідчі (розшукові) та інші процесуальні дії, проведення яких необхідне та можливе, а також всі дії для здійснення розшуку підозрюваного, якщо така особа переховується. Згідно з ч. 3 ст. 280 КПК України, якщо у кримінальному провадженні є два або декілька підозрюваних, а підстави для зупинення стосуються не всіх, прокурор

має право виділити досудове розслідування і зупинити його стосовно окремих підозрюваних. Тобто законодавець надає можливості слідчому, дізнавачу та прокурору провести всі необхідні слідчі (розшукові) дії до зупинення досудового розслідування задля забезпечення оперативності досудового розслідування після його відновлення або взагалі прийняти рішення про виділення матеріалів досудового розслідування в окреме провадження. Очевидно, що далеко не завжди у слідчого, дізнавача та прокурора будуть реальні можливості задля виконання таких дій, проте в кожному кримінальному провадженні має бути оцінено реалістичність їх здійснення.

Повертаючись до проблематики особливостей реалізації розсуду прокурором при забезпеченні розумних строків досудового розслідування, в першу чергу необхідно встановити, в який саме спосіб прокурор може виявити порушення (або можливе порушення) слідчим та дізнавачем дії принципу розумних строків досудового розслідування. Оцінюючи джерела, з яких прокурор виявляє такі обставини, можна визначити два види інформування прокурора про можливе порушення розумних строків досудового розслідування: зовнішнє та особисте. Зовнішнє інформування відбувається тоді, коли до прокурора звертаються із відповідними скаргами та клопотанням учасники кримінального провадження. Прокурор, отримавши інформацію про можливі порушення, повинен її перевірити та, за необхідності, застосувати засоби прокурорського реагування. Зовнішнє інформування може відбуватися не лише шляхом звернення до прокурора і у випадку подачі клопотань та скарг іншим уповноваженим суб'єктом, про що стає відомо прокурору. Наприклад, відповідно до ч. 2 ст. 305 КПК України, прокурор може самостійно скасувати власне рішення або рішення слідчого чи дізнавача до того, як слідчий суддя прийме рішення за скаргою учасника кримінального провадження на таке рішення. І хоча ст. 303 КПК України не вказує на пряме оскарження до слідчого судді недотримання розумних строків, власне оскарження розумних строків відбувається відносно рідко. Це пояснюється тим, що розумність строків має

розглядатися не як окреме процесуальне явище, а і у комплексі зі способами, які допомагають такі розумні строки забезпечити. Наприклад, у випадку оскарження відмови слідчого або прокурора у задоволенні клопотання про проведення слідчих (розшукових) дій особа, яка подає таку скаргу, фактично оскаржує не лише саму відмову, а і можливе порушення розумних строків досудового розслідування, адже непроведення відповідних процесуальних дій може негативно вплинути на тривалість досудового розслідування. Забезпечення розумності строків відбувається не шляхом констатації порушення відповідної засади, а шляхом проведення процесуальних дій та прийняттям процесуальних рішень. Тому в більшості випадків оскарження рішень, дій чи бездіяльності слідчого та прокурора до слідчого судді також прямо чи опосередковано стосується забезпечення розумності строків досудового розслідування.

Особисте інформування характеризується тим, що воно забезпечується самим прокурором у процесі здійснення нагляду за досудовим розслідуванням у формі процесуального керівництва. Воно повністю покладається на самого прокурора, а неможливість забезпечення такого контролю вказує на неякісне процесуальне керівництво. Оцінюючи власне форми такого контролю, можна встановити, що прокурор оцінює дотримання слідчим та дізнавачем принципу розумних строків шляхом:

– постійного моніторингу ЄРДР. Оцінити всю повноту та складність досудового розслідування з аналізу відомостей, які внесені в ЄРДР, неможливо. Проте систематичного моніторингу вже буде достатньо для того, щоб виявити провадження, в яких у особи закінчується строк обрання запобіжних заходів або в яких давно не проводились процесуальні дії. На підставі цього прокурор може вжити подальших заходів реагування, таких як витребування для ознайомлення матеріалів досудового розслідування або надання вказівок та доручень слідчому чи дізнавачу щодо проведення відповідних процесуальних дій;

– перевірки матеріалів досудового розслідування. Такий спосіб інформування потребує більше часу, однак у більшій мірі дозволяє оцінити прокурору можливе навмисне або ненавмисне затягування слідчим або дізнавачем досудового розслідування. В даному випадку прокурор повинен у першу чергу встановити кількість проведених процесуальних дій, тривалість їх проведення та тривалість перерв між ними. Якщо прокурор дійде висновку, що на даному етапі досудового розслідування мало бути проведено більше слідчих або негласних слідчих (розшукових) дій або якщо процесуальні дії проводяться нерегулярно чи зі значними перервами, прокурор повинен вжити всіх можливих процесуальних повноважень задля недопущення подальшого затягування досудового розслідування та потенційної втрати можливості отримати докази у кримінальному провадженні.

Наступне питання, яке постає перед прокурором у процесі забезпечення розумних строків досудового розслідування, – це способи їх гарантування. У прокурора є низка процесуальних повноважень, за допомогою яких він може контролювати оперативність досудового розслідування. О. Єні стверджує, що прокурор з цією метою може: доручати проведення у встановлений ним строк слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових), інших процесуальних дій або давати вказівки щодо їх проведення; скасовувати незаконні або необґрунтовані постанови слідчих (наприклад, про зупинення досудового розслідування); ініціювати перед керівником органу досудового розслідування питання про відсторонення слідчого від проведення досудового розслідування та призначення іншого слідчого у випадку неефективного досудового розслідування (що, зокрема, може проявлятися у затягуванні розслідування таким слідчим) тощо. Також прокурор може прийняти рішення про об'єднання чи виділення матеріалів кримінальних проваджень (що суттєво впливатиме на обрахування строків досудового розслідування), про укладення угоди про визнання винуватості у кримінальних провадженнях відповідної категорії (що сприятиме прискоренню кримінального провадження), про

звернення до суду із клопотанням про звільнення особи від кримінальної відповідальності тощо. Науковець зазначає, що, незважаючи на те, що кожне з цих повноважень може мати основну мету, не пов'язану зі строками, але додатковою метою буде саме реалізація засади розумності строків [63, с. 87]. У цілому можна погодитись з позицією, що прокурор наділений широкими повноваженнями в частині процесуального керівництва за досудовим розслідуванням, які якщо не прямо, то опосередковано стосуються і питання забезпечення розумних строків досудового розслідування. Однак слід зауважити, що в даному дослідженні пропонується окремо розділити повноваження, які направлені на гарантування забезпечення розумних строків досудового розслідування, та повноваження, які передбачають реагування на порушення розумних строків. Очевидно, що такі групи представлені майже однаковими повноваженнями. Наприклад, прокурор може доручати проведення процесуальних дій слідчому як задля гарантування забезпечення розумних строків, так і по факту встановлення їх порушення. Проте, якщо дотримуватись запропонованого підходу, то в першу чергу необхідно назвати ті повноваження, які направлені саме на гарантування реалізації відповідної засади. В даному випадку, не беручи до уваги ст. 36 КПК України, необхідно проаналізувати повноваження прокурора в частині продовження строків досудового розслідування.

Відповідно до § 4 глави 24 КПК України, прокурор залучається до процесу продовження строку досудового розслідування в двох ролях: прокурор може самостійно продовжувати строк досудового розслідування або погоджувати клопотання чи самостійно звертатися з клопотанням до слідчого судді про продовження строку досудового розслідування.

Відповідно до п. 1 ч. 3 ст. 294 КПК України, досудове розслідування, в якому особі було повідомлено про підозру, продовжується до трьох місяців керівником місцевої прокуратури, керівником обласної прокуратури або його першим заступником чи заступником, заступником Генерального прокурора.

При цьому правом продовжити досудове розслідування не наділений Генеральний Прокурор, хоча аналогічне повноваження має його заступник. Відповідно, доцільним виглядає розширення переліку суб'єктів, які можуть продовжити строк досудового розслідування до трьох місяців, і Генеральним Прокурором.

Повертаючись до питання розумності строків, слід зазначити, що саме при розгляді клопотання слідчого про продовження строку досудового розслідування прокурор може оцінити, що саме було зроблено слідчим у конкретному кримінальному провадженні та чому він не встиг закінчити досудове розслідування протягом двох місяців з моменту повідомлення особі про підозру. Відповідно, на даному етапі відбувається свого роду проміжна оцінка матеріалів досудового розслідування та встановлення його перспективності. Прокурор, навіть вбачаючи затягування досудового розслідування, все одно може прийняти рішення про його продовження із одночасним наданням вказівок та доручень слідчому задля оперативного закінчення такого кримінального провадження. Якщо ж слідчий не може пояснити підстави для продовження строку досудового розслідування, тобто яким чином продовження досудового розслідування допоможе зібрати необхідні докази для встановлення обставин, що підлягають доказуванню, прокурор повинен відмовити у задоволенні клопотання в першу чергу через нераціональність його продовження та, як наслідок, затягування строків досудового розслідування. В такому випадку має бути прийняте рішення про закриття кримінального провадження відповідно до положень ст. 284 КПК України.

Наступною формою участі прокурора в процесі продовження строку досудового розслідування є погодження клопотань слідчого до слідчого судді про продовження строку досудового розслідування в провадженнях, в яких жодній особі не повідомили про підозру або якщо строк продовження досудового розслідування перевищує три місяці. З точки зору контролю за

додержанням дії принципу розумних строків роль прокурора залишається незмінною по відношенню до ситуацій, коли він особисто продовжує строки досудового розслідування. Єдине, що має додатково враховувати прокурор, – підстави для продовження строку досудового розслідування повинні бути зрозумілі слідчим суддею. Прокурор, будучи процесуальним керівником, знає особливості відповідного кримінального провадження, а тому може легко оцінити необхідність продовження строку досудового розслідування. Слідчий суддя, у свою чергу, з такими особливостями не обізнаний, а тому він вимагатиме додаткового обґрунтування доцільності такого продовження. Якщо таких обґрунтувань слідчим та прокурором надано не буде, слідчий суддя може відмовити у задоволенні клопотання.

І останньою групою повноважень прокурора в частині забезпечення розумних строків досудового розслідування є повноваження прокурора при виявленні порушень розумних строків досудового розслідування. Як вже було зазначено, значна частина повноважень, які передбачені ч. 2 ст. 36 КПК України, можуть бути застосовані прокурором і у випадку виявлення порушень слідчим чи дізнавачем принципу розумних строків в якості заходів реагування та впливу. Прокурор так само може доручити проведення відповідних процесуальних дій, скасувати незаконні чи необґрунтовані постанови слідчого або звернутися до керівника органу досудового розслідування з ініціативою змінити слідчого у зв'язку з неефективністю досудового розслідування. Повноваження в частині реагування на можливі порушення та в частині виявлення порушень розумних строків досудового розслідування дуже часто є одними і тими самими. Проте також існують окремі процесуальні інститути, які направлені виключно на усунення недоліків досудового розслідування в частині затягування строків його проведення. В першу чергу мова ведеться про можливість учасників кримінального провадження прямо оскаржити недотримання розумних строків.

Відповідно до ч. 1 ст. 308 КПК України, підозрюваний, обвинувачений, потерпілий, інші особи, права чи законні інтереси яких обмежуються під час досудового розслідування, мають право оскаржити прокурору вищого рівня недотримання розумних строків слідчим, дізнавачем, прокурором під час досудового розслідування. Відповідно до ст. 17 ЗУ «Про прокуратуру», прокурором вищого рівня є:

1) для прокурорів, керівників та заступників керівників підрозділів окружної прокуратури – керівник окружної прокуратури чи його перший заступник або заступник відповідно до розподілу обов’язків;

2) для прокурорів, керівників та заступників керівників підрозділів обласної прокуратури – керівник обласної прокуратури чи його перший заступник або заступник відповідно до розподілу обов’язків;

3) для керівника окружної прокуратури, його першого заступника та заступників – керівник відповідної обласної прокуратури чи його перший заступник або заступник відповідно до розподілу обов’язків;

4) для керівника обласної прокуратури, його першого заступника та заступників, керівника та заступника керівника підрозділу, прокурора Офісу Генерального прокурора – Генеральний прокурор чи його перший заступник або заступник відповідно до розподілу обов’язків;

5) для першого заступника та заступника Генерального прокурора – Генеральний прокурор.

У разі утворення спеціалізованих прокуратур (крім Спеціалізованої антикорупційної прокуратури) прокурори вищого рівня в межах таких прокуратур визначаються Генеральним прокурором.

Як зазначає О.Г. Яновська, прийняттю рішення щодо скарги може передувати відповідна перевірка – ознайомлення з матеріалами кримінального провадження, матеріалами розгляду заяв і повідомлень про злочини, опитування скажника, витребування пояснень від осіб, поведінка яких оскаржується, витребування відповідних документів тощо. У разі потреби

прокурор має право викликати скаржника для уточнення відомостей, що наводяться у скарзі, або здобуття додаткових. Скаржникові також може бути запропоновано надати документи, що підтверджують викладені у скарзі факти. Прокурор вищого рівня в разі наявності підстав для задоволення поданої скарги зобов'язаний дати відповідному прокурору обов'язкові для виконання вказівки щодо строків вчинення певних процесуальних дій або прийняття процесуальних рішень [332, с. 12].

Проте, досліджуючи наукові роботи щодо аналізу процедури, передбаченої ст. 308 КПК України, можна встановити різні тлумачення науковців щодо кола суб'єктів, на рішення та дії яких може впливати прокурор вищого рівня за результатами розгляду відповідної скарги. О.Г. Яновська вважає, що якщо прокурор визнає скаргу обґрунтованою, він повинен задовольнити вимоги скаржника: скасувати незаконну постанову слідчого; дати вказівку слідчому щодо проведення певних процесуальних дій, спрямованих на усунення порушень прав і законних інтересів скаржника. При виявленні фактів порушення кримінального процесуального законодавства під час досудового розслідування прокурор має право вимагати усунення допущених порушень, направивши копію постанови про задоволення скарги у відповідний слідчий орган. Керівник органу досудового розслідування має у зв'язку зі скаргою вжити необхідних заходів для ліквідації несприятливих наслідків дій (бездіяльності) слідчого, включаючи скасування його незаконних і необґрунтованих рішень, надання вказівок щодо кримінального провадження, усунення слідчого від подальшого здійснення розслідування. Прокурор, виявивши в результаті перевірки дані, що вказують на ознаки кримінальних правопорушень у діях посадових осіб, мотивованою постановою направляє матеріали до відповідного слідчого органу, керуючись положеннями ст. 216 КПК, для вирішення питання про здійснення кримінального провадження. Також відповідно до ст. 36 КПК прокурор уповноважений ініціювати перед керівником органу досудового розслідування питання про відсторонення

слідчого від проведення досудового розслідування та призначення іншого слідчого за наявності підстав, передбачених законом, для його відводу або у випадку неефективного досудового розслідування [332, с. 12]. Однак з такою позицією складно погодитись. Якщо прокурор вищого рівня вказав відповідному процесуальному керівнику на недотримання розумних строків за скаргою особи, то прокурор повинен вжити всіх можливих процесуальних засобів для усунення такого порушення, а не лише в тому випадку, якщо він визнає відповідну скаргу обґрунтованою. Якщо ж тлумачити позицію науковця таким чином, що прокурор вищого рівня може надавати доручення і іншим уповноваженим суб'єктам кримінального провадження, то в такому випадку необхідно звернути увагу одразу на декілька суперечностей. По-перше, відповідно до ч. 2 ст. 308 КПК України, прокурор вищого рівня за результатами розгляду скарги на недотримання розумних строків має право надати вказівки лише відповідному прокурору, тобто прокурору-процесуальному керівнику. По-друге, повноваження прокурора досить детально описані в кримінальному процесуальному законодавстві, відповідно до якого лише прокурор має право давати вказівки та доручення слідчому. Відповідно прокурор вищого рівня може впливати лише на прокурорів нижчого рівня, які, реалізуючи нагляд у кримінальному провадженні у формі процесуального керівництва, повинні реалізовувати вказівки відповідного прокурора вищого рівня [260, с. 120].

В даному випадку більш обґрунтованою виглядає позиція О.Б. Комарницької, яка зазначає, що за результатами розгляду скарги прокурор вищого рівня може прийняти одне з таких рішень: 1) про задоволення скарги та надання відповідному слідчому, прокурору обов'язкових для виконання вказівок щодо строків вчинення певних процесуальних дій або прийняття процесуальних рішень; 2) про відмову в задоволенні скарги, якщо прокурором вищого рівня буде встановлено, що розумні строки не було пропущено. У разі задоволення скарги прокурор вищого рівня у відповідному рішенні повинен: а) зазначити, які процесуальні дії або процесуальні рішення має вчинити слідчий

чи прокурор; б) встановити конкретні строки, в межах яких слідчий чи прокурор зобов'язаний вчинити ці дії або прийняти відповідне рішення [94]. Таким чином, можна стверджувати, що законодавець надав можливість прокурору вищого рівня приймати рішення про порушення розумного строку досудового розслідування та, відповідно, впливати на хід кримінального провадження не в якості окремого суб'єкта кримінального процесу, а в процесі реалізації ієрархічної організації органів прокуратури України.

3.3. Розсуд прокурора в судових стадіях кримінального провадження

Прокурор наділений можливістю самостійно приймати низку важливих процесуальних рішень, керуючись власним розсудом, не лише на стадії досудового розслідування, а і судових стадіях кримінального провадження. Незважаючи на той факт, що за результатами розгляду кримінального провадження саме суд повинен прийняти кінцеве рішення із застосуванням розсуду, прокурор своєю активною поведінкою може впливати на хід судового розгляду.

На судових стадіях кримінального провадження діє принцип рівності сторін, а отже сторони кримінального провадження є рівними у своїх процесуальних можливостях при дослідженні доказів, заявленні клопотань тощо. Однак, як вже було зазначено в даному дослідженні, про розсуд у кримінальному процесі можна вести мову тоді, коли в результаті розсуду приймаються юридично значущі рішення суб'єктами владних повноважень. Тобто право брати участь у судових засіданнях не можна розглядати як спосіб реалізації розсуду у кримінальному процесі, адже в результаті такої участі не приймаються процесуальні рішення. Відповідно, аналізуючи прокурорський розсуд на судових стадіях кримінального процесу, в першу чергу необхідно дослідити ті повноваження прокурора, які є для нього унікальними та якими він наділений в якості державного (публічного) обвинувача. Тобто необхідно

дослідити можливість прокурора змінювати обсяг обвинувачення в суді або повністю відмовлятися від обвинувачення.

В правовій доктрині досі не склалася єдина точка зору щодо співвідношення понять «обвинувачення» та «кримінальне переслідування». При дослідженні діяльності прокурора в суді Т.А. Михайлова вважає, що кримінальне переслідування – це діяльність прокурора-державного обвинувача, який викриває від імені держави підсудного у вчиненні злочину [130, с. 113]. В.П. Корж зазначає, що кримінальне переслідування в суді – це процесуальна обвинувальна діяльність прокурора, яка полягає в доказуванні: 1) обвинувачення в повному обсязі, висунуте органом розслідування, по відношенню до конкретної особи, яка притягається до кримінальної відповідальності; 2) обвинувачення, яке потребує доповнення до раніше висунутого; 3) обвинувачення, яке потребує повної або часткової зміни; 4) нове обвинувачення, яке висувається прокурором у суді [101, с. 106]. Таким чином, науковці розглядають кримінальне переслідування як діяльність прокурора задля викриття винуватої особи. За своєю суттю обвинувачення є подібним до кримінального переслідування, яке можна визначити як функцію, сутність якої становить регламентоване законом спрямування діяльності суб'єктів обвинувачення, що здійснюється шляхом формування та реалізації обвинувачення стосовно конкретної особи, яка вчинила кримінальне правопорушення (злочин), і полягає у формулюванні обвинувачення, застосуванні до неї заходів процесуального примусу, зокрема заходів забезпечення кримінального провадження, збиранні доказів винуватості цієї особи й обґрунтування кримінальної відповідальності обвинуваченого перед судом [212, с. 426].

В правовій доктрині активно підтримується точка зору, що обвинувачення можна поділити на два види: процесуальне та матеріальне [318, с. 18]. Дещо інший підхід запропонував В.В. Долежан, який зазначив, що термін «державне обвинувачення» використовується у таких значеннях: а) формула

обвинувачення, теза про винність особи у вчиненні злочину, спроба спростувати презумпцію невинуватості стосовно особи, якій пред'явлено обвинувачення; б) діяльність, спрямована на встановлення складу злочину у діянні особи; в) процесуальний документ (обвинувальний висновок, постанова про зміну обвинувачення); г) функція прокуратури [158, с. 10]. І хоча такий підхід виглядає більш повним, повністю з ним погодитись не можна. Так, недоцільним виглядає окреме виділення обвинувачення як тези про винність особи та процесуальний документ, адже така теза може міститися тільки у відповідному процесуальному документі, який в КПК України має офіційну назву – обвинувальний акт. Крім того, не зовсім ефективним вбачається окреме виділення обвинувачення в якості функції прокуратури, адже таким чином автор підкреслив необхідність розмежування діяльності прокурора щодо встановлення складу злочину та функцію прокурора в кримінальному провадженні, хоча по суті функція обвинувачення реалізується шляхом здійснення повноважень, у тому числі задля встановлення складу злочину в діянні особи. Тому в даному дослідженні буде використовуватися більш вживаний підхід щодо виділення окремо обвинувачення в матеріальному та процесуальному сенсі.

Обвинувачення в процесуальному аспекті характеризує власне діяльність прокурора, яка направлена на доведення винуватості особи в суді (саме таке розуміння обвинувачення і порівнюється з функцією кримінального переслідування). Обвинувачення ж в матеріальному аспекті визначається як певне твердження про вчинене особою кримінальне правопорушення. Позиція щодо виділення двох видів обвинувачення також підтримується і законодавцем, який в статті 3 КПК України закріпив такий розподіл. Так, відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 3 КПК України, державне обвинувачення (тобто обвинувачення в процесуальному аспекті) – це процесуальна діяльність прокурора, що полягає у доведенні перед судом обвинувачення з метою забезпечення кримінальної відповідальності особи, яка вчинила кримінальне правопорушення. Відповідно

до п. 13 ч. 1 ст. 3 КПК України, обвинувачення – це твердження про вчинення певною особою діяння, передбаченого законом України про кримінальну відповідальність, висунуте в порядку, встановленому КПК України.

Процесуальне обвинувачення полягає у наданні до суду доказів та доведенні їх переконливості задля встановлення факту вчинення кримінального правопорушення та доведення винуватості особи. Проте, як вже було зазначено, процесуальна рівність сторін під час судового розгляду вказує на те, що прокурор не наділений окремими специфічними повноваженнями задля реалізації такого завдання під час судового розгляду. Сторони рівні у своїх процесуальних можливостях щодо подання до суду доказів, а тому оцінити прокурорський розсуд лише шляхом аналізу власне процедури обвинувачення буде неможливо. Абсолютно інша картина проявляється при аналізі прокурорського розсуду в процесі формування твердження про винуватість особи, тобто при аналізі обвинувачення в матеріальному сенсі, адже виключно прокурор наділений повноваженням формувати таке обвинувачення (що відбувається на стадії досудового розслідування), а під час судового розгляду лише державний обвинувач має право змінювати обвинувачення, висувати нове обвинувачення або взагалі від нього відмовлятися. Прийняття рішення про зміну обвинувачення чи про повну відмову від нього залежить виключно від прокурора, який, проаналізувавши всі обставини кримінального провадження, докази, які були зібрані та подані до суду, повинен на власний розсуд прийняти вкрай важливе рішення щодо подальшого ходу кримінального провадження та обсягу обвинувачення. Відповідно, саме ці повноваження мають бути проаналізовані в першу чергу при дослідженні порядку застосування прокурором розсуду під час судового розгляду.

Відповідно, аналіз необхідно розпочати зі зміни обвинувачення. Це пояснюється в першу чергу тим фактом, що зміна обвинувачення є найпопулярнішою формою трансформації обвинувачення в суді. Так, наприклад, згідно зі статистичною інформацією, за 2019 рік прокурори змінили

обвинувачення в суді 1105 раз (для порівняння, за аналогічний період було виявлено лише 5 випадків висунення додаткового обвинувачення в суді прокурорами) [232].

Згідно з ч. 1 ст. 338 КПК України, прокурор має право змінити обвинувачення з метою зміни правової кваліфікації та/або обсягу обвинувачення, якщо під час судового розгляду встановлені нові фактичні обставини кримінального правопорушення, у вчиненні якого обвинувачується особа. В даному положенні законодавець не уточнює, що саме слід розуміти під зміною обвинувачення, конкретизуючи лише підстави для прийняття відповідного процесуального рішення.

Г.І. Алейніков під зміною обвинувачення визначає зміну кваліфікацій злочинного діяння, пом'якшення окремих формулювань, виключення деяких епізодів багатоепізодного злочину, зменшення обсягу обвинувачення в часі, просторі, розмірах, наслідках, виключення кваліфікуючих ознак, обставин, що обтяжують відповідальність, судимостей [4, с. 122]. Ф. Н. Фаткуллін вважає, що під зміною обвинувачення слід розуміти внесення до нього офіційними способами тих чи інших коригувань, що впливають на сутність, обсяг та характер обвинувачення у справі і тому вимагають додержання встановленого законом порядку [318, с. 42]. В.О. Гринюк розглядає зміну обвинувачення як його «трансформацію», зокрема, коли мова йде про зміну обвинувачення прокурором на менш тяжке за кваліфікацією та обсягом, відмову прокурора від підтримання публічного обвинувачення при згоді потерпілого підтримувати обвинувачення в суді, під час початку провадження щодо юридичної особи [47, с. 254]. Тобто в правовій доктрині зміну обвинувачення розглядають як певне коригування або трансформацію обвинувачення у зв'язку зі встановленням нових обставин кримінального правопорушення або зміни позиції прокурора в ході дослідження обставин [318, с. 42]. Підставами зміни обвинувачення називають встановлення нових фактичних обставин кримінального правопорушення, у вчиненні якого обвинувачується особа, та наявність у

прокурора після дослідження доказів у суді внутрішнього переконання про необхідність зміни обвинувачення [46, с. 204]. Проте, задля кращого розуміння сутності зміни обвинувачення, відповідні підстави потребують більш ретельного аналізу.

Якщо брати за основу ст. 338 КПК України, то прокурор повинен прийняти рішення про зміну обвинувачення у двох випадках: якщо необхідно змінити кваліфікацію кримінального правопорушення та якщо необхідно змінити обсяг обвинувачення. У випадку зміни кваліфікації ситуація є відносно очевидною, адже прокурор просто доходить висновку, що попередня кваліфікація кримінального правопорушення не підтверджується, а тому існує необхідність зміни кваліфікації відповідно до вимог КК України. Водночас існує низка інших проблем, які мають бути досліджені при вивченні питання зміни обвинувачення в суді прокурором.

Наприклад, законодавець не зазначає, чи може зміна кваліфікації кримінального правопорушення тягнути за собою істотну зміну самого обвинувачення. Наприклад, В.П. Бойко вказав, що за наявності певних умов прокурор має право змінити обвинувачення в суді і на таке, що істотно відрізняється від пред'явленого обвинувачення за фактичними обставинами [211, с. 55]. Проте В.О. Гринюк не повністю погоджується з такою позицією, зазначаючи, що така зміна може порушувати право обвинуваченого на захист [46, с. 204]. Для того щоб спробувати дати відповідь на це питання, в першу чергу необхідно встановити, що саме вважається істотною зміною обвинувачення, адже це поняття також є оціночним і його тлумачення може суттєво змінюватись в залежності від суб'єкта, який його інтерпретує.

Ф.Н. Фаткулін зазначав, що серйозне перетворення фактичних ознак вчиненого кримінального правопорушення відбувається у зв'язку з виявленням у суді обставин, які з деякими з фактів, які фігурували в обвинуваченні, утворюють інший склад злочину. У цих випадках у суді підтверджується лише частина фактів, інкримінованих обвинуваченому, а частина відпадає. У той же

час виявляються нові факти, які з тією частиною обвинувачення, що залишається, утворюють інший склад злочину (наприклад, замість умисного вбивства доведення потерпілого до самогубства) [318, с. 128]. Обвинуваченням, яке істотно відрізняється від первинного за фактичними обставинами, повинно бути визнане: 1) обвинувачення у вчиненні рівного за тяжкістю, більш тяжкого або менш тяжкого злочину, але спрямованого на інший, у порівнянні з первинним, об'єкт посягання; 2) обвинувачення у вчиненні злочину в іншому місці або в інший час, якщо це має кваліфікуюче значення, або свідчить про більшу суспільну небезпечність особи обвинуваченого, або ж вимагає для спростування відповідних фактів представлення інших, ніж вже наявні у справі, доказів; 3) обвинувачення у вчиненні злочину за іншими мотивами або іншим способом; 4) обвинувачення у вчиненні інших за своїм змістом дій, які хоча б і вкладалися в межі раніше пред'явленого складу злочину, але таких, які свідчать про іншу форму вини або про іншу форму співучасті [57, с. 56-57]. І хоча кожен із зазначених підходів по-своєму правильно тлумачить істотну зміну обвинувачень, повністю погодитися з ними також не можна. Так, Т.Н. Добровольська, надавши такий вичерпний перелік ознак істотної зміни обвинувачення, фактично передбачила всі можливі підстави для зміни обвинувачення в судовому засіданні. Відповідно, не зовсім зрозуміло, якою в такому випадку має бути неістотна зміна обвинувачення.

Штучне розширення переліку обставин, які вказують на істотну зміну обвинувачення, не можна назвати вдалою практикою, адже це не дозволяє в повній мірі оцінити власне наслідки зміни такого обвинувачення, а особливо – вплив такої зміни на реалізацію права на захист, адже обвинувачений має право ознайомитися із новим обвинуваченням та завчасно надати на нього зауваження [204]. Більше того, під зміною обвинувачення може бути замасковане абсолютно нове обвинувачення, до захисту від якого особа не готова. Саме тому існує нагальна потреба встановлення ознак істотної зміни обвинувачення –

зادля убезпечення обвинуваченого від нового кримінального переслідування, яке буде замасковане під зміною обвинувачення.

В першу чергу необхідно зазначити, що КПК України дане питання не врегульоване. Відповідно, рішення про обсяг зміни обвинувачення приймає виключно прокурор, який підтримує обвинувачення в суді. Єдиною процесуальною гарантією від необґрунтованої зміни обвинувачення є необхідність погодження такої зміни з прокурором вищого рівня (ст. 341 КПК України). Однак навіть такий механізм не можна назвати ефективним, адже, наприклад, прокурор вищого рівня не обізнаний з особливостями кримінального провадження, а тому не може в повному обсязі оцінити необхідність зміни обвинувачення. Крім того, законодавець не надав прокурору можливості оскаржити відмову керівника в погодженні обвинувального акта зі зміненням обвинуваченням та усунення його від подальшої участі в судовому розгляді [225, с. 341]. Тобто, незважаючи на встановлення контролю за зміною обвинувачення, сама ефективність такого контролю лишається сумнівною. Таким чином, можна стверджувати, що ключовою фігурою при зміні обвинувачення лишається прокурор, який підтримує процесуальне обвинувачення в суді. І, як вже було зазначено, законодавець не обмежує такого прокурора в можливостях зміни обвинувачення, дозволяючи в межах одного обвинувачення кардинально змінювати хід всього кримінального провадження.

Очевидно, що істотна зміна обвинувачення є поняттям оціночним, а тому встановити будь-які правила чи інструкції в даному випадку буде вкрай важко. В той же час мають бути визначені певні обмеження, які не дозволять змінювати обвинувачення настільки, що буде втрачено зв'язок з первісним обвинуваченням.

Задля цього пропонується встановити, в якому випадку можна вести мову про істотну зміну обвинувачення. Як вже було зазначено, в правовій доктрині було визначено декілька ознак, кожна з яких у принципі може бути взята за основу. Проте, задля забезпечення максимальної обґрунтованості таких підстав

(при цьому не дозволяючи штучне розширення їх переліку), пропонується в якості основи визначити предмет злочинного посягання. Відповідно, задля уникнення неправильного формулювання предмета посягання пропонується визначити істотною таку зміну обвинувачення, в результаті якої була змінена кваліфікація кримінального правопорушення на злочин з іншого розділу Особливої частини КК України, ніж злочин за первинним обвинуваченням. Така позиція виглядає найбільш прийнятною, адже в її основу покладено підстави розмежування злочинів, які запропоновані законодавцем у КК України. Відповідно, якщо прокурор у результаті зміни обвинувачення змінює кваліфікацію на злочин за іншим розділом КК України, ніж первісне обвинувачення, то таку зміну обвинувачення можна вважати істотною, адже значення буде мати не оцінка дій особи (які в будь-якому випадку лишаються незмінними), а предмет посягання, оцінений прокурором.

Істотна зміна обвинувачення має бути додатково обґрунтована, адже прокурор, приймаючи відповідне рішення, вказує на помилковість первинної оцінки наслідків кримінального правопорушення, які мали бути встановлені на стадії досудового розслідування. Можуть бути випадки, за яких під час судового розгляду були дійсно встановлені такі обставини, які змушують прокурора кардинально змінити обвинувачення, тому такі зміни все одно мають бути дозволені законодавцем. Проте задля уникнення приховування під одним обвинуваченням абсолютно іншого доцільним виглядає надання учасникам кримінального провадження додаткових гарантій щодо захисту власних прав та законних інтересів у кримінальному провадженні.

У зв'язку з цим пропонується передбачити на законодавчому рівні обов'язок прокурора обґрунтувати необхідність істотної зміни обвинувачення не тільки перед прокурором вищого рівня, а і перед судом. Це забезпечить додатковий контроль за діяльністю прокурора щодо необґрунтованої зміни обвинувачення, особливо якщо така зміна не буде підкріплена достатніми аргументами. Судовий контроль у даному випадку виглядає найбільш

оптимальним, адже під час судового розгляду і будуть встановлені обставини, які вказуватимуть на необхідність зміни обвинувачення. Відповідно, якщо перекваліфікація кримінального правопорушення на інший злочин з іншого розділу Особливої частини КК України дійсно пояснюється доказами, які були досліджені всіма учасниками судового розгляду, то у суду не повинно виникнути сумнівів щодо необхідності зміни обвинувачення [246, с. 341].

Слабкою стороною такої пропозиції можна назвати перекладання на суд функцій, які йому по суті не властиві. Відповідно до ст. 337 КПК України, судовий розгляд проводиться лише стосовно особи, якій висунуте обвинувачення, і лише в межах висунутого обвинувачення відповідно до обвинувального акта, крім випадків, коли суду необхідно прийняти рішення на користь обвинувачення. Це означає, що встановлення меж обвинувачення покладається виключно на прокурора, суд же в цьому процесі участі не приймає. Відповідно, якщо покласти на суд обов'язок погоджувати зміну обвинувачення прокурору, то це може бути розцінено як порушення принципу змагальності.

І хоча таке зауваження виглядає досить слушним, повністю з ним погодитись не можна. Суд, реалізуючи функцію правосуддя, хоч і не прямо, але опосередковано впливає на межі обвинувачення. Якщо змінене обвинувачення буде необґрунтоване, то суд у ході розгляду провадження повинен прийняти рішення щодо недоведення винуватості особи у вчиненні нового кримінального правопорушення, наслідком чого має бути винесення виправдувального вироку. І хоча відмова у погодженні зміни обвинувачення та винесення виправдувального вироку є абсолютно різними за суттю та наслідками процесуальними рішеннями, для самого обвинуваченого вони будуть означати одне і те саме. Більше того, більш оперативна реакція суду на зміну обвинувачення буде додатковою гарантією прав та законних інтересів учасників кримінального провадження, ніж, наприклад, продовження розгляду по суті

іншого обвинувачення, яке не підтверджується доказами, встановленими у судовому засіданні.

У зв'язку з цим пропонується внести зміни до ст. 341 КПК України та доповнити ч. 1 вказаної статті абзацом наступного змісту: «Якщо внаслідок зміни обвинувачення відбудеться перекваліфікація кримінального правопорушення на правопорушення з іншого розділу Особливої частини закону України про кримінальну відповідальність, ніж первинне кримінальне правопорушення, новий обвинувальний акт також має бути погоджений з судом. У випадку відмови суду в погодженні зміненого обвинувачення прокурор може продовжити підтримувати в суді попереднє обвинувачення або відмовитись від обвинувачення. Ухвала суду про відмову у затвердженні обвинувачення може бути оскаржена в апеляційному порядку». Очевидно, що така пропозиція є дещо радикальною, проте у випадку істотної зміни обвинувачення мають бути запропоновані саме радикальні зміни. Крім того, перекваліфікація злочину з одного розділу Особливої частини КК України на інший також можна назвати радикальною формою зміни обвинувачення, і контроль за такою зміною повинен бути посиленим. Також у новому абзаці закріплюється право прокурора звернутися до суду апеляційної інстанції у випадку необґрунтованої (на думку прокурора) відмови у затвердженні зміни обвинувачення, що унеможливорює зловживання відповідними правами судом.

Наступною підставою зміни обвинувачення є необхідність зміни обсягу обвинувачення. Законодавець не уточнює, що саме має розумітися під обсягом обвинувачення. М.І. Грушевська характеризує обсяг обвинувачення через обставини, що становлять кінцеву мету доказування та які передбачені в ст. 91 КПК України [50]. Інші вчені розглядають дане питання більш консервативно, відносячи до обсягу обвинувачення обставини вчинення кримінального правопорушення [133, с. 70; 215, с. 10] або встановлення ідеальної сукупності кримінальних правопорушень [162, с. 79]. Очевидно, що всі обставини, які становлять предмет доказування до обсягу обвинувачення включати не

потрібно, адже такі обставини підтверджуються або спростовуються в ході дослідження доказів у судовому засіданні, і процес дослідження доказів фактично постійно має супроводжуватися зміною обвинувачення. В даному випадку більш доцільним буде взяти за основу не обставини, що становлять кінцеву мету доказування, а обставини, які мають бути передбачені в обвинувальному акті. Власне зміна обвинувачення обов'язково супроводжується складанням нового обвинувального акта. Очевидно, що новий обвинувальний акт має бути відмінним від попереднього, адже в такому випадку відпадає необхідність зміни обвинувачення. Так як межі обвинувачення визначаються обвинувальним актом, можна стверджувати, що і обсяг обвинувачення також має характеризуватися відомостями, які до нього вносяться.

Таким чином, зміна обсягу обвинувачення передбачає:

- зміну фактичних обставин кримінального правопорушення (в тому числі встановлення обставин щодо додаткового епізоду злочинного діяння, якщо відсутня необхідність висунення додаткового обвинувачення чи непідтвердження одного з епізодів);
- встановлення або спростування обставин, які обтяжують чи пом'якшують покарання;
- встановлення додаткових потерпілих;
- зміну розміру шкоди, завданої кримінальним правопорушенням.

У правовій доктрині існує позиція, відповідно до якої від зміни обвинувачення необхідно відрізнити часткову відмову від обвинувачення, тобто в тих випадках, коли, наприклад, «особа обвинувачується у вчиненні крадіжки та грабежу, а в судовому розгляді вчинення грабежу не підтверджується, прокурор заявляє про часткову відмову від обвинувачення за ст. 186 КК України, про що складає мотивовану постанову» [104, с. 639]. Проте, відповідно до Порядку організації діяльності прокурорів і слідчих органів прокуратури у кримінальному провадженні [168], прокурор повинен змінити обвинувачення у

разі встановлення нових фактичних обставин кримінального правопорушення, які змінюють обвинувачення (у тому числі обсяг обвинувачення у разі часткової відмови від обвинувачення). Мінусом такого підходу є те, що у випадку часткової відмови від обвинувачення у потерпілого не лишається право самостійно підтримати обвинувачення у попередньому обсязі, як у випадку відмови від обвинувачення. З аналізу судової практики можна побачити, що єдиного підходу до визначення наслідків часткової відмови від обвинувачення немає. Так, суд може врахувати таку ситуацію як зміну обвинувачення, закрити кримінальне провадження відносно непідтвердженого кримінального правопорушення та продовжити судовий розгляд [290]. Проте існують і інші приклади. Наприклад, Дніпровський районний суд м. Києва, дослідивши змінений обвинувальний акт, дійшов висновку, що фактично відбулась часткова відмова від обвинувачення, результатом чого мала бути відповідна постанова прокурора. «Проте, така постанова суду не надана, про намір її скласти прокурор суд не повідомляв. Надаючи оцінку вказаному обвинувальному акту про зміну обвинувачення у кримінальному провадженні, суд зазначає, що КПК України не містить підстав повернення зазначеного обвинувального акта прокурору, бо такі повноваження у суду є лише на стадії підготовчого судового засідання, тому надає йому оцінку під час ухвалення вироку у нарадчій кімнаті та враховуючи істотні порушення вимог кримінального процесуального закону при його складанні, що перешкоджають суду ухвалити законне та обґрунтоване рішення – його не приймає, а розглядає кримінальне провадження в межах первинного обвинувачення» [28]. Така судова практика вказує на нагальну потребу внести зміни в КПК України з метою офіційного визнання часткової відмови від обвинувачення. Якщо ж відповідати на питання, якої форми має набути часткова відмова від обвинувачення – змін чи відмов від обвинувачення, то більш логічною виглядає позиція щодо розмежування часткової відмови від обвинувачення та зміни обвинувачення. Це пояснюється в першу чергу тим обсягом прав, яким буде володіти потерпілий у кримінальному провадженні.

Так, у випадку відмови від обвинувачення в окремій частині суд повинен буде в порядку ст. 340 КПК України повідомити потерпілому, що він має право самостійно підтримувати обвинувачення в суді. Очевидно, що в такому випадку виникає питання щодо ролі прокурора в такому провадженні, адже неприпустимою є практика підтримання обвинувачення прокурором та потерпілим одночасно в одному кримінальному провадженні. В такій ситуації пропонується одразу декілька способів вирішення проблеми. Спершу необхідно встановити, чи можна виділити провадження, в якому прокурор не відмовляється від обвинувачення, в окреме провадження. Якщо обставини кримінального провадження дозволяють виділити таке обвинувачення в окреме провадження, то відповідне рішення повинно бути прийняте судом. Якщо ж виділення кримінального провадження неможливе через неможливість окремого дослідження доказів або занадто тісного зв'язку між двома обвинуваченнями, то прокурор повинен повністю відмовитись від обвинувачення, яке в подальшому має підтримувати потерпілий та яке, відповідно, трансформується в приватне обвинувачення (при цьому законодавець не уточнює особливості власне приватного обвинувачення). Інколи можуть виникати випадки, коли часткова відмова від обвинувачення не вказує на можливість повної відмови, адже суспільство в особі прокурора може бути зацікавлене в продовженні кримінального провадження. Поряд з цим необхідно констатувати, що в таких випадках на перше місце повинні висуватися законні інтереси потерпілого. Крім того, ніщо не забороняє прокурору перед частковою відмовою від обвинувачення повідомити про свої наміри потерпілому та обговорити з ним подальший хід кримінального провадження. В такому випадку прокурор може пояснити потерпілому логіку часткової відмови від обвинувачення та необхідність подальшої участі державного обвинувача в кримінальному провадженні, внаслідок чого потерпілий в суді може відмовитись самостійно підтримувати обвинувачення в тій частині, щодо якої відмову оголосив прокурор.

Таким чином, пропонується внести зміни в ст. 340 КПК України та ч. 2 ст. 340 КПК України викласти в наступній редакції:

«2. У разі відмови або часткової відмови прокурора від підтримання державного обвинувачення в суді головуючий роз'яснює потерпілому його право підтримувати обвинувачення в суді.

Якщо потерпілий погодився підтримувати обвинувачення у випадку часткової відмови прокурора від підтримання обвинувачення суд повинен встановити можливість виділення такого провадження в окреме провадження. У випадку неможливості виділення провадження в окреме провадження прокурор повинен повністю відмовитись від підтримання обвинувачення в суді».

Таким чином у кримінальному процесуальному законодавстві встановлюється порядок часткової відмови від обвинувачення, при цьому на перше місце виносяться права потерпілого в частині підтримання обвинувачення. Якщо ж в такому випадку буде встановлено неможливість виділення такого провадження в окреме провадження задля недопущення поєднання публічного та приватного обвинувачення в кримінальному провадженні, прокурор повинен повністю відмовитись від обвинувачення.

Згідно з ч. 4 ст. 26 КПК, кримінальне провадження у формі приватного обвинувачення розпочинається лише на підставі заяви потерпілого. Відмова потерпілого або його представника від обвинувачення є безумовною підставою для закриття кримінального провадження у формі приватного обвинувачення. Аналогічні положення містить Глава 36 КПК. Так, в ст. 477 КПК зазначено, що кримінальне провадження у формі приватного обвинувачення є провадження, яке може бути розпочате слідчим, прокурором лише на підставі заяви потерпілого лише щодо кримінальних правопорушень, передбачених у ч. 1 ст. 477 КПК. В той же час варто відмітити, що дане положення суттєво суперечить положенням ст. 214 КПК. Так, згідно з ч. 4 ст. 214 КПК, слідчий, прокурор, інша службова особа, уповноважена на прийняття

та реєстрацію заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення, зобов'язані прийняти та зареєструвати таку заяву чи повідомлення. Відмова у прийнятті та реєстрації заяви чи повідомлення про кримінальне правопорушення не допускається. Отже, якщо про кримінальне правопорушення, яке передбачене в ч. 1 ст. 477 КПК повідомила особа, якій не було завдано шкоди (близький родич, колега, будь-яка інша особа), або якщо уповноваженим працівникам правоохоронних органів стало відомо про таке кримінальне правопорушення з будь-якого іншого джерела (самостійне виявлення, інформація в ЗМІ тощо), то, з одного боку, слідчий (прокурор) не має права вносити відомості до ЄРДР, а з іншого - зобов'язаний внести відомості до ЄРДР. Очевидно, що такої колізії в КПК не повинно бути, а тому логічним вбачається запозичити ч. 3 ст. 27 КПК 1960 р. та передбачити в ст.ст. 214 та 477 КПК 2012 р., що в тому випадку, коли злочин має особливе громадське значення, або якщо потерпілий через свій безпорадний стан не може подати заяву про кримінальне правопорушення, прокурор має право самостійно розпочати досудове розслідування шляхом внесення відомостей до ЄРДР.

Повертаючись до питання визначення кримінального провадження у формі приватного обвинувачення, та аналізуючи положення кримінального процесуального законодавства, можна зробити висновок, що кримінальним провадженням у формі приватного обвинувачення є лише таке провадження, яке було розпочате на підставі заяви потерпілого та лише за фактом вчинення певного кола кримінальних правопорушень. В той же час ч. 5 ст. 340 КПК розширює поняття кримінального провадження у формі приватного обвинувачення. Так, у випадку, якщо прокурор відмовляється від підтримання державного обвинувачення в суді, а потерпілий погодився його підтримувати, кримінальне провадження за відповідного обвинувачення набуває статусу приватного та здійснюється за процедурою приватного обвинувачення. Отже приватне обвинувачення може виникнути в двох випадках: коли потерпілий подав заяву про кримінальне правопорушення, передбачене ст. 477 КПК, та коли

прокурор в суді відмовився від підтримання обвинувачення щодо будь-якого злочину. Однак більшість вчених сходиться на думці, що в даному випадку мова не йде про розширене тлумачення приватного обвинувачення, а про дві окремі його форми [64, с. 135; 154, с. 196]. Це пояснюється і відмінністю у стадіях, на яких приватне обвинувачення бере свій початок, і за моментом здійснення такого обвинувачення [47, с. 319] тощо. Повністю підтримуючи позицію науковців щодо розмежування різних форм приватного обвинувачення у кримінальному провадженні, при більш детальному аналізі норм КПК можна зробити ще цікавіший висновок.

Так, в ч. 5 ст. 340 КПК зазначено, що у випадку згоди потерпілого на підтримання обвинувачення воно набуває форми приватного обвинувачення і здійснюється за процедурою приватного обвинувачення. Проте більш детальний аналіз даного положення дає змогу зробити висновок його щодо процесуальної неспроможності регулювати будь-які кримінальні процесуальні відносини. В КПК відсутня будь-яка згадка про особливості процедури судового розгляду приватного обвинувачення. Такої окремої процедури взагалі не існує. Тому посилання на неї виглядають більше ніж нелогічно. Відкинувши положення про процедуру приватного обвинувачення, ч. 5 ст. 340 КПК веде мову лише про те, що обвинувачення, яке підтримується потерпілим, стає приватним. З такою позицією можна погодитися, аналізуючи суть приватного обвинувачення зокрема та зміст приватного інтересу у кримінальному процесі взагалі. В той же час, з процесуальної точки зору таке уточнення законодавця не несе ніякого функціонального навантаження, а покликано лише на те, щоб це більше заплутати науковців та практиків, які зобов'язані формулювати окремі концепції щодо існування окремих форм єдиного за своєю суттю поняття.

Тому, з метою удосконалення кримінального процесуального законодавства, вбачається логічним чітко сформулювати особливості процедури судового розгляду приватного обвинувачення, про які йде мова в ч. 5 ст. 340

КПК, що дозволить в подальшому уникнути плутанини у формах приватного обвинувачення.

Наступною формою трансформації обвинувачення із урахуванням прокурорського розсуду є висунення додаткового обвинувачення та початок провадження щодо юридичної особи під час судового розгляду. Відповідно до ч. 1 ст. 339 КПК України, у разі отримання відомостей про можливе вчинення обвинуваченим іншого кримінального правопорушення, щодо якого обвинувачення не висувалось і яке тісно зв'язане з первісним та їх окремий розгляд неможливий, а так само встановлення наявності підстав для застосування кримінально-правових заходів до юридичної особи, прокурор після виконання вимог ст. 341 КПК України має право звернутися до суду з вмотивованим клопотанням про розгляд додаткового обвинувачення в одному провадженні з первісним обвинуваченням та/або про початок провадження щодо юридичної особи.

Правовою передумовою заявлення прокурором клопотання про розгляд додаткового обвинувачення в одному провадженні з первісним є отримання ним відомостей про можливе вчинення обвинуваченим іншого кримінального правопорушення (злочину або кримінального проступку) [159, с. 107]. Проте чинний КПК, на відміну від КПК 1960 р., надає можливість ініціювати питання доповнення обвинувачення незалежно від джерела виявлення інформації про додаткове кримінальне правопорушення. При цьому з механізму ініціації притягнення особи до відповідальності по додатковому обвинуваченню виключено суд, що, на думку науковців, видається цілком доречним з позиції принципу змагальності сторін та статусу суду як незалежного арбітра [93, с. 128].

Статистичні матеріали вказують, що висунення додаткового обвинувачення – це відносно рідкісне процесуальне явище [232]. «Це означає, що подібні ситуації є поодинокими і мають виключний характер, зважаючи навіть на виключний характер будь-якої трансформації обвинувачення в суді, на

якому наголошується у науковій юридичній літературі» [155, с. 150]. Така ситуація може мати одразу декілька пояснень, проте найбільш доцільною виглядає позиція щодо відносної складності такого роду трансформації обвинувачення. М.І. Петрушко дійшла висновку, що висунення прокурором додаткового обвинувачення можливе лише за наявності декількох умов:

- 1) отримання відомостей про можливе вчинення обвинуваченим іншого кримінального правопорушення;
- 2) за таким кримінальним правопорушенням обвинувачення не висувалося;
- 3) тісний зв'язок іншого кримінального правопорушення з первісним;
- 4) неможливість окремого розгляду відповідних кримінальних проваджень [155, с. 152].

Проте складність висунення додаткового обвинувачення пояснюється не лише складністю самої процедури. Прокурор під час судового розгляду повинен не лише встановити, що обвинуваченим було вчинено ще одне кримінальне правопорушення, а також дійти висновку, що доказів, які були зібрані під час досудового розслідування, буде достатньо, щоб довести нове правопорушення. Очевидно, що якщо нове обвинувачення тісно пов'язане з первісним та фактично охоплюється одними і тими самими діями, то доказової бази має бути достатньо. Проте така ситуація виникає далеко не завжди.

Окремі науковці зазначають, що процедура висунення додаткового обвинувачення не передбачає проведення слідчих (розшукових) дій по нововиявленому кримінальному правопорушенню. У зв'язку з цим окремими науковцями пропонується внести зміни до ч. 2 ст. 339 КПК, де слід передбачити, що, крім вимог ст.ст. 276-278, 290-293 КПК, прокурор також повинен провести необхідні слідчі (розшукові) та негласні слідчі (розшукові) дії, але не більше як на один місяць [93, с. 132]. І хоча запропонована зміна дозволить удосконалити кримінальне процесуальне законодавство в частині висунення додаткового обвинувачення, проведення відповідних процесуальних

дій під час судового розгляду для доведення винуватості особи за новим обвинуваченням складно назвати оптимальним способом вирішення проблеми обґрунтованості обвинувачення. Більш вдалою виглядає позиція, відповідно до якої прокурор у випадку відсутності доказів за новим обвинуваченням повинен ініціювати нове кримінальне провадження, яке, відповідно, розпочнеться зі стадії досудового розслідування. «В ході такого окремого досудового розслідування можуть бути зібрані усі необхідні докази шляхом проведення слідчих (розшукових), негласних слідчих (розшукових) та інших процесуальних дій. Якщо буде зібрано достатню сукупність доказів, особі, вина якої доводиться, повинно бути повідомлено про підозру та, в подальшому, ознайомлено з обвинувальним актом та надано матеріали кримінального провадження для ознайомлення. Після вчинення відповідних дій прокурор у первинному кримінальному провадженні повинен заявити клопотання про висунення додаткового обвинувачення» [120, с. 164]. За такого порядку висунення додаткового обвинувачення можна бути впевненими, що, по-перше, буде зібрана достатня сукупність доказів для доведення винуватості особи і по-друге, права та законні інтереси учасників кримінального провадження (в першу чергу мова ведеться про особу, щодо якої здійснюється нове кримінальне провадження) будуть забезпечені в повному обсязі.

Останньою формою трансформації обвинувачення в суді, яке вимагає прокурорського розсуду, є відмова від обвинувачення. Л.В. Головка дійшов висновку, що наявність такого інституту, як відмова від обвинувачення, на пострадянському просторі (правові системи країн якого традиційно відносять до континентальної правової сім'ї) пояснюється теоретичною помилкою, яка в подальшому стала підставою для появи інституту відмови від обвинувачення у радянських та пострадянських кримінальних процесуальних законах. Науковець посилається на положення Статуту кримінального судочинства 1864 року, де зазначено, що прокурор у суді не може розпоряджатися обвинуваченням, а це право належить виключно суду. Прокурор, якщо він

вважав, що вина особи підтверджується, міг лише про це заявити суду «по совісті» [42, с. 58-59]. Відповідно, українське законодавство вважається несправедливим у порівнянні із зарубіжним у зв'язку з тим, що воно не передбачає можливості винесення виправдувального вироку, якщо прокурор відмовився від обвинувачення [147, с. 58]. З даного приводу Б.Е. Маїлунц слушно зазначає, що в кримінальному процесуальному законодавстві України обвинувачення розглядається як обов'язок, який покладається на прокурора. «Обвинувачення не можна розглядати лише як певний процесуальний спір, адже таке обвинувачення було обґрунтоване в ході досудового розслідування шляхом збирання, перевірки та оцінки доказів. Відповідно, відмова від такого обов'язку та від усіх результатів досудового розслідування повинна бути відповідним чином оформлена» [120, с. 165].

Відмова від обвинувачення в суді можлива лише за наступних підстав: а) коли не встановлено подію злочину; б) коли у діянні підсудного немає складу злочину; в) коли не доведено участі підсудного у вчиненні злочину [51, с. 102]. Прокурор може прийняти таке процесуальне рішення лише після ретельного аналізу всіх обставин кримінального правопорушення та доказів, які були досліджені в судовому засіданні. Прийняття такого рішення буде залежати від розсуду прокурора, адже саме прокурор формує межі обвинувачення в суді та уповноважений на прийняття відповідних рішень.

При цьому слід зазначити, що відповідно до статистичних даних, відмова від обвинувачення в суді лишається відносно рідкісним процесуальним явищем (за 2019 рік була зафіксована лише одна відмова прокурора від обвинувачення в суді) [232]. Можна спробувати знайти одразу декілька пояснень такої ситуації, хоча найбільш логічним виглядає наступна позиція. Відмовляючись від обвинувачення в суді, прокурор таким чином підтверджує низьку якість процесуального керівництва на стадії досудового розслідування, адже неможливість доведення винуватості в суді мала бути встановлена значно раніше, ніж було направлено обвинувальний акт до суду. Очевидно, що могла

мати місце ситуація, за якої сторона захисту в судовому засіданні подала докази, які не були відомі стороні обвинувачення та які вказують на невинуватість особи. В той же час це ставить під сумнів первинну можливість довести винуватість особи поза розумним сумнівом навіть без врахування доказів, які вказують на невинуватість особи. Можливо, саме цим пояснюється невелика кількість проваджень, в яких прокурор відмовляється від обвинувачення. Крім того, непоодинокими бувають випадки, коли відмова від обвинувачення маскується зміною обвинувачення в сторону пом'якшення кримінальної відповідальності, що має визнаватися недопустимою практикою зі сторони прокурора.

Таким чином, можна зробити висновок, що основними формами застосування розсуду прокурором у судовому засіданні є повноваження, пов'язані зі зміною обсягу обвинувачення. І після аналізу нормативного закріплення відповідних повноважень можна дійти висновку, що кримінальне процесуальне законодавство все ще потребує доопрацювання з метою вдосконалення правового регулювання відповідних механізмів.

РОЗДІЛ 4.

ОСОБЛИВОСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ РОЗСУДУ СЛІДЧОГО ТА ДІЗНАВАЧА

4.1. Сутність розсуду слідчого та дізнавача

Аналізуючи суб'єктів, які уповноважені на застосування розсуду в кримінальному процесі, не можна оминати увагою слідчого та дізнавача. Очевидно, що повноваження слідчого у порівнянні з прокурором більш обмежені, особливо враховуючи той факт, що слідчий повинен виконувати всі законні вказівки та доручення прокурора. Однак це не применшує роль слідчого в процесі розслідування кримінального правопорушення. «Слідчий – посадова особа державного апарату, обов'язки якої визначаються боротьбою зі злочинністю. Практично це виражено в тому, що слідчий у межах своєї компетенції зобов'язаний запобігати злочинам, які готуються, та переривати злочини, які вчиняються, перевіряти заяви, повідомлення, що надходять до нього, та інші сигнали про скоєні злочини та при наявності ознак злочину порушувати кримінальні справи, а також проводити у них попереднє слідство. Слідчий також зобов'язаний брати участь у проведенні заходів щодо попередження злочинів та правової пропаганди на території, яка ним обслуговується» [210, с. 18-20].

Крім того, слідчий уповноважений на прийняття юридично значущих рішень, які суттєво впливають на хід кримінального провадження. І з урахуванням того факту, що законодавець не визначив чітких інструкцій розслідування кожного конкретного кримінального правопорушення, слідчий застосовує власні дискреційні повноваження в кожному кримінальному провадженні, яке ним розслідується.

Однак перш ніж переходити до характеристики розсуду слідчого та дізнавача, необхідно зробити ремарку щодо подібності процесуального статусу вказаних осіб. Законодавець в ст. 40 КПК України закріпив перелік з восьми

повноважень слідчого, при цьому в п. 9 ч. 2 ст. 40 КПК України вказано, що слідчий може здійснювати інші повноваження, передбачені кримінальним процесуальним законодавством. Схожий перелік повноважень дізнавача закріплений в ст. 40¹ КПК України. Якщо такі переліки порівнювати, то можна зробити висновок, що дізнавач в процесі розслідування проступків має такі саме повноваження, як і слідчий в процесі розслідування злочинів¹. І з урахуванням того, що слідчий та дізнавач мають однакові повноваження в кримінальному процесі, з впевненістю можна зробити висновок, що сутність та особливості реалізації розсуду таких суб'єктів також є тотожними.

Проводячи аналогію з попередніми розділами даного дослідження, в першу чергу необхідно окреслити термінологію, яка в подальшому буде використовуватися в даному дослідженні. На доктринальному рівні в переважній більшості випадків використовується термін «розсуд слідчого». В даному випадку зазначене формулювання можна вважати більш вдалим, ніж, наприклад, «слідчий розсуд», адже саме слово «слідчий» у більшості вчених та практиків асоціюється власне з конкретним видом діяльності, а не з відповідним суб'єктом її реалізації. Також у даному дослідженні вже зазначалося, що на розсуд у кримінальному процесі впливають не лише об'єктивні, а і суб'єктивні чинники, які в тому числі пов'язані з особою, яка такий розсуд застосовує. Відповідно, використання терміна «розсуд слідчого» вказує на необхідність врахування індивідуальних характеристик правозастосувача. Крім того, аналізу одночасно підлягає і розсуд дізнавача, що також обмежує термінологічне різноманіття формулюванням «розсуд слідчого та дізнавача».

На даний момент у правовій доктрині відсутні суттєві протиріччя з приводу уніфікації термінології, а тому в даному дослідженні буде використовуватись термін «розсуд слідчого та дізнавача». В доктрині

¹ Єдиною відмінністю є збільшений перелік слідчих дій, які може проводити дізнавач. Однак це вказує не на особливість його процесуального статусу, а на особливість дізнання як форми досудового розслідування.

піднімається питання щодо можливості використання терміна «угляд» замість «розсуду» [12], хоча кримінальне процесуальне законодавство оперує поняттям «розсуд». Така дискусія пов'язана в першу чергу з перекладом слова «discretion», яке використовується в англomовній правовій літературі. Тому з метою уникнення подальшої плутанини та забезпечення єдності даного дослідження, а також з огляду на формулювання, які запропоновані КПК України, в подальшому буде вестись мова саме про розсуд слідчого та дізнавача.

Якщо ж вести мову про власне визначення розсуду слідчого та дізнавача, то знову необхідно констатувати можливість використання вже встановленого тлумачення розсуду в кримінальному процесі. Як було неодноразово зазначено в даному дослідженні, фундаментальні ознаки такого розсуду притаманні будь-якому уповноваженому суб'єкту кримінального провадження. В той же час не можна ігнорувати специфіку розсуду слідчого та дізнавача, що і має бути встановлено.

П.Г. Марфіцин, розглядаючи розсуд слідчого, дійшов висновку, що в основі такого розсуду лежить внутрішнє переконання. При цьому автор, розуміючи важливість будь-якого суб'єктивного фактора в процесі формування розсуду, вказує на недоцільність ототожнення цих двох понять, оскільки внутрішнє переконання «має місце при повній відсутності встановлених правових критеріїв та застосовується в законі відносно оцінки доказів, а не встановлення з їх допомогою фактичних обставин» [128, с. 115]. В даному випадку необхідно зауважити, що розсуд слідчого та дізнавача (як і будь-якого іншого уповноваженого суб'єкта кримінальних процесуальних відносин) в значній мірі покладається саме на внутрішнє переконання, однак визнавати дану категорію фундаментальною в даному випадку не зовсім правильно. По-перше, будь-який законний розсуд має бути обмеженим, адже необмежений розсуд тягне за собою свавілля уповноваженого за застосування такого розсуду суб'єкта, що не відповідає критерію законності. Відповідно, вказувати на фундаментальність внутрішнього переконання при застосуванні розсуду,

забуваючи при цьому нормативні межі такого розсуду, некоректно. По-друге, розсуд може бути помилковим (особливо якщо мова йде про копіювання власної поведінки або поведінки інших суб'єктів). Очевидно, що в такому випадку уповноважені на те суб'єкти також в якості фундаментальної константи будуть використовувати внутрішнє переконання. Проблема буде полягати в тому, що таке переконання також буде хибним, а сам правозастосувач не спроможний відповідним чином скорегувати власну поведінку. Тому, пам'ятаючи значення будь-яких суб'єктивних факторів у процесі формування розсуду, вказувати на внутрішнє переконання як на певний базис не зовсім правильно.

А.Б. Ярославський, досліджуючи розсуд слідчого, окремо визначає оптимальний та безпосередній розсуд слідчого. Оптимальний розсуд проявляється в наступних різновидах:

1) надання слідчому права обирати один з передбачених відповідною правовою нормою варіантів поведінки або рішення;

2) надання слідчому права приймати в процесі розслідування злочинів рішення, які базуються на формулюваннях норм, що регламентують його діяльність шляхом таких загальних формулювань, як «слідчий має право», «слідчий може», за якими слідує перелік умов, за яких відповідне рішення буде найбільш доцільним;

3) можливість приймати певне рішення на підставі формулювання «за необхідності», «за нагальної потреби» тощо;

4) необхідність застосування аналогії права.

Безпосередній же розсуд слідчого пов'язаний в першу чергу з його професійною трансформацією [334, с. 30]. Такий розсуд відрізняється від оптимального певними змінами в особистісних характеристиках слідчого¹.

В даному випадку можна помітити, що науковець взяв за основу фактори, що впливають на розсуд (об'єктивні та суб'єктивні), та на підставі цього

¹ Науковець також окремо виділяє такі види розсуду, як інтуїтивний та довільний розсуд, в основу яких закладені умови та механізми їх застосування.

сформулював окремі види розсуду. І хоча такий підхід, враховуючи позицію автора, можна вважати виправданим, повністю погодитись з ним неможливо. Дійсно, якщо стверджувати, що на розсуд слідчого впливають лише об'єктивні фактори, то такий розсуд можна вважати «оптимальним». При цьому автор стверджує, що оптимальний розсуд слідчого на практиці зустрічається, хоча і досить рідко. Однак більш логічною виглядає позиція, відповідно до якої «оптимальний» розсуд, сформований науковцем, на практиці взагалі не може існувати. Це пояснюється в першу чергу неможливістю не враховувати суб'єктивні чинники в процесі застосування розсуду. Як вже було неодноразово зазначено в даному дослідженні, розсуд може реалізуватися тільки людьми, які в кримінальному процесі обіймають певні посади та відповідно до них виконують певні повноваження. Але в будь-якому випадку рішення приймається людиною, а не посадою, а тому ігнорувати суб'єктивні фактори розсуду буде неправильно. Дійсно, можна стверджувати про існування «ідеального» слідчого або дізнавача, який приймає виключно об'єктивні рішення, проте саме формулювання встановлює, що ідеал є недосяжним, в тому числі і при застосуванні розсуду. Необхідно констатувати складність оцінки суб'єктивних факторів та сили їх впливу на прийняте уповноваженою особою рішення, проте складність такого аналізу не є підставою для ігнорування відповідних факторів.

Власне аналізуючи особливості розсуду слідчого та дізнавача, в першу чергу необхідно звернути увагу на свободу у його застосуванні. Очевидно, що будь-який розсуд у кримінальному процесі обмежений нормативними вказівками, обставинами конкретного кримінального провадження тощо. Поряд з цим судді та прокурори наділені відносною свободою у реалізації власного розсуду. Якщо ж вести мову про слідчого та дізнавача, то рівень такої свободи дещо вузький. В даному випадку необхідно акцентувати увагу на роль прокурора в якості процесуального керівника за діяльністю слідчого та дізнавача на стадії досудового розслідування, адже всі юридично значущі

рішення та майже всі процесуальні дії мають бути в тій чи іншій формі затверджені прокурором. Іншими словами, розсуд слідчого та дізнавача також у певній формі має бути погоджений прокурором. Свобода слідчого та дізнавача у застосуванні розсуду напряду залежить від обсягу процесуальної самостійності вказаних учасників кримінального провадження, яка визначена кримінальним процесуальним законодавством.

На даний момент питання процесуальної самостійності слідчого отримало багато уваги з боку науковців¹. Проте велика кількість наукових публікацій з даного приводу також є підставою відсутності єдності розуміння даної правової категорії. В першу чергу необхідно встановити співвідношення таких тотожних понять, як процесуальна самостійність та процесуальна незалежність слідчого. Частина науковців стверджувала, що дані поняття є тотожними [54, с. 37; 156; 223, с. 121-135; 332, с. 98]. Інша група науковців підтримує позицію, що процесуальної незалежності взагалі не існує, адже вона суперечить концепції прокурорського нагляду за досудовим розслідуванням [182, с. 58; 227, с. 10]. Між цими двома діаметрально протилежними концепціями виникла третя, яка намагалася об'єднати в собі найкраще від попередніх двох. Автори такого підходу розглядали процесуальну незалежність слідчого як самостійну категорію науки кримінального процесу з характерними ознаками, що відрізняють її від процесуальної самостійності слідчого [87, с. 8], або взагалі окремо досліджували самостійність процесуальних рішень слідчого та незалежність його як процесуального учасника кримінального процесу [111, с. 50]. Очевидно, що кожен із запропонованих підходів може бути взятий за основу для даного дослідження, адже в правовій доктрині можна знайти обґрунтування кожної із запропонованих позицій. Тому, задля подальшої уніфікації даного дослідження, пропонується в першу чергу врахувати положення кримінального процесуального законодавства. Так, відповідно до ч.

¹ Очевидно, що процесуальна самостійність дізнавача в силу відносної новизни відповідних змін до КПК України так активно науковцями ще не досліджувалась.

5 ст. 40 КПК України, слідчий, здійснюючи свої повноваження відповідно до вимог КПК України, є самостійним у своїй процесуальній діяльності (аналогічна вимога стосується і діяльності дізнавача, що передбачено ч. 4 ст. 40¹ КПК України). Таким чином, законодавець підштовхує до використання терміна «процесуальна самостійність» при аналізі ролі вказаних учасників кримінального провадження. Крім того, значення має не саме формулювання, а зміст, який в нього вкладається.

Вчені, досліджуючи сутність процесуальної самостійності слідчого, аналізували відповідну правову категорію в першу чергу через обсяг повноважень, якими наділений слідчий у кримінальному процесі. Так, В.В. Уланов під процесуальною самостійністю слідчого розуміє єдність таких його процесуальних функцій, як дослідження обставин справи, обвинувачення, захист та вирішення справи [275, с. 18]. Г.М. Ясинський стверджує, що процесуальна самостійність слідчого полягає в праві вирішувати за своїм внутрішнім переконанням, що базується на матеріалах справи, і у відповідності до закону найважливіші питання слідства [335, с. 64]. А.Р. Вартанов під процесуальною самостійністю слідчого розуміє право слідчого на власний розсуд, що базується на вільній оцінці доказів, приймати рішення та здійснювати дії щодо встановлення події злочину та обставин його вчинення, порушення кримінальної справи та направлення ходу розслідування, провадження слідчих та інших процесуальних дій, за виключенням випадків, коли законом передбачено отримання рішення суду, з метою досягнення завдань кримінального провадження [26, с. 9].

А.А. Клейн, досліджуючи правовий статус слідчого, стверджує, що процесуальна самостійність слідчого є важливою частиною його процесуального статусу, що полягає в праві самостійно приймати всі рішення про хід слідства та провадження слідчих дій та в повній відповідальності за їх законне та вчасне проведення [86, с. 14].

Цікавий висновок робить А.Н. Огордов, який встановив, що процесуальна самотійність слідчого – це в першу чергу його обов’язок, який полягає у визначенні ходу розслідування, при прийнятті рішень щодо проведення слідчих чи інших процесуальних дій тощо [143, с. 93]. О.О. Кіпер дійшов висновку, що процесуальна самотійність слідчого має розглядатися нерозривно з основними засадами кримінального провадження. Відповідно до позиції автора, під процесуальною самотійністю слідчого слід розуміти загальне положення досудового розслідування, що є засобом реалізації принципу всебічного, повного та неупередженого встановлення обставин кримінального провадження, яке полягає у повноваженні слідчого самотійно на підставі свого внутрішнього переконання та керуючись законом, починати досудове розслідування, визначати напрямки розслідування, приймати відповідні процесуальні рішення та вчиняти дії, пов’язані із розслідуванням кримінального правопорушення, за винятком випадків, коли законом передбачене отримання на це згоди (рішення) прокурора, керівника органу досудового розслідування чи дозволу слідчого судді, визначати порядок і послідовність проведення цих процесуальних дій та нести повну відповідальність за їх законне і своєчасне проведення (застосування), а також відстоювати (захищати) ці повноваження, передбаченими КПК засобами [83, с. 81].

Можна продовжувати наводити позиції різних вчених щодо встановлення сутності даної правової категорії, але більш раціональним буде виділення тих основних позицій, які підтримуються переважною частиною вчених. По-перше, процесуальна самотійність слідчого (та дізнавача) нерозривно пов’язана з можливістю реалізації повноважень у кримінальному провадженні. Свобода, з якою такі повноваження можуть бути реалізовані, є визначальною характеристикою даного поняття. По-друге, значна частина вчених, аналізуючи процесуальну самотійність слідчого, згадує розсуд як спосіб її реалізації. Цим ще раз підтверджується досить тісний зв’язок цих двох категорій. Однак такий

зв'язок вказує на необхідність встановлення чітких меж між процесуальною самотійністю слідчого або дізнавача та його розсудом.

Очевидно, що процесуальна самотійність та розсуд – поняття нетотожні, однак досить легко помітити вплив одного поняття на інше. Відповідно, досліджуючи такий вплив, необхідно встановити, як саме самотійність та розсуд взаємодіють у процесі реалізації слідчим та дізнавачем власних повноважень. З аналізу сутності процесуальної самотійності слідчого та дізнавача можна зробити висновок, що розсуд розглядається як один із способів реалізації самотійності. В цілому процесуальна самотійність розглядається як елемент процесуального статусу слідчого або дізнавача, що дозволяє йому приймати юридично значущі рішення та визначати хід всього досудового розслідування (в межах, встановлених кримінальним процесуальним законодавством). Таким чином, процесуальна самотійність передбачає цілий комплекс повноважень, а не лише конкретне повноваження. Розсуд у свою чергу передбачає можливість прийняття конкретного процесуального рішення (або вчинення конкретної процесуальної дії) в конкретній правовій ситуації, встановлюючи при цьому альтернативи. Таким чином, можна дійти висновку, що процесуальна самотійність є поняттям ширшим, ніж розсуд слідчого. Процесуальна самотійність передбачає можливість визначити сукупність процесуальних дій, які, на думку слідчого або дізнавача, дозволять досягнути кінцевої мети розслідування. Розсуд, в свою чергу, стосується способу та методу проведення конкретної процесуальної дії. За такого підходу можна зробити висновок, що розсуд можна розглядати в якості механізму реалізації процесуальної самотійності слідчого та дізнавача, який стосується способу реалізації відповідних повноважень.

У той же час необхідно зробити висновок про те, що зв'язок між розсудом та процесуальною самотійністю слідчого або дізнавача не є одностороннім. Незважаючи на те, що розсуд є механізмом реалізації процесуальної самотійності, власне обсяг розсуду і формує обсяг такої самотійності. Як вже

було зазначено, розсуд є механізмом реалізації процесуальної самостійності слідчого та дізнавача. В той же час власне повноваження, які можуть бути реалізовані із застосуванням розсуду, і визначають обсяг процесуальної самостійності. Це пояснюється тим, що процесуальна самостійність у першу чергу складається з певної сукупності повноважень. Чим більше повноважень, за яких слідчий або дізнавач можуть застосовувати розсуд, тим ширшою є процесуальна самостійність таких суб'єктів. Таким чином, розсуд, будучи механізмом реалізації повноважень, визначає обсяг процесуальної самостійності слідчого та дізнавача. Відповідно, дослідження розсуду слідчого та дізнавача також напрямую пов'язано з межами їх процесуальної самостійності.

О.О. Кіпер зазначає, що межами процесуальної самостійності слідчого є певні обмеження самостійних прав слідчого при провадженні досудового розслідування [83, с. 95]. При цьому науковець, досліджуючи дане питання, в більшій мірі приділяє увагу тим посадовим особам, які власне обмежують процесуальну самостійність слідчого: прокурор, керівник органу досудового розслідування, слідчий суддя, та робить висновок про те, що у порівнянні з попереднім кримінальним процесуальним законодавством процесуальна самостійність слідчого зазнала значного звуження. «Таке звуження самостійних повноважень слідчого у прийнятті процесуальних рішень часом шкодить ефективному розслідуванню і призводить до затягування строків досудового розслідування, оскільки для того, щоб вчинити більшість процесуальних дій, він повинен отримувати згоду або рішення прокурора, який здійснює нагляд за досудовим розслідуванням та дозвіл слідчого судді, або повідомляти про їх вчинення, що відволікає його від виконання своєї прямої та основної функції – функції розслідування кримінального правопорушення» [83, с. 98]. З цього приводу А.О. Ляш та О.В. Баулін зазначали, що ігнорування позитивного досвіду, набутого і апробованого за часів дії КПК 1960 року, з прийняттям нового КПК призвело до остаточної втрати слідчим залишків своєї процесуальної незалежності, а його процесуальна самостійність стала

мінімально можливою і фактично наблизилася до процесуальної самостійності колишнього дізнавача органу дізнання [119].

Дійсно, аналізуючи подібні положення двох КПК України, можна помітити, що в першу чергу нагляд прокурора за діяльністю слідчого став масштабнішим, що позбавило слідчого права самостійно приймати юридично значущі рішення з низки питань. Проте в даному дослідженні не пропонується аналізувати наслідки звуження процесуальної самостійності чи встановлювати позитивні та негативні аспекти такого звуження. Підсумовуючи позиції більшості вчених, необхідно констатувати, що однією з визначальних характеристик розсуду слідчого та дізнавача є обмеженість такого розсуду іншими уповноваженими суб'єктами кримінального процесу – прокурором, слідчим суддею, керівником органу досудового розслідування чи органу дізнання. Поєднання обмежень процесуальної самостійності та незалежності у вирішенні низки процесуальних питань і виділяє розсуд слідчого та дізнавача з-поміж розсуду інших учасників кримінального провадження – слідчого судді, суду, прокурора. Дійсно, низка процесуальних рішень прокурора також має бути погоджена з іншими учасниками процесу (наприклад, погодження зміни обвинувачення в суді з прокурором вищого рівня), однак такі обмеження не мають систематичного характеру та більше спрямовані на додаткове забезпечення прав та законних інтересів учасників кримінального провадження. Діяльність слідчого та дізнавача, у свою чергу, нерозривно пов'язана з процесуальним керівництвом з боку прокурора, адже навіть будь-яке звернення до слідчого судді потребує погодження з процесуальним керівником. Відповідно, застосування слідчим та дізнавачем розсуду в процесі прийняття юридично значимих рішень обов'язково тягне за собою контроль з боку прокурора, який, керуючись власним розсудом, погоджує або відмовляє в погодженні відповідних рішень або клопотань.

При цьому таке обмеження розсуду має подвійний характер. Як вже було зазначено, слідчий або дізнавач, приймаючи певне рішення із застосуванням

розсуду, повинен його погодити з прокурором. Однак прокурор також має право надати доручення чи вказівку слідчому та дізнавачу щодо, наприклад, проведення певних слідчих (розшукових) дій, які мають бути виконані слідчим або дізнавачем. У той же час слідчий та дізнавач у межах такого доручення (або вказівки) можуть на власний розсуд обирати способи та методи виконання відповідного доручення. Таким чином, ініціатором застосування розсуду слідчого та дізнавача також буде прокурор, однак таке обмеження розсуду буде мати зворотній зв'язок – його межі з самого початку визначаються процесуальним керівником, проте слідчий та дізнавач можуть на власний розсуд обирати спосіб виконання такого доручення.

Ведучи мову про процесуальну самостійність слідчого, також необхідно зазначити, що кримінальне процесуальне законодавство надало можливість слідчому не погодитись з позицією прокурора щодо найбільш важливих питань під час досудового розслідування. При цьому законодавець встановлює дві відносно окремі процедури оскарження слідчим рішень прокурора. Так, згідно з ч. 3 ст. 40 КПК України, у випадках відмови прокурора у погодженні клопотання слідчого до слідчого судді про застосування заходів забезпечення кримінального провадження, проведення слідчих (розшукових) дій чи негласних слідчих (розшукових) дій слідчий має право звернутися до керівника органу досудового розслідування, який після вивчення клопотання за необхідності ініціює розгляд питань, порушених у ньому, перед прокурором вищого рівня, який протягом трьох днів погоджує відповідне клопотання або відмовляє у його погодженні. Крім того, параграф 3 глави 26 КПК України окремо присвячений порядку оскарження слідчим рішень, дій чи бездіяльності прокурора.

Спершу необхідно встановити, чим ці дві процедури відрізняються між собою. Аналізуючи положення ст. 40 та ст.ст. 311-313 КПК України, можна встановити одразу декілька відмінностей. По-перше, це предмет оскарження. Відповідно до ст. 311 КПК України, слідчий має право оскаржувати будь-які

рішення, дії чи бездіяльність прокурора, прийняті або вчинені у відповідному досудовому провадженні, крім випадків, передбачених кримінальним процесуальним законодавством. У свою чергу, в ст. 40 КПК України ведеться мова про оскарження відмови прокурора у погодженні клопотання слідчого про застосування заходів забезпечення кримінального провадження, проведення слідчих та негласних слідчих (розшукових) дій. І хоча таку відмову прокурора можна розглядати як рішення, документально вона не оформлюється в порядку, передбаченому ст. 110 КПК України.

Відмінності також наявні і в самій процедурі оскарження. Відповідно до ст. 40 КПК України, слідчий може оскаржити відмову прокурора у погодженні відповідних клопотань до прокурора вищого рівня, проте через керівника органу досудового розслідування. Оскарження рішень, дій та бездіяльності прокурора в порядку § 3 глави 26 КПК України відбувається напряду до прокурора вищого рівня. Власне такі відмінності у процедурі оскарження законодавцем не роз'яснені. Це дає змогу науковцям робити висновок, що ст. 40 КПК України надає слідчому право на звернення до керівника органу досудового розслідування у випадках, визначених законодавством [103, с. 125-126], таким чином підкреслюючи перевагу відомчого контролю над контролем прокурора вищого рівня у випадку відмови у затвердженні відповідних клопотань. І хоча така позиція в певній мірі ґрунтується на положеннях кримінального процесуального законодавства, повністю з нею погодитись не можна.

Відповідно до ч. 3 ст. 40 КПК України, слідчий має звернутися до керівника органу досудового розслідування, який після вивчення клопотання за необхідності ініціює розгляд питань, порушених у ньому, перед прокурором вищого рівня. Відповідно, саме керівник органу досудового розслідування вирішує, які клопотання будуть надіслані до прокурора вищого рівня, а які – ні. Якщо провести аналогію, то в даному випадку роль керівника органу досудового розслідування подібна до ролі ВССУ при поданні заяви про

перегляд судових рішень до Верховного Суду України в попередніх редакціях КПК України 2012 року. Проблема полягає в тому, що законодавець, на відміну від положень, які стосувалися ВССУ, не встановлює, що саме має перевірити керівник органу досудового розслідування, коли до нього звертається слідчий. Можна з певною долею вірогідності стверджувати, що керівник у першу чергу має перевірити обґрунтованість такого клопотання. Для цього йому необхідно буде ознайомитись з матеріалами досудового розслідування та вислухати обґрунтування самого слідчого. Якщо керівник дійде висновку, що клопотання слідчого є обґрунтованим, то він зобов'язаний передати його прокурору вищого рівня. За такого порядку керівника органу досудового розслідування можна вважати свого роду «процесуальним фільтром», який забезпечує надсилання прокурору вищого рівня лише обґрунтованих клопотань від слідчого. Проте кінцеве рішення приймає саме прокурор, а не керівник органу досудового розслідування. У зв'язку з цим позиція науковців щодо визначення керівника органу досудового розслідування як основного суб'єкта вирішення клопотання слідчого в порядку ч. 3 ст. 40 КПК України є передчасною. Не применшуючи роль керівника органу досудового розслідування в даному процесі, законодавець поклав на нього обов'язок лише перевіряти можливість передання відповідного клопотання прокурору вищого рівня, а не вирішувати таку скаргу по суті.

В той же час не зовсім зрозуміла логіка законодавця, який встановив обов'язковою участь керівника органу досудового розслідування в процесі оскарження клопотань слідчим у порядку ч. 3 ст. 40 КПК України, однак не передбачив такого порядку в § 3 глави 26 КПК України, які по суті є між собою досить подібними. Така неоднорідність правового регулювання подібних за формою та змістом правових процедур підштовхує до думки, що в цій частині кримінальне процесуальне законодавство має бути уніфіковане – або участь керівника органу досудового розслідування має бути передбачена в усіх випадках, коли слідчий не погоджується з позицією процесуального керівника,

або взагалі такого суб'єкта в даному процесі не повинно бути. І саме відсутність чіткої вказівки на роль керівника органу досудового розслідування в даному процесі підштовхує до обрання другого варіанта. В даному випадку можна знову навести аналогію з роллю ВССУ при поданні заяви про перегляд судового рішення до Верховного Суду України. Законодавець, встановивши таку процедуру, поклав на ВССУ обов'язок перевіряти заяви щодо можливості їх направлення до ВСУ. Таким чином ВССУ виступав свого роду «процесуальним фільтром» задля розвантаження ВСУ, тобто виконував подібну роль до керівника органу досудового розслідування. Необхідно підкреслити, що в юридичному товаристві досить неоднозначно віднесли до такого порядку звернення до ВСУ, адже такий порядок не лише унеможлиблював перегляд ним судового рішення у кримінальному провадженні, а й створював умови для зловживань [15; 78]. Відповідно, в подальшому «подвійна касація» була скасована шляхом реорганізації ВСУ та ліквідації вищих спеціалізованих судів. Таким чином, можна зробити висновок, що у випадку закріплення в кримінальному процесуальному законодавстві можливості оскарження рішень, дій чи бездіяльності певної посадової особи не має бути необґрунтованих процесуальних обмежень при реалізації такого права.

Законодавець, закріпивши в ч. 3 ст. 40 КПК України участь керівника органу досудового розслідування в процесі подання клопотання слідчого до прокурора вищого рівня, власне не зазначив, чим саме пояснюються такі обмеження та яка має бути від них процесуальна користь. Можна було б зробити припущення, що таким чином законодавець намагається зменшити кількість клопотань слідчих, які надходять до прокурора вищого рівня, відсікаючи ще на початковому етапі очевидно необґрунтовані. Однак у такому випадку можна навести одразу декілька контр аргументів. По-перше, в § 3 глави 26 КПК України передбачена процедура оскарження слідчим рішень, дій чи бездіяльності прокурора без участі керівника органу досудового розслідування, а тому не можна стверджувати, що його роль у даному процесі є критично

важливою. По-друге, на відміну від звернень до ВСУ, випадки звернення слідчого до прокурора вищого рівня є поодинокими, а тому не можна стверджувати, що має існувати будь-який «процесуальний фільтр». Якщо до ВСУ надсилалися тисячі заяв і потребувалася додаткова допомога у перевірці їх обґрунтованості, то в даному випадку такої нагальної потреби немає.

Таким чином, можна зробити висновок, що роль керівника органу досудового розслідування в процесі направлення клопотання слідчим до прокурора вищого рівня, як мінімум, невиправдана. Цей факт також підтверджується тією обставиною, що законодавець не надав чітких вказівок щодо участі керівника органу досудового розслідування в даному процесі. Крім того, аналогічне повноваження відсутнє у дізнавача. Як вже було зазначено в даному дослідженні, повноваження слідчого та дізнавача в процесі розслідування кримінальних правопорушень є тотожними, а тому однаковими мають бути і порядки реалізації таких повноважень. Однак у ст. 40¹ КПК України не зазначено, що дізнавач має право оскаржувати відмову прокурора у затвердженні відповідних клопотань до прокурора вищого рівня (при цьому дізнавач є суб'єктом оскарження рішень, дій та бездіяльності прокурора в порядку ст.ст. 311-313 КПК України).

У зв'язку з цим, з метою уніфікації положень КПК України, пропонується внести зміни до ч. 3 ст. 40 КПК України та виключити положення, які стосуються участі керівника органу досудового розслідування. В такому випадку ч. 3 ст. 40 КПК України може бути сформульована наступним чином: «3. У випадках відмови прокурора у погодженні клопотання слідчого до слідчого судді про застосування заходів забезпечення кримінального провадження, проведення слідчих (розшукових) дій чи негласних слідчих (розшукових) дій слідчий має право звернутися до прокурора вищого рівня, який протягом трьох днів погоджує відповідне клопотання або відмовляє у його погодженні». Крім того, задля забезпечення уніфікації нормативно-правового регулювання, зміни мають бути внесені і в ст. 40¹ КПК України, де повинно

бути закріплене право дізнавача оскаржувати відмову у задоволенні клопотань прокурором до керівника прокуратури вищого рівня. В даному випадку пропонується доповнити ст. 40¹ КПК України частиною 2¹ наступного змісту: «2¹. У випадках відмови прокурора у погодженні клопотання дізнавача до слідчого судді про застосування заходів забезпечення кримінального провадження, проведення слідчих (розшукових) дій чи негласних слідчих (розшукових) дій дізнавач має право звернутися до прокурора вищого рівня, який протягом трьох днів погоджує відповідне клопотання або відмовляє у його погодженні» [257, с. 14].

4.2. Реалізація розсуду слідчим та дізнавачем

Встановивши сутність та основні характеристики розсуду слідчого та дізнавача, можна перейти власне до аналізу форм реалізації такого розсуду під час досудового розслідування. Враховуючи роль слідчого та дізнавача в процесі розслідування кримінальних правопорушень, у першу чергу необхідно визначити систему, за якою відповідний розсуд має досліджуватись. У даному випадку найбільш простим способом буде аналіз повноважень слідчого та дізнавача, в процесі реалізації яких і має бути застосований розсуд, особливо з огляду на тотожність повноважень вказаних учасників кримінального провадження. Проте для цього в першу чергу необхідно встановити коло таких повноважень.

Серед науковців традиційно немає єдиного підходу щодо визначення переліку повноважень слідчого. Можливо, це пов'язано з досить обмеженим формулюванням ч. 2 ст. 40 КПК України, яка не дає вичерпаного переліку його повноважень. Так, В.А. Осмолян, аналізуючи статус слідчого відповідно до КПК України 2012 р., зазначав, що перелік прав та обов'язків слідчого є недостатньо визначеним та конкретним. Відповідні правові положення, на думку автора, «не розкривають самого змісту та специфіку провадження досудового слідства, а лише вказують на порядок певних процесуальних дій» [145, с. 303]. Це та інші обставини стали поштовхом до доктринального дослідження переліку

повноважень слідчого під час досудового розслідування, внаслідок чого і була вироблена низка позицій з окресленого питання.

Так, О.О. Кіпер пропонує всі повноваження слідчого за функціональним призначенням поділяти на повноваження щодо прийняття рішень та щодо проведення процесуальних дій. Далі автор зазначає, що повноваження слідчого щодо прийняття процесуальних рішень за характером можна поділити: на повноваження щодо прийняття рішень про проведення слідчих (розшукових) дій; повноваження щодо прийняття рішень про проведення негласних слідчих (розшукових) дій; повноваження щодо прийняття рішень про проведення інших процесуальних дій, спрямованих на збирання доказів; повноваження щодо прийняття рішень, які визначають процесуальне становище учасників провадження; повноваження щодо прийняття рішень про застосування заходів забезпечення кримінального провадження; повноваження щодо прийняття рішень, спрямованих на рух кримінального провадження та вирішення інших поточних питань у ході провадження; повноваження щодо прийняття рішень, що забезпечують гарантії прав осіб, які беруть участь у провадженні; повноваження щодо прийняття рішень, якими закінчується досудове слідство. Відповідно, повноваження щодо проведення процесуальних дій автор поділив: на повноваження щодо проведення слідчих (розшукових) дій; повноваження щодо проведення негласних слідчих (розшукових) дій; повноваження щодо проведення інших процесуальних дій, спрямованих на збирання доказів; повноваження щодо застосування заходів забезпечення кримінального провадження; повноваження щодо проведення процесуальних дій, які забезпечують права учасників провадження (оголошення та роз'яснення повідомлення про підозру, повідомлення та роз'яснення прав учасникам провадження, ознайомлення з матеріалами досудового розслідування до його завершення, застосування заходів безпеки, відкриття матеріалів кримінального провадження тощо) [84].

Д. Кавун, аналізуючи повноваження слідчого у забезпеченні прав та законних інтересів потерпілого, зазначив, що слідчий під час досудового

розслідування має розкрити кримінальне правопорушення та викрити винних, встановити характер і розмір завданої потерпілому кримінальним правопорушенням шкоди і вжити передбачені законом заходи для своєчасного та повного її відшкодування, забезпечити права та законні інтереси потерпілого під час доказування обставин, що стосуються цивільного позову, пред'явленого останнім [74]. С.І. Чернобаєв стверджує, що повноваження слідчого можна поділити залежно від ступеня їх визначеності на імперативні (конкретно визначені) та дискреційні (відносно визначені) [321, с. 102].

Узагальнюючи такі підходи, можна зробити висновок, що науковці намагаються не стільки провести класифікацію повноважень слідчого у кримінальному провадженні, скільки надати вичерпний перелік цих повноважень. Таким чином, була спроба на доктринальному рівні подолати прогалину в нормативному регулюванні процесуального статусу слідчого, адже, як вже було зазначено, ст. 40 КПК України не містить вичерпного переліку таких повноважень. У той же час задля аналізу розсуду слідчого та дізнавача у кримінальному провадженні не обов'язково встановлювати перелік всіх можливих повноважень, адже розсуд слідчого та дізнавача зазнає значних обмежень з боку процесуального керівника. Відповідно, об'єктом дослідження мають бути не всі повноваження вказаних суб'єктів, а лише ті, де вони дійсно можуть застосувати власну дискрецію. Для виконання такого завдання за основу можна взяти положення ст. 40 та ст. 40¹ КПК України як приклад нормативного регулювання процесуального статусу слідчого та дізнавача, особливо з огляду на їх подібність.

Відповідно до ч. 2 ст. 40 КПК України, слідчий уповноважений:

- 1) починати досудове розслідування за наявності підстав, передбачених КПК України;
- 2) проводити слідчі (розшукові) дії та негласні слідчі (розшукові) дії у випадках, встановлених КПК України;

3) доручати проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій відповідним оперативним підрозділам;

4) звертатися за погодженням із прокурором до слідчого судді з клопотаннями про застосування заходів забезпечення кримінального провадження, проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій;

5) повідомляти за погодженням із прокурором особі про підозру;

6) за результатами розслідування складати обвинувальний акт, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру та подавати їх прокурору на затвердження;

7) приймати процесуальні рішення у випадках, передбачених КПК України, у тому числі щодо закриття кримінального провадження за наявності підстав, передбачених ст. 284 КПК України;

9) здійснювати інші повноваження, передбачені кримінальним процесуальним законодавством.

Згідно з ч. 2 ст. 40¹ КПК України, дізнавач уповноважений:

1) починати дізнання за наявності підстав, передбачених КПК України;

2) проводити огляд місця події, обшук затриманої особи, опитувати осіб, вилучати знаряддя і засоби вчинення правопорушення, речі і документи, що є безпосереднім предметом кримінального проступку або виявлені під час затримання, а також проводити слідчі (розшукові) дії та негласні слідчі (розшукові) дії у випадках, установлених КПК України;

3) доручати проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій у випадках, установлених КПК України, відповідним оперативним підрозділам;

4) звертатися за погодженням із прокурором до слідчого судді з клопотаннями про застосування заходів забезпечення кримінального провадження, проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій;

5) повідомляти за погодженням із прокурором особі про підозру у вчиненні кримінального проступку;

6) за результатами розслідування складати обвинувальний акт, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру та подавати їх прокурору на затвердження;

7) приймати процесуальні рішення у випадках, передбачених КПК України, у тому числі щодо закриття кримінального провадження за наявності підстав, передбачених ст. 284 КПК України;

8) здійснювати інші повноваження, передбачені КПК України.

Досить подібні повноваження мають слідчі і в інших пострадянських країнах. Так, згідно зі ст. 60 КПК Республіки Казахстан [272], слідчий – це посадова особа, уповноважена здійснювати досудове розслідування у кримінальних справах в межах своєї компетенції. Слідчий має право своєю постановою прийняти справу до свого провадження, здійснювати попереднє слідство і виконувати всі слідчі дії, передбачені КПК України. Слідчий зобов'язаний вживати всіх заходів до всебічного, повного та об'єктивного дослідження обставин справи, здійснювати кримінальне переслідування особи, щодо якої зібрано достатньо доказів, які вказують на вчинення нею кримінального правопорушення, шляхом кваліфікації діяння підозрюваного, обрання йому запобіжного заходу, складання обвинувального акта з викладенням обставин кримінального правопорушення, описом зібраних доказів тощо.

В даному випадку знову необхідно констатувати відмінність між КПК України та КПК Республіки Казахстан в частині закріплення єдиного переліку повноважень слідчого. В той же час слід зазначити, що повноваження слідчого поширюються лише на стадію досудового розслідування, а його завдання полягає в розслідуванні кримінального правопорушення. У зв'язку з цим варто констатувати, що відсутність статті, в якій би були поміщені всі повноваження

слідчого, не можна вважати суттєвим недоліком кримінального процесуального законодавства Республіки Казахстан.

В Республіці Молдова [273] слідчий (який має назву «офіцер з кримінального переслідування») має такі повноваження:

1) забезпечує реєстрацію в установленому порядку повідомлень про вчинення або підготовку до вчинення злочину, якщо повідомлення не було зареєстровано керівником органу кримінального переслідування, починає кримінальне переслідування в разі, якщо зі змісту акту про освідчення або з констатуючого акта випливає розумне підозра про вчинення злочину, вносить пропозиції прокурору про припинення кримінального переслідування, закриття провадження у кримінальній справі або про відмову у початку кримінального переслідування;

2) пропонує передати кримінальну справу іншому органу кримінального переслідування відповідно до компетенції;

3) несе відповідальність за законне і своєчасне здійснення кримінального переслідування;

4) вносить пропозицію прокурора про звернення з клопотанням до судової інстанції для отримання санкції на здійснення відповідних кримінально-процесуальних дій, спеціальних розшукових заходів або застосування процесуальних заходів примусу, що застосовуються тільки відповідно до санкцій суду;

5) викликає осіб і допитує їх в якості підозрюваного, потерпілого, свідка;

6) проводить огляд і фіксує в установленому порядку місце вчинення злочину, проводить обшук, вилучає предмети і документи, здійснює інші процесуальні дії;

7) витребує документи та матеріали, які містять відомості, що мають відношення до справи;

8) зобов'язує провести документальну ревізію, інвентаризацію, судову експертизу тощо;

9) керує з моменту реєстрації соціально небезпечного діяння спеціальними розшуковими заходами, спрямованими на розкриття злочину, виявлення зниклих осіб та зниклого майна;

10) розпоряджається про доручення іншим органам кримінального переслідування проведення дій у кримінальному провадженні;

11) дає розпорядження органам поліції або іншим компетентним органам про затримання, привід, арешт і проведення інших процесуальних дій;

12) визнає відповідних осіб потерпілим, цивільним позивачем, цивільним відповідачем;

13) вживає передбачені законом заходи щодо забезпечення відшкодування заподіяної злочином шкоди;

14) інформує підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, потерпілого, цивільного позивача про можливість застосування медіації;

15) дозволяє відводи перекладача, фахівця, експерта;

16) виносить постанови за заявами осіб, які беруть участь у кримінальному провадженні;

17) надає медіатору інформацію щодо кримінальної справи, необхідну для здійснення процесу медіації;

18) пропонує обрати запобіжний захід, продовжити термін його дії, змінити або скасувати його;

19) виконує письмові вказівки прокурора;

20) оскаржує в разі незгоди вищестоящому прокурору вказівки прокурора щодо проведення будь-яких процесуальних дій;

21) надає на вимогу прокурора письмові пояснення;

22) надає прокурору зібрані по справі докази, необхідні для пред'явлення звинувачення, та виконує інші повноваження, передбачені КПК Республіки Молдова.

В даному випадку необхідно звернути увагу, що слідчий крім здійснення кримінального переслідування уповноважений здійснення контролю за

дотриманням прав та законних інтересів учасників кримінального провадження шляхом, наприклад, вирішення питання про відводи. З огляду на таке розширення повноважень можна стверджувати, що конкретно в даному випадку у «офіцера з кримінального переслідування» більше повноважень в частині реалізації розсуду, ніж у слідчого відповідно до КПК України.

Згідно зі ст. 37 КПК Грузії [269], слідчий має право:

- 1) проводити всі передбачені КПК Грузії слідчі та інші процесуальні дії, за винятком дій, проведення яких відноситься до компетенції прокурора;
- 2) давати відповідним органам письмові вказівки щодо доставлення затриманих і заарештованих за місцем слідства;
- 3) вимагати проведення слідчих дій, а також ревізії, інвентаризації, відомчих перевірок тощо;
- 4) залучати до участі перекладачів, експертів, осіб, яких спізнають;
- 5) при оскарженні дій та рішень слідчого негайно направляти скарги і матеріали кримінальної справи прокурору, який здійснює процесуальне керівництво, або до суду;
- 6) звертатися до прокурора, який здійснює процесуальне керівництво, з проханням про дачу доручення іншому слідчому;
- 7) з метою відновлення кримінальної справи письмово звертатися до відповідного органу або установи з вимогою про передачу необхідних матеріалів або (та) інформації, а також в повному обсязі здійснювати необхідні процесуальні дії.
- 8) здійснювати інші повноваження, передбачені КПК Грузії.

Згідно зі ст. 36 КПК Республіки Білорусь [271], слідчим є посадова особа Слідчого комітету Республіки Білорусь, органів державної безпеки, що здійснює в межах своєї компетенції попереднє слідство. Слідчий зобов'язаний вживати всіх заходів для всебічного, повного та об'єктивного дослідження обставин кримінальної справи; здійснювати кримінальне переслідування особи, щодо якої зібрано достатньо доказів, які вказують на вчинення нею злочину,

шляхом залучення її в якості обвинуваченого, пред'явлення обвинувачення, застосування щодо такої особи запобіжного заходу, передачі справи прокурору для направлення до суду. Слідчий також зобов'язаний вжити заходів щодо забезпечення безпеки учасників кримінального процесу та інших осіб відповідно до вимог кримінального процесуального законодавства. Всі рішення про проведення слідчих та інших процесуальних дій слідчий приймає самостійно, за винятком випадків, коли законом передбачено отримання санкції прокурора або письмового погодження рішення органу кримінального переслідування про затримання особи, і несе повну відповідальність за їх законне і своєчасне проведення.

Відповідно до ст. 85 КПК Азербайджанської Республіки [268], слідчий повинен виконувати такі обов'язки:

1) вивчає заяви та інші повідомлення про вчинені злочини або такі, що готуються, та вирішує питання щодо порушення кримінальної справи, прийняття справи до свого провадження, вживає необхідних заходів для розкриття злочину, всебічного, повного та об'єктивного розслідування справи, в межах своєї компетенції проводить необхідні процесуальні дії;

2) повідомляє підозрюваному або обвинуваченому його права з моменту затримання пред'явлення обвинувачення або з моменту взяття його під варту, роз'яснює причини затримання, притягнення до кримінальної відповідальності або взяття під варту;

3) забезпечує право особи на залучення захисника з моменту затримання, пред'явлення обвинувачення або взяття під варту;

4) якщо зібрано достатньо доказів, що підтверджують вчинення підозрюваним злочину – залучає підозрюваного в якості обвинуваченого у кримінальній справі і пред'являє йому обвинувачення;

5) при необхідності відповідно до вимог кримінального процесуального законодавства забезпечує обрання запобіжного заходу щодо підозрюваного або обвинуваченого;

6) звільняє підозрюваного або обвинуваченого з-під варти, якщо вони утримуються під вартою без законних на те підстав або понад строки, встановлені КПК Азербайджанської Республіки;

7) виконує вказівки прокурора;

8) дає письмові та усні роз'яснення прокурору і суду;

9) відповідно до КПК Азербайджанської Республіки забезпечує підозрюваному чи обвинуваченому безоплатної правової допомоги;

10) визнає осіб потерпілими, цивільними позивачами або відповідачами у кримінальних справах;

11) вживає заходів щодо відшкодування матеріальних збитків, завданих вчиненим злочином, а також щодо забезпечення спеціальної конфіскації, яка може бути застосована;

12) закінчує досудове слідство з додержанням вимог кримінального процесуального законодавства, а також ознайомлює обвинуваченого, його захисника, потерпілого, цивільного позивача та його представника з матеріалами кримінальної справи, розглядає винесені в зв'язку з цим клопотання і, склавши обвинувальний акт, направляє справу прокурору, який здійснює процесуальне керівництво за досудовим розслідуванням;

13) забезпечує нерозголошення відомостей про обставини, які стосуються особистого життя, сімейні, державні, професійні, комерційні та інші охоронювані законом таємниці;

14) виконує інші обов'язки, передбачені кримінальним процесуальним законодавством.

Дізнавач, відповідно до ст. 86 КПК Азербайджанської республіки [268], зобов'язаний виконувати такі обов'язки:

1) розглядати заяви та інші повідомлення про вчинені злочини, при наявності достатніх підстав порушувати кримінальну справу, приймати справу до свого провадження, вживати необхідних заходів до розкриття злочину,

всебічного, повного та об'єктивного розслідування справи, в межах своїх повноважень проводити всі слідчі або інші процесуальні дії;

2) з моменту затримання повідомити підозрюваному про його права і роз'яснити причини затримання;

3) з моменту затримання забезпечити доступ особи до захисника;

4) при необхідності відповідно до вимог кримінального процесуального законодавства забезпечити обрання запобіжного заходу щодо підозрюваного;

5) звільнити особу, яка затримана без законних на те підстав або понад строки, передбачені кримінальним процесуальним законодавством,

6) визнати відповідних осіб потерпілими, цивільними позивачами або цивільними відповідачами у кримінальній справі;

7) вжити заходів щодо відшкодування матеріальних збитків, завданих вчиненим злочином, а також щодо забезпечення спеціальної конфіскації, яка може бути застосована;

8) звільнити затриманого підозрюваного від оплати юридичної допомоги;

9) виконувати вказівки та постанови прокурора і слідчого;

10) давати письмові та усні роз'яснення прокурору і суду;

11) після виконання невідкладних слідчих дій у кримінальних справах не пізніше десяти днів з дня порушення кримінальної справи направити всі матеріали по справі до слідчого відповідно до підслідності;

12) не розголошувати відомості про обставини щодо особистого життя, сімейні, державні, професійні, комерційні та інші охоронювані законом таємниці;

13) не пізніше десяти днів, а у випадках, передбачених КПК Азербайджанської Республіки, - двадцяти днів з початку дізнання направити прокурору матеріали дізнання щодо злочинів, які не представляють значної суспільної небезпеки, разом з підсумковим протоколом;

14) виконувати інші обов'язки, покладені на нього кримінальним процесуальним законодавством.

В цілому можна зробити висновок, що посадові особи слідчих органів, які уповноважені на розслідування кримінальних правопорушень, у пострадянських країн є між собою досить подібними, а отже і порядок застосування розсуду також не матиме суттєвих відмінностей. При цьому спільною рисою також необхідно виділити наявність прокурорського нагляду за діяльністю слідчого, про що вже було неодноразово зазначено.

Аналізуючи розсуд слідчого та дізнавача за КПК України, в першу чергу необхідно дослідити повноваження слідчого та дізнавача в частині початку досудового розслідування. Згідно з ч. 1 ст. 214 КПК України, слідчий, дізнавач, прокурор невідкладно, але не пізніше 24 годин після подання заяви, повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення або після самостійного виявлення ним з будь-якого джерела обставин, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення, зобов'язаний внести відповідні відомості до Єдиного реєстру досудових розслідувань, розпочати розслідування та через 24 години з моменту внесення таких відомостей надати заявнику витяг з Єдиного реєстру досудових розслідувань. У ч. 4 ст. 214 КПК України зазначено, що слідчий, прокурор, інша службова особа, уповноважена на прийняття та реєстрацію заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення, зобов'язані прийняти та зареєструвати таку заяву чи повідомлення. Відмова у прийнятті та реєстрації заяви чи повідомлення про кримінальне правопорушення не допускається. Таким чином, законодавець досить чітко встановив обов'язковість початку досудового розслідування у випадку звернення фізичної або юридичної особи з відповідною заявою до правоохоронних органів. Такий порядок суттєво відрізняється від того, який був встановлений КПК України 1960 р., за якого в першу чергу необхідно було перевірити приводи та підстави для порушення кримінальної справи. Однак на даний момент кримінальне процесуальне законодавство такого порядку не встановлює, зазначаючи лише, що до внесення відомостей до ЄРДР допускається проведення такої слідчої (розшукової) дії, як огляд місця події, а для з'ясування обставин вчинення кримінального проступку

додатково може бути: 1) відібрано пояснення; 2) проведено медичне освідчування; 3) отримано висновок спеціаліста і знято показання технічних приладів та технічних засобів, що мають функції фото- і кінозйомки, відеозапису, чи засобів фото- і кінозйомки, відеозапису; 4) вилучено знаряддя і засоби вчинення кримінального проступку, речі і документи, що є безпосереднім предметом кримінального проступку або які виявлені під час затримання особи, особистого огляду або огляду речей.

В такому випадку можна зробити висновок, що в ЄРДР мають вноситися відомості щодо будь-яких заяв, які надійшли до правоохоронних органів. Проте такий висновок є лише частково правильним, адже ст. 214 КПК України надає уповноваженим посадовим особам дещо більше свободи. В даному випадку необхідно звернути увагу, що положення ст. 214 КПК України поширюються не на будь-які заяви та повідомлення, а лише на заяви та повідомлення *про кримінальні правопорушення*. Законодавець не уточнює, в чому полягає принципова відмінність, проте таке формулювання дозволило здійснити нормативне уточнення на рівні підзаконних нормативно-правових актів.

Відповідно до п. 3 розділу II Порядку ведення єдиного обліку в органах (підрозділах) поліції заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення та інші події, заяви і повідомлення про інші події, що надійшли до чергової служби центрального органу управління поліцією, головних управлінь Національної поліції та їх територіальних (відокремлених) підрозділів (управлінь, відділів, відділень) поліції, в яких немає відомостей, що вказують на вчинення кримінального правопорушення, уповноважена службова особа після реєстрації в ІТС ІППП (журналі ЄО) невідкладно, але не пізніше 24 годин передає керівнику відповідного органу (підрозділу) поліції або особі, яка виконує його обов'язки, для розгляду та прийняття рішення згідно із Законом України «Про звернення громадян» або Кодексом України про адміністративні правопорушення. Таким чином, можна зробити висновок, що стадія порушення кримінальної справи, яка встановлювала порядок та строки перевірки заяв про

злочини, була переформатована у звичайну перевірку заяв у момент їх надходження. Очевидно, що такий порядок має одразу низку недоліків. По-перше, перевіркою заяв та повідомлень займаються не слідчі, а лише «уповноважені службові особи», які повинні приймати заяви про правопорушення та реєструвати їх в журналі ЄО, іншими словами – чергові. По-друге, реальних можливостей здійснити перевірку заяви щодо попереднього встановлення складу кримінального правопорушення у чергового немає, адже такі особи не наділені жодними владними повноваженнями щодо проведення необхідних процесуальних дій. Крім того, існує обмеження і в часі, адже з моменту реєстрації заяви до моменту внесення відомостей до ЄРДР має пройти не більше 24 годин.

Таким чином, можна констатувати, що законодавець замість того, щоб забезпечити реєстрацію всіх заяв та повідомлень з метою уникнення зловживання повноваженнями уповноваженими посадовими особами дозволив перекласти обов'язок приймати рішення щодо початку досудового розслідування на осіб, які уповноважені на прийняття заяв та повідомлень у правоохоронних органах. Фактично стадія порушення кримінальної справи не була ліквідована, вона була лише спрощена. Відповідно, рішення про початок досудового розслідування фактично приймає не слідчий чи дізнавач, а черговий відповідного правоохоронного органу, який уповноважений на прийняття заяв. І саме він на власний розсуд, маючи змогу ознайомитися лише зі змістом заяви або повідомлення, повинен приймати рішення щодо направлення такої заяви для початку досудового розслідування або для надання відповіді згідно із ЗУ «Про звернення громадян» чи згідно з адміністративним законодавством.

Очевидно, що така ситуація не відповідає попередньому задуму законодавця, проте необхідно констатувати, що саме так має трактуватися положення ст. 214 КПК України. Це значно підвищує розсуд уповноваженого на прийняття заяв у правоохоронному органу, лишаючи слідчого та дізнавача без права впливу на такий процес. Відповідно, задля усунення такої специфічної

практики необхідно вносити зміни до чинного кримінального процесуального законодавства.

В першу чергу необхідно зауважити, що на даному етапі розвитку кримінального процесуального законодавства думка щодо повернення стадії порушення кримінальної справи виглядає дещо радикальною. Крім того, повернення такої процедури вимагатиме істотної зміни в КПК України, в тому числі і в структурі здійснення кримінальної процесуальної діяльності. Більш доцільним виглядає удосконалення понятійного апарату та уточнення процедури початку досудового розслідування. Ми пропонуємо внести зміни до ст. 3 КПК України та доповнити її наступним положенням: «7¹) заяви та повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення – усне чи письмове звернення заявника або потерпілого до органу досудового розслідування чи прокуратури, або рапорт уповноваженого правоохоронного органу, зі змісту якого можна зробити попередній висновок про наявність події кримінального правопорушення».

Запропоноване визначення потребує роз'яснення. В даному випадку було зроблено уточнення, що заява та повідомлення можуть бути подані до органу досудового розслідування або до прокуратури. Цей перелік обґрунтовується тим, що тільки слідчі, дізнавачі та прокурори уповноважені розпочинати досудове розслідування, а тому саме в органи досудового розслідування та прокуратури відповідні заяви та повідомлення мають подаватися. Крім того, пропонується в якості окремої характеристики таких заяв та повідомлень визначити «можливість зробити попередній висновок про наявність події кримінального правопорушення». Очевидно, що таке формулювання є оціночним, проте встановити будь-які чіткі критерії в даному випадку неможливо. Як вже було зазначено, кримінальне процесуальне законодавство не надає жодних дієвих способів перевірити обґрунтованість заяви чи повідомлення про кримінальне правопорушення за 24 години з моменту їх подання (крім проведення окремих процесуальних дій, перелік яких є досить обмеженим). Тому відповідні висновки мають робитися лише на підставі аналізу змісту заяви

чи повідомлення. Такої інформації може бути замало, і в подальшому може бути встановлена відсутність події або складу кримінального правопорушення. Головним у даному випадку має бути те, що на момент реєстрації заяви уповноважена особа мала достатньо підстав для такого «попереднього» висновку, який дозволяє прийняти рішення про початок досудового розслідування.

Проте лише таких змін буде недостатньо, адже саме процедура початку досудового розслідування залишається незмінною. У зв'язку з цим можна зробити висновок, що змін також потребує і ст. 214 КПК України, тлумачення якої викликає стільки труднощів. Розуміючи, що сама процедура початку досудового розслідування має лишатися незмінною, необхідно спробувати перенести акцент з особи, яка уповноважена на прийняття заяви, на слідчого, дізнавача та прокурора та встановити, що саме вони повинні здійснювати таку перевірку. Для цього пропонується ч. 1 ст. 214 КПК України викласти в наступній редакції: «1. Слідчий, дізнавач, прокурор невідкладно, але не пізніше 24 годин після подання заяви, повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення або після самостійного виявлення ним з будь-якого джерела обставин, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення, зобов'язаний *перевірити заяву чи повідомлення на відповідність вимог, передбачених п. 7¹ ч. 1 ст. 3 КПК України* та внести відповідні відомості до Єдиного реєстру досудових розслідувань, розпочати розслідування та через 24 години з моменту внесення таких відомостей надати заявнику витяг з Єдиного реєстру досудових розслідувань». Така пропозиція також потребує роз'яснення [244, с. 84].

Головною (та, по суті, єдиною) вимогою, яка ставиться перед заявами та повідомленнями про кримінальні правопорушення, є можливість зробити попередній висновок про подію та склад кримінального правопорушення зі змісту відповідного звернення. При цьому свідомо не пропонується розширити повноваження слідчого, дізнавача або прокурора на початковому етапі

кримінального провадження, адже це фактично повертає стадію порушення кримінальної справи та може стати причиною затягування з початком досудового розслідування в результаті зловживань з боку уповноважених працівників правоохоронних органів. Така перевірка заяв та повідомлень про кримінальні правопорушення має відбуватися лише шляхом ознайомлення зі змістом відповідного звернення та, за необхідності, проведення додаткових процесуальних дій, які передбачені ч. 3 ст. 214 КПК України. Таким чином, пропонується закріпити в ст. 214 КПК України положення п. 3 розділу II Порядку ведення єдиного обліку в органах (підрозділах) поліції заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення та інші події, відповідно до якого таким видом діяльності займалася особа, уповноважена на прийняття заяв та повідомлень про кримінальні правопорушення. Такого роду зміна не дозволить здійснювати занадто широке тлумачення ст. 214 КПК України та забезпечить максимально об'єктивну та фахову оцінку заяв та повідомлень про кримінальні правопорушення.

Наступною групою повноважень, які передбачені ст. 40 та ст. 40¹ КПК України, є право слідчого та дізнавача проводити гласні та негласні слідчі (розшукові) дії, а також право доручати проведення відповідних процесуальних дій відповідним оперативним підрозділам, і додатково щодо дізнавача – право проводити огляд місця події, обшук затриманої особи, опитувати осіб, вилучати знаряддя і засоби вчинення правопорушення, речі і документи, що є безпосереднім предметом кримінального проступку або виявлені під час затримання.

Власне застосування розсуду слідчим та дізнавачем при проведенні слідчих та негласних слідчих (розшукових) дій є яскравим прикладом подвійної природи розсуду вказаних суб'єктів, про який вже велася мова. Слідчий або дізнавач самостійно приймає рішення щодо необхідності проведення процесуальних дій в залежності від обставин справи та завдань, які перед ним ставляться. В той же час значна частина гласних та майже всі негласні слідчі (розшукові) дії

потребують санкціонування інших уповноважених суб'єктів кримінального провадження для їх проведення. Відповідно, слідчий або дізнавач на власний розсуд (якщо мова не йде про доручення прокурора), оцінюючи зібрані матеріали досудового розслідування та аналізуючи межі доказування, може прийняти рішення про необхідність провести обшук, після чого таке рішення повинно бути погоджене прокурором (у формі затвердження клопотання) та слідчим суддею (у формі винесення ухвали на обшук), які, у свою чергу, керуючись власним розсудом, приймають рішення про доцільність та законність проведення таких процесуальних дій. Очевидно, що така процедура в деякій мірі нівелює розсуд слідчого та дізнавача, адже юридичних наслідків такий розсуд може і не створити. Проте саме в цьому і проявляється одна з ключових особливостей процесуального статусу вказаних учасників кримінального провадження.

Якщо проаналізувати перелік гласних та негласних слідчих (розшукових) дій, які не потребують санкціонування будь-кого, то можна зробити висновок, що на власний розсуд слідчий та дізнавач можуть провести такі процесуальні дії:

- гласні слідчі (розшукові) дії – допит (ст. 224, 226 КПК України), пред'явлення для впізнання (ст. 228-232 КПК України), огляд (ст. 237, 238 КПК України), слідчий експеримент (ст. 240 КПК України), експертиза (ст. 242-243 КПК України);

- негласні слідчі (розшукові) дії – зняття інформації з електронних інформаційних систем, доступ до яких не обмежується її власником, володільцем або утримувачем або не пов'язаний з подоланням системи логічного захисту (ч. 2 ст. 264 КПК України); спостереження за річчю або місцем (ч. 1, 2 ст. 269 КПК України).

Таким чином, можна зробити висновок, що законодавець надав необхідний мінімум повноважень слідчому та дізнавачу в частині проведення слідчих та негласних слідчих (розшукових) дій без отримання дозволу або санкціонування іншими уповноваженими суб'єктами кримінального провадження. Очевидно, що

даний перелік включає в себе ті процесуальні дії, які або взагалі не обмежують права та законні інтереси учасників кримінального провадження, або такі обмеження є несуттєвими та не вимагають активного контролю з боку прокурора або слідчого судді. Така обставина, а також відносна простота у проведенні більшості із вказаних слідчих та негласних слідчих (розшукових) дій є причиною великої кількості випадків проведення саме цих процесуальних дій. При цьому слідчий або дізнавач при обранні способу збирання доказів у першу чергу керується власним розсудом, що також якісно виділяє саме ці процесуальні дії з-поміж інших. Поряд з ним необхідно вказати, що розсуд у даному випадку в першу чергу базується на обставинах кримінального провадження та завданнях, які поставлені перед слідчим або дізнавачем. Це означає, що природа такого розсуду є скоріше криміналістичною, ніж процесуальною. Крім того, аналіз розсуду слідчого та дізнавача при проведенні зазначених слідчих та негласних слідчих (розшукових) дій значно ускладнений кількістю та різноманітністю факторів та обставин, які впливають на рішення вказаних учасників кримінального процесу. При цьому розсуд слідчого проявляється набагато повніше в процесі надання вказаними суб'єктами доручення оперативним підрозділам щодо проведення слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій.

О. Яковлєв стверджує, що взаємодія слідчих та оперативних підрозділів при проведенні слідчих (розшукових) дій, оперативно-розшукових заходів та негласних слідчих (розшукових) дій – це взаємодопоміжна, спільна та узгоджена співпраця при досудовому розслідуванні злочинів з розподілом компетенції, функцій, повноважень, взаємних обов'язків, яка спрямована на розв'язання завдань кримінального судочинства [331, с. 219]. Фундаментом взаємодії слідчого із співробітниками оперативних підрозділів є норми кримінально-процесуального закону, якими встановлені спільні для них завдання. Основним завданням взаємодії органів досудового розслідування із співробітниками інших підрозділів є запобігання кримінальним правопорушенням, їх виявлення та

розслідування, притягнення до встановленої законодавством відповідальності осіб, які їх учинили, відшкодування завданої кримінальними правопорушеннями шкоди, відновлення порушених прав та інтересів фізичних і юридичних осіб [72]. М.П. Климчук зазначає, що вибір конкретних форм спільної діяльності зумовлений слідчою або оперативно-розшуковою ситуаціями кримінального чи оперативно-розшукового провадження, залежить від слідчого (подекуди за активної участі прокурора та слідчого судді) й реалізується за його ініціативною, а також прокурора, що здійснює прокурорський нагляд у вигляді процесуального керівництва. При цьому, на думку автора, слідчий є основним суб'єктом такої взаємодії [88, с. 55].

Якщо ж аналізувати форми взаємодії слідчого, дізнавача та оперативних підрозділів, то таких форм можна виділити декілька: проведення спільних слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій, залучення працівників оперативних підрозділів до їх проведення або самостійне проведення за відповідним дорученням слідчого. Форму взаємодії має обирати слідчий (дізнавач) з огляду на обставини кримінального правопорушення, керуючись при цьому власним розсудом. Також у науці існує точка зору, що, враховуючи характер і ступінь суспільної небезпечності кримінального правопорушення, взаємодія може бути епізодичною і тривалою. Епізодична взаємодія передбачає виконання співробітником оперативного підрозділу доручення про проведення окремих слідчих (розшукових) дій або негласних слідчих (розшукових) дій. Початком її є момент отримання доручення і закінчується вона після його виконання в указаний в дорученні строк. Коли щодо кримінального провадження виникає необхідність спільно вирішити низку питань, взаємодія здійснюється протягом тривалого часу і, як правило, організовується з початку розслідування (наприклад, створення слідчо-оперативної групи для розслідування кримінальних правопорушень, у цьому випадку оперативне супроводження забезпечується протягом здійснення кримінального провадження) [241].

Як зазначає М.П. Климчук, необхідність у проведенні спільних слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій виникає частіше в ситуаціях:

- хорошого знання оперативним працівником обставин вчинення кримінального правопорушення;
- використання негласних оперативно-розшукових відомостей, які вимагають зашифровки;
- коли оперативним шляхом встановлено конкретні наміри підозрюваних – протидіяти слідству і участь співробітника сприятиме їх нейтралізації;
- використання орієнтуючої інформації для слідчого, отриманої оперативним шляхом для організації і тактики слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій.

При виборі тактики проведення спільних слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій слідчий і оперативний працівник повинні ретельно готуватися, передбачаючи дотримання процесуальних вимог, які гарантують забезпечення законності, обговорювати послідовність дій, черговість запитань, реакцію допитуваного, захисника та інші обставини. Якщо при підготовці припустимі різні пропозиції, дискусії про варіанти тактики поведінки, обговорення сценарію майбутньої дії, то при початку слідчої дії весь її хід і процесуальний розвиток визначає слідчий [88].

Наступною формою такої взаємодії є залучення оперативних підрозділів до проведення процесуальних дій, тобто випадки, за яких працівники оперативних підрозділів залучаються до слідчих (розшукових) дії для сприяння у їх проведенні. «Як правило, таке сприяння носить в основному організаційно-технічний і тактичний характер. Це може бути допомога в будь-яких слідчих (розшукових) діях (початкових, подальших чи невідкладних), організація і проведення яких вимагає зусиль кількох осіб, наприклад, при огляді місця злочину, проведенні обшуку, слідчого експерименту тощо. Зокрема, при проведенні обшуку таке сприяння може проявлятися в наданні допомоги в

найбільш доцільному з тактичної точки зору способі проникнення в місце, де буде проводитися обшук, у забезпеченні присутності понятих при його проведенні, наданні оперативної інформації щодо можливого місцезнаходження знарядь злочину, документів та інших предметів, які мають значення для встановлення істини у кримінальному провадженні, і т. ін. Можливі й інші ситуації, коли слідчому необхідна допомога оперативних підрозділів. Якщо при цьому врахувати, що слідчий, як правило, сам здійснює досудове розслідування, то стає очевидною вірогідність та значення сприяння оперативним підрозділом у проведенні слідчих (розшукових) дій» [55, с. 240].

Стандартною практикою вважається залучення працівників оперативних підрозділів для проведення таких дій, як, наприклад, обшуки та огляди задля отримання допомоги в процесі їх проведення. Однак така форма взаємодії чинним КПК України не передбачена, хоча вона допускається підзаконними нормативно-правовими актами. Так, згідно з п. 3 розділу 7 Інструкції з організації взаємодії органів досудового розслідування з іншими органами та підрозділами Національної поліції України в запобіганні кримінальним правопорушенням, їх виявленні та розслідуванні (далі – Інструкція), слідчий, ураховуючи наявну інформацію про можливе знаходження в місці проведення обшуку осіб, які вчинили кримінальне правопорушення, зброї, боєприпасів, вилучених з обігу предметів і речовин, а також обставини, що можуть перешкодити або ускладнити проведення обшуку, на підставі доручення має право залучити працівників оперативних підрозділів, інших органів та підрозділів поліції для участі в проведенні цієї слідчої (розшукової) дії. Направлення підрозділів поліції особливого призначення для забезпечення проведення обшуку допускається лише з дозволу прокурора у кримінальному провадженні щодо тяжкого та особливо тяжкого злочину та в разі наявності достатніх підстав вважати, що проведенню слідчої (розшукової) дії буде чинитися фізичний опір чи іншим чином унеможлиблюватися досягнення її мети. Без дозволу прокурора залучення спеціальних підрозділів до обшуку

здійснюється лише в невідкладних випадках, коли затримка в проведенні слідчої (розшукової) дії може призвести до неможливості досягнення її мети [72].

Таким чином, дозволяється участь працівників оперативних підрозділів у слідчих діях, однак з дотриманням певних умов: відповідної тяжкості злочину, можливого опору слідчому чи дізнавачу тощо. Однак таке положення, хоча і вказує на можливість залучення таких осіб до обшуку, не визначає їх завдання в ході проведення відповідної процесуальної дії, що і стає перешкодою при аналізі їх процесуального статусу, адже не зрозуміло, якими повноваженнями вони можуть користуватися. Верховний Суд пропонує визнавати таких осіб в якості спеціалістів [173]. Така позиція виглядає досить спірною, адже спеціалістом, відповідно до КПК України, є особа, яка володіє спеціальними знаннями та навичками застосування технічних або інших засобів і може надавати консультації під час досудового розслідування і судового розгляду з питань, що потребують відповідних спеціальних знань і навичок. Очевидно, що працівників оперативних підрозділів залучають до проведення обшуків не для консультування з приводу тих чи інших обставин, а саме задля надання практичної допомоги в процесі проведення таких процесуальних дій, а тому визначати їх в якості спеціалістів буде неправильно. Власне мета, з якою працівників оперативних підрозділів залучають до слідчих (розшукових) дій, також вказує на неможливість їх участі в таких процесуальних діях лише з підстав, передбачених зазначеною Інструкцією. Чинне кримінальне процесуальне законодавство вимагає проведення обов'язкової відеофіксації всього процесу обшуку. Очевидно, що одночасно проводити обшук, складати протокол та здійснювати відеозапис слідчий самотійно не може. Тому існує потреба залучити, як мінімум, одного співробітника оперативного підрозділу. Саме тому не зовсім правильним виглядає обмеження щодо можливості залучення співробітників оперативних підрозділів до слідчих (розшукових) дій лише в кримінальних провадженнях щодо тяжких та особливо тяжких злочинів. В залежності від складності процесуальної дії, кількості учасників або навіть

місцевості, де відповідні дії будуть проводитись, слідчому може знадобитись допомога працівників оперативних підрозділів при організації, проведенні та фіксуванні результатів відповідної слідчої (розшукової) дії. Таким чином, участь таких осіб у процесуальних діях буде залежати не стільки від складності всього кримінального провадження, скільки від складності окремої процесуальної дії. Відповідно, обмежувати слідчого в праві залучати працівників оперативних підрозділів є контрпродуктивною практикою, адже саме слідчий на власний розсуд повинен встановити, чи потрібна буде йому допомога під час проведення слідчих дій.

У зв'язку з цим можна зробити висновок, що в кримінальному процесуальному законодавстві необхідно чітко встановити право слідчого та дізнавача залучати працівників оперативних підрозділів для допомоги у проведенні будь-яких слідчих та негласних слідчих (розшукових) дій. Така зміна дозволить чітко встановити їх роль у процесуальних діях, а не розглядати їх в якості «спеціалістів». Поряд з цим неправильним буде чітко встановлювати процесуальні можливості працівників оперативних підрозділів при участі в таких діях, адже форма їх участі може бути різноманітною, головне, щоб вона обмежувалась лише допомогою особі, яка проводить процесуальну дію. В якості аналогії можна згадати п. 4 ч. 2 ст. 36 КПК України, в якому зазначено, що прокурор має право брати участь у слідчих (розшукових) діях. У даному випадку законодавець не встановлює, в чому саме може полягати така участь, розуміючи різноманітність слідчих ситуацій та відповідних процесуальних дій. Аналогічний підхід законодавець використав у ч. 6 ст. 246 КПК України, де вказано, що за рішенням слідчого чи прокурора до проведення негласних слідчих (розшукових) дій можуть залучатися інші особи, проте власне форми такого залучення кримінальним процесуальним законодавством не визначені. Допустимі межі участі осіб у процесуальних діях у першу чергу мають визначатися порядком проведення конкретних процесуальних дій, який закріплений в кримінальному процесуальному законодавстві. Така саме процедура має бути застосована і в

даному випадку. Слідчий або дізнавач на власний розсуд обирає форму допомоги працівників оперативних підрозділів, яка не повинна конкурувати з самими повноваженнями слідчого та дізнавача та виходити за межі відповідної процесуальної дії.

У зв'язку з цим пропонується внести зміни одразу до декількох положень КПК України. Так, п. 3 ч. 2 ст. 40 КПК України необхідно викласти в наступній редакції: «3) *залучати до проведення та доручати проведення* слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій відповідним оперативним підрозділам». Аналогічні зміни мають бути внесені в п. 3 ч. 2 ст. 40¹ КПК України: «3) *залучати до проведення та доручати проведення* слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій у випадках, установлених цим Кодексом, відповідним оперативним підрозділам» [248, с. 56].

Відповідно, ч. 1 ст. 41 КПК України має бути викладена в наступній редакції: «1. Оперативні підрозділи органів Національної поліції, органів безпеки, Національного антикорупційного бюро України, Державного бюро розслідувань, органів, що здійснюють контроль за додержанням податкового і митного законодавства, органів Державної прикордонної служби України здійснюють слідчі (розшукові) дії та негласні слідчі (розшукові) дії в кримінальному провадженні за письмовим дорученням слідчого, дізнавача, прокурора, а підрозділ детективів, оперативно-технічний підрозділ та підрозділ внутрішнього контролю Національного антикорупційного бюро України - за письмовим дорученням детектива або прокурора Спеціалізованої антикорупційної прокуратури, *або залучаються до них*». Також, зважаючи на те, що надавати доручення оперативним підрозділам щодо проведення слідчих та негласних слідчих (розшукових) дій може і прокурор, зміни потребує і п. 5 ч. 2 ст. 36 КПК України: «5) *залучати до проведення та доручати проведення* слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій відповідним оперативним підрозділам;».

Наступною формою взаємодії між слідчим або дізнавачем та оперативними підрозділами є можливість надання доручень таким підрозділам щодо проведення гласних та негласних слідчих (розшукових) дій. Як вже було зазначено, незважаючи на те, що ст. 41 КПК України не передбачає право дізнавача надавати доручення оперативним підрозділам, у даному випадку має застосовуватись положення п. 3 ч. 2 ст. 40¹ КПК України, в якому таке повноваження дізнавача чітко передбачене.

Так само, як і при залученні працівників оперативних підрозділів, законодавець не уточнює, в яких саме ситуаціях слідчий або дізнавач повинен виносити таке доручення, дозволяючи застосовувати відповідні повноваження на власний розсуд. Уповноважена посадова особа сама повинна встановлювати, в яких випадках необхідно передоручати проведення відповідних процесуальних дій оперативним підрозділам. Проте, перед тим, як переходити до аналізу власне підстав такого залучення, в першу чергу необхідно дослідити обмеження, які мають бути враховані слідчим або дізнавачем при наданні відповідних доручень.

Законодавець у ст.ст. 40, 40¹ та 41 КПК України не визначає жодних обмежень щодо переліку слідчих та негласних слідчих (розшукових) дій, які можуть бути доручені працівникам оперативних підрозділів. Проте такі обмеження містяться в інших положеннях кримінального процесуального законодавства, на що звертають увагу правозастосувачі. Наприклад, відповідно до ч. 1 ст. 236 КПК України, ухвала про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи може бути виконана слідчим чи прокурором. Таке формулювання фактично виключає особисте проведення обшуку працівниками оперативних підрозділів. У самому тексті ухвали про надання дозволу на проведення обшуку слідчі судді прямо вказують, хто саме уповноважений на проведення такого обшуку. Відповідно, будь-які інші особи (навіть якщо вони включені в групу слідчих або прокурорів) не мають права проводити такий обшук. Саме таку позицію висловив і Верховний Суд: «На думку суду касаційної інстанції, положення п.3 ч.2 ст.40 КПК про наявність у слідчого права доручати

проведення слідчих дій оперативним підрозділам у даному випадку не підлягають застосуванню, оскільки прямо суперечать вимогам закону щодо порядку проведення обшуку» [173]. Таким чином, слідчий або дізнавач, перш ніж надавати доручення щодо проведення відповідної слідчої (розшукової) дії, повинен встановити, чи не порушує таке доручення положень кримінального процесуального законодавства. Проте, зважаючи на однорідність кримінального процесуального законодавства, враховуючи позицію ВС, можна зробити висновок, що слідчі (розшукові) дії можуть проводитись виключно слідчим, дізнавачем або прокурором у тих випадках, коли існує пряма вказівка на таких учасників кримінального провадження. Законодавець визначає слідчого або прокурора в якості суб'єктів, уповноважених на проведення гласних слідчих (розшукових) дій, щодо наступних дій:

– пред'явлення особи або речей для впізнання (ч. 1 ст. 228 КПК України: «Перед тим, як пред'явити особу для впізнання, слідчий, прокурор попередньо з'ясовує, чи може особа, яка впізнає, впізнати цю особу, опитує її про зовнішній вигляд і прикмети цієї особи, а також про обставини, за яких вона бачила цю особу, про що складає протокол»; ч. 1 ст. 229 КПК України: «Перед тим, як пред'явити для впізнання річ, слідчий, прокурор або захисник спочатку запитує в особи, яка впізнає, чи може вона впізнати цю річ, опитує про ознаки цієї речі і обставини, за яких вона цю річ бачила, про що складається протокол»);

– огляд (ч. 1 ст. 237 КПК України: «З метою виявлення та фіксації відомостей щодо обставин вчинення кримінального правопорушення слідчий, прокурор проводять огляд місцевості, приміщення, речей та документів»);

– огляд трупа (ч. 1 ст. 238 КПК України: «Огляд трупа слідчим, прокурором проводиться за обов'язкової участі судово-медичного експерта або лікаря, якщо вчасно неможливо залучити судово-медичного експерта»);

– слідчий експеримент (ч. 1 ст. 240 КПК України: «З метою перевірки і уточнення відомостей, які мають значення для встановлення обставин кримінального правопорушення, слідчий, прокурор має право провести слідчий

експеримент шляхом відтворення дій, обстановки, обставин певної події, проведення необхідних дослідів чи випробувань»);

– освідчування (ч. 1 ст. 241 КПК України: «Слідчий, прокурор здійснює освідчування підозрюваного, свідка чи потерпілого для виявлення на їхньому тілі слідів кримінального правопорушення або особливих прикмет, якщо для цього не потрібно проводити судово-медичну експертизу»).

Таким чином, КПК України містить досить великий перелік слідчих (розшукових) дій, які, за аналогією з обшуком, не можуть проводити працівники оперативних підрозділів навіть за дорученням слідчого, дізнавача або прокурора. Проте якщо відносно обшуку такий висновок виглядає більш ніж логічний, відносно інших слідчих (розшукових) дій ситуація є менш очевидною. Законодавець, обмежуючи коло осіб, які можуть бути залучені до проведення відповідних процесуальних дій, намагався підвищити якість їх проведення та, відповідно, краще гарантував дотримання прав та законних інтересів учасників кримінального провадження. Під час обшуку житла чи іншого володіння особи відбувається досить серйозне обмеження прав осіб, які на момент його проведення перебували у відповідному приміщенні, не кажучи вже про власника такого приміщення. Тому обшук має проводитись виключно слідчим або прокурором, що відповідає і вимогам кримінального процесуального законодавства, і логіці законодавця.

Однак в даному випадку слід також зауважити, що якщо порядок проведення обшуку житла чи іншого володіння особи не викликає питань в частині санкціонування його проведення, то ситуація з оглядом житла є дещо більш специфічною. Згідно з ч. 1 ст. 237 КПК, огляд проводиться з метою виявлення та фіксації відомостей щодо обставин вчинення кримінального правопорушення. Ч. 2 ст. 237 КПК зазначає, що огляд житла чи іншого володіння особи здійснюється згідно з правилами КПК, передбаченими для обшуку житла чи іншого володіння особи. Обшук, в свою чергу, проводиться виключно на підставі ухвали слідчого судді (ч. 2 ст. 234 КПК). Це дає змогу

зробити очевидний висновок – будь-який огляд житла вимагає ухвали слідчого судді. Проте порядок огляду житла, яке являється місцем події, правозастосовцями тлумачиться по різному. І головною причиною цьому є розуміння та правильне застосування положень ст. 233 КПК.

Так, в ч. 1 ст. 233 КПК зазначено, що проникнення до житла чи іншого володіння особи з будь-якою метою може відбуватися або за добровільною згодою особи, яка володіє житлом, або на підставі ухвали слідчого судді. В ч. 3 ст. 233 КПК міститься перелік виключень, за яких проникнення може відбутися до постановлення ухвали слідчого судді. Таке проникнення може відбутися лише у невідкладних випадках, пов'язаних із врятуванням життя людей та майна чи з безпосереднім переслідуванням осіб, які підозрюються у вчиненні злочину. В такому випадку після вчинення відповідних дій прокурор або слідчий за погодженням з прокурором зобов'язані невідкладно звернутися з клопотанням про проведення обшуку до слідчого судді. В даному випадку одразу варто зазначити, що проникнення до житла може відбуватися не тільки для проведення обшуку, а і для проведення огляду. Незрозумілим є уточнення законодавця, що після проникнення до житла необхідно звернутися з клопотанням про проведення обшуку, а не огляду. Більше того, проникнення до житла у невідкладних випадках відбувається, як правило, на початковому етапі досудового розслідування або навіть до внесення відомостей до ЄРДР. Згідно зі ст. 214 КПК, до внесення відомостей до ЄРДР допускається проведення лише огляду місця події, що ще раз підкреслює нелогічність ч. 3 ст. 233 КПК. У зв'язку з такою правовою невизначеністю на практиці почали з'являтися клопотання (або навіть подання [303; 304]) про визнання законним проведеного огляду місця події житла, які подаються слідчим за погодженням з прокурором до слідчого судді, які, за наявності доведених підстав для проведення огляду житла до ухвали слідчого судді, як правило, підлягають задоволенню. Хоча чинний КПК не передбачає таку форму звернення до слідчого судді, як подання,

невдале формулювання ч. 3 ст. 233 КПК змушує працівників органів досудового розслідування шукати інші шляхи санкціонування проведеного огляду.

В той же час далеко не завжди після проведення огляду житла-місця події слідчі звертаються до слідчого судді щодо визнання законним його результатів. Дуже часто огляд житла (особливо у невідкладних випадках) проводиться на підставі добровільної згоди власника такого житла. Цього, на думку деяких слідчих, достатньо, і в подальшому до слідчого судді звертатися не потрібно. Очевидно, що такого роду висновок впливає з ч. 1 ст. 233 КПК, де сказано, що проникнення до житла відбувається або за добровільною згодою власника, або за ухвалою слідчого судді. Проте такий висновок не відповідає ч. 2 ст. 237 КПК, де сказано, що огляд житла проводиться за правилами, передбаченими для обшуку житла, а обшук житла завжди вимагає ухвали слідчого судді.

На практиці думки також розділилися. Одні судді вважаються відсутність ухвали слідчого судді про проведення огляду суттєвим порушенням вимог чинного кримінального процесуального законодавства, а тому протокол огляду і всі інші докази, які базуються на цьому протоколі, повинні бути визнані недопустимими доказами [280; 293; 315]. Інші судді навпаки керуються ч. 1 ст. 233 КПК та у своїх рішеннях відмовляють у задоволенні клопотання про визнання доказу недопустимим [276; 288; 284]. Такі суттєві відмінності у судових рішеннях з однакових питань можуть бути пояснені відсутністю єдиної позиції у ВССУ. Так, в Листі “Про деякі питання здійснення слідчим суддею першої інстанції судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів під час застосування заходів забезпечення кримінального провадження” зазначено, що до переліку процесуальних дій, які проводяться на підставі ухвали слідчого судді включається огляд житла чи іншого володіння особи за відсутністю добровільної згоди особи, яка ним володіє [113]. З іншої сторони, в ухвалі ВССУ від 21.10.2015 року сказано, що “посилання прокурора на можливість проведення огляду за згодою власника житла згідно з положеннями ч. 1 ст. 233 КПК є безпідставним, оскільки ця норма закону не регламентує

проведення огляду житла, а встановлює винятки із загального правила (недоторканість житла чи іншого володіння особи) – можливість проникнення до житла тільки на підставі ухвали слідчого судді чи за добровільною згодою особи, яка ним володіє, або у невідкладних випадках, зазначених в ч. 3 ст. 233 цього Кодексу” [283].

В даному випадку варто погодитись з позицією ВССУ, яка висловлена в ухвалі, адже проникнення до житла не передбачає проведення слідчих (розшукових) дій, а лише сам факт вторгнення до володіння особи. Крім того, “...на підставі письмової згоди власника житла, працівники органу досудового розслідування мають повне право увійти до його помешкання та знаходитися у ньому, в тому числі і оглядати його” [142]. Проте проводити огляд саме як слідчу дію, результатом якої буде протокол, на підставі добровільної згоди власника не можна, адже власник надав згоду лише на проникнення до житла, а не на проведення у ньому огляду.

Саме тому, незважаючи на наявність невідкладних випадків чи на наявність добровільної згоди власника житла, слідчий зобов’язаний після проведення огляду звернутися з відповідним клопотанням до слідчого судді. В іншому випадку всі докази, які були отримані в результаті проведення даної слідчої (розшукової) дії повинні бути визнані судом недопустимими.

Повертаючись до питання можливості проведення окремих процесуальних дій оперативними підрозділами, необхідно наголосити, що специфічні умови проведення обшуку та огляду житла і іншого володіння особи не повинні стосуватися більшості інших процесуальних дій. Наприклад, в залежності від завдань, які ставляться на відповідному етапі досудового розслідування, пред’явлення для впізнання може бути направлене лише на перевірку вже встановлених обставин. Крім того, окремі форми пред’явлення для впізнання (наприклад, пред’явлення для впізнання речей) не обмежують права та законні інтереси учасників кримінального провадження, а тому додатковий контроль з боку слідчого, дізнавача або прокурора в таких випадках може бути недоречним.

Однак судова практика ВС, як власне і кримінальне процесуальне законодавство, повинна однаково застосовуватися до всіх кримінальних процесуальних відносин, крім випадків, прямо передбачених законодавством. Відповідно, всі з перерахованих слідчих (розшукових) дій також мають проводитись виключно слідчим, дізнавачем або прокурором, а передоручати їх проведення оперативним підрозділам не допускається. Очевидно, що такий висновок не узгоджується зі сталою практикою досить широкого залучення працівників оперативних підрозділів до відповідних слідчих (розшукових) дій, яка на даний момент науковцями та практиками не оспорується.

У зв'язку з цим пропонується внести зміни до КПК України з метою чіткого розмежування слідчих (розшукових) дій щодо можливості доручення їх проведення працівникам оперативних підрозділів. У даному випадку пропонується внести зміни лише до ст. 41 КПК України, а не до статей, які регулюють порядок проведення відповідних слідчих (розшукових) дій. Відповідно, пропонується ч. 1 ст. 41 КПК України викласти в наступній редакції: «1. Оперативні підрозділи органів Національної поліції, органів безпеки, Національного антикорупційного бюро України, Державного бюро розслідувань, органів, що здійснюють контроль за додержанням податкового і митного законодавства, органів Державної прикордонної служби України здійснюють *всі* слідчі (розшукові) дії (*крім обшуку*) та негласні слідчі (розшукові) дії в кримінальному провадженні за письмовим дорученням слідчого, *дізнавача*, прокурора, а підрозділ детективів, оперативно-технічний підрозділ та підрозділ внутрішнього контролю Національного антикорупційного бюро України - за письмовим дорученням детектива або прокурора Спеціалізованої антикорупційної прокуратури, *або залучаються до них*».

Внесення зміни лише до ст. 41 КПК України має одразу декілька пояснень. По-перше, ефективніше внести зміни лише до однієї статті КПК України, ніж до декількох. По-друге, така зміна направлена виключно на уточнення положень кримінального процесуального законодавства, а не на їх

зміну. Законодавець надав можливість доручати оперативним підрозділам проведення будь-яких слідчих (розшукових) дій, проте в подальшому зробив уточнення щодо складу суб'єктів, які можуть проводити відповідні дії. Однак таке уточнення не скасовує дію ст. 41 КПК України, в якій надано право слідчому та прокурору додатково доручити проведення таких дій працівникам оперативних підрозділів. У даному випадку відсутня колізія між положеннями КПК України, а має місце їх уточнення.

Дещо іншою є ситуація із залученням працівників оперативних підрозділів до негласних слідчих (розшукових) дій. Згідно з ч. 6 ст. 246 КПК України, проводити негласні слідчі (розшукові) дії має право слідчий, який здійснює досудове розслідування злочину, або за його дорученням - уповноважені оперативні підрозділи Національної поліції, органів безпеки, Національного антикорупційного бюро України, Державного бюро розслідувань, органів, що здійснюють контроль за додержанням податкового і митного законодавства, органів Державної кримінально-виконавчої служби України, органів Державної прикордонної служби України. Таким чином, на відміну від гласних слідчих (розшукових) дій, в КПК України існує пряма вказівка на можливість самостійного проведення оперативними підрозділами негласних слідчих (розшукових) дій¹. Це передбачено і в п. 1.7 Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні (далі – Інструкція) [73]. Однак в нормативно-правових актах не міститься перелік випадків, за яких слідчий або прокурор мають доручити проведення НСРД оперативним підрозділам. Відповідно, слідчий та прокурор повинні прийняти таке рішення на власний розсуд.

¹ В даному випадку необхідно констатувати неоднорідність кримінального процесуального регулювання в частині визначення суб'єктів проведення відповідних процесуальних дій. Якщо відносно більшості гласних слідчих (розшукових) дій вказано, що їх проводять лише слідчий та прокурор, то відносно більшості негласних слідчих (розшукових) дій існує пряма вказівка на оперативні підрозділи як на один із суб'єктів їх проведення. При цьому в ст. 41 КПК України вказано, що за дорученням працівники оперативних підрозділів можуть проводити як гласні, так і негласні слідчі (розшукові) дії.

З цього приводу О.В. Капліна зазначала, що доручення слідчого про проведення СРД та НСРД відповідним оперативним підрозділам повинно надаватись тільки у випадках, викликаних необхідністю. Це впливає з вимог закону. Зокрема, відповідно до ч. 2 ст. 38 КПК досудове розслідування здійснюють слідчі органу досудового розслідування. Згідно з ч. 1 ст. 92 КПК обов'язок доказування обставин, передбачених ст. 91 КПК, за загальним правилом, покладається на слідчого та прокурора. Таким чином, можливість доручення слідчим відповідним оперативним підрозділам проведення СРД та НСРД може бути пов'язана з необхідністю прискорення досудового розслідування, оскільки слідчий не відволікається на проведення нескладних слідчих дій, а також із необхідністю залучення до проведення НСРД фахівців оперативних підрозділів, які мають спеціальну підготовку, необхідний досвід, спеціальну техніку для їх проведення [103, с. 127]. Схожу точку зору підтримує і О.М. Ларін, зазначаючи, що необхідність доручення слідчим окремих слідчих дій оперативному підрозділу виникає у випадку нагальної потреби в одночасному проведенні серії слідчих дій [110, с. 125]. Однак саме така позиція виглядає дещо передчасною.

Дійсно, слідчий може доручати проведення НСРД оперативним підрозділам лише тоді, коли він самотійно не встигає проведення відповідних процесуальних дій. НСРД суттєво відрізняються від будь-яких інших процесуальних дій в першу чергу методикою їх проведення. Для якісного проведення НСРД уповноважений суб'єкт повинен володіти не лише юридичними знаннями, а і певними специфічними навичками, в тому числі навичками оперативної роботи. Це підтверджується також тим фактом, що перелік деяких НСРД включено до Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність». Очевидно, що слідчий в процесі своєї діяльності може опанувати такі навички, проте лише працівники оперативних підрозділів можуть якісно застосувати такі знання на практиці. «Необхідність надання слідчим доручень оперативним підрозділам про проведення НС(Р)Д, перш за все, обумовлюється

відсутністю у нього достатніх знань щодо форм і методів їх проведення, а також відповідного практичного досвіду» [229, с. 130]. Як слушно зазначає В.А. Колесник, переважна більшість НСРД, по суті, складається з окремих дій слідчого, низки дій оперативних співробітників, здійснення пов'язаних з ними оперативно-розшукових заходів, а деякі з них зумовлюють потребу застосування негласних засобів спеціальної техніки, що є на озброєнні лише у спеціальних оперативних підрозділів, негласних методів їхньої діяльності, допомоги осіб, що співпрацюють із правоохоронними органами на конфіденційній основі. І за наявності процесуального дозволу, що надає право слідчому особисто проводити будь-яку НСРД, все ж таки окремі з її складових або й певні НСРД взагалі слідчий самотійно здійснити не в змозі і тому повинен доручати їх проведення уповноваженим оперативним підрозділам або залучати їх співробітників до участі в такій негласній процесуальній дії [90, с. 64-65]. О.В. Соколов, погоджуючись із висловленою позицією, зауважив, що з 2014 року спостерігається загальна тенденція до різкого зростання кількості проведених оперативними підрозділами негласних слідчих (розшукових) дій за дорученням слідчих [228, с. 65].

Таким чином, можна зробити висновок, що надання слідчим доручень оперативним підрозділам щодо проведення НСРД у першу чергу обумовлено специфікою проведення самої негласної слідчої (розшукової) дії, а не завантаженістю слідчого в конкретному кримінальному провадженні. Працівники оперативних підрозділів значно краще обізнані з тактикою та методикою проведення прихованих дій, в чому фактично і полягає сутність НСРД. Відповідно, слідчі можуть самотійно проводити НСРД лише в тих випадках, коли вони точно розуміють складність таких дій та володіють необхідними навичками, які дозволять отримати результат. Очевидно, що не існує певного єдиного «універсального» слідчого, а тому не можна стверджувати, що всі слідчі не мають необхідних вмінь та навичок для проведення НСРД (в якості прикладу можна назвати детективів НАБУ, які

можуть бути і слідчими, і оперативними працівниками в кримінальному провадженні). В той же час можна з певною мірою впевненості стверджувати, що наявність таких навичок у слідчого є радше виключенням, ніж правилом. Тому можна констатувати той факт, що залучення слідчим оперативних підрозділів для проведення НСРД є правилом, а не виключенням, а самостійне проведення слідчим НСРД має відбуватися тільки тоді, коли слідчий впевнений у своїх знаннях та навичках таємної слідчої та оперативної роботи. Відповідно, слідчий, доручаючи проведення НСРД оперативним підрозділам, у першу чергу має керуватися специфікою самої процесуальної дії, а не будь-якими іншими обставинами. Дійшовши висновку, що йому недостатньо знань та навичок для проведення відповідної НСРД, слідчий, розуміючи важливість таких дій для всього кримінального провадження, зобов'язаний доручити її проведення оперативним підрозділам [259, с. 78].

Аналізуючи повноваження слідчого в частині проведення та доручення проведення НСРД, не можна не відмітити чергову колізію, яка була допущена законодавцем при внесенні змін у КПК України у зв'язку з введенням у дію положень щодо кримінальних проступків. Так, у ст. 40¹ КПК України закріплено право дізнавача і проводити негласні слідчі (розшукові) дії, і доручати їх проведення оперативним підрозділам. Однак аналогічні зміни не були внесені в ст. 246 КПК України, яка визначає лише слідчого та працівників оперативних підрозділів як суб'єктів проведення НСРД. З вже озвученого аналізу положень КПК України, які стосуються проведення гласних слідчих (розшукових) дій, можна зробити аналогічні висновки. В даному випадку законодавець не намагався провести системні зміни кримінального процесуального законодавства, а обмежився лише окремими базовими положеннями (нова стаття щодо повноважень дізнавача, права дізнавача зупиняти або закривати кримінальне провадження тощо). Тому на даний момент можна констатувати наявність критичної ситуації, яка склалася в кримінальному процесуальному законодавстві, адже окремі положення КПК

України гарантують дізнавачу наявність відповідних повноважень, а інші положення такі гарантії не забезпечують. У даному випадку єдиним способом подолання таких колізій є систематична зміна відповідних положень КПК України.

Наступним повноваженням слідчого та дізнавача є можливість звернення до слідчого судді з клопотаннями про застосування заходів забезпечення кримінального провадження. В даному випадку необхідно зауважити, що власне рішення про необхідність застосування до учасників кримінального провадження заходів забезпечення приймається слідчим, дізнавачем та прокурором саме з огляду на необхідність виконання завдань, які перед ними постають у процесі досудового розслідування. В найбільш загальному вигляді таке завдання сформульоване в ч. 1 ст. 131 КПК України, відповідно до якої заходи забезпечення кримінального провадження застосовуються з метою досягнення дієвості цього провадження. Таким чином рішення щодо направлення клопотання про застосування заходів забезпечення кримінального провадження має бути прийнято з огляду на конкретне кримінальне провадження, а тому питання застосування розсуду в даному випадку буде обумовлене не стільки процесуальними особливостями, скільки фактичними обставинами кримінального провадження.

Дещо іншою є ситуація з повноваженням слідчого та дізнавача повідомляти за погодженням з прокурором особі про підозру. Відповідно до ч. 1 ст. 276 КПК України, повідомлення про підозру обов'язково здійснюється у випадках затримання особи на місці вчинення кримінального правопорушення чи безпосередньо після його вчинення, обрання до особи одного з запобіжних заходів або наявності достатніх доказів для підозри особи у вчиненні кримінального правопорушення. Якщо аналізувати випадки з точки зору можливості застосування слідчим, дізнавачем та прокурором власного розсуду, то такі підстави є неоднорідними. Повідомлення особі про підозру у зв'язку з її затриманням на місці вчинення кримінального правопорушення відбувається

саме у зв'язку з фактом затримання, тому розсуд у даному випадку не застосовується. Пункт 2 ч. 1 ст. 276 КПК України (повідомлення особі про підозру у випадку обрання до неї запобіжних заходів) досі лишається загадкою для правозастосувачів, адже застосовувати запобіжні заходи можна виключно до підозрюваного та обвинуваченого. Відповідно, вже на етапі розгляду клопотання про застосування запобіжних заходів особі має бути повідомлено про підозру. Тому підстави застосування п. 2 ч. 1 ст. 276 КПК України є неочевидними, а тому аналіз розсуду в даному випадку також буде недоречним.

Лишається лише п. 3 ч. 1 ст. 276 КПК України, відповідно до якого особі має бути повідомлено про підозру у випадку наявності достатніх доказів для підозри особи у вчиненні кримінального правопорушення. Виключно на власний розсуд уповноважені суб'єкти можуть встановити, якою має бути «достатня» сукупність доказів для повідомлення особи про підозру. Однак у першу чергу необхідно наголосити, що самотійно слідчий або дізнавач повідомити про підозру особі не може, адже така підозра обов'язково має бути погоджена з прокурором. У даному випадку проявляється одна з особливостей розсуду слідчого та дізнавача, а саме його обмеженість розсудом процесуального керівника. Однак категорія достатності доказів у даному випадку законодавцем не розкрита, а тому потребує додаткового аналізу.

«Достатність належить до оціночної категорії, тому в кожному кримінальному провадженні за внутрішнім переконанням слідчий, прокурор вирішують питання про достатність рівня підозри, обґрунтування якої (тобто її зміст) лягає в основу процесуального документа. Повідомлення про підозру – це суб'єктивне, засноване на відповідній структурі складу злочину, формулювання обвинувачення у формі певної тези, яка лише у процесі досудового розслідування в повному обсязі може перерости у твердження, що оформлюється відповідним кримінально-процесуальним актом – обвинувальним актом» [181]. А.Я. Дубинський зазначає, що вимога достатності доказів до моменту притягнення особи до кримінальної відповідальності означає, що в

розпорядженні слідчого повинна бути така сукупність доказів, яка, будучи неповною, приводить тим не менше до обґрунтованого висновку про винуватість особи, котра притягується, і виключає в цей момент розслідування протилежного висновку [59, с. 106]. Ця оціночна категорія має бути досліджена слідчим, дізнавачем та прокурором у кожному окремому кримінальному провадженні, і лише після оцінки всіх наявних доказів уповноважені посадові особи можуть прийняти рішення про складання та вручення письмового повідомлення про підозру. Однак, навіть незважаючи на той факт, що лише слідчий, дізнавач та прокурор приймають рішення про достатність доказів для повідомлення особи про підозру, у випадку виявлення такої достатності відповідно до ч. 1 ст. 276 КПК України повідомлення про підозру є обов'язком, а не правом зазначених посадових осіб. Відповідно, затягування з повідомленням про підозру має визнаватися грубим порушенням вимог кримінального процесуального законодавства, адже невчасне повідомлення про підозру позбавляє громадян права на захист від первісного кримінального переслідування. Отже маємо констатувати подвійну природу повідомлення особі про підозру при встановленні достатності доказів – слідчий, дізнавач та прокурор виключно на власний розсуд мають встановити достатність доказів, проте у випадку об'єктивного існування такої достатності доказів повідомлення про підозру має відбутися обов'язково. Проблема полягає в тому, що факт об'єктивного існування достатньої сукупності доказів для повідомлення особі про підозру для інших (крім слідчого, дізнавача або прокурора) учасників кримінального провадження встановити майже неможливо, адже вони, як правило, не мають повного доступу до матеріалів досудового розслідування. Хоча навіть після ознайомлення з матеріалами встановити таку сукупність досить важко, адже, як було зазначено, таким повноваженням наділені виключно слідчий, дізнавач та прокурор. На практиці непоодинокими є випадки, коли учасники кримінального провадження звертаються до слідчого судді зі скаргами, в яких просять зобов'язати слідчих повідомити певним особам про підозру,

беручи за основу те, що повідомлення про підозру визначається законодавцем в якості обов'язку, а не права. Слідчі судді, як правило, відмовляють у відкритті провадження за такими скаргами [306; 313], зазначаючи, що повідомляти про підозру можуть виключно слідчий та прокурор, а «суд не може перебирати на себе повноваження сторони обвинувачення» [308]. Не ставлячи під сумнів відповідну позицію, необхідно зазначити, що сам факт звернення з такими скаргами вказує на необхідність кращого роз'яснення з боку законодавця, що саме має розумітися під достатністю доказів задля мінімізації двоякого тлумачення зазначеного поняття.

В першу чергу слід зауважити, що категорія «достатність доказів для повідомлення про підозру» досить подібна до іншої правової категорії – «обґрунтована підозра», адже обґрунтованою підозра буде тільки тоді, коли у слідчого та прокурора буде достатньо доказів для її обґрунтування. О.В. Капліна зазначає, що підозра повинна бути обґрунтованою, оскільки закон вимагає, що особа обов'язково повідомляється про підозру передусім за наявності достатніх доказів для її підозри в учиненні кримінального правопорушення (п. 3 ч. 1 ст. 276 КПК України). Якщо про підозру повідомляється особа в разі обрання щодо неї запобіжного заходу, у клопотанні слідчого також уже мають бути такі достатні докази, оскільки КПК України встановлює, що підставою для застосування запобіжного заходу є наявність обґрунтованої підозри в учиненні особою кримінального правопорушення (ч. 2 ст. 177 КПК України). Підставою для ймовірного висновку про причетність особи до вчинення злочину та повідомлення особи про підозру є також факт затримання особи на місці вчинення кримінального правопорушення чи безпосередньо після його вчинення (п. 1 ч. 1 ст. 276 КПК України). Цим фактом й обґрунтовується виникнення припущення про вчинення кримінального правопорушення певною особою [77, с. 241].

Про обґрунтовану підозру як про стандарт доказування ведеться мова при застосуванні заходів забезпечення кримінального провадження, запобіжних

заходів, проведенні НСРД тощо. При цьому стандарт обґрунтованої підозри не обмежений виключно українським кримінальним процесом, а застосовується у багатьох країнах світу. Відповідно до п.«с» §1 ст.5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, законний арешт або затримання особи мають здійснюватися «за наявності обґрунтованої підозри у вчиненні нею правопорушення». ЄСПЛ у своїх рішеннях зазначав, що «обґрунтована підозра» означає, що існують факти або інформація, які можуть переконати об'єктивного спостерігача в тому, що особа, про яку йдеться, могла вчинити правопорушення. «Вимога розумної підозри передбачає наявність доказів, які об'єктивно пов'язують підозрюваного з певним злочином. І вони не повинні бути достатніми, щоб забезпечити засудження, але мають бути достатніми, щоб виправдати подальше розслідування або висунення обвинувачення» [201]. «Обґрунтована підозра» існує тоді, коли факти, якими обґрунтовується затримання, можна «розумно» вважати такими, що підпадають під опис одного з правопорушень, визначених у законі про кримінальну відповідальність. Тобто явно не може йтися про наявність «обґрунтованої підозри», якщо дії, у вчиненні яких підозрюється особа, не становлять кримінального правопорушення на момент учинення [193].

М. Погорецький та О. Міцкан, проаналізувавши практику ЄСПЛ, виділили наступні критерії обґрунтованості підозри:

- обґрунтованість підозри може встановлюватися тільки щодо діяння, яке підпадає під ознаки правопорушення за законом про кримінальну відповідальність;
- обґрунтованість підозри не може встановлюватися *in abstracto* або ґрунтуватися на суб'єктивних припущеннях, а має підкріплюватися конкретними доказами в кримінальному провадженні;
- стандарт доказування «обґрунтована підозра» не передбачає, що уповноважені органи мають оперувати доказами, достатніми для пред'явлення обвинувачення чи ухвалення обвинувального вироку, що пов'язано з меншою

мірою ймовірності, необхідною на ранніх етапах кримінального провадження для обмеження прав особи, та інші [151].

Обґрунтованість підозри може бути предметом дослідження не лише слідчого, дізнавача чи прокурора, а і слідчого судді. Так, згідно з п. 10 ч. 1 ст. 303 КПК України, до слідчого судді може бути оскаржене, крім іншого, повідомлення слідчого, дізнавача, прокурора про підозру після спливу одного місяця з дня повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального проступку або двох місяців з дня повідомлення особі про підозру у вчиненні злочину, але не пізніше закриття прокурором кримінального провадження або звернення до суду із обвинувальним актом. С. Шульгін, проаналізувавши судову практику, дійшов висновку, що найчастіше слідчі судді скасовують повідомлення про підозру з 3 підстав:

- неналежний суб'єкт складання та вручення повідомлення про підозру;
- порушення процесуального порядку вручення повідомлення про підозру;
- необґрунтованість підозри [329, с. 298].

Власне щодо скасування необґрунтованого повідомлення про підозру навіть за незначний період функціонування п. 10 ч. 1 ст. 303 КПК України сформувалася відносно стала судова практика (хоча, як зазначає К. Четвертак, на даний момент порядок та процедура перевірки обґрунтованості підозри все ще лишається досить складною проблемою [323]). Найчастіше слідчі судді скасовують підозри або через неможливість встановити подію кримінального правопорушення, або неможливість встановити зв'язок між кримінальним правопорушенням та особою, яка його вчинила [323]. Така практика означає, що хоча рішення про достатність доказів для повідомлення про підозру приймає слідчий, дізнавач та прокурор на власний розсуд, в подальшому таке рішення може бути предметом оцінки сторонніх осіб, у тому числі – слідчого судді.

Розуміючи, що кожне кримінальне провадження є унікальним, як і унікальною буде сукупність доказів, що має визнаватися достатньою для повідомлення особі про підозру, наявність обов'язку слідчого, дізнавача та

прокурора здійснити таке повідомлення, а також можливість оскарження необґрунтованого повідомлення про підозру до слідчого судді вказують на необхідність вироблення певних об'єктивних критеріїв, за яких можна стверджувати про можливість (та необхідність) повідомлення особі про підозру. З проаналізованого наукового матеріалу та судової практики до таких критеріїв можна віднести:

- наявність доказів, що вказують на подію кримінального правопорушення. На даному етапі досудового розслідування слідчий, дізнавач та прокурор вже повинні бути впевнені у тому, що дійсно мало місце певне кримінальне правопорушення. В подальшому можуть бути отримані нові докази, які вкажуть на відсутність події. Однак такі випадки можна віднести до виключень, адже на момент повідомлення про підозру слідчий, дізнавач та прокурор мають встановити не лише подію кримінального правопорушення, а і особу, яка в ньому підозрюється;

- наявність доказів, що вказують на склад кримінального правопорушення. Як і у випадку попереднього критерію, у слідчого, дізнавача та прокурора має бути достатній рівень впевненості у тому, що діяння, передбачене КК України, має всі елементи складу злочину;

- наявність доказів, що вказують на можливу причетність особи до вчиненого кримінального правопорушення. В даному випадку в першу чергу необхідно звернути увагу на формулювання про «можливу» причетність особи до вчиненого кримінального правопорушення. Таке формулювання пояснюється необхідністю здійснювати розмежування між підозрою та обвинуваченням. Відповідно до п. 13 ч. 1 ст. 3 КПК України, обвинувачення – це твердження про вчинення певною особою діяння, передбаченого законом України про кримінальну відповідальність, висунуте в порядку, встановленому КПК України. Отже якщо на момент повідомлення особі про підозру слідчий та прокурор з впевненістю можуть стверджувати про вчинення особою кримінального правопорушення, то з великою долею вірогідності вказаними уповноваженими

особами було пропущено реальний момент повідомлення особі про підозру, і на даному етапі досудового розслідування вже має складатися обвинувальний акт. Відповідно, у зв'язку з тим, що повідомлення особі про підозру мало відбутися раніше, можна констатувати порушення прав відповідного учасника кримінального провадження, на що звертав увагу ЄСПЛ.

Для повідомлення особі про підозру у слідчого та прокурора має бути така сукупність доказів, яка б дозволила «об'єктивному спостерігачу» зробити висновок про *причетність* особи до вчиненого кримінального правопорушення. Очевидно, що повністю оминати оціночні поняття при аналізі достатності доказів для повідомлення особі про підозру неможливо, адже обставини кримінальних проваджень будуть різними. Крім того, як вже було неодноразово зазначено в даному дослідженні, на розсуд обов'язково будуть впливати суб'єктивні фактори, які характеризують особу, що застосовує розсуд. Однак це не забороняє вести мову про певну віртуальну сукупність доказів, яка має бути достатньою для об'єктивного спостерігача при встановленні причетності особи до вчиненого кримінального правопорушення.

Наступним повноваженням слідчого та дізнавача є можливість скласти обвинувальний акт, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру та передавати їх прокурору на затвердження. Такі повноваження, як і більшість з вже перерахованих, досить суттєво обмежені владними вказівками та розпорядженнями прокурора. В першу чергу необхідно зазначити, що складанню обвинувального акта або клопотань про застосування примусових заходів медичного та виховного характеру має передувати відкриття матеріалів іншої сторони. Відповідно до ч. 1 ст. 290 КПК України, визнавши зібрані під час досудового розслідування докази достатніми для складання обвинувального акта, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру прокурор або слідчий за його дорученням зобов'язаний повідомити підозрюваному, його захиснику, законному представнику та захиснику особи, стосовно якої передбачається застосування

примусових заходів медичного чи виховного характеру, про завершення досудового розслідування та надання доступу до матеріалів досудового розслідування¹. Таким чином, перед тим, як у слідчого або дізнавача з'явиться можливість скласти обвинувальний акт, прокурор має самостійно прийняти рішення про відкриття матеріалів іншій стороні.

Дещо іншою є ситуація зі складанням обвинувального акта². Відповідно до ч. 1 ст. 291 КПК України, обвинувальний акт може складатися або слідчим чи дізнавачем з подальшим погодженням з прокурором, або самим прокурором. Проте законодавець робить уточнення, що прокурор самостійно складає обвинувальний акт у тому випадку, коли він «зокрема ... не погодиться з обвинувальним актом, що був складений слідчим, дізнавачем». Таке формулювання фактично не дозволяє прокурору складати обвинувальний акт першим, не дочекавшись версії такого документа від слідчого чи дізнавача. В той же час законодавець чітко не зазначає, чи зобов'язаний слідчий або дізнавач складати обвинувальний акт за вимогою прокурора. На практиці виникають випадки, коли, наприклад, слідчий не погоджується з процесуальною позицією прокурора (а частині формулювання обвинувачення, кваліфікації кримінального правопорушення тощо) та відмовляється складати обвинувальний акт. Тому обов'язково необхідно встановити, в яких випадках прокурор має право самостійно скласти обвинувальний акт.

Якщо виходити виключно зі змісту ч. 1 ст. 291 КПК, то можна зробити передчасний висновок про те, що прокурор має право самостійно скласти

¹ Саме формулювання ч. 1 ст. 290 КПК викликає певні труднощі у правозастосувачів при реалізації відповідного правового положення. Наприклад, виникає таке питання: чи можна збирати докази після відкриття матеріалів досудового розслідування шляхом, наприклад, проведення слідчих (розшукових) дій? В даному випадку мова йде про аналіз такого формулювання, як «завершення досудового розслідування» (яке використовується в КПК лише в 3-х статтях – ст.ст. 273, 290, 476 КПК), та його співвідношення із «закінченням досудового розслідування». КПК чіткої відповіді на це питання не надає, що вносить плутанину у розмежуванні цих правових категорій.

² Відповідно до ст. 292 КПК України, клопотання про застосування примусових заходів медичного та виховного характеру мають відповідати вимогам, які ставляться до обвинувальних актів. Це також означає, що порядок складання таких клопотань також є подібним по порядку складання обвинувальних актів. В подальшому мова буде вестися лише про обвинувальний акт, хоча висновки можуть бути застосовані і відносно зазначених клопотань.

обвинувальний акт лише в тих випадках, коли він не погоджується з обвинувальним актом, складеним слідчим або дізнавачем. Проте таке тлумачення ч. 1 ст. 291 КПК необґрунтовано обмежує повноваження прокурора як процесуального керівника на стадії досудового розслідування. В даному випадку вбачається більш логічним висновок О. Капліної, яка зазначає, що слово «зокрема», яке використовується законодавцем у даному випадку, не має значення обов'язкової вичерпності переліку: «... Можливість складання прокурором обвинувального акта не обмежується тільки випадком, якщо він не погодиться з обвинувальним актом, який був складений слідчим. На нашу думку, прокурор може його скласти самотійно і у разі, якщо він вважатиме це за потрібне, адже саме з моментом складання обвинувального акта прокурором або його затвердження законодавець пов'язує виникнення публічного обвинувачення, яке має підтримуватися прокурором в судовому провадженні» [76, с. 72].

Відповідно до ч. 1 ст. 283 КПК України, особа має право на розгляд обвинувачення проти неї в суді в найкоротший строк або на його припинення шляхом закриття провадження. Пункт 3 ч. 2 ст. 283 КПК України вказує, що прокурор зобов'язаний у найкоротший строк після повідомлення особі про підозру звернутися до суду з обвинувальним актом, клопотанням про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру. Відповідно до ч. 1 ст. 290 КПК України, відкриття матеріалів досудового розслідування здійснюється лише тоді, коли було визнано зібрані під час досудового розслідування докази достатніми для складання обвинувального акта, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру.

Положення ст. 291 КПК України чітко не вказують на можливість (або неможливість) слідчого відмовитися від складання обвинувального акта після відкриття матеріалів досудового розслідування. Поряд з цим, аналіз ч. 1 ст. 291 КПК України дозволяє зробити висновок, що обвинувальний акт складається

слідчим чи дізнавачем, *але* може бути складений прокурором, *зокрема*, якщо він не погодиться з обвинувальним актом, що був складений слідчим. Таким чином законодавець надає можливість уповноваженим особам самостійно обирати власну поведінку в частині складання обвинувального акта: він може бути складений або слідчим, або дізнавачем, або прокурором. При цьому слово «зокрема» вказує лише на приклад ситуації, за якої прокурор може самостійно скласти обвинувальний акт: «... зокрема якщо він не погодиться з обвинувальним актом, що був складений слідчим». Тобто КПК України не містить вичерпного переліку випадків, за яких обвинувальний акт може бути складений не слідчим чи дізнавачем, а прокурором.

Поряд з цим, відповідно до ч.1, 2 ст. 283 КПК України, обвинувальний акт у будь-якому випадку повинен бути складений у максимально короткий строк. Відповідно, зволікання щодо складання обвинувального акта суттєво порушує права учасників кримінального провадження (в першу чергу підозрюваного), що суперечить положенням ст. 2 КПК України, де зазначено, що до завдань кримінального провадження також відноситься забезпечення швидкого розслідування. Відповідно, нескладення обвинувального акта може бути розцінено як порушення засади розумних строків, що передбачена ст. 28 КПК України. При цьому ч. 2 ст. 28 КПК України чітко зазначає, що проведення досудового розслідування у розумні строки забезпечує прокурор або слідчий суддя (в частині строків розгляду питань, віднесених до його компетенції).

Таким чином, після відкриття матеріалів кримінального провадження стороні захисту слідчий або дізнавач вправі не скласти обвинувальний акт, якщо у нього недостатньо доказів для його складання. Імперативний припис щодо складення обвинувального акта слідчим чи дізнавачем після відкриття матеріалів кримінального провадження за відсутності підстав для закриття провадження прямо у КПК України не сформульований, проте впливає із положень ст. 283 КПК України, але стосується не тільки слідчого і дізнавача, а й прокурора, а також ситуацій, коли, крім відсутності підстав для закриття

кримінального провадження, відсутні підстави для звернення до суду з клопотанням про звільнення особи від кримінальної відповідальності, клопотанням про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру.

Відповідно до п. 4 ч. 2 ст. 36 КПК, прокурор має право доручати слідчому, органу досудового розслідування проведення у встановлений прокурором строк слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій, інших процесуальних дій або давати вказівки щодо їх проведення чи брати участь у них, а в необхідних випадках – особисто проводити слідчі (розшукові) та процесуальні дії в порядку, визначеному КПК України. Таким чином, вказане положення не містить чіткого посилення на те, чи має право прокурор надавати слідчому та дізнавачу вказівки з метою забезпечення розумних строків у кримінальному провадженні. Поряд з цим законодавець зазначає, що доручення та вказівки можуть стосуватися не лише слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій, а і інших *процесуальних дій*.

В чинному кримінальному процесуальному законодавстві України відсутнє визначення такої правової категорії, як «процесуальні дії». При цьому, відповідно до п. 10 ч. 1 ст. 3 КПК, кримінальне провадження – досудове розслідування і судове провадження, *процесуальні дії* у зв'язку із вчиненням діянням, передбаченого законом України про кримінальну відповідальність. Тобто законодавець таким визначенням встановлює, що кримінальне провадження відбувається шляхом реалізації процесуальних дій, при цьому не надаючи будь-якого роз'яснення щодо їхньої сутності.

Відповідно до ч. 4 ст. 110 КПК, обвинувальний акт є процесуальним рішенням, яким прокурор висуває обвинувачення у вчиненні кримінального правопорушення і яким завершується досудове розслідування. Тобто з урахуванням того, що обвинувальний акт є процесуальним рішенням, можна зробити висновок, що процес прийняття обвинувального акта (складання та

затвердження) може відбуватися лише шляхом реалізації відповідної процесуальної дії.

Разом з тим, формулюючи повноваження прокурора, законодавець розмежовує «процесуальні дії» та «прийняття процесуальних рішень», зокрема у п. 4, 5, 9 ст. 36 КПК України (хоча прийняття процесуального рішення є різновидом процесуальних дій, проте кримінальне процесуальне законодавство не передбачає правил щодо фіксування таких дій, а їх завершальним етапом є процесуальне рішення). Тому, здійснюючи тлумачення положень п. 4, 5, 9 ст. 36 КПК України у системному зв'язку зі ст. 19 Конституції України, у відповідності до якої органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України, можна зробити висновок, що ст. 36 КПК України прямо не наділяє прокурора повноваженнями давати вказівки щодо прийняття процесуальних рішень.

При цьому в ч. 1 ст. 290 КПК чітко зазначено, що прокурор має право надавати доручення слідчому про відкриття матеріалів досудового розслідування після його завершення. Тому в даному випадку, з метою уникнення негативних наслідків відмови слідчого від окремого доручення прокурора про складання обвинувального акта, прокурор може одночасно в одному документі доручити слідчому відкрити матеріали досудового розслідування та скласти обвинувальний акт. Такого роду доручення в повній мірі відповідає положенням КПК та не дозволить слідчому відмовитись від виконання своїх обов'язків.

Наступним повноваженням слідчого та дізнавача є можливість приймати процесуальні рішення у випадках, передбачених КПК України, у тому числі щодо закриття кримінального провадження за наявності підстав, передбачених ст. 284 КПК України. Згідно з ч. 4 ст. 284 КПК України, слідчий, дізнавач приймає постанову про закриття кримінального провадження у випадку встановлення відсутності події та складу кримінального правопорушення, набрання чинності законом, яким скасовується кримінальна відповідальність за

діяння, вчинене особою, досягнення податкового компромісу та у випадку існування нескасованої постанови слідчого, дізнавача, прокурора про закриття кримінального провадження щодо того самого діяння, що розслідувалось з дотриманням вимог щодо підслідності. Не зупиняючись окремо на підставах закриття кримінального провадження, необхідно звернути увагу власне на особливості такого закінчення досудового розслідування слідчим та дізнавачем. У першу чергу необхідно підкреслити достатньо широку процесуальну свободу слідчого та дізнавача в частині прийняття такого рішення. Як вже було неодноразово зазначено, всі клопотання слідчого або дізнавача та майже всі його рішення потребують обов'язкового погодження з процесуальним керівником. Проте в даному випадку законодавець надав можливість слідчому та дізнавачу самостійно приймати такі рішення, не отримуючи будь-якого погодження з боку прокурора. Так, згідно з ч. 6 ст. 284 КПК України, все, що в такому випадку має зробити слідчий або дізнавач, – це направити копію постанови про закриття кримінального провадження заявнику, потерпілому та прокурору. Очевидно, що в даному випадку прокурорський нагляд буде продовжуватись, адже прокурор має право протягом двадцяти днів з моменту отримання копії постанови прийняти рішення про її скасування. Проте такий контроль буде не поточний, а лише за результатами прийнятого процесуального рішення. Законодавець не вимагає візування або будь-якої іншої форми погодження постанови слідчого або дізнавача з прокурором.

Такий обсяг процесуальної самостійності слідчого та дізнавача може мати наступне пояснення. Як вже було зазначено в даному дослідженні, застосування розсуду слідчим та дізнавачем при оцінці підстав для початку досудового розслідування суттєво обмежено вимогами ст. 214 КПК України. У зв'язку з цим досить часто до ЄРДР вносяться необґрунтовані або помилкові заяви та повідомлення про кримінальні правопорушення, що в подальшому стає очевидним протягом досить короткого періоду часу. Законодавець спробував збалансувати легкість початку досудового розслідування відносною легкістю

його закриття. Слідчий, дізнавач, встановивши, що відсутня подія або склад кримінального правопорушення в кримінальному провадженні, в якому жодній особі не повідомлено про підозру, повинен самостійно прийняти рішення про закриття кримінального провадження. Більше того, від слідчого та дізнавача очікується оперативність у прийнятті такого рішення, адже зменшення обсягу навантаження дозволить уповноваженим учасникам кримінального провадження приділити більше уваги та часу іншим кримінальним провадженням.

Такий висновок підтверджується і статистичними даними. Так, згідно з офіційними даними [232], за

- 2019 рік було закрито 2 719 кримінальних проваджень з числа закінчених, з них прокурором було закрито 27 (0,99% від загальної кількості);
- 2018 рік було закрито 7 060 кримінальних проваджень з числа закінчених, з них прокурором було закрито 35 (0,5%);
- 2017 рік було закрито 9 970 кримінальних проваджень з числа закінчених, з них прокурором було закрито 40 (0,4%).

Очевидно, що такого роду статистика має низку інших обґрунтувань. По-перше, відповідно до ч. 4 ст. 284 КПК України, прокурор закриває кримінальні провадження лише в тих провадженнях, в яких особі було повідомлено про підозру. Таким чином частка кримінальних проваджень, в яких прокурор може самостійно прийняти рішення про закриття кримінального провадження, значно зменшується. По-друге, на даний момент необхідно констатувати усталену слідчу практику, відповідно до якої провадження, в якому особі було повідомлено про підозру, в тому чи іншому вигляді обов'язково має бути направлено до суду. Якщо в ході досудового розслідування було прийнято рішення про повідомлення особі про підозру, то це означає, що слідчий або дізнавач разом з прокурором ретельно дослідили всі докази та прийняли рішення про наявність обґрунтованої підозри. В подальшому, приймаючи рішення про закриття кримінального провадження, прокурор автоматично констатує, що на етапі повідомлення про підозру ним неякісно була виконана функція

прокурорського нагляду. Очевидно, що існує багато підстав для закриття кримінального провадження, і частина з них об'єктивно не може бути спрогнозована на момент повідомлення про підозру (наприклад, декриміналізація кримінального правопорушення або смерть підозрюваного). Проте, як показують статистичні дані, найбільш популярною підставою для закриття кримінального провадження лишається відсутність складу кримінального правопорушення. Так, з усіх закритих кримінальних проваджень (без повторно закритих) частка закритих кримінальних проваджень, закритих за п. 2 ч. 1 ст. 284 КПК України, у 2017 році склала 92,05%, у 2018-му – 91,3%, у 2019-му – 90,62%. Таким чином, в більшості випадків на стадії досудового розслідування констатується саме відсутність складу кримінального правопорушення. В ідеалі дана підстава має бути встановлена ще на момент повідомлення про підозру, адже в подальшому буде встановлено, що слідчий, дізнавач та прокурор не володіли достатньою сукупністю доказів для повідомлення особі про підозру¹.

Це ще раз підтверджує сформульований раніше висновок – право слідчого та дізнавача самотійно закривати кримінальні провадження без погодження з прокурором (в порядку, передбаченому кримінальним процесуальним законодавством) є відповіддю законодавця на обов'язок слідчого, дізнавача та прокурора розпочинати кримінальні провадження щодо всіх заяв та повідомлень про кримінальні правопорушення. В даному випадку не проводиться порівняння відповідних положень КПК України з КПК 1960 року, відповідно до якого у слідчого було значно більше повноважень щодо самотійного винесення рішення про закриття кримінальної справи, а лише аналізується процесуальний статус слідчого та дізнавача за КПК України 2012 року. Законодавець у нинішній редакції КПК України значно обмежив процесуальну самотійність слідчого, що і досі викликає критику з боку деяких науковців. І саме на фоні таких обмежень право слідчого самотійно, без погодження з прокурором, приймати рішення про

¹ При цьому існують випадки (хоча їх набагато менше у порівнянні з усім масивом кримінальних проваджень), коли такі обставини стають відомі вже після повідомлення про підозру.

закриття кримінального провадження виглядає радше як виключення з правил, ніж саме правило. Очевидно, що таке рішення з боку законодавця було продиктовано саме необхідністю знайти відносно просте рішення щодо закриття великої кількості необґрунтовано розпочатих кримінальних проваджень. При цьому в КПК України наголошується, що таке рішення може бути скасоване як прокурором, так і слідчим суддею за скаргою зацікавлених осіб, таким чином лишаючи за учасниками кримінального провадження право оскаржувати незаконні та необґрунтовані постанови слідчого та дізнавача про закриття кримінального провадження.

Останній блок повноважень слідчого та дізнавача законодавцем лаконічно охарактеризований як «інші повноваження, передбачені цим Кодексом». Проаналізувавши положення КПК України, можна поділити такі повноваження на дві групи: ті, що слідчий та дізнавач зобов'язаний вчинити, та ті, що можуть бути реалізовані на розсуд слідчого та дізнавача¹.

Так, слідчий зобов'язаний: роз'яснити підозрюваному право на захист (ч. 2 ст. 20 КПК України); забезпечити можливість підозрюваному користуватися рідною мовою (ч. 3 ст. 29 КПК України); залучити законного представника підозрюваного, обвинуваченого у випадках, передбачених КПК України (ч. 3 ст. 44 КПК України); надати затриманій особі або особі, яка тримається під вартою, допомогу у встановленні зв'язку із захисником або особами, які можуть запросити захисника, а також надати можливість використати засоби зв'язку для запрошення захисника (ч. 1 ст. 48 КПК України); залучити захисника у випадках, встановлених КПК України (ст. 49 КПК України); надавати заявнику, який є викривачем, інформацію про стан досудового розслідування, розпочатого за його заявою чи повідомленням (ч. 3 ст. 60 КПК України); повідомляти свідкам про їхнє право відмовитись від давання показань у випадках, передбачених КПК України (ч. 4 ст. 65 КПК України); заявити самовідвід у

¹ В даному випадку знову необхідно вказати на колізійність кримінального процесуального законодавства в частині регламентації повноважень дізнавача.

випадках, передбачених КПК України (ст. 77 КПК України); перевіряти на початку досудового розслідування наявність вже розпочатих досудових розслідувань щодо того ж кримінального правопорушення, та, за необхідністю, передати іншому слідчому наявні у нього матеріали кримінального провадження (ч. 4 ст. 218 КПК України); розглядати клопотання учасників кримінального провадження (ст. 220 КПК України); ознайомлювати з матеріалами досудового розслідування учасників кримінального провадження до його завершення (ст. 221 КПК України); інформувати підозрюваного та потерпілого про їхнє право на примирення (ст. 7 ст. 469 КПК України) тощо.

До другої групи включені повноваження, відповідно до яких слідчий може: замінити законного представника підозрюваного, обвинуваченого у випадку, якщо його дії суперечать інтересам особи, яку він представляє (ч. 4 ст. 44 КПК України); залучити захисника для проведення окремої процесуальної дії (ст. 53 КПК України); відмовити у визнанні особи потерпілим (ч. 5 ст. 55 КПК України); заборонити потерпілому застосовувати технічні засоби при проведенні окремої процесуальної дії чи на певній стадії кримінального провадження з метою нерозголошення даних, які містять таємницю, що охороняється законом чи стосується інтимних сторін життя людини (п. 12 ч. 1 ст. 56 КПК України); надавати дозвіл потерпілому на розголошення відомостей досудового розслідування (п. 3 ч. 1 ст. 57 КПК України); заборонити представнику юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, застосовувати технічні засоби при проведенні окремої процесуальної дії чи на певній стадії кримінального провадження з метою нерозголошення даних, які містять таємницю, що охороняється законом чи стосується інтимних сторін життя людини (п. 6 ч. 2 ст. 64¹ КПК України); надавати дозвіл представнику юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, на розголошення відомостей досудового розслідування (п. 3 ч. 7 ст. 64¹ КПК України); надавати дозвіл свідку на розголошення відомостей досудового розслідування (ч. 3 ст. 66 КПК України); надавати дозвіл перекладачу на розголошення відомостей досудового розслідування (п. 4 ч. 3 ст. 68 КПК України); за погодженням з прокурором

звертатися з клопотанням про вирішення питання щодо речових доказів (ч. 7 ст. 100 КПК України); здійснювати повідомлення (ст. 111 КПК України); застосовувати заходи забезпечення кримінального провадження (виклик – ст. 133 КПК України; тимчасове вилучення документів, які посвідчують користування спеціальним правом – ст. 149 КПК України; тимчасове вилучення майна – ст. 168 КПК України; затримання – ст. 208 КПК України); приймати рішення про проведення слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій на території, яка знаходиться під юрисдикцією іншого органу досудового розслідування, або своєю постановою доручати їх проведення такому органу досудового розслідування, який зобов'язаний її виконати (ч. 6 ст. 218 КПК України); надавати дозвіл на розголошення відомостей досудового розслідування іншим учасникам кримінального провадження (ст. 222 КПК України); за погодженням з прокурором зупиняти досудове розслідування (ст. 280 КПК України); оголошувати підозрюваного в розшук (ст. 281 КПК України); подавати клопотання до слідчого судді після погодження з прокурором або до прокурора про продовження строку досудового розслідування (ст. 294 КПК України); звертатися з клопотання до слідчого судді про проведення спеціального досудового розслідування (ст. 297² КПК України); звертатися до прокурора вищого рівня у випадку оскарження рішень, дій чи бездіяльності прокурора (ст. 311 КПК України); подавати клопотання до суду про проведення спрощеного провадження щодо кримінальних проступків (ст. 381 КПК України); за погодженням з прокурором надсилати до уповноваженого (центрального) органу України запит про міжнародну правову допомогу у кримінальному провадженні, яке він здійснює (ч. 1 ст. 551 КПК України), тощо.

З даного переліку можна зробити попередній висновок, що кримінальне процесуальне законодавство надає слідчому значний обсяг «інших» повноважень, які він може реалізовувати на власний розсуд. Проте більш прискіпливий аналіз вказує, що значна кількість таких повноважень стосуються лише організаційних питань здійснення кримінального провадження. Очевидно, що саме тому законодавець відніс ці повноваження в категорію «інших», адже

слідчий активно реалізує власні повноваження протягом всього досудового розслідування, у зв'язку з чим таких повноважень у нього досить багато.

РОЗДІЛ 5.

РЕАЛІЗАЦІЯ РОЗСУДУ ІНШИМИ УПОВНОВАЖЕНИМИ СУБ'ЄКТАМИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ

5.1. Особливості застосування розсуду керівником органу досудового розслідування та дізнання

При аналізі суб'єктів кримінального процесу, які уповноважені на застосування розсуду при здійсненні кримінальної процесуальної діяльності, було встановлено, що коло таких суб'єктів не обмежується лише судом, слідчим, дізнавачем та прокурором. Очевидно, що зазначені учасники кримінального провадження займають центральне місце в процесі розслідування, розгляду та вирішення кримінальних проваджень, і саме їх рішення, які приймаються із застосуванням розсуду, визначають напрямок та результати всього кримінального провадження. Однак у ході здійснення кримінальної процесуальної діяльності приймаються рішення та вчиняються юридично значущі дії і іншими учасниками кримінального процесу, розсуд яких і необхідно проаналізувати в даному науковому дослідженні. І розпочати потрібно з керівника органу досудового розслідування та дізнання.

Згідно з п. 8 ч. 1 ст. 3 КПК України, керівником органу досудового розслідування є начальник Головного слідчого управління, слідчого управління, відділу, відділення органу Національної поліції, органу безпеки, органу, що здійснює контроль за додержанням податкового законодавства, органу Державного бюро розслідувань, Головного підрозділу детективів, підрозділу детективів, відділу детективів, підрозділу внутрішнього контролю Національного антикорупційного бюро України та його заступники, які діють у межах своїх повноважень. Згідно з п. 7¹ ч. 1 ст. 3 КПК України, керівник органу дізнання – це начальник підрозділу дізнання органу Національної поліції, органу безпеки, органу, що здійснює контроль за додержанням податкового

законодавства, органу Державного бюро розслідувань, а в разі відсутності підрозділу дізнання – керівник органу досудового розслідування. Виходячи із законодавчо закріплених визначень попередньо можна встановити подібність ролей керівника органу досудового розслідування та дізнання, адже керівник органу досудового розслідування може виконувати функції керівника органу дізнання. Такий підхід законодавця в першу чергу пояснюється подібністю функцій вказаних учасників кримінального провадження. Статус керівника органу дізнання було запроваджено в КПК України у зв'язку з необхідністю здійснювати контроль за дізнавачем, чим також займається і керівник органу досудового розслідування по відношенню до слідчого.

В правовій доктрині склалася усталена точка зору, що керівник органу досудового розслідування в кримінальному процесі виконує функцію відомчого контролю. Так, Р.Ю. Савонюк вважає процесуальну діяльність начальника слідчого відділу функцією, що допомагає визначити напрям діяльності слідчого в конкретній справі [214, с. 13]. На думку Х. С. Таджиева, керівник слідчого підрозділу повинен контролювати кримінальну процесуальну діяльність в очолюваному ним підрозділі, тобто, використовуючи передбачені кримінальним процесуальним законом форми й методи, керувати розслідуванням в окремих справах, забезпечувати його якість, повноту, усебічність та об'єктивність [234, с. 71].

Аналізуючи власне правовий статус керівника органу досудового розслідування, О.С. Нестеренко зазначає, що його повноваження поділяються на організаційні, що регламентуються підзаконними нормативно-правовими актами, та процесуальні, визначені кримінальним процесуальним законодавством України [137, с. 131]. «Організаційно-управлінські повноваження керівники органів досудового розслідування здійснюють постійно (безперервно) з початку й до завершення розслідування конкретних кримінальних правопорушень підпорядкованими їм слідчими» [91, с. 235].

Згідно з ч. 2 ст. 39 КПК України, керівник органу досудового розслідування уповноважений:

1) визначати слідчого (слідчих), який здійснюватиме досудове розслідування, а у випадках здійснення досудового розслідування слідчою групою – визначати старшого слідчої групи, який керуватиме діями інших слідчих;

2) відсторонювати слідчого від проведення досудового розслідування вмотивованою постановою за ініціативою прокурора або з власної ініціативи з наступним повідомленням прокурора та призначати іншого слідчого за наявності підстав, передбачених цим Кодексом, для його відводу або у разі неефективного досудового розслідування;

3) ознайомлюватися з матеріалами досудового розслідування, давати слідчому письмові вказівки, які не можуть суперечити рішенням та вказівкам прокурора;

4) вживати заходів щодо усунення порушень вимог законодавства у випадку їх допущення слідчим;

5) погоджувати проведення слідчих (розшукових) дій та продовжувати строк їх проведення у випадках, передбачених КПК України;

6) здійснювати досудове розслідування, користуючись при цьому повноваженнями слідчого;

7) здійснювати інші повноваження, передбачені КПК України.

Відповідно, керівник органу дізнання, згідно з ч. 2 ст. 39¹ КПК України, уповноважений:

1) визначати дізнавача, який здійснюватиме дізнання;

2) відсторонювати дізнавача від проведення дізнання за ініціативою прокурора або з власної ініціативи та призначати іншого дізнавача за наявності підстав, передбачених КПК України, для його відводу (самовідводу) або неефективного дізнання;

3) ознайомлюватися з матеріалами дізнання, давати дізнавачу письмові вказівки, що не суперечать рішенням та вказівкам прокурора;

4) вживати заходів для усунення порушень вимог законодавства у разі їх допущення дізнавачем;

5) здійснювати інші повноваження, передбачені КПК України.

Дуже схожі повноваження мають і керівники органів досудового розслідування низки пострадянських країн. Так, відповідно до ст. 59 КПК Республіки Казахстан [272], начальник слідчого відділу – це начальник слідчого підрозділу органу, який здійснює досудове розслідування, і його заступники, які діють в межах своєї компетенції. Начальник слідчого відділу уповноважений:

1) доручати проведення слідства або прискореного досудового розслідування слідчому;

2) здійснювати контроль за своєчасністю виконання слідчих дій слідчим, дотриманням слідчим термінів розслідування та тримання під вартою, виконанням вказівок прокурора, доручень інших слідчих;

3) доручати проведення розслідування декільком групі слідчих;

4) усувати слідчого від провадження у справі;

5) вивчати кримінальні справи і надавати відповідні вказівки;

6) в межах своєї компетенції вилучати кримінальну справу з одного слідчого підрозділу, який здійснює досудове слідство, і передавати її до іншого слідчого підрозділу;

7) направляти прокурору кримінальні справи з обвинувальним актом, а також кримінальні справи, закінчені в порядку наказного провадження;

8) звертатися до прокурора з клопотанням про скасування необґрунтованого процесуального рішення слідчого;

9) в межах своєї компетенції давати обов'язкові для виконання доручення і вказівки органам дізнання;

10) розглядати скарги на дії (бездіяльність) і рішення слідчого.

В даному випадку одразу необхідно вказати на певні відмінності між процесуальним статусом керівника органу досудового розслідування за КПК України та начальника слідчого відділу за КПК Республіки Казахстан. По-перше, начальник слідчого відділу має право звертатися до прокурора з пропозицією щодо скасування необґрунтованих постанов слідчого. По-друге, на начальника слідчого відділу законодавцем покладено обов'язок забезпечувати дотримання розумних строків досудового розслідування, контролюючи діяльність слідчого. КПК України в частині регулювання повноважень керівника органу досудового розслідування таких повноважень не містить. В той же час неправильним буде твердження, що в Україні керівник органу досудового розслідування не виконує аналогічні функції. В даному випадку необхідно наголосити, що сутність відомчого контролю не обмежується лише ст. 39 КПК України, і в межах своїх повноважень керівник органу досудового розслідування також може звертатися до прокурора щодо доцільності скасування незаконних чи необґрунтованих постанов слідчого. Єдиною відмінністю в даному випадку буде лише той факт, що таке звернення буде відбуватися поза закріпленою в КПК України процедурою.

Відповідно до ст. 56 КПК Республіки Молдова, керівник органу кримінального переслідування:

- 1) розподіляє офіцерам з кримінального переслідування повідомлення про кримінальні правопорушення;
- 2) передає офіцеру з кримінального переслідування для виконання отримані від інших органів кримінального переслідування запити про надання правової допомоги, доручення про проведення дій з кримінального переслідування;
- 3) вилучає кримінальну справу і матеріали від одного офіцера з кримінального переслідування і передає їх іншому офіцеру з кримінального переслідування для здійснення кримінального переслідування;

4) має право залишити у себе кримінальні справи для самостійного здійснення кримінального переслідування на законних підставах, з винесенням мотивованої постанови про прийняття справи і виконанням тим самим обов'язків офіцера з кримінального переслідування;

5) звертається до прокурора з клопотанням про скасування незаконних рішень офіцера з кримінального переслідування;

6) здійснює інші передбачені КПК Республіки Молдова дії.

Керівник органу кримінального переслідування координує діяльність офіцерів з кримінального переслідування, надає методичну допомогу при здійсненні кримінального переслідування, сприяє отриманню необхідних відомостей і матеріалів, вживає заходів щодо своєчасного виконання доручень офіцерів з кримінального переслідування щодо проведення спеціальних розшукових заходів.

Згідно зі ст. 35 КПК Республіки Білорусь [271], начальник слідчого підрозділу зобов'язаний здійснювати процесуальне керівництво розслідуванням, контроль за законністю та своєчасністю дій слідчих при розслідуванні злочинів, вживати заходів щодо найбільш повного, всебічного та об'єктивного дослідження обставин кримінальної справи. Начальник слідчого підрозділу має право:

- 1) порушувати кримінальні справи;
- 2) доручати ведення попереднього слідства слідчому;
- 3) досліджувати матеріали перевірок за заявами або повідомленнями про злочини, що знаходяться на розгляді у слідчого, перевіряти кримінальні справи;
- 4) давати вказівки слідчому щодо здійснення попереднього слідства, притягнення особи в якості обвинуваченого, кваліфікації злочину і обсягу обвинувачення, проведення окремих слідчих та інших процесуальних дій, застосування запобіжних заходів, а також щодо застосування заходів безпеки;
- 5) передавати кримінальну справу від одного слідчого іншому, з одного слідчого підрозділу до іншого;

6) направляти, а також повертати органам дізнання для проведення перевірки заяви або повідомлення про злочин, що не містять достатніх даних, що вказують на ознаки злочину, з письмовими вказівками обставин, що підлягають з'ясуванню в ході перевірки, та можливих заходів щодо їх встановленню;

7) особисто розглядати заяви або повідомлення про злочин і приймати відповідні рішення;

8) доручати ведення попереднього слідства у кримінальній справі декільком слідчим, а також самостійно брати участь у проведенні попереднього слідства, що знаходиться в провадженні слідчого, і особисто проводити попереднє слідство, користуючись при цьому повноваженнями слідчого;

9) доручати помічнику начальника слідчого підрозділу перевіряти кримінальні справи і надавати відповідні вказівки;

10) вирішувати питання про відводи і самовідводи;

11) вирішувати скарги на рішення і дії слідчого, нижчестоящего начальника слідчого підрозділу, за винятком скарг, розгляд яких віднесено законом до компетенції суду;

12) продовжувати термін перевірки за заявою або повідомленням про злочин у випадках, передбачених КПК Республіки Білорусь, а також встановлювати термін проведення такої перевірки в разі скасування постанови про відмову в порушенні кримінальної справи або про порушення кримінальної справи;

13) продовжувати термін попереднього слідства;

14) продовжувати термін прискореного виробництва;

15) скасовувати незаконні і необґрунтовані постанови слідчого і нижчестоящего начальника слідчого підрозділу, а також незаконні і необґрунтовані вказівки нижчестоящего начальника слідчого підрозділу, помічника начальника слідчого підрозділу;

16) вносити прокурору подання про скасування незаконних і необґрунтованих постанов нижчестоящего прокурора, органу дізнання, а також санкціонованих прокурором постанов нижчестоящего начальника слідчого підрозділу, слідчого.

Повертаючись до аналізу повноважень керівника органу дізнання та досудового розслідування за КПК України, можна констатувати подібність процесуальних повноважень вказаних суб'єктів. Однак існують і певні відмінності. По-перше, керівник органу дізнання може лише призначати дізнавача, але не може призначати групу дізнавачів для проведення досудового розслідування. Очевидно, що пояснюється прогнозованою легкістю дізнання у порівнянні з досудовим слідством. Взагалі така форма досудового розслідування, як дізнання, була введена законодавцем саме задля спрощення кримінального провадження. Якщо ж розслідування кримінального проступку потребуватиме групу дізнавачів, то це може бути взагалі підставою для перекваліфікації кримінального правопорушення та продовження його в якості досудового слідства. По-друге, керівник органу дізнання не має права погоджувати проведення слідчих (розшукових) дій. В даному випадку законодавець підкреслює, що процесуальні дії, які проводяться за дозволом керівника органу досудового розслідування (наприклад, виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації), потребують підвищеного контролю саме зі сторони керівника органу досудового розслідування, а не дізнання. По-третє, керівник органу дізнання не може самостійно проводити дізнання в якості дізнавача. Таким чином, можна зробити висновок, що керівник органу дізнання в кримінальному процесі виконує виключно функцію відомчого контролю і самостійно розслідування проводити не може.

Аналізуючи повноваження керівника органу дізнання та досудового розслідування, можна стверджувати, що в процесі реалізації відомчого контролю вказані суб'єкти кримінального провадження досить активно

застосовують розсуд. У той же час необхідно зауважити, що далеко не завжди такий розсуд є процесуальним. Наприклад, виключно керівник органу досудового розслідування може визначати слідчого (групу слідчих), який буде здійснювати досудове розслідування. Проте при виборі слідчого керівник органу досудового розслідування в першу чергу буде керуватися відомостями щодо завантаженості своїх підлеглих або щодо їх спеціалізації. Відповідно, такий розсуд якщо і буде враховувати обставини кримінального провадження, то лише в частині кваліфікації кримінального правопорушення та обрання того слідчого, який зможе найбільш ефективно провести досудове розслідування.

Аналогічні висновки можна зробити і щодо інших повноважень керівника органу дізнання та досудового розслідування. Крім того, не можна забувати, що вказані суб'єкти, здійснюючи відомчий контроль над діяльністю дізнавача та слідчого, обмежені прокурорським наглядом, примат якого діє в кримінальному провадженні. Наприклад, керівник органу досудового розслідування, на відміну від прокурора, не має права скасовувати постанови слідчого, навіть якщо такі постанови будуть незаконними та необґрунтованими. Крім того, керівник органу досудового розслідування не уповноважений давати слідчому доручення, а його письмові вказівки не можуть суперечити вказівкам та рішенням прокурора.

Однак некоректним також буде твердження, що керівник органу дізнання або досудового розслідування взагалі позбавлений можливості застосовувати розсуд у кримінальному процесі. В даному випадку необхідно згадати про повноваження керівника замінювати слідчого або дізнавача у випадку встановлення неефективності досудового розслідування. Така заміна може відбуватися не лише з ініціативи керівника органу дізнання або досудового розслідування, а і з ініціативи прокурора – процесуальним керівником. Проте лише керівник органу дізнання або досудового розслідування уповноважений приймати остаточне рішення щодо заміни дізнавача або слідчого. Відповідно, лише керівник може констатувати факт неефективності досудового розслідування. Проблема полягає в тому, що законодавець не надав жодних

критеріїв, за якими можна встановити ефективність чи неефективність досудового розслідування, залишаючи це питання у виключне відання керівника органу дізнання та досудового розслідування. Відповідно, задля аналізу особливостей застосування розсуду в даному випадку в першу чергу необхідно встановити сутність ефективного та неефективного досудового розслідування.

А.С. Колодіна зазначає, що ефективність є одним з організаційних принципів слідчої діяльності [92, с. 60]. В.К. Знікін пропонує під ефективністю досудового розслідування розуміти рівень досягнення мети та завдань стадії попереднього розслідування в результаті законних, надійних, економічних, оптимальних і раціональних організаційних і процесуальних дій дізнавача, слідчого, прокурора, начальника слідчого відділу і начальника органу дізнання [70, с. 22]. Ю.В. Стеценко переконаний, що ефективність досудового розслідування представляє собою цінність, яку потрібно створити. Натомість неефективність досудового розслідування означає, що результатів досудового розслідування немає або їх замало, щоб говорити про збір слідчим доказів, достатніх для розкриття злочину. «У переважній більшості про неефективність досудового розслідування говорять, коли має місце бездіяльність слідчого або неякісна робота. Це також може означати, що результатів у майбутньому годі очікувати. Проте така відсутність результатів є наслідком невжиття слідчим кримінально-процесуальних заходів, які він міг вжити в конкретному кримінальному провадженні» [233, с. 127].

Відповідно до Порядку організації діяльності прокурорів і слідчих органів прокуратури у кримінальному провадженні [168], відсторонення слідчого від проведення досудового розслідування та призначення іншого слідчого (ст. 39 КПК України), доручення здійснення досудового розслідування іншому органу досудового розслідування у разі неефективного досудового розслідування (ст. 36 КПК України) здійснюються відповідно до вимог законодавства з урахуванням таких критеріїв:

– не забезпечено виконання завдань кримінального провадження;

– порушено загальні засади кримінального провадження, що негативно вплинуло або може вплинути на обґрунтованість, всебічність і повноту у кримінальному провадженні;

– низька якість процесуальної діяльності слідчого (слідчої групи), внаслідок чого отримані результати такої діяльності не відповідають обґрунтовано допустимим результатам, які повинні були та об'єктивно могли бути досягнуті за цей час з огляду на складність і специфіку.

Розглядалось питання ефективності досудового розслідування і на рівні практики ЄСПЛ. У рішенні «Чумак проти України» сказано, що для того, щоб розслідування могло вважатися ефективним, воно має привести до встановлення й покарання винних осіб. Це не є обов'язковим результатом, якого необхідно досягти, проте зобов'язує до вжиття відповідних заходів [206]. У рішенні у справі «Гонгадзе проти України» позиція ЄСПЛ зводилася до того, що для того, щоб розслідування було ефективним, результат є необов'язковим [195]. У рішенні «Кац та інші проти України» ЄСПЛ стверджував, що має бути забезпечене проведення незалежного й безстороннього офіційного розслідування, яке задовольняє певні мінімальні стандарти щодо ефективності. У зв'язку із цим відповідні органи повинні діяти зі зразковою ретельністю й оперативністю та з власної ініціативи мають розпочати розслідування, під час якого з'являється можливість забезпечити, по-перше, з'ясування обставин, за яких стався цей інцидент, з виявленням тих чи інших недоліків у функціонуванні регуляторної системи, а по-друге, встановлення посадових осіб або органів влади, причетних до цих подій [198]. У рішенні «Алексахін проти України» ЄСПЛ також визнає, що обов'язком національних органів є проведення «ефективного офіційного розслідування», під час якого стає можливим встановлення фактів та виявлення й покарання винних осіб [188]. У рішенні «Падура проти України» ЄСПЛ зазначає, що ефективність розслідування передбачає вимогу щодо оперативності й розумної швидкості. Навіть якщо в певній ситуації можуть існувати складності та перепони, які перешкоджають

прогресу у розслідуванні, негайна реакція органів влади є необхідною для підтримки громадської впевненості у їхній відданості принципу верховенства права та попередженню будь-яких ознак незаконних дій або їх безкарності [203].

Таким чином, можна зробити висновок, що проблема ефективності досудового розслідування досліджується протягом досить тривалого часу як науковцями, так і практиками. Така увага пояснюється в першу чергу неможливістю застосування єдиних об'єктивних показників, за якими має оцінюватись ефективність досудового розслідування. Власне ефективність досудового розслідування є яскравим прикладом оціночного поняття в кримінальному провадженні, сутність та критерії визначення якого можуть змінюватись як в залежності від обставин кожного конкретного кримінального провадження, так і в залежності від суб'єкта, який проводить відповідно оцінку. Однак це не означає, що в правовій доктрині не робилися спроби розробити такі критерії.

Наприклад, В. Заленицький та Л. Лобойко в якості критеріїв виділяють:

- ступінь досягнення органами, які здійснюють кримінальне переслідування мети діяльності із переслідування. «Поняття цього критерію і визначення його як основного обумовлено тією обставиною, що співвідношення результатів діяльності і її мети є визначальним у розумінні поняття ефективності будь-якого виду людської діяльності» [69];

- обґрунтованість. «Обґрунтованими мають бути відповідні процесуальні акти, якими завершуються певні етапи діяльності органів дізнання, досудового слідства, прокурора із кримінального переслідування: протокол затримання, постанова про притягнення як обвинуваченого, обвинувальний висновок, постанова прокурора про зміну обвинувачення в суді» [69];

- законність. «Останню можна визначити як відповідність кримінального переслідування передбаченій законом формі (порядку). Ступінь відповідності діяльності співробітників системи органів, які здійснюють кримінальне переслідування, правилам, встановленим кримінально-процесуальним та іншими

законами, і є тим критерієм, на підставі якого можна зробити висновок щодо ефективності чи неефективності переслідування у конкретних кримінальних справах щодо певних осіб» [69];

– швидкість кримінального переслідування. «Притягнення особи, яка вчинила злочин, до кримінальної відповідальності протягом стислого строку забезпечує максимальний виховний ефект» [69].

Таку позицію можна вважати обґрунтованою, адже кожен із вказаних критеріїв дійсно дає змогу стверджувати про те, що досудове розслідування здійснюється ефективно. Однак проблема полягає в тому, що фактично кожен із перерахованих критеріїв також є оціночним, що не завжди дозволяє реально оцінити ефективність досудового розслідування. Навіть вимога законності, яка базується виключно на обов'язку чіткого дотримання вимог кримінального процесуального законодавства, також може бути предметом різної оцінки відповідних учасників кримінального провадження.

Проблема також поглиблюється за рахунок того, що ефективність досудового розслідування оцінюється не лише прокурором та керівником органу дізнання чи досудового розслідування, як це передбачено кримінальним процесуальним законодавством, а і іншими учасниками кримінального провадження, реалізація прав та забезпечення законних інтересів яких напряду залежить від ефективності досудового розслідування. Судовій практиці відомі непоодинокі випадки, коли різні учасники кримінального провадження звертались до слідчих суддів зі скаргами на дії чи бездіяльність слідчих саме через неефективність досудового розслідування. При цьому слідчі судді обґрунтовано відмовляють у задоволенні таких скарг, адже занадто абстрактне поняття «ефективність досудового розслідування» не є предметом оцінки слідчими суддями відповідно до вимог ст. 303 КПК України [307; 314].

Як вже неодноразово було зазначено, відсутність результатів досудового розслідування не завжди буде вказувати на низьку ефективність досудового розслідування. ЄСПЛ зазначав, що держава в першу чергу має забезпечити

адекватну реакцію з боку правоохоронних органів при розслідуванні кримінальних правопорушень, яка полягає в оперативному здійсненні всіх можливих процесуальних дій для розкриття злочину. При цьому далеко не завжди в результаті будуть отримані відомості, які вказуватимуть на подію кримінального правопорушення чи особу, яка його вчинила. В даному випадку головне – щоб такі дії були вчинені. По суті, саме таку позицію і можна взяти за основу при встановленні критеріїв досудового розслідування.

Керівник органу дізнання, досудового розслідування та прокурор у першу чергу мають оцінити, скільки було вчинено слідчим або дізнавачем процесуальних дій для розслідування відповідного кримінального правопорушення. Встановити певну мінімальну кількість у даному випадку неможливо, однак все одно має бути адекватне співвідношення між часом, протягом якого триває досудове розслідування, та кількістю процесуальних дій, які були вчинені уповноваженою особою. При цьому має враховуватися не лише кількість таких дій, а і їх характер, адже якщо проведення допитів не вимагає значної затрати в часі, то проведення більшості негласних слідчих (розшукових) дій вимагає значного часу як при підготовці, так і при їх здійсненні. Тому пропонується оцінювати не кількість слідчих та негласних (слідчих) розшукових дій, які були проведені, а кількість всіх процесуальних дій, які можуть включати в себе і дії щодо підготовки до проведення основних гласних та негласних слідчих (розшукових) дій. Слідчий або дізнавач може і не досягти необхідних результатів при їх проведенні, які будуть достатніми для повідомлення особі про підозру чи для направлення обвинувального акта до суду. Проте керівником буде встановлено, що слідчим або дізнавачем були виконані всі процесуальні дії, необхідні для отримання доказів.

Досить часто під час досудового розслідування виникає ситуація, за якої на певному етапі досудового розслідування проведення нових процесуальних дій неможливе до завершення тих, які вже були розпочаті. Наприклад, подальший хід досудового розслідування може залежати від результатів триваючої

негласної слідчої (розшукової) дії або від результатів експертизи, проведення якої вимагає досить багато часу. В такому випадку кількість процесуальних дій буде мінімальною, при цьому така ситуація буде мати місце незалежно від волі слідчого. В такому випадку керівник органу дізнання або досудового розслідування, оцінюючи ефективність досудового розслідування, повинен встановити:

1) чи дійсно слідчий (дізнавач) не може провести будь-які інші процесуальні дії. Керівником має бути оцінено, чи може уповноважена службова особа продовжувати збирати докази, не чекаючи результатів певної процесуальної дії, проведення якої вимагає багато часу. Можливо, саме на цьому етапі мають перевірятися інші слідчі версії на випадок отримання негативних результатів відповідних процесуальних дій, або слідчий (дізнавач) може спрогнозувати, які в подальшому необхідно буде отримати додаткові докази та розпочати підготовку до їх отримання;

2) чи може слідчий (дізнавач) прискорити проведення процесуальних дій, що тривають. У деяких випадках жодні дії зі сторони слідчого або дізнавача не дозволять прискорити процес отримання доказів, однак в окремих випадках активна поведінка сторони обвинувачення може пришвидшити такий процес. Так, при проведенні триваючих НСРД (наприклад, зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж) слідчий може спробувати встановити, коли саме особа, за якою здійснює контроль, буде повідомляти по телефону інформацію, яка має значення для кримінального провадження. Або, наприклад, при проведенні експертиз слідчий може продовжувати шукати зразки, які можна буде надати експерту для прискорення проведення дослідження. Керівник органу дізнання або досудового розслідування має оцінити всі можливості прискорення проведення досудового розслідування та, за необхідності, надати відповідні вказівки слідчому або дізнавачу;

3) чи міг слідчий (дізнавач) уникнути ситуації, за якої він не може продовжувати проводити необхідні для розслідування процесуальні дії. В деяких

випадках результати експертизи чи іншої процесуальної дії є ключовими для кримінального провадження, і саме такі результати визначають подальший хід всього кримінального провадження. Проте це не означає, що у всіх випадках слідчий або дізнавач зобов'язаний затримувати хід досудового розслідування до завершення проведення відповідних процесуальних дій. Керівник органу дізнання або досудового розслідування повинен перевірити, чи виправдана на даному етапі досудового розслідування фактичне затримка ходу всього кримінального провадження через проведення інших процесуальних дій. Якщо буде встановлено, що слідчий (дізнавач) необґрунтовано прийняв рішення про уповільнення досудового розслідування, хоча можна було проводити інші процесуальні дії, керівник органу досудового розслідування (дізнання) повинен буде відповідним чином відреагувати на поведінку такої уповноваженої особи, в тому числі прийнявши рішення про його заміну.

Таким чином можна зробити висновок, що в першу чергу при оцінці ефективності досудового розслідування керівник органу дізнання або досудового розслідування має оцінити кількість процесуальних дій, які були проведені. Ідеальним, звісно, такий підхід до оцінки ефективності досудового розслідування назвати не можна. Оцінка ефективності може суттєво змінюватись в залежності від обставин кримінального провадження, складності кримінального правопорушення, вимог керівника органів дізнання або досудового розслідування тощо. Крім того, ефективність досудового розслідування не може оцінюватись лише одним критерієм, адже такий підхід відкидає низку інших важливих факторів, які впливають на хід кримінального провадження. Проте врахування саме кількості проведених процесуальних дій в якості оцінки ефективності досудового розслідування має і низку сильних сторін. По-перше, такий фактор є суто об'єктивним. Відповідно, в такому випадку нівелюються суб'єктивні обставини, які можуть враховуватися керівником: особисті стосунки зі слідчим (дізнавачем), власне бачення ефективності досудового розслідування тощо. Крім того, оцінка кількості проведених процесуальних дій може вважатися непоганою

відправною точкою для оцінки всього досудового розслідування. Якщо слідчим або дізнавачем було проведено достатню кількість потрібних¹ процесуальних дій, проте так і не було досягнуто результатів, складно стверджувати, що таке досудове розслідування є неефективним. І навпаки, невелика кількість проведених дій може бути першим індикатором, який вказує на необхідність більш прискіпливого контролю за діяльністю слідчого або дізнавача з боку прокурора та керівника органу дізнання чи досудового розслідування.

Як вже було неодноразово зазначено, відсутність результату досудового розслідування не є показником його неефективності. Проте в даному випадку пропонується оцінити такий підхід по-іншому: наявність результату досудового розслідування вказує на його ефективність. І хоча така позиція видається очевидною, її аналіз дає змогу сформулювати висновок щодо нормативного закріплення ефективності досудового розслідування. В даному випадку пропонується скористатися законодавчим формулюванням завдань кримінального провадження. Якщо метою всього кримінального провадження є досягнення завдань, які передбачені ст. 2 КПК України, ефективність досудового розслідування має оцінюватись через можливість досягнення таких завдань. Відповідно, ефективність досудового розслідування означає досягнення завдань кримінального провадження відповідно до ст. 2 КПК України. Поряд з цим однією з ключових вимог, яка гарантує виконання зазначених завдань, є чіткість законодавства, яке має бути неухильно дотримане на всіх етапах здійснення кримінальної процесуальної діяльності.

Оцінюючи положення ст. 2 КПК України, можна дійти висновку, що основне завдання, яке ставиться перед слідчим або дізнавачем під час досудового розслідування, – встановлення осіб, які (вірогідно) вчинили кримінальне

¹ Керівник органу дізнання або досудового розслідування повинен також оцінювати, чи дійсно існувала потреба у проведенні відповідних процесуальних дій, адже слідчий (дізнавач) може маскувати неефективність досудового розслідування великим обсягом удаваної роботи, яка по факту не дозволить досягнути мети досудового розслідування

правопорушення¹, та зібрання доказів, достатніх для доведення їх винуватості в суді. Власне виділення саме таких завдань дозволяє стверджувати про необхідність розмежування двох етапів досудового розслідування, на яких має оцінюватись ефективність досудового розслідування: до та після повідомлення особі про підозру. На початковому етапі досудового розслідування слідчий (дізнавач) повинен провести ті процесуальні дії, які дозволять йому скласти обґрунтоване повідомлення про підозру та вручити його відповідній особі. Якщо така підозра була вручена, то можна стверджувати, що слідчий (дізнавач) виконав проміжне завдання стадії досудового розслідування, яке на цьому етапі має вважатися ефективним. Аналогічною є ситуація і з другим етапом – складанням та направленням до суду обвинувального акта. Відповідно, якщо в ході досудового розслідування була зібрана достатня сукупність доказів, необхідних для доведення винуватості особи в суді, роботу слідчого (дізнавача) можна вважати задовільною, а досудове розслідування – ефективним.

Однак далеко не завжди у слідчого (дізнавача) буде об'єктивна можливість повідомити особі про підозру або направити обвинувальний акт до суду. Перед органами досудового розслідування не ставиться завдання у всіх кримінальних провадженнях направити обвинувальний акт до суду. Законодавець наголошує, що до кримінальної відповідальності мають бути притягнуті лише ті особи, які вчинили кримінальні правопорушення. В ході досудового розслідування може бути встановлена, наприклад, відсутність події чи складу кримінального правопорушення, що має тягнути за собою закриття кримінального провадження. Відповідно, постанова про закриття кримінального провадження (так само як і клопотання про звільнення особи від кримінальної відповідальності чи про застосування до особи примусових заходів медичного або виховного характеру) також є показником ефективності досудового

¹ В даному випадку формулювання «встановлення осіб» також охоплює і інші обставини, які складають кінцеву мету доказування та які передбачені ст. 91 КПК України: подія кримінального правопорушення, вид і розмір шкоди, обставини, які впливають на ступінь тяжкості кримінального правопорушення тощо.

розслідування. При цьому ефективність досудового розслідування також передбачає його оперативність. Відповідно, закінчення досудового розслідування постановою про закриття кримінального провадження тільки тоді буде показником ефективного досудового розслідування, коли таке рішення було прийнято вчасно та оперативно (не кажучи вже про обґрунтованість такого рішення, що має перевірятися прокурором протягом двадцяти днів з моменту винесення постанови слідчим або дізнавачем про закриття кримінального провадження). Проте в даному випадку необхідно встановити, в який саме момент має бути прийняте відповідне рішення для того, щоб можна було стверджувати про ефективність досудового розслідування.

В даному випадку доцільним буде звернутися до положень ст. 219 КПК України. Законодавець досить чітко встановлює строки досудового розслідування як до повідомлення про підозру, так і після. Відповідно, факт продовження строків досудового розслідування має в першу чергу визнаватися моментом перевірки прокурором, керівником органу дізнання чи досудового розслідування та, за необхідності, слідчим суддею ефективності досудового розслідування. Слідчий (дізнавач), подаючи клопотання про продовження строку досудового розслідування, повинен пояснити, які процесуальні дії були ним проведені, які ще необхідно провести задля досягнення мети досудового розслідування та чому їх не було проведено вчасно. Факт продовження строків досудового розслідування сам по собі не повинен розглядатися як індикатор неефективності досудового розслідування. Однак саме на цьому етапі досудового розслідування і прокурор, і керівник органу дізнання чи досудового розслідування мають оцінити якість та оперативність роботи слідчого (дізнавача) та, за необхідності, відреагувати на можливі порушення або затягування зі сторони слідчого (дізнавача) шляхом надання вказівок, доручень або навіть заміни одного слідчого (дізнавача) на іншого.

Таким чином, можна зробити висновок, що ефективність досудового розслідування – це ознака досудового розслідування, яка характеризується

можливістю досягнути завдання, які передбачені ст. 2 КПК України, та яка може бути оцінена шляхом перевірки кількості проведених об'єктивно необхідних процесуальних дій та оперативністю прийняття проміжних і кінцевих процесуальних рішень (повідомлення про підозру, складання та направлення обвинувального акта до суду, закриття кримінального провадження тощо).

5.2. Співробітники оперативних підрозділів та представник персоналу органу пробації як суб'єкти застосування розсуду в кримінальному процесі

Наступним суб'єктом, який може реалізовувати розсуд у кримінальному процесі, є працівники оперативних підрозділів. Згідно з положеннями КПК України, в кримінальному процесі до оперативних підрозділів відносяться оперативні підрозділи органів Національної поліції, органів безпеки, Національного антикорупційного бюро України, Державного бюро розслідувань, органів, що здійснюють контроль за додержанням податкового і митного законодавства, органів Державної прикордонної служби України, органів, установ виконання покарань та слідчих ізоляторів Державної кримінально-виконавчої служби України. Відповідно, всі перераховані підрозділи в кримінальному процесуальному законодавстві об'єднані в єдину категорію оперативних підрозділів. Проте можна звернути увагу на певну термінологічну невизначеність.

Законодавець у ст. 41 КПК України використовує одразу два окремі терміни. Так, доручення слідчого або прокурора про проведення відповідних процесуальних дій надаються оперативним підрозділам (ч. 1 ст. 41 КПК України), однак виконувати такі доручення будуть співробітники оперативних підрозділів. В кримінальному процесуальному законодавстві не надається тлумачення відповідного процесуального статусу, згадується лише, що такий співробітник користується повноваженнями слідчого під час виконання доручень слідчого, дізнавача та прокурора. Тобто на такого співробітника поширюються

всі процесуальні гарантії, права та обов'язки слідчого в кримінальному процесі в обсязі, достатньому для виконання відповідного доручення.

Якщо ж вести мову про можливості застосування розсуду співробітниками оперативних підрозділів, то такі способи є вкрай обмеженими. Відповідно до ч. 1 ст. 41 КПК України, оперативні підрозділи у кримінальному процесі можуть діяти виключно за дорученням слідчого або прокурора. В ч. 2 ст. 41 КПК України зазначено, що співробітники оперативних підрозділів (крім підрозділу детективів, підрозділу внутрішнього контролю Національного антикорупційного бюро України) не мають права здійснювати процесуальні дії у кримінальному провадженні за власною ініціативою або звертатися з клопотаннями до слідчого судді чи прокурора. Відповідно, ініціативність оперативних підрозділів у кримінальному провадженні обмежена дорученням слідчого, дізнавача та прокурора, і вчиняти будь-які процесуальні дії на власний розсуд співробітники оперативних підрозділів в кримінальному процесі не можуть. Проте в межах такого доручення співробітники оперативних підрозділів вільні у виборі тактики та методики проведення відповідних процесуальних дій. На цьому етапі і може бути застосовано розсуд такими співробітниками. Відповідні повноваження більше будуть стосуватися криміналістичної складової кримінального процесу, ніж власне самого порядку розслідування кримінального правопорушення. В той же час можна констатувати, що результативність будь-якої процесуальної дії в першу чергу залежить від якості підготовки та самого порядку її проведення. Таким чином, розуміючи цільовий характер діяльності оперативних підрозділів у кримінальному процесі, повністю ігнорувати можливості застосування ними розсуду буде неправильно. Отже розсуд працівників оперативних підрозділів носить більше процедурний характер, адже їх, як правило, не обмежують у способах реалізації зазначених доручень. У той же час вчинення інших процесуальних дій або проведення додаткових процесуальних дій навіть у випадках крайньої необхідності кримінальним процесуальним законодавством забороняється.

І останнім суб'єктом, який в певній мірі може застосовувати розсуд в кримінальному провадженні, є представник персоналу органу пробації. Відповідно до ч. 1 ст. 72¹ КПК України, представником персоналу органу пробації є посадова особа такого органу, яка за ухвалою суду складає та подає до суду досудову доповідь. Представник персоналу органу пробації залучається судом під час підготовчого провадження задля складання досудової доповіді, тобто участь зазначеного суб'єкта кримінального провадження обмежена лише складанням такої доповіді і лише після відповідної ініціації уповноваженим на те суб'єктом кримінального провадження. Проте власне обрання найкращих способів реалізації таких повноважень відбувається на розсуд самого представника персоналу органу пробації.

Відповідно до ч. 2 ст. 72¹ КПК України, представник персоналу органу пробації з метою складання досудової доповіді має право:

- 1) отримувати інформацію про обвинуваченого від підприємств, установ, організацій або уповноважених ними органів та громадян;
- 2) викликати обвинуваченого до уповноваженого органу з питань пробації для отримання усних чи письмових пояснень;
- 3) відвідувати обвинуваченого за місцем його проживання або перебування, роботи або навчання;
- 4) відвідувати місця попереднього ув'язнення, якщо до обвинуваченого застосовано запобіжний захід у виді тримання під вартою;
- 5) заявляти клопотання суду про ознайомлення з матеріалами кримінального провадження щодо обставин, передбачених п. 4 та 5 ч. 1 ст. 91 КПК, а у кримінальних провадженнях щодо неповнолітнього обвинуваченого – додатково ст.ст. 485, 487 КПК України в порядку, передбаченому ст. 317 КПК України;
- 6) бути присутнім під час проведення судового засідання;
- 7) заявляти клопотання про забезпечення безпеки у випадках, передбачених законом.

Хоча перелік зазначених повноважень не можна назвати надто широким, порядок та спосіб реалізації таких повноважень здійснюється виключно на розсуд представника персоналу органу пробації. Крім того, законодавець, передбачивши права такого представника, для інших суб'єктів передбачив низку специфічних обов'язків. Наприклад, відповідно до п. 4 ч. 7 ст. 42 КПК України, підозрюваний та обвинувачений зобов'язані надавати достовірну інформацію представнику персоналу органу пробації, необхідну для підготовки досудової доповіді. Очевидно, що такий обов'язок суперечить низці інших положень КПК України, в першу чергу – принципу презумпції невинуватості. Очевидно, що представник персоналу органу пробації не буде вимагати від підозрюваного чи обвинуваченого інформації, яка б викривала їх у вчиненні кримінального правопорушення. Проте надання будь-якої інформацією, в тому числі і для складання досудової доповіді, має визнаватися виключно правом, а не обов'язком підозрюваного та обвинуваченого. Тим дивнішим виглядає уточнення законодавця, що підозрюваний та обвинувачений мають надавати виключно правдиву інформацію. Очевидно, що зазначене положення не узгоджується з низкою інших положень кримінального процесуального законодавства. Таку ж позицію підтримують і інші науковці [33, с. 179; 115, с. 84].

Відповідно до Порядку складання досудової доповіді [169], досудова доповідь про обвинуваченого повинна містити:

1) соціально-психологічну характеристику обвинуваченого, в якій міститься інформація про особистість обвинуваченого та умови його життя відповідно до факторів ризику, що впливають на поведінку обвинуваченого, а саме:

історія правопорушень (попередні судимості; вік на час першого притягнення до кримінальної відповідальності, повторність, сукупність, рецидив злочинів); час, який минув з моменту винесення попереднього судового рішення, яким особу було засуджено, звільнено від покарання чи кримінальної відповідальності за nereабілітуючими обставинами; час, який особа в сукупності

провела в установах виконання покарань; форма вини за обвинуваченням; категорія злочину за обвинуваченням; наявність обставин, які обтяжують покарання за обвинуваченням (за винятком повторності та рецидиву злочинів); короткий зміст (обставини, мотиви) правопорушення за обвинуваченням, ставлення обвинуваченого до правопорушення; умови життєдіяльності та розвитку (житло, освіта, робота, матеріальне становище);

особистісні характеристики (контроль над поведінкою та мисленням, психічний стан, зловживання алкоголем, наркотичними засобами, психотропними речовинами або їх аналогами); соціальне оточення (стосунки у суспільстві, з рідними та близькими); ставлення до правопорушень; мотивація до зміни способу життя (поведінки, переконань); фактори, які підвищують ризик вчинення кримінального правопорушення, ураховуючи його криміногенні потреби; наявність у обвинуваченого мотивації до позитивних змін (у тому числі з урахуванням бажання обвинуваченого брати участь у підготовці досудової доповіді);

2) оцінку ризику вчинення повторного кримінального правопорушення;

3) висновок про можливість виправлення без позбавлення або обмеження волі на певний строк з урахуванням доступних програм та послуг, за умов реалізації яких можливо досягнути належної поведінки без застосування покарань, пов'язаних з ізоляцією від суспільства.

Отже зміст досудової доповіді чітко визначений відповідним нормативно-правовим актом, що виключає вільний вибір інформації представником персоналу органу пробації. Проте власне наповнення такої доповіді інформацією повністю залежить від розсуду представника персоналу органу пробації, адже лише він може встановити, яка інформація є релевантною для доповіді, а яка – ні. Відповідно, можна констатувати, що розсуд представника персоналу органу пробації полягає в обранні способу реалізації власних повноважень та інформаційне наповнення досудової доповіді, яка, при цьому, повинна відповідати вимогам, встановленим відповідним законодавством.

Таким чином, можна помітити подібність форм реалізації розсуду співробітниками оперативних підрозділів та представником персоналу органу пробачії – вони залучаються до кримінального процесу іншими уповноваженими на те суб'єктами, можуть реалізовувати власні повноваження лише в межах того завдання, яке було перед ними поставлено, проте в процесі реалізації вони вільні у виборі способів та методів досягнення необхідних результатів. Очевидно, що розсуд вказаних суб'єктів має набагато менший вплив на хід кримінального провадження, ніж, наприклад, розсуд слідчого судді або прокурора. В той же час необхідно констатувати, що на відміну від інших уповноважених учасників, які також залучаються до кримінального процесу для виконання окремих завдань (наприклад, спеціаліст, секретар судового засідання та інші), співробітники оперативних підрозділів та представники персоналу органу пробачії мають дещо ширші можливості в способах реалізації власного розсуду в кримінальному процесі.

ВИСНОВКИ

1. Розсуд у кримінальному процесі – це можливість реалізації повноважень, яка полягає в прийнятті за допомогою інтелектуально-вольового механізму одного обов’язкового для виконання юридично значущого законного рішення з декількох запропонованих кримінальним процесуальним законодавством альтернатив відповідно до обставин конкретного кримінального провадження з урахуванням засад кримінального процесу, професійного досвіду правозастосувача, судової та слідчої практики, моральних та етичних характеристик суб’єкта правозастосування задля найбільш повного забезпечення приватних та публічних інтересів у кримінальному провадженні.

2. Розсуд у кримінальному процесі має такі ознаки:

- є способом (можливістю) реалізувати повноваження;
- полягає в прийнятті обов’язкових для виконання юридично значущих рішень;
- передбачає відносну свободу;
- має бути законним;
- має відповідати вимогам кримінального процесуального законодавства;
- має інтелектуально-вольовий характер;
- при застосуванні мають враховуватись обставини конкретного кримінального провадження;
- в кримінальному провадженні на розсуд впливають засади кримінального процесу, професійний досвід правозастосувача, судова та слідча практика, моральні та етичні характеристики суб’єкта правозастосування;
- кінцевою метою є забезпечення приватних та публічних інтересів.

3. Розсуд у кримінальному процесі може бути класифікований за різними підставами. Залежно від прогнозованості розсуд у кримінальному процесі можна поділяти на прогнозований та непрогнозований; залежно від ступеня

свободи при застосуванні розсуд буває альтернативним (який, своєю чергою, поділяється на активний та обмежений), рамковим та оціночним; за суб'єктним складом розсуд доцільно поділити на розсуд суб'єктів, уповноважених на здійснення кримінального провадження (розсуд слідчого, дізнавача, прокурора, слідчого судді та суду), та розсуд суб'єктів, які допомагають у забезпеченні здійснення кримінального провадження (розсуд керівника органу досудового розслідування, керівника органу дізнання, оперативних підрозділів та представників персоналу органу пробації).

4. Межі розсуду в кримінальному процесі можна визначити як обмеження повноважень суб'єктів кримінального процесу при застосуванні розсуду, при порушенні яких не виконуються основні завдання розсуду, а сам розсуд може бути визнаний незаконним. При цьому обсяг повноважень у процесі реалізації розсуду залежить від детермінантів розсуду, якими можна вважати певні фактори (ознаки), що визначають межі розсуду в конкретній правовій ситуації.

5. Всі детермінанти розсуду діляться на суб'єктивні та об'єктивні. До суб'єктивних детермінантів відносяться лише ті фактори, які пов'язані виключно з особою правозастосувача та вказують на його особистісний вплив при прийнятті певного юридично значущого рішення. Відповідно об'єктивні детермінанти розсуду стосуються всіх інших факторів: нормативно-правових актів, принципів права, правозастосовної практики тощо. Такі детермінанти існують окремо від суб'єкта правозастосування, і такий суб'єкт може впливати на зміст та обсяг об'єктивних детермінантів розсуду лише в складі групи правозастосувачів, а не як окремий індивід.

6. При визначенні розміру застави слідчі судді більшою мірою враховують розмір майнової шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, та майже не враховують інші обставини, які передбачені кримінальним процесуальним законодавством. У зв'язку з цим визначення розміру застави стає непрогнозованим, а суддівський розсуд – необґрунтованим. Одним із способів вирішення такої проблеми є запровадження певних уніфікованих

моделей для оцінки ризиків, які можуть базуватися або на результатах великої кількості попередніх аналогічних рішень слідчих суддів, або можуть бути розробленими науковцями та практиками задля запровадження найкращих практик суддівського розсуду.

7. В кримінальному процесі існують розбіжності між законодавчим регулюванням та практичним застосуванням положень КПК України в частині можливості призначення судового розгляду під час підготовчого провадження у випадку відмови у затвердженні угоди про примирення та про визнання винуватості. З метою забезпечення оперативності судового розгляду та гарантування прав і законних інтересів усіх учасників кримінального провадження доцільно внести зміни до пункту 1 частини третьої ст. 314 КПК України та викласти її в такій редакції: «1) затвердити угоду або відмовити в затвердженні угоди та повернути кримінальне провадження прокурору для продовження досудового розслідування в порядку, передбаченому статтями 468-475 цього Кодексу. *Якщо проти цього не заперечують учасники кримінального провадження, суд після відмови у затвердженні угоди може прийняти рішення, передбачене пунктом шостим частини третьої цієї статті*».

8. На практиці існує проблема неоднакового застосування положень КПК України щодо відмови слідчих суддів визнавати недопустимість доказів відповідно до вимог ст. 89 КПК України. У зв'язку з цим пропонується частину другу ст. 89 КПК України викласти в такій редакції: «2. У разі встановлення очевидної недопустимості доказу під час *судового засідання слідчий суддя*, суд визнає цей доказ недопустимим, що тягне за собою неможливість дослідження такого доказу або припинення його дослідження в судовому засіданні, якщо таке дослідження було розпочате». У разі внесення зазначених змін буде чітко визначено, що слідчі судді мають право визнавати докази недопустимими у випадку очевидних порушень вимог законодавства. Водночас рішення слідчого судді не може бути остаточним щодо визнання доказів недопустимими, адже в такому випадку буде істотно порушено принцип змагальності. Крім того, в

деяких випадках визнання лише одного доказу недопустимим може тягнути за собою закриття всього кримінального провадження. Очевидно, що має бути додатковий контроль за діяльністю слідчих суддів у випадку прийняття таких рішень. Для цього пропонується розширити перелік ухвал слідчих суддів, які підлягають апеляційному оскарженню, шляхом доповнення частини першої ст. 309 КПК України окремим пунктом 14 такого змісту: «14) визнання доказів недопустимими в порядку частини другої статті 89 цього Кодексу».

9. З огляду на те, що прокурор особисто зацікавлений в ефективності досудового розслідування, доцільно розширити його повноваження в частині ініціації формування слідчих груп шляхом доповнення частини другої ст. 36 КПК України окремим пунктом такого змісту: «3¹) ініціювати перед керівником органу досудового розслідування створення слідчої групи у випадках особливої складності кримінального провадження». Така зміна дозволить прокурору забезпечувати ефективність досудового розслідування в тих провадженнях, де він здійснює процесуальне керівництво. Крім того, ця зміна не суперечить положенням КПК України в частині визначення повноважень керівника органу досудового розслідування, адже саме за ним залишається право приймати рішення про створення слідчої або слідчо-оперативної групи.

10. Відсутність нормативних обмежень у частині зміни обвинувачення прокурором в суді, а також відсутність законодавчого тлумачення істотної зміни обвинувачення може стати причиною маскування нового обвинувачення щодо особи зміною такого обвинувачення. Задля недопущення можливого обмеження прав та законних інтересів сторони захисту пропонується в КПК України встановити додатковий контроль за зміною обвинувачення в суді та визначити ознаки істотної зміни обвинувачення шляхом доповнення частини першої ст. 341 КПК України окремим абзацом такого змісту: «Якщо внаслідок зміни обвинувачення відбудеться перекваліфікація кримінального правопорушення на правопорушення з іншого розділу Особливої частини закону України про кримінальну відповідальність, ніж первинне кримінальне правопорушення,

новий обвинувальний акт також має бути погоджений із судом. У випадку відмови суду в погодженні зміненого обвинувачення прокурор може продовжити підтримувати в суді попереднє обвинувачення або відмовитись від обвинувачення. Ухвала суду про відмову у затвердженні обвинувачення може бути оскаржена в апеляційному порядку».

11. Чинний КПК України не регулює порядок часткової відмови прокурора від обвинувачення в суді. Відповідно задля забезпечення єдиного застосування положень кримінального процесуального законодавства доцільно внести зміни до ст. 340 КПК України. Частину другу зазначеної статті запропоновано викласти в такій редакції: «2. У разі відмови *або часткової відмови* прокурора від підтримання державного обвинувачення в суді головуючий роз'яснює потерпілому його право підтримувати обвинувачення в суді.

Якщо потерпілий погодився підтримувати обвинувачення у випадку часткової відмови прокурора від підтримання обвинувачення суд повинен встановити можливість виділення такого провадження в окреме провадження. У випадку неможливості виділення провадження в окреме провадження прокурор повинен повністю відмовитись від підтримання обвинувачення в суді».

12. Поняття «процесуальна самостійність» та «розсуд» слідчого тісно між собою пов'язані, проте не є тотожними, адже розсуд слідчого необхідно розглядати як механізм реалізації процесуальної самостійності, який стосується способу реалізації відповідних повноважень слідчого. При цьому зв'язок між процесуальною самостійністю та розсудом слідчого є двостороннім. Розсуд розглядається як механізм реалізації процесуальної самостійності, при цьому чим частіше слідчий у своїй діяльності може застосувати розсуд, тим ширшою є його процесуальна самостійність.

13. З метою уніфікації положень ст. 40 та статей 311-313 КПК України щодо порядку оскарження слідчим рішень, дій та бездіяльності прокурора

необхідно частину третю ст. 40 КПК України викласти в такій редакції: «3. У випадках відмови прокурора у погодженні клопотання слідчого до слідчого судді про застосування заходів забезпечення кримінального провадження, проведення слідчих (розшукових) дій чи негласних слідчих (розшукових) дій слідчий має право звернутися до прокурора вищого рівня, який протягом трьох днів погоджує відповідне клопотання або відмовляє у його погодженні». В такому разі керівник органу досудового розслідування виключається з процесу оскарження відмови прокурора у затвердженні клопотань слідчого, що відповідає практиці оскарження рішень, дій чи бездіяльності прокурора до прокурора вищого рівня.

14. Задля вдосконалення процедури початку досудового розслідування необхідно на законодавчому рівні закріпити визначення терміна «заяви та повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення», під яким слід розуміти усне чи письмове звернення заявника або потерпілого до органу досудового розслідування чи прокуратури, або рапорт уповноваженого правоохоронного органу, зі змісту якого можна зробити попередній висновок про наявність події кримінального правопорушення. Пропонується частину першу ст. 214 КПК України викласти в такій редакції: «1. Слідчий, дізнавач, прокурор невідкладно, але не пізніше 24 годин після подання заяви, повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення або після самостійного виявлення ним з будь-якого джерела обставин, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення, зобов'язаний *перевірити заяву чи повідомлення на відповідність вимогам, передбаченим пунктом 7¹ частини першої статті 3 цього Кодексу* та внести відповідні відомості до Єдиного реєстру досудових розслідувань, розпочати розслідування та через 24 години з моменту внесення таких відомостей надати заявнику витяг з Єдиного реєстру досудових розслідувань».

15. Ефективність досудового розслідування – це ознака досудового розслідування, що характеризується можливістю досягнення завдань,

передбачених ст. 2 КПК України, та яка може бути оцінена шляхом перевірки кількості проведених об'єктивно необхідних процесуальних дій, та оперативністю прийняття проміжних і кінцевих процесуальних рішень (повідомлення про підозру, складання та направлення обвинувального акта до суду, закриття кримінального провадження тощо). Керівник органу дізнання або керівник органу досудового розслідування, оцінюючи ефективність досудового розслідування, повинен встановити: 1) чи дійсно слідчий (дознавач) не може провести будь-які інші процесуальні дії; 2) чи може слідчий (дознавач) прискорити проведення процесуальних дій, які тривають; 3) чи міг слідчий (дознавач) уникнути ситуації, за якої він не може продовжувати проводити необхідні для розслідування процесуальні дії.

16. Розсуд співробітників оперативних підрозділів у кримінальному процесі досить обмежений. Відповідно до частини першої ст. 41 КПК України оперативні підрозділи в кримінальному процесі можуть діяти виключно за дорученням слідчого або прокурора. Ініціативність оперативних підрозділів у кримінальному провадженні обмежена дорученням слідчого, дізнавача та прокурора, і вчиняти будь-які процесуальні дії на власний розсуд співробітники оперативних підрозділів у кримінальному процесі не можуть. Проте в межах такого доручення співробітники оперативних підрозділів вільні у виборі тактики та методики проведення відповідних процесуальних дій. На цьому етапі і може бути застосовано розсуд такими співробітниками. Розсуд працівників оперативних підрозділів носить більше процедурний характер, адже їх, як правило, не обмежують у способах реалізації зазначених доручень. Водночас час вчинення інших процесуальних дій або проведення додаткових процесуальних дій навіть у випадках крайньої необхідності кримінальним процесуальним законодавством забороняється.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Абушенко Б.Д. Судебное усмотрение в гражданском и арбитражном процессе. М.: Норма, 2002. 176 с.
2. Абушенко Д.Б. Судебное усмотрение в гражданском процессе: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. М., 2002. 164 с.
3. Адушкин Ю. С. О принципах процессуальной экономии и административного усмотрения в дисциплинарном производстве. *Правопорядок и правовой статус личности в развитом социалистическом обществе в свете Конституции СССР 1977 года*. Саратов: Саратов. ун-т, 1980. С. 258-261.
4. Алейніков Г. І. Деякі проблеми зміни обвинувачення у стадії судового розгляду. *Право і суспільство*. 2012. №5. С. 120-126.
5. Алексеев А.А. Проблемы теории права: Основные вопросы общей теории социалистического права. Курс лекций в 2-х томах. Т. 1. Свердловск: Изд-во Свердл. юрид. ин-та, 1972. 360 с.
6. Алексеев С. С. Общая теория права: 2-е изд, перераб.и доп. М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. 576 с.
7. Алексеев С.С. Общая теория права. М., 1982. Т. 1. 360 с.
8. Аленін Ю.П., Волошина В.К. Поняття та система принципів кримінального провадження. *Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія»*. 2014. Т. 14. С. 78-89.
9. Андронов І.В. Суддівський розсуд при ухваленні судових рішень як інструмент протидії зловживанню процесуальними правами. *Зловживання цивільними процесуальними правами: шляхи протидії*: матеріали круглого столу (м. Одеса, 27 листопада 2015 р.). Одеса: Фенікс, 2015. С. 26-29.
10. Антропов В.Г. Правоприменительное усмотрение: понятие и формирование (логико-семантический аспект): дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Волгоград, 1995. 180 с.

11. Арчер П. Английская судебная система /Пер. с англ. Л.А. Ветвинского. М.: Изд-во иностранной лит., 1959. 268 с.
12. Багрій М.В. Угляд (розсуд) слідчого у кримінальному судочинстві України: до питання визначення поняття. *Часопис Академії адвокатури України*. 2011. №13. С. 1-5.
13. Баев О.Я. Усмотрение в уголовном судопроизводстве. *Вестник ВГУ. Серия: Право*. 2010. №1. С. 438-450.
14. Барак А. Судейское усмотрение. Пер. с англ. М.: Норма, 1999. 364 с.
15. Беднарська В.М. Питання можливості реалізації перегляду судових рішень Верховним судом України. URL: <http://www.corp-lguvd.lg.ua/d120104.html> (дата звернення: 10.10.2020).
16. Берг Л.Н. Судебное усмотрение и его пределы: общетеоретический аспект: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Екатеринбург, 2008. 202 с.
17. Березин. А.А. Пределы правоприменительного усмотрения: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Нижний Новгород, 2007. 200 с.
18. Берендюхин В., Струнская О. Усмотрение суда ограничить процессуальными нормами. *ЭЖ-Юрист*. 2006. №4. С. 8-9.
19. Белкін Л.М. Дискреційні повноваження органів влади як чинник коупції. *Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика)*. 2011. Вип. 24. С. 91-100
20. Бігун В. С. Філософія правосуддя: ідея та здійснення: монографія. Київ, 2011. 303 с.
21. Бондюк А. Аналіз наукових підходів до визначення поняття «судовий розсуд». *Вісник Національного університету «Львівська політехніка»*. *Серія: Юридичні науки: збірник наукових праць*. 2017. №861. С. 422-426.
22. Боннер А.Т. Применение закона и судебное усмотрение. *Советское государство и право*. 1979. №6. С. 34-42.
23. Боннер А.Т. Применение нормативных актов в гражданском процессе. М.: Юрид. лит., 1980. 142 с.

24. Бурмагин С.В. Уголовный суд России: монография. М.: Юрлитинформ, 2010. 392 с.
25. Бущенко А. Ст. 5 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. Систематизований дайджест рішень Європейського суду з прав людини. *Харківська правозахисна група*. Харків: Права людини, 2009. 432 с.
26. Вартанов А.Р. Проблемы процессуальной самостоятельности следователя по УПК РФ: автореф. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Краснодар, 2012. 23 с.
27. Васильев Л.М. Практика как критерий истины в уголовном судопроизводстве. Краснодар, 1993. 169 с.
28. Вирок Дніпровського районного суду м. Києва від 19.12.2016, справа №755/11772/15-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/63490336> (дата звернення: 10.10.2020).
29. Вирок Ленінського районного суду м. Запоріжжя від 10.02.2014, справа №334/8847/13-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/38232086> (дата звернення 11.04.2020).
30. Вирок Рівненського районного суду Рівненської області від 13.06.2017, справа №570/384/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/67506796> (дата звернення 11.04.2020)
31. Власенко Н.А. Проблемы точности выражения формы права (лингво-логический анализ): автореф. дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.01. Екатеринбург, 1997. 71 с.
32. Галаган О.І. Поняття та система засад (принципів) кримінального провадження. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. 2013. №4. С. 167-172.
33. Галушко А.В. Представник персоналу органу пробачії як учасник кримінального провадження: актуальні питання вдосконалення кримінально-

процесуального статусу. *Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України*. 2018. №16. С. 177-183.

34. Гарапшин КМ. Функции правоприменительной практики в советском общенародном государстве. Вопросы осуществления прав и обязанностей в развитом социалистическом обществе. Казань: КГУ, 1983. 186 с.

35. Гасанов Р.Н. Здійснення повноважень прокурором в частині проведення слідчих (розшукових) дій: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Одеса, 2017. 251 с.

36. Геселев О.В. Проблеми взаємодії праворозуміння та розсуду правозастосувача при обґрунтуванні процесуальних рішень у кримінальному судочинстві. Філософсько-правовий аналіз. *Держава і право*. 2009. Вип. 46. С. 473-479.

37. Гловюк І. В. Деякі проблеми тлумачення категорії «обвинувачення» (нормативний аспект). *Вісник кримінального судочинства*. 2015. №1. С. 17-22.

38. Гловюк І. В. Кримінально-процесуальні функції: теорія, методологія та практика реалізації на основі положень Кримінального процесуального кодексу України 2012 р.: монографія. Одеса: Юридична література, 2015. 712 с.

39. Гловюк І. В. Повноваження слідчого судді у досудовому провадженні. *Митна справа*. 2012. №. 6. Частина 2. Книга 2. С. 103-110.

40. Гловюк І. В. Прокурор у кримінальному провадженні: конституційна та галузева регламентація функціональної спрямованості діяльності. *Вісник кримінального судочинства*. 2017. №4. С. 20-26.

41. Гловюк І.В. Деякі аспекти доказування у кримінальному провадженні на підставі угод. *Порівняльно-аналітичне право*. 2013. №3-1. С. 343-346.

42. Головки Л.В. Институт отказа прокурора от обвинения и изменения обвинения в суде: постсоветские перспективы в условиях теоретических заблуждений. *Государство и право*. 2012. №2. С. 50-67.

43. Грачева Ю.В. Судейское усмотрение в реализации уголовно-правовых норм: проблемы законотворчества, теории и практики: дисс. ... докт. юрид. наук: 12.00.09. Москва, 2011. 535 с.
44. Грачева Ю.В. Судейское усмотрение в уголовном праве: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. М., 2002. 30 с.
45. Гринів О.Д. Вказівка прокурора як форма процесуального керівництва досудовим розслідуванням. *Університетські і наукові записки*. 2016. №57. С. 205-212.
46. Гринюк В.О. Проблеми зміни обвинувачення прокурором під час судового розгляду. *Порівняльно-аналітичне право*. 2016. №2. С. 203-206.
47. Гринюк В.О. Функція обвинувачення в кримінальному провадженні України: теорія та практика: монографія. К.: Алерта, 2016. 358 с.
48. Громова Н.В. Виды судейского усмотрения при совершении процессуальных действий. *Арбитражная практика*. 2002. №3. С. 49-52.
49. Грошевой Ю.М. Проблемы формирования судейского убеждения в уголовном судопроизводстве. Харьков: Вища шк. Изд-во при Харьк. ун-те, 1975. 144 с.
50. Грушевська М.І. Зміна прокурором публічного обвинувачення як форма зміни правової позиції прокурора в суді першої інстанції. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2017. №1(8). С. 236-247.
51. Грушевська М.І. Поняття та загальна характеристика відмови прокурора від підтримання державного обвинувачення. *Науковий вісник Херсонського державного університету*. 2016. Випуск 3. Том 2. С. 100-103.
52. Гук П. А. Судебная практика как форма судебного нормотворчества в правовой системе России: общетеоретический анализ: дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.01. М., 2012. 409 с.
53. Гук П.А. Независимость и судейское усмотрение. *Российская юстиция*. 2008. №11. С. 45-47.

54. Гуляев А.П. Следователь в уголовном процессе: учебн. пособие. М.: Юрид. лит., 1981. 191 с.
55. Гумін О.М. Використання слідчим сил та засобів оперативних підрозділів на досудовому розслідуванні. *Форум права*. 2013. №1. С. 237-242.
56. Дворкин Р. О правах всерьез /пер. с англ.: ред. Л.Б. Макеева. М.: «Российская политическая энциклопедия» (РОССПЭН), 2004. 392 с.
57. Добровольская Т.Н. Изменения обвинения в судебных стадиях советского уголовного процесса. М.: Юрид. лит., 1977. 110 с.
58. Дроздович Н.Л. Внутрішнє переконання судді як елемент принципу вільної оцінки доказів. *Часопис Київського університету права*. 2010. №1. С. 250-258.
59. Дубинский А.Я. Правовые и организационные проблемы исполнения процессуальных решений следователя: дисс. ... докт. юрид. наук: 12.00.09. Киев, 1984. 393 с.
60. Дубовицкий В.Н. Законность и усмотрение в советском государственном управлении. Минск: Наука и техника, 1984. 141 с.
61. Ермакова К.П. Пределы судебного усмотрения: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Москва, 2010. 212 с.
62. Ершов В.В., Ершов В.В. Спор между Г. Хартом и Р. Дворкиным: анализ концептуальных положений и связанных с ними актуальных дискуссионных проблем современной теории права. *Российское правосудие*. 2009. №1. С. 4-22.
63. Єні О. Діяльність прокурора щодо забезпечення розумних строків кримінального провадження. *Вісник Національної академії прокуратури України*. 2016. №4. С. 85–90.
64. Єні О.В. Деякі аспекти кримінального провадження у формі приватного обвинувачення. *Форум права*. 2013. №2. С. 134-139.

65. Єні О.В., Матієк Л.Г. Підготовче провадження як елемент судового провадження в суді першої інстанції. *Часопис Київського університету права*. 2013. №2. С. 286-289.

66. Жигалкін П.І., Прилипко С.М., Ярошенко О.М. Судова практика та її значення для регулювання відносин у сфері праці: монографія. Харків: Вид-во «ФІНН», 2008. 544 с.

67. Захаров Д.О. Роль суду у формуванні доказової бази у кримінальному провадженні. *Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского. Серия «Юридические науки»*. 2012. Т. 25, №2. С. 202-203.

68. Зейкан Я.О. проблеме свободного судебного усмотрения в арбитражном процессе. *Вестник Арбитражного суда Ставропольского края*. 2004. №1. С. 21.

69. Зеленецький В., Лобойко Л. Критерії оцінки ефективності діяльності органів кримінального переслідування в Україні. *Правові науки України (Збірник наукових праць)*. URL: <http://www.info-library.com.ua/books-text-10081.html> (дата звернення: 10.10.2020).

70. Зникин В.К. Некоторые проблемы эффективности и качества досудебного производства. *Уголовная юстиция*. 2014. №1 (3). С. 20-24.

71. Игнатьев А.С. Понятие и признаки усмотрения при осуществлении судопроизводства в конституционном суде Российской Федерации. *Ленинградский юридический журнал*. 2011. №4. С. 152-166.

72. Інструкція з організації взаємодії органів досудового розслідування з іншими органами та підрозділами Національної поліції України в запобіганні кримінальним правопорушенням, їх виявленні та розслідуванні, затверджена Наказом Міністерства внутрішніх справ України від 07.07.2017 №575. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0937-17#Text> (дата звернення 10.10.2020).

73. Інструкція про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні,

затверджена наказом Генеральної прокуратури України, Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України, Адміністрації Державної прикордонної служби України, Міністерства фінансів України, Міністерства юстиції України від 16.11.2012 №114/1042/516/1199/936/1687/5. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0114900-12/print> (дата звернення: 10.10.2020).

74. Кавун Д. Повноваження слідчого у забезпеченні прав і законних інтересів потерпілого (фізичної особи). *Підприємництво, господарство і право*. 2016. №7. С. 148-152.

75. Канцір В.С. Проблеми судового угляду при застосуванні кримінального законодавства України: автореф. ... дис. канд. юрид. наук: 12.00.08. Львів, 1998. 20 с.

76. Капліна О. Проблеми визначення компетенції слідчого та прокурора на етапі закінчення досудового розслідування. *Право України*. 2018. №8. С. 72-84. С. 72-84.

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

78. Карнаух Т.М. Реформування інституту перегляду судових рішень у цивільних справах. *Наукові записки НАУКМА. Юридичні науки*. 2011. Том 116. С. 77–81.

79. Карташов В.Н. Правоприменительная практика в социалистическом обществе. Ярославль: ЯрГУ, 1986. 86 с.

80. Кахновець С.О. Поняття, суть та значення угляду прокурора в кримінальному провадженні. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*. 2016. Випуск 41. Том 2. С. 158-161.

81. Кашанина Т.В. Оценочные понятия в советском праве. *Правоведение*. 1976. №1. С. 25-31.

82. Кількість скасованих рішень може виявитися підставою для позбавлення мантиї. *Закон і Бізнес*: веб-сайт. URL: https://zib.com.ua/ua/276-limit_na_romilki.html (дата звернення: 27.04.2020).

83. Кіпер О.О. Процесуальна самостійність слідчого як гарантія всебічного, повного й неупередженого розслідування у кримінальному провадженні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Одеса, 2017. 240 с.

84. Кіпер О.О. Щодо класифікації повноважень слідчого у кримінальному провадженні. *Актуальні проблеми кримінального права, процесу, криміналістики та оперативно-розшукової діяльності*: тези Всеукраїнської науково-практичної конференції (Хмельницький, 3 березня 2017 року). Хмельницький: Вид-во НАДПСУ, 2017. С. 539-542.

85. Клеандров М.И. О судебском усмотрении. *Российское правосудие*. 2007. №6. С. 4-16.

86. Клейн А.А. Правовые и организационные аспекты процессуальной самостоятельности и независимости следователя органов внутренних дел: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. М., 1992. 217 с.

87. Клейн А.А. Правовые и организационные аспекты процессуальной самостоятельности и независимости следователя органов внутренних дел: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. М., 1992. 26 с.

88. Климчук М.П. Виконання доручень як форма взаємодії слідчих та оперативних підрозділів у кримінальному провадженні. *Вісник кримінального судочинства*. 2015. №1. С. 54-58.

89. Ковальський В.С. Проблема суддівського розсуду та кримінальний закон. *Судова реформа в Україні: проблеми і перспективи*: матеріали наук.-практ. конф. (м. Харків, 18-19 квітня 2002 р.). К.: Юрінком Інтер, 2002. С. 112-114.

90. Колесник В.А. Негласні слідчі (розшукові) дії: кримінально-процесуальні та криміналістичні аспекти підготовки і проведення: наук.-практ. посіб. Київ: Прецедент, 2014. 135 с.

91. Колесник Г.Р. Особливості повноважень керівника органу досудового розслідування. *Право і суспільство*. 2017. №4. С. 233-238.
92. Колодіна А.С. Принципи криміналістичної методики у діяльності з розслідування злочинів: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Одеса, 2016. 216 с.
93. Колодчин В.В., Туманянц А.Р. Повноваження прокурора в судовому провадженні у першій інстанції: монографія. Харків: ТОВ «Оберіг», 2016. 228 с.
94. Комарницька О.Б. Щодо недотримання розумних строків у кримінальному провадженні під час досудового розслідування. *Часопис цивільного і кримінального судочинства*. 2014. №4. С. 85-95.
95. Комиссаров К.И. Задачи судебного надзора в сфере гражданского судопроизводства. Свердловск, 1971. 167 с.
96. Комиссаров К.И. Судебное усмотрение в советском гражданском процессе. *Советское государство и право*. 1969. №4. С. 49-56.
97. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, ратифікована Законом №475/97-ВР від 17.07.97. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text (дата звернення: 10.10.2020).
98. Копоть В.О. Суддівський розсуд як запорука дотримання інтересів людини. *Права людини в умовах сучасного державотворення: теоретичні і практичні аспекти*: збірник тез доповідей за матеріалами IV Міжнародної науково-практичної конференції студентів і молодих вчених (11-12 грудня 2009 р.). Суми: УАБС НБУ, 2009. С. 174-177.
99. Кораблина О.В. Понятие и признаки судебного усмотрения в российском уголовном праве. *Вестник АГТУ. Гуманитарные науки*. 2007. №3(38). С. 242-248.
100. Кораблина О.В. Усмотрение в правоприменительной деятельности: общетеоретический и нравственно-правовой аспекты: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Саратов, 2009. 22 с.

101. Корж В.П. Актуальные вопросы законодательного закрепления новых процессуальных полномочий прокурора в суде. *Проблемы совершенствования прокурорского надзора*. М., 1997. С. 105-107.

102. Корнеев А.П. Административное усмотрение в применении законодательства об ответственности за правонарушения. *Проблемы теории и практики административной ответственности в свете решений XXV съезда КПСС и Конституции СССР*: материалы научно-практической конференции. М., 1979. С. 66-70.

103. Кримінальний процес: підруч. /за заг. ред. В.Я. Тація, Ю.М. Грошевого та ін. Х.: Право, 2013. 824 с.

104. Кримінальний процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар /відп. ред.: С.В. Ківалов, С.М. Міщенко, В.Ю. Захарченко. Х.: Одіссей, 2013. 1104 с.

105. Кримінально-процесуальне право України: підручник /за ред. Ю.П. Аленіна. Х.: ТОВ «Одіссей», 2009. 816 с.

106. Кулапов В.Л., Медная Ю.В. Поднормативное правовое регулирование. Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2009. 199 с.

107. Кучинська О.П. Розумні строки кримінального провадження – одна з гарантій справедливого судочинства. *Вісник кримінального судочинства*. 2015. №2. С. 44-49.

108. Лазарев В.В. Применение советского права /науч. ред. Б.С. Волков. Казань: Изд-во Казанского ун-та, 1972. 200 с.

109. Лапкін А. В. Деякі проблеми визначення термінології щодо діяльності прокурора у кримінальному провадженні у зв'язку зі зміною конституційної регламентації функцій прокуратури. *Сучасні проблеми правового, економічного та соціального розвитку держави*: тези доп. V Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 18 листоп. 2016 р.). Харків, 2016. С. 142-145.

110. Ларин А.М. Расследование по уголовному делу. Планирование, организация. Москва: Юрид. лит., 1970. 224 с.

111. Ларин А.М. Следствие: каким ему быть? *Человек и закон*. 1996. №10. С. 50-55.

112. Лист Верховного Суду України від 25.01.2006 №1-5/45. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v5_45700-06/print (дата звернення: 10.10.2020).

113. Лист ВССУ «Про деякі питання здійснення слідчим суддею суду першої інстанції судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб під час застосування заходів забезпечення кримінального провадження» URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0558740-13> (дата звернення: 10.10.2020).

114. Литвин О.В. Кримінально-процесуальне доказування у стадії судового розгляду: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Одеса, 2015. 214 с.

115. Лукашкіна Т.В. Деякі зауваження до Закону України «Про пробацію» та внесених у зв'язку з ним доповнень до КПК України. *Актуальні проблеми удосконалення кримінального процесуального законодавства*: матер. Всеукр. наук.-практ. конфер., присвяч. до 70-річчя д. ю. н., професора Ю.П. Аленіна (21 квітня 2017 р., м. Одеса). Одеса: Юрид. л-ра, 2017. С. 81-88

116. Лукьяненко М.Ф. Усмотрение как способ применения оценочных понятий гражданского права. *Право и политика*. 2008. №8. С С. 1940-1947.

117. Лупинская П.А. Решения в уголовном судопроизводстве: их виды, содержание и формы. М.: Юрид. лит., 1976. 168 с.

118. Луцик В.В. Правовий статус та повноваження прокурора за новим КПК України. *Митна справа*. 2013. №1 (85). Ч. 2. Кн.1. С. 231-238.

119. Ляш А.О., Баулін О.В. Процесуальна самостійність і незалежність слідчого за новим КПК України. *Часопис Академії адвокатури України*. 2013. №18. URL: <http://e-pub.aau.edu.ua/index.php/chasopys/article/download/167/18> (дата звернення: 10.10.2020).

120. Маїлунц Б.Е. Суб'єкти кримінального переслідування у досудовому провадженні та у провадженні в суді першої інстанції: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Одеса, 2019. 230 с.
121. Макаренко А.С. Суддівський розсуд при призначені покарання в Україні: автореф. ... дис. канд. юрид. наук: 12.00.08. Одеса, 2012. 22 с.
122. Макбрайд Дж. Європейська конвенція із прав людини та кримінальний процес. Київ: К.І.С., 2013. 576 с.
123. Малиновский А.А. Усмотрение в праве. *Государство и право*. 2006. №4. С. 102-104.
124. Малько А.В. Правовые ограничения: от отраслевого понимания к теоретическому. *Правоведение*. 1993. №5. С 12-22.
125. Малько А.В. Стимулы и ограничения в праве. М.: Юрист, 2004. 248 с.
126. Манохин В.М. Правовое государство и проблема управления по усмотрению. *Сов. государство и право*. 1990. №1. С. 23-30.
127. Марков П.В. Правовая природа и условия осуществления судебного усмотрения: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Москва, 2012. 180 с.
128. Марфицин П.Г. Усмотрение следователя (уголовно-процессуальный аспект): дисс. .. докт. юрид. наук: 12.00.09. Омск, 2003. 418 с.
129. Мельник Г.П. Судовий розсуд (дискреція) як явище правової системи. *Наукові записки НаУКМА*. 2009. Т. 90: Юридичні науки. С. 44-47.
130. Михайлова Т.А. К вопросу о концепции уголовного преследования в судебных стадиях. *Прокуратура и правосудие в условиях судебно-правовой реформы: Сборник научных трудов*. М.: Научно-исследовательский институт проблем укрепления законности и правопорядка, 1997. С. 112-116.
131. Михеєнко М.М. Кримінальний процес України: підр. К.: Либідь, 1999. 536 с.
132. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права, ратифікований Указом Президії Верховної Ради Української РСР №2148-VIII

від 19.10.73. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043#Text (дата звернення: 10.10.2020).

133. Можняков Р. Прокурор як гарант дотримання прав потерпілих при зміні обвинувачення в суді. *Повноваження прокурора щодо визначення меж судового розгляду*: матеріали круглого столу (22 листопада 2019 року). Київ: Національна академія прокуратури України, 2019. С. 68-70.

134. НАБУ закликає скасувати зміни до КПК, які паралізують роботу правоохоронних органів. *НАБУ*: веб-сайт. URL: <https://nabu.gov.ua/novyny/nabu-zaklykaye-skasuvaty-zminy-do-kpk-yaki-paralizuyut-robotu-pravoohoronnyh-organiv> (дата звернення: 10.10.2020)..

135. Найменша кількість скасованих рішень – в судах господарської юрисдикції. *Судебно-юридическая газета*: веб-сайт. URL: <https://sud.ua/ru/news/publication/162665-naymensha-kilkist-skasovanikh-rishen-v-sudakh-gospodarskoji-yurisdiktsiyi> (дата звернення: 27.04.2020).

136. Наумов А.В. Применение уголовно-правовых норм. По материалам следственной и прокурорско-судебной практики: Учебное пособие. Волгоград: Изд-во ВСШ МВД СССР, 1973. 176 с.

137. Нестеренко О. С. Правовий статус керівника органу досудового розслідування. *Проблеми законності*. 2014. Вип. 127. С. 129-136.

138. Никонов М.А. Судейское усмотрение: уголовно-процессуальные аспекты: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Москва, 2013. 272 с.

139. Общая теория права и государства: учебник для юрид. вузов /под ред. В. В. Лазарева. М.: Юрист, 1994. 360 с.

140. Огилец А.А. Процессуальные, тактические и психологические аспекты усмотрения следователя: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Краснодар, 2005. 190 с.

141. Огляд даних про стан здійснення правосуддя у 2018 році. *Державна судова адміністрація України*: веб-сайт. URL:

https://court.gov.ua/userfiles/media/media/ogl_2018.pdf (дата звернення: 27.04.2020).

142. Огляд житла як слідча дія. *Адвокат Рівне*. URL: http://advokat-rivne.io.ua/s2294827/oglyad_jitla_yak_slidcha_diya (дата звернення: 10.10.2020).

143. Огородов А.Н. Процессуальная самостоятельность следователя: понятие и сущность. *Сибирский юридический вестник*. 2015. №3 (70). С. 92-96.

144. Ожегов С.И. Словарь русского языка /под ред. Н.Ю. Шведовой. М.: Советская энциклопедия, 1973. 848 с.

145. Осмолян В.А. Статус слідчого за Кримінально-процесуальним кодексом України 1960 р. та Кримінальним процесуальним кодексом України 2012 р. *Університетські наукові записки*. 2013. №1. С. 300-305.

146. Павлишин А. Окремі питання допустимості доказів за Кримінальним процесуальним кодексом України 2012 р. *Вісник Львівського університету. Серія юридична*. 2014. Вип. 59. С. 356-364.

147. Павлишин А.А. Відмова прокурора від підтримання державного обвинувачення в суді. *Прокуратура. Людина. Держава*. 2005. №2. С. 54-61.

148. Папкова О.А. Понятие судейского усмотрения. *Журнал российского права*. 1997. №12. С. 98-118.

149. Папкова О.А. Пределы судейского усмотрения в гражданском процессе. *Журнал российского права*. 1998. №2. С. 99-107.

150. Папкова О.А. Усмотрение суда. М.: Статут, 2005. 213 с.

151. Перепелиця С.І., Дробчак Л.В. Окремі аспекти дотримання «розумних строків» в кримінальному провадженні. *Форум права: електрон. наук. фахове вид.* 2017. №4. С. 177-184.

152. Перепелюк В. Науковий висновок щодо меж дискреційного повноваження суб'єкта владних повноважень та судового контролю за його реалізацією. *Судова влада України: веб-сайт*. URL: https://supreme.court.gov.ua/supreme/pro_sud/naukovi_visnovki/nauk_visnovok_01_03_2018 (дата звернення: 05.01.2021).

153. Петрова А.С. Дискреційні повноваження судді у кримінальному судочинстві як один із видів корупційних ризиків судової системи України. *Вісник кримінального судочинства*. 2017. №1. С. 156-163.

154. Петрова Н.Е. Частное и субсидиарное обвинение. Самара: Самар. ун-т, 2004. 213 с.

155. Петрушко М.І. Висунення прокурором додаткового обвинувачення. *Правовий часопис Донбасу*. 2018. №2. С. 150-154.

156. Питецкий В.В. Применение оценочных признаков уголовного закона: (сущность, функции, перспективы использования в законодательстве): учеб. пособие. Красноярск: Изд-во Краснояр. ун-та, 1995. 126 с.

157. Пишньов Д.І. Процесуальні питання щодо розроблення законодавчих актів зі створення слідчого комітету. *Засади кримінального судочинства та їх реалізація в законотворчій і правозастосовній діяльності: тези доп. та повідомл. наук.-практ. конф. (Київ, 3 квітня 2009 р.)*. К.: Атіка, 2009. С. 320-322

158. Підтримання державного обвинувачення: навч.-метод. посібник за ред. Ю. Є. Полянського; авт. кол.: В. В. Долежан, Д. М. Притика, М. В. Косюта та ін. Одеса: Фенікс. 2012. 81 с.

159. Підтримання прокурором публічного обвинувачення: підруч. К.: Національна академія прокуратури України, 2017. 630 с.

160. Погорелова Н.С. Судейское усмотрение в производстве по делам об административных правонарушениях: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.14. Ростов-на-Дону, 2005. 173 с.

161. Погорецький М., Міцкан О. «Обґрунтована підозра»: непізнаний феномен українського кримінального процесу. *Юридичний інтернет-ресурс «Протокол»* (21.03.2019). URL: https://protocol.ua/ua/ob_runtovana_pidozra_nepiznaniy_fenomen_ukrainskogo_kriminalnogo_protsesu/ (дата звернення: 10.10.2020).

162. Полегенька О. Правові наслідки при зміні обвинувачення прокурором в суді. *Повноваження прокурора щодо визначення меж судового розгляду: матеріали круглого столу* (22 листопада 2019 року). Київ: Національна академія прокуратури України, 2019. С. 77-79.

163. Поляков І.І. Розсуд у праві: поняття, ознаки і види. *Актуальні проблеми політики: зб. наук. пр.* Одеса: Фенікс, 2009. Вип. 38. С. 233-239.

164. Полянський А.О. Засади (принципи) кримінального провадження: сутність, значення, система і важливість унормування. *Збірник наукових праць Харківського національного педагогічного університету імені Г.С. Сковороди «ПРАВО»*. 2017. Вип. 26. С. 111-117.

165. Попелюшко В. Подання суду доказів за новим КПК України. *Юридичний вісник України*. 2013. №14 (927). С. 4.

166. Попелюшко В.О. Слідчий суддя у кримінальному провадженні. *Часопис Національного університету Острозька академія. Серія «Право»*. 2014. №1 (9). URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Choasp_2014_1_15 (дата звернення: 10.10.2020).

167. Поповський Д.П. Суддівський розсуд: погляд на проблему. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія ПРАВО*. 2014. Випуск 29. Том 2. С. 226-230.

168. Порядок організації діяльності прокурорів і слідчих органів прокуратури у кримінальному провадженні, затверджений Наказом Генеральної прокуратури України від 28.03.2019 №51. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0363-19> (дата звернення: 23.05.2020).

169. Порядок складання досудової доповіді, затверджений наказом Міністерства юстиції України від 27.01.2017 №200/5. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0121-17#Text> (дата звернення: 10.10.2020).

170. Постанова Верховного Суду від 01.02.2018, справа №634/609/15-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/72009792> (дата звернення: 10.10.2020).

171. Постанова Верховного Суду від 06.02.2018 року, справа №752/11464/16-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72150999> (дата звернення: 16.03.2020).

172. Постанова Верховного Суду від 25.11.2019, справа №420/1667/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/86070671> (дата звернення: 10.10.2020).

173. Постанова Верховного Суду від 29.01.2019 р., справа №466/896/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/79601140> (дата звернення 10.10.2020).

174. Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» від 01.11.1996 №9. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-96> (дата звернення: 01.03.2020).

175. Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про судову практику застосування судами першої та апеляційної інстанцій процесуального законодавства щодо обрання, продовження запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою» від 19.01.2014 №14. URL: http://lib.znau.edu.ua/jirbis2/images/phocagallery/2017/Pryklady_DSTU_8302_2015.pdf (дата звернення: 01.03.2020).

176. Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про деякі питання дотримання розумних строків розгляду судами цивільних, кримінальних справ і справ про адміністративні правопорушення» від 17.10.2014 №11. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0011740-14/print> (дата звернення: 10.10.2020).

177. Проект Закону про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» щодо вдосконалення порядку притягнення до дисциплінарної відповідальності суддів від 16.10.2019 №2271. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67098 (дата звернення: 27.04.2020).

178. Пронин К.В. Дискреционные полномочия суда в уголовном судопроизводстве: автореф. ... дисс. канд. юрид. наук: 12.00.09. Челябинск, 2010. 25 с.

179. Рабінович П.М. Застосування Європейської конвенції з прав людини та практики Страсбурзького суду в Україні: монографія. К.: 2014. 208 с.

180. Рарог А.И., Степалин В.П. Судейское усмотрение при назначении наказания. *Государство и право*. 2002. №2. С. 26-42.

181. Расторгуєв О. Повідомлення про підозру: проблематика прийняття процесуального рішення в контексті дефектів кримінального процесуального інституту. *Юридичний інтернет-ресурс «Протокол»* (24.09.2018). URL: https://protocol.ua/ua/povidomlennya_pro_pidozru_problematika_priynyattya_protse_sualnogo_rishennya_v_konteksti_defektiv_kriminalnogo_protse_sualnogo_institutu_1/ (дата звернення: 10.10.2020).

182. Рахунов Р.Д. Участники уголовно-процессуальной деятельности: учеб. пособие. М.: Гос.юриздат., 1961. 277 с.

183. Рекомендація №6 R (87) 18 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам «Стосовно спрощення кримінального правосуддя» від 17.09.1987. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_339 (дата звернення: 23.05.2020).

184. Реутов В.П. Правоприменительная практика: понятие и место в правовой системе. Современная правоприменительная практика как осуществление правовой политики перестройки в СССР: Межвуз. сб. науч. тр. Пермь, 1989. 148 с.

185. Рибалко В.О. Наявність ризику переховування від органів досудового розслідування та/або суду як одна з підстав застосування запобіжного заходу. *Форум права*. 2015. №2. С. 152-158.

186. Рибалко В.О. Оцінке поняття «суспільний інтерес» як підстава для відмови у затвердженні угоди про примирення і визнання винуватості.

Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. 2014. №2. С. 356-366.

187. Рішення Вищої ради правосуддя «Про надання консультативного висновку до законопроекту №2271» від 14.11.2019 №2997/0/15-19. URL: <https://hcj.gov.ua/doc/doc/770> (дата звернення: 27.04.2020).

188. Рішення Європейського суду з прав людини по справі «Алексахін проти України» від 19.07.2012, заява №31939/06. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_925#Text (дата звернення: 10.10.2020).

189. Рішення Європейського суду з прав людини по справі «Антоненков та інші проти України» від 22.11.2005, заява №14183/02. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_424#Text (дата звернення: 10.10.2020).

190. Рішення Європейського суду з прав людини по справі «Білуха проти України» від 09.11.2006, заява №33949/02. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_272#Text (дата звернення: 10.10.2020).

191. Рішення Європейського суду з прав людини по справі «Бомартен проти Франції» від 24.11.1994, заява №15287/89 URL: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57898> (дата звернення: 10.10.2020).

192. Рішення Європейського суду з прав людини по справі «Броуган та інші проти Сполученого Королівства», №10/1987/133/184-187. URL: http://eurocourt.in.ua/Article.asp?AIdx=430#_edn1 (дата звернення: 10.10.2020).

193. Рішення Європейського суду з прав людини по справі «Влох проти Польщі» від 19.10.2000. URL: <http://eurocourt.in.ua/Article.asp?AIdx=326> (дата звернення: 10.10.2020).

194. Рішення Європейського суду з прав людини по справі «Гафа проти Мальти» від 22.05.2018, заява №54335/14. URL: <https://www.echr.com.ua/wp-content/uploads/2018/06/gafa-proty-malti.pdf> (дата звернення: 10.10.2020).

195. Рішення Європейського суду з прав людини по справі «Гонгадзе проти України» від 08.11.2005, заява №34056/02. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_420#Text (дата звернення: 10.10.2020).

196. Рішення Європейського суду з прав людини по справі «Екле проти Німеччини» від 15.07.1982, заява №8130/78 URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["Eckle"\],"documentcollectionid2":\["GRA NDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-57476"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (дата звернення: 10.10.2020).

197. Рішення Європейського суду з прав людини по справі «Каракаш та інші проти Туреччини» від 23.06.2013, заява №45046/05. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-118644> (дата звернення: 10.10.2020).

198. Рішення Європейського суду з прав людини по справі «Кац та інші проти України» від 18.12.2008, заява №29971/04. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_485#Text (дата звернення: 10.10.2020).

199. Рішення Європейського суду з прав людини по справі «Меріт проти України» від 30.03.2004, заява №66561/01. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_110#Text (дата звернення: 10.10.2020).

200. Рішення Європейського суду з прав людини по справі «Науменко проти України» від 09.11.2004, заява №41984/98. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_353#Text (дата звернення: 10.10.2020)

201. Рішення Європейського суду з прав людини по справі «Ничипорук і Йонкало проти України» від 21.07.2011, заява №42310/04. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_683#Text (дата звернення: 10.10.2020).

202. Рішення Європейського суду з прав людини по справі «Ноймайстер проти Австрії» від 27.06.1968, заява №1936/63 URL: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57544> (дата звернення: 10.10.2020).

203. Рішення Європейського суду з прав людини по справі «Падура проти України» від 11.12.2014, заява №48229/10. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_a33#Text (дата звернення: 10.10.2020).

204. Рішення Європейського суду з прав людини по справі «Селівестров проти Росії» від 25.09.2008, заява №19692/02. URL: <http://docs.cntd.ru/document/902145266> (дата звернення: 10.10.2020).

205. Рішення Європейського суду з прав людини по справі «Странніков проти України» від 03.05.2005, заява №49430/99. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_389#Text (дата звернення: 10.10.2020).

206. Рішення Європейського суду з прав людини по справі «Чумак проти України» від 06.03.2018, заява №44529/09. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_e02#Text (дата звернення: 10.10.2020).

207. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення третього речення частини третьої статті 315 Кримінального процесуального кодексу України від 23.11.2017. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-17#n63> (дата звернення: 01.03.2020).

208. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями 47 та 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) частин шостої, сьомої статті 218 Кримінально-процесуального кодексу України (справа про ознайомлення обвинуваченого і захисника з матеріалами кримінальної справи) від 18.01.2012. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-12/print> (дата звернення: 10.10.2020).

209. Росік Т.В. Роль судової практики в сучасній правотворчості: теоретико-прикладні аспекти: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Київ, 2016. 20 с.

210. Руководство для следователя /под ред. Н.В. Жогина. М.: Юридическая литература, 1971. 752 с.

211. Руководство по статье 6 Конвенции. Право на справедливое судебное разбирательство (Уголовно-правовой аспект). *Council of Europe/European Court of Human Rights*, 2014. С. 55. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_RUS.pdf (дата звернення: 10.10.2020).

212. Ряшко О.В., Кундик Н.В. Сутність та етапи реалізації функції обвинувачення в кримінальному провадженні. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична*. 2015. Вип. 1. С. 425-436.

213. Савенко М.Д. Суддівський розсуд у цивільному процесі. *Наукові записки. Юридичні науки*. 2004. Том 26. С. 75-79.

214. Савонюк Р.Ю. Слідчий як суб'єкт кримінально-процесуального доказування: автореф. ... дис. канд. юрид. наук: 12.00.09. Київ, 2001. 20 с.

215. Севрюков В. Процесуальні повноваження прокурора щодо визначення меж судового розгляду. *Повноваження прокурора щодо визначення меж судового розгляду: матеріали круглого столу (22 листопада 2019 року)*. Київ: Національна академія прокуратури України, 2019. С. 7-16.

216. Сенякин И.Н., Степин А.Б., Подмосковный В.Д. Судебное усмотрение в частном праве, (общетеоретический анализ). Саратов: Изд-во ГОУ ВПО Саратовская государственная академия права, 2005. 240 с.

217. Сірий М.І. Юридична енциклопедія: в 6-ти т. /редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. К.: «Укр. енцикл.», 2002. Т. 5. 736 с.

218. Скакун О.Ф. Общее сравнительное правоведение. Основные типы (семьи) правовых систем: учеб для студ. вузов. К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2008. 464 с.

219. Скоблик К.В. Влияние технологий на принятие решений в уголовном процессе: обзор зарубежных исследований. *Право и политика*. 2019.

№5. URL: https://nbpublish.com/library_read_article.php?id=29477 (дата звернення: 10.10.2020).

220. Скударнов А.С. Усмотрение в процессе реализации прав, свобод и обязанностей граждан (и их объединений): дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Красноярск, 2014. 211 с.

221. Скурданов А.С. К вопросу об усмотрении в праве. *Сибирский юридический вестник*. 2012. №3 (58). С. 27-33.

222. Скурко Е.В. Принципы права в современном нормативном правопонимании. М.: Издательство «Юрлитинформ», 2008. 200 с.

223. Слинько С.В. Механизм реализации процессуального статуса субъектов уголовно-процессуальной деятельности: монография. Х.: Основа, 2005. 254 с.

224. Словник української мови. Академічний тлумачний словник. (1970-1980). URL: <http://sum.in.ua/s/rozsud> (дата звернення 10.10.2020)

225. Сляднева К. Зміна обвинувачення прокурором як форма реалізації диспозитивності. *Підприємництво, господарство і право*. 2018. №6. С. 338-342.

226. Смирнов М. Правова природа та особливості нагляду прокурора у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням. *Підприємництво, господарство і право*. 2016. №4. С. 108-112.

227. Смоков С.М. Внутрішнє переконання слідчого і його роль при прийнятті процесуальних рішень: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.09. К., 2002. 19 с.

228. Соколов О.В. Виконання оперативними підрозділами доручень слідчого, прокурора про проведення негласних слідчих (розшукових) дій: дис. ... канд. юри. наук: 12.00.09. Харків, 2019. 240 с.

229. Соколов О.В. Підготовка оперативного підрозділу до проведення НС(Р)Д: кримінальні процесуальні аспекти. *Досудове розслідування: актуальні проблеми та шляхи їх вирішення*: матеріали постійно діючого наук.-практ. семінару (м. Харків, 20 жовт. 2017 р.). Харків: Право, 2017. Вип. 9. С. 130-134.

230. Соловей Ю.П. Усмотрение в административной деятельности советской милиции: автореф. дисс... канд. юрид, наук: 12.00.02. М., 1982. 22 с.

231. Сорока С.О., Римарчук Г.С. Взаємодія слідчого із співробітниками інших підрозділів під час досудового розслідування. *Lviv Polytechnic National University Institutional Repository*. URL: <http://ena.lp.edu.ua:8080/bitstream/ntb/32182/1/58-347-354.pdf> (дата звернення: 10.10.2020).

232. Статистична інформація про роботу прокуратури та органів досудового розслідування. *Сайт Генеральної прокуратури України*. URL: <https://old.gp.gov.ua/ua/statinfo.html#> (дата звернення: 10.10.2020).

233. Стеценко Ю.В. Ефективне досудове розслідування: зміст поняття. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*. 2018. Випуск 49. Том 2. С. 126-129.

234. Таджиев Х. С. Прокурорский надзор и ведомственный контроль за расследованием преступлений. Вопросы теории и практики. Ташкент, 1985. 183 с.

235. Теорія держави і права: підручник /за ред. О. В. Петришина. Х.: Право, 2015. 368 с.

236. Терехов Е.В. Дискреционные полномочия прокурора в сфере уголовного судопроизводства России и Австрии: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Москва, 2009. 230 с.

237. Тихомиров Ю.А. Административное усмотрение и право. *Журнал российского права*. 2000. №4. С. 70-79.

238. Тихомиров Ю.А. Правовое регулирование: теория и практика. М.: Формула права, 2010. 400 с.

239. Тітко І. Приватний інтерес як категорія кримінального процесуального права. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2013. №3. С. 249-258.

240. Тітко І.А. Нормативне забезпечення та практика реалізації приватного інтересу у кримінальному процесі України: автореф. дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.09. Харків, 2016. 37 с.

241. Ткешелиадзе Г.Т. Судебная практика и уголовный закон. Тбилиси: Мецниереба, 1975. 175 с.

242. Толчеев М. Судейське усмотрение. *ЭЖ-Юрист*. 2004. №26.

243. Томин В.Т. Острые углы уголовного судопроизводства. М.: Юрид. лит., 1991. 239 с.

244. Торбас О. Застосування розсуду під час визначення підстав для початку досудового розслідування. *Юридичний вісник*. 2020. №3. С. 81-85.

245. Торбас О. Застосування розсуду прокурором в процесі надання доручень та вказівок щодо проведення слідчих дій. *Юридичний вісник*. 2020. 2. С. 88-92.

246. Торбас О. Застосування розсуду прокурором у процесі істотної зміни обвинувачення в суді. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. №7. С. 338-342.

247. Торбас О. Роль слідчого судді в процесі оцінки доказів у кримінальному провадженні. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. №5. С. 309-312.

248. Торбас О.О. Взаємодія слідчого та оперативних підрозділів в процесі проведення слідчих дій в кримінальному процесі України. *Scientific discussion*. 2020. №48 (2). С. 53-56.

249. Торбас О.О. Визначення сутності меж розсуду в кримінальному процесі. *Право і суспільство*. 2020. №2 частина 3. С. 165-171.

250. Торбас О.О. Засади кримінального процесу як детермінанти розсуду. *Право та державне управління*. 2020. №1, том 1. С. 150-155.

251. Торбас О.О. Застосування інструментів для оцінки ризиків (ІОР) для обґрунтування необхідності обрання до особи запобіжних заходів:

міжнародний досвід і перспективи запровадження в Україні. *Юридичний бюлетень*. 2018. №8. С. 422-429.

252. Торбас О.О. Застосування розсуду прокурором у процесі санкціонування та проведення слідчих (розшукових) дій. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2020. №1. С. 168-170.

253. Торбас О.О. Зв'язок між розміром майнової шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, та розміром застави у кримінальному провадженні. *Вісник Національного технічного університету України «Київський політехнічний інститут»*. Політологія. Соціологія. Право. 2018. №3 (39). С. 157-161.

254. Торбас О.О. Класифікація видів розсуду у кримінальному процесі України. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2019. Випуск 6. С. 321-327.

255. Торбас О.О. Ознаки розсуду в кримінальному процесі. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2019. Випуск 4(29). Том 1. С. 198-203.

256. Торбас О.О. Ознаки розсуду прокурора в кримінальному процесі України. *Право та державне управління*. 2020. №2. С. 107-111.

257. Торбас О.О. Порядок оскарження слідчим відмови прокурора у погодженні окремих клопотань згідно з КПК України. *Sciences of Europe*. 2020. №57 (3). С. 12-14.

258. Торбас О.О. Правові норми як детермінанти розсуду у кримінальному процесі. *Вчені записки ТНУ імені В.І. Вернадського. Серія: юридичні науки*. 2020. Том 31 (70). Ч. 3. №2. С. 133-137.

259. Торбас О.О. Проведення оперативними підрозділами слідчих дій в кримінальному процесі України. *Slovak international scientific journal*. 2020. №46 (2). С. 75-78.

260. Торбас О.О. Роль прокурора при оцінці критеріїв розумності строків досудового розслідування. *Юридичний бюлетень*. 2020. Випуск 12. С. 194-201.

261. Торбас О.О. Способи реалізації суддівського розсуду в кримінальному процесі України. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2020. Випуск 1 (30). С. 209-212.

262. Торбас О.О. Суб'єктивні детермінанти розсуду в кримінальному процесі. *Правова позиція*. 2020. №2 (27). С. 120-123.

263. Торбас О.О. Сутність і суб'єкти суддівського розсуду в кримінальному процесі України. *Юридичний вісник*. 2020. №1. С. 65-69.

264. Торбас О.О. Тлумачення розсуду в кримінальному процесі крізь призму правової доктрини. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2019. №4 (Ч. 2). С. 93-98.

265. Торбас О.О., Касьянова В.А. Визначення розміру застави у кримінальному процесі України: статистичний аналіз судової практики. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2020. №4. С. 340-350.

266. Торбас О.О., Касьянова В.А. Обставини, що враховуються слідчими суддями під час обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2018. №3. С. 122-125.

267. Тютюнник В.В. Очевидна недопустимість доказів як критерій здійснення окремої судової процедури визнання доказу недопустимим під час судового провадження. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція*. 2014. №9-1. С. 233-236.

268. Уголовно-процессуальный кодекс Азербайджанской Республики от 14 июля 2000 года №907-IQ. *Юрист*. URL: https://online.zakon.kz/document/?doc_id=30420280&doc_id2=30420280#pos=7;-98&pos2=859;-99 (дата звернення: 10.10.2020).

269. Уголовно-процессуальный кодекс Грузии от 09 октября 2009 года №1772-Пс. Законодательный вестник Грузии. <https://www.matsne.gov.ge/ru/document/download/90034/37/ru/pdf> (дата звернення: 10.10.2020).

270. Уголовно-процессуальный кодекс Эстонской Республики от 12 февраля 2003 №RT I 2003, 27, 166. *Jurist Aitab*. URL: <https://www.juristaitab.ee/sites/www.juristaitab.ee/files/elfinder/ru-seadused/УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНЫЙ%20КОДЕКС%2008.01.2021.pdf> (дата звернения: 10.10.2020).

271. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Беларусь от 16 июля 1999 г. №295-З. *Кодексы Республики Беларусь*. URL: <https://kodeksy.by/ugolovno-processualnyu-kodeks/> (дата звернения: 10.10.2020).

272. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан от 4 июля 2014 года №231-V. *Юрист*. URL: https://online.zakon.kz/document/?doc_id=31575852&doc_id2=31575852#pos=4;-98&pos2=1381;-92 (дата звернения: 10.10.2020).

273. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Молдова от 14 марта 2003 года №122-XV. *Континент*. URL: http://continent-online.com/Document/?doc_id=30397729&doc_id2=30397729#activate_doc=2&pos=6;-102&pos2=576;-77 (дата звернения: 10.10.2020).

274. Узагальнення Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ судової практики здійснення кримінального провадження на підставі угод від 22.01.2014. *Закон і Бізнес*: веб-сайт. URL: https://zib.com.ua/ua/print/92557-uzagalnennya_vssu_sudovoi_praktiki_zdiysnennya_kriminalnogo_.html (дата звернення: 10.10.2020).

275. Уланов В.В. Содержание процессуальных функций следователя. *Российский следователь*. 2008. №12. С. 16-18.

276. Ухвала Андрушівського районного суду Житомирської області від 19.02.2016, справа №275/720/15-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/55953876> (дата звернення: 10.10.2020).

277. Ухвала апеляційної палати Вищого антикорупційного суду від 04.12.2019, справа №760/14903/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/86228244> (дата звернення: 10.10.2020).

278. Ухвала апеляційної палати Вищого антикорупційного суду від 30.01.2020, справа №991/425/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87333153> (дата звернення: 10.10.2020).

279. Ухвала апеляційної палати Вищого антикорупційного суду від 31.01.2020, справа №991/591/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87333288> (дата звернення: 10.10.2020).

280. Ухвала Бориславського міського суду Львівської області від 14.09.2015, справа №438/398/15-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/52557427> (дата звернення: 10.10.2020).

281. Ухвала Бориспільського міськрайонного суду Київської області від 14.11.2018, справа №359/6626/15-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/78261341> (дата звернення 11.04.2020)

282. Ухвала Васильківського міськрайонного суду Київської області від 01.07.2019, справа №362/3426/19. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/82737337> (дата звернення 05.04.2020).

283. Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 21.10.2015, справа №671/1064/15-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/52346192> (дата звернення: 10.10.2020).

284. Ухвала Волочинського районного суду Хмельницької області від 15.10.2015, справа №671/1064/15-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/52346192> (дата звернення: 10.10.2020).

285. Ухвала Гадяцького районного суду Полтавської області від 04.04.2018, справа №538/100/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/73201317> (дата звернення: 10.10.2020)

286. Ухвала Доманівського районного суду Миколаївської області від 16.01.2020, справа №474/411/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/86934012> (дата звернення: 10.10.2020)

287. Ухвала Зарічненського районного суду Рівненської області від 30.06.2017, справа №561/364/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/67461839> (дата звернення 05.04.2020).

288. Ухвала Здолбунівського районного суду Рівненської області від 24.06.2016, справа №562/2987/15-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/59640325> (дата звернення: 10.10.2020).

289. Ухвала Ірпінського міського суду Київської області від 12.11.2015, справа №367/7828/15-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/53369512> (дата звернення: 10.10.2020).

290. Ухвала Кам'янець-Подільського міськрайонного суду Хмельницької області від 08.10.2015, справа № 676/4451/13-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/52047687> (дата звернення: 10.10.2020).

291. Ухвала Кам'янка-Бузинського районного суду Львівської області від 15.03.2016, справа №446/477/15-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/56437565> (дата звернення: 10.10.2020).

292. Ухвала Козятинського міськрайонного суду Вінницької області від 27.11.2017, справа №133/1274/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/70494695> (дата звернення 05.04.2020)

293. Ухвала Комсомольського районного суду м. Херсона від 20.11.2015, справа №661/315/14-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/53634789> (дата звернення: 10.10.2020).

294. Ухвала Ленінського районного суду м. Миколаєва від 16.10.2019, справа №489/5357/19. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/84964970> (дата звернення 05.04.2020).

295. Ухвала Лохвицького районного суду Полтавської області від 05.10.2017, справа №538/755/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/69351603> (дата звернення 05.04.2020).

296. Ухвала Миргородського міськрайонного суду Полтавської області від 26.06.2018, справа №398/3271/16-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74983185> (дата звернення 11.04.2020).

297. Ухвала Первомайського міськрайонного суду Миколаївської області від 24.01.2019, справа №484/58/19. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79371481> (дата звернення 05.04.2020).

298. Ухвала Придніпровського районного суду м. Черкас від 30.03.2018, справа №711/5516/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/73072512> (дата звернення: 10.10.2020).

299. Ухвала Рогатинського районного суду Івано-Франківської області від 14.02.2018, справа №349/513/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72185031> (дата звернення 11.04.2020)

300. Ухвала Самарського районного суду м. Дніпропетровська від 15.11.2013, справа №206/4374/13-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/36157443> (дата звернення: 10.10.2020).

301. Ухвала слідчого судді Бердянського міськрайонного суду Запорізької області від 11.03.2014, справа № 310/12928/13-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/46975459> (дата звернення: 10.10.2020)

302. Ухвала слідчого судді Березанського районного суду Миколаївської області від 31.07.2014, справа №469/909/14-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/51484476> (дата звернення 11.04.2020).

303. Ухвала слідчого судді Бериславського району Херсонської області від 07.08.2015, справа №647/1896/15-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/48179379> (дата звернення: 10.10.2020).

304. Ухвала слідчого судді Бериславського району Херсонської області від 28.07.2015, справа №647/1795/15-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/47513114> (дата звернення: 10.10.2020).

305. Ухвала слідчого судді Бориспільського міськрайонного суду Київської області від 21.12.2019, справа №359/11384/19. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/86536987> (дата звернення 11.04.2020)

306. Ухвала слідчого судді Глибоцького районного суду Чернівецької області від 03.03.2018, справа №715/1277/14-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/72556993> (дата звернення: 10.10.2020).

307. Ухвала слідчого судді Дарницького районного суду м. Києва від 20.05.2016, справа №753/9432/16-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/57849576> (дата звернення: 10.10.2020)

308. Ухвала слідчого судді Жовтневого районного суду м. Харкова від 12.04.2016, справа №639/2641/16-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/57637109> (дата звернення: 10.10.2020).

309. Ухвала слідчого судді Зарічного районного суду м. Суми від 23.05.2019, справа №591/7282/18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/81921524> (дата звернення 11.04.2020).

310. Ухвала слідчого судді Корольовського районного суду м. Житомира від 22.03.2018, справа №296/2271/18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72976749> (дата звернення 11.04.2020).

311. Ухвала слідчого судді Млинівського районного суду Рівненської області від 09.06.2017, справа №566/612/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/67013295> (дата звернення 11.04.2020)

312. Ухвала слідчого судді Октябрського районного суду м. Полтави від 17.05.2019, справа №554/9027/18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/81932453> (дата звернення 11.04.2020).

313. Ухвала слідчого судді Октябрського районного суду м.Полтави від 12.09.2018, справа №554/5917/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/76419033> (дата звернення: 10.10.2020)

314. Ухвала слідчого судді Хмельницького міськрайонного суду Хмельницької області від 28.01.2019, справа №686/2400/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/79894515> (дата звернення: 10.10.2020);

315. Ухвала Софіївського районного суду Дніпропетровської області від 25.02.2014, справа №193/144/14-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/37339595> (дата звернення: 10.10.2020).

316. Ухвала Ставищенського районного суду Київської області від 13.06.2019, справа №378/576/19. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/82388226> (дата звернення 05.04.2020)

317. Ухвала Франківського районного суду м. Львова від 18.05.2018, справа №465/5902/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74170703> (дата звернення 05.04.2020)

318. Фаткуллин Ф.Н. Изменение обвинения. М.: Юрид. лит., 1971. 164 с.

319. Фоницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. Т.1, Т.2. СПб.: Альфа, 1996. 607 с.

320. Хайдаров А.А. Судейское усмотрение и его пределы в судебных стадиях уголовного процесса России: дисс. ... канд. юр. наук: 12.00.09. Москва, 2011. 252 с.

321. Хорошковська Д.Ю. Роль судової практики в системі джерел права України: теоретико-правове дослідження: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.01. К., 2006. 20 с.

322. Чернобаев С.І. Повноваження слідчого під час досудового розслідування: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Харків, 2020. 242 с.

323. Четвертак К. Оскарження повідомлення про підозру. Судова практика 2020 року. «Ліга-блоги»: веб-сайт. (04.04.2020). URL:

<https://blog.liga.net/user/kchetvertak/article/oskarjennya-povidomlennya-pro-pidozru-sudova-praktika-2020-roku> (дата звернення: 10.10.2020).

324. Чечот Д.М. Административная юстиция (Теоретические проблемы): монография. Л.: Издательство Ленинградского университета, 1973. 134 с.

325. Шарнина Л.А. К вопросу о разграничении усмотрения и произвола в конституционном праве. *Конституционное и муниципальное право*. 2011. №7. С. 11-14.

326. Шатрава С.О. Дискреційні повноваження працівників ОВС як корупційний ризик в діяльності органів внутрішніх справ. *Порівняльно-аналітичне право*. 2013. №2. С. 276-277.

327. Шевчук С.В. Загальнотеоретичні проблеми нормативності актів судової влади: автореф. дис... докт. юрид. наук: 12.00.01. Х., 2008. 38 с.

328. Шестакова Н.Д. Недействительность сделок: процессуальный и материальный аспекты: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.15. СПб., 2001. 24 с.

329. Шульгін С. Поняття обґрунтованості підозри в кримінальному провадженні. *Підприємництво, господарство і право*. 2019. №1. С. 295-303.

330. Юрчишин В.М. Прокурор як керівник досудового розслідування. *Адвокат*. 2012. №7 (142). С. 26-30.

331. Яковлев О. Взаємодія слідчого з оперативними підрозділами під час проведення слідчих (розшукових) дій. *Науковий часопис Національної академії прокуратури України*. 2017. №1. С. 217-224.

332. Яновська О.Г. Інститут оскарження на стадії досудового розслідування. *Адвокат*. 2013. №1 (148). С. 10-13.

333. Ярославский А.Б. Усмотрение следователя при расследовании уголовных дел: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Волгоград, 2001. 21 с.

334. Ярославский А.Б. Усмотрение следователя при расследовании уголовных дел: дис. .. канд. юрид. наук: 12.00.09. Волгоград, 2001. 160 с.

335. Ясинский Г.М. О процессуальной самостоятельности следователя. *Сов. государство и право*. 1964. №9. С. 64-73.

336. ABA Standards for Criminal Justice Third Edition Pretrial Release. *American Bar Association*. URL: https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/criminal_justice_standards/pretrial_release.authcheckdam.pdf (дата звернения: 10.10.2020).

337. Allison T. Chappell, Scott R. Maggard, Jennifer L. Higgins. Exceptions to the Rule? Exploring the Use of Overrides in Detention Risk Assessment. *Youth Violence and Juvenile Justice*. 2013. 11 (4). P. 332-348

338. Bail Act 1976. URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1976/63/contents> (дата звернения: 06.09.2018).

339. Bail of Criminal Proceedings. *HKLRC Report*. 1986. URL: <https://www.hkreform.gov.hk/en/publications/rbail.htm> (дата звернения: 06.09.2018).

340. Bail schedule. Washington State Courts. URL: https://www.courts.wa.gov/newsinfo/content/pdf/Bail_Schedule.pdf (дата звернения: 10.10.2020).

341. Ballucci D. Subverting and negotiating risk assessment: A case study of the LSI in a Canadian youth custody facility. *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*. 2012. 54(2). P. 203–228.

342. Bernie Sanders' cash bail bill seeks to end «modern day debtors' prisons». *The Guardian*. URL: <https://www.theguardian.com/us-news/2018/jul/25/bernie-sanders-cash-bail-bill-seeks-to-end-modern-day-debtors-prisons> (дата звернения: 10.10.2020)

343. California scraps cash bail system «because it discriminates against poor people». *Independent*. URL: <https://www.independent.co.uk/news/world/americas/california-cash-bail-end-state->

courts-discrimination-poor-jerry-brown-a8512211.html (дата звернення: 10.10.2020).

344. Carlson Lindsey. Bail schedules: A Violation of Judicial Discretion? *Criminal Justice; Chicago*. 2011. 26 (1). P. 12-17.

345. Demuth S. Racial and ethnic differences in pretrial release decisions and outcomes: a comparison of hispanic, black, and white felony arrestees. *Criminology*. 2003. 41. P. 873-908.

346. Dworkin R. Taking Rights Seriously. Massachusetts: Harvard University Press, 1977. 392 p.

347. Edwards. The Role of a Judge in Modern Society: Some Reflections on Current Practice in Federal Appellate Adjudication. *Clev. St. L. Rev.* 1984. №32. P. 385-388.

348. Ewald F. Insurance and risk. In G. Burchell, C. Gordon, & P. Miller (Eds.) *The Foucault effect: Studies in governmentality*. 1991. P.197-210.

349. Ex-New York Chief Judge: It's time to end cash bail. *Fox News*. URL: <http://www.foxnews.com/opinion/2018/07/13/ex-new-york-chief-judge-its-time-to-end-cash-bail.html> (дата звернення: 10.10.2020).

350. Fazel et al. Prediction of violent offending upon release from prison: Deviation and external validation of a scalable tool. *The Lancet: Psychiatry*. 2016. 3. P. 535-543; OXREC. *OXRISK*. URL: <https://oxrisk.com/oxrec/> (дата звернення: 10.04.2019).

351. Felony bail schedule 2018. *Superior Court of California, county of Santa Barbara*. URL: <https://www.sbcourts.org/dv/bail/FelonyBailSchedule.pdf> (дата звернення: 10.10.2020)

352. Felony bail schedule. *Superior Court of California, county of Los Angeles*. URL: <https://www.lacourt.org/division/criminal/pdf/felony.pdf> (дата звернення: 10.10.2020)

353. Glen J. Dalakian II. Open the Jail Cell Doors, HAL: A Guarded Embrace of Pretrial Risk Assessment Instruments. *Fordham L. Rev.* 2018. 87. P. 325-369.

354. Goldkamp J. S., Gottfredson M. R., Jones P. R., Weiland D. Personal Liberty and Community Safety: Pretrial Release in the Criminal Court. *Springer Science & Business Media. New York*. 1995. 147 p.

355. Goodin R.E. Welfare, Rights and Discretion. *Oxford Journal of Legal Studies*. 1986. №6(3). P. 232-261.

356. Gupta A., Hansman C., Frenchman E. The Heavy Costs of High Bail: Evidence from Judge Randomization. *The Journal of Legal Studies*. 2016. 45 (2). P. 471-505.

357. Hollywood J. S., Woods D., Lauland A., Jackson B. A., Silberglitt R. Emerging Technology Trends and Their Impact on Criminal Justice. Santa Monica, CA: RAND Corporation, 2018. URL: https://www.rand.org/pubs/research_briefs/RB9996.html (дата звернення: 10.10.2020).

358. John F. Pfaff. Sentencing Law and Policy. Foundation Press, 2016. 140 p.

359. Karnow E. Setting Bail for Public Safety. *Berkeley J. Crim. L.* 2008. 13 (1). P. 1-30.

360. Kleinberg J. A. Guide to Solving Social Problems with Machine Learning. *Harvard Business Review*. 2016. URL: <https://hbr.org/2016/12/a-guide-to-solving-social-problems-with-machine-learning> (дата звернення: 10.10.2020).

361. Kronman A.T. Max Weber. Stanford, Calif.: Stanford University Press, 1983. 214 p.

362. Mitchell T. M. Machine Learning. New York: McGraw-Hill Education, 1997. 432 p.

363. Moving Beyond Money: A Primer on Bail Reform. Criminal justice policy program. *Harvard Law School*. URL: <http://cjpp.law.harvard.edu/assets/FINAL-Primer-on-Bail-Reform.pdf> (дата звернення: 10.10.2020).

364. Pattenden R. Judicial Discretion and Criminal Litigation. Oxford: Clarendon Press 1990. 496 p.

365. Public Safety Assessment. *APPR*. URL: <https://www.psapretrial.org/about/factors> (дата звернення: 10.04.2019).

366. Sacks M., Sainato V.A., Ackerman A.R. Sentenced to Pretrial Detention: A Study of Bail Decisions and Outcomes. *American Journal of Criminal Justice*. 2015. 40 (3). P. 661-681

367. Schlesinger T. Racial and ethnic disparity in pretrial criminal processing. *Justice Quarterly*. 2005. 22 (2). P. 170-192.

368. Schneider C. Discretion and Rules. A Lawyer's View. *The Uses of Discretion*. London: Clarendon Press, 1992. P. 47-88.

369. Turner K.B., Johnson James B. A comparison of bail amounts for hispanics, whites, and african americans: A single county analysis. *American Journal of Criminal Justice*. 2005. 30 (1). P. 35-53

370. United States v. Salerno, 481 U.S. 739., U.S. Supreme Court. URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/481/739/> (дата звернення: 10.10.2020).

371. Williams M.R. From Bail to Jail: The Effect of Jail Capacity on Bail Decisions. *American Journal of Criminal Justice*. 2016. 41 (3). P. 484-497.

372. Wiseman Samuel R. Fixing Bail. 2016. *George Washington Law Review*. 766. URL: <https://ssrn.com/abstract=2642318> (дата звернення: 10.10.2020)

373. Xiong M., Wei S. Unequal Treatment in Pretrial Detention in China. *The British Journal of Criminology*. 2017. 57 (6). P. 1398-1419.

374. Yang Crystal S. Toward an Optimal Bail System. *New York University Law Review*. 2017. 92 (5). P. 1399-1493.

ДОДАТКИ

Додаток 1

**Пропозиції щодо внесення змін і доповнень до Кримінального
процесуального кодексу України**

№	Чинна редакція	Редакція, що пропонується
1	Стаття 3. Визначення основних термінів Кодексу 1. Терміни, що їх вжито в цьому Кодексі, якщо немає окремих вказівок, мають таке значення: ... пункт відсутній	Стаття 3. Визначення основних термінів Кодексу 1. Терміни, що їх вжито в цьому Кодексі, якщо немає окремих вказівок, мають таке значення: ... 7¹) заяви та повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення – усне чи письмове звернення заявника або потерпілого до органу досудового розслідування чи прокуратури, або рапорт уповноваженого правоохоронного органу, зі змісту якого можна зробити попередній висновок про наявність події кримінального правопорушення;
2	Стаття 9. Законність ... 6. У випадках, коли положення цього Кодексу не регулюють або неоднозначно регулюють питання кримінального провадження, застосовуються загальні засади кримінального провадження, визначені частиною першою статті 7 цього Кодексу.	Стаття 9. Законність ... 6. У випадках, коли положення цього Кодексу не регулюють, неоднозначно регулюють питання кримінального провадження, або у випадках виявлення колізій між нормами цього Кодексу та загальними засадами кримінального провадження, застосовуються загальні засади кримінального провадження, визначені частиною першою статті 7 цього Кодексу
3	Стаття 36. Прокурор ... 2. Прокурор, здійснюючи нагляд за додержанням законів під час проведення досудового розслідування у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням, уповноважений:	Стаття 36. Прокурор ... 2. Прокурор, здійснюючи нагляд за додержанням законів під час проведення досудового розслідування у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням, уповноважений: ...

	... пункт відсутній ... 5) доручати проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій відповідним оперативним підрозділам;	31) ініціювати перед керівником органу досудового розслідування створення слідчої групи у випадках особливої складності кримінального провадження; ... 5) залучати до проведення та доручати проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій відповідним оперативним підрозділам;
4	Стаття 40. Слідчий органу досудового розслідування ... 2. Слідчий уповноважений: ... 3) доручати проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій відповідним оперативним підрозділам; ... 3. У випадках відмови прокурора у погодженні клопотання слідчого до слідчого судді про застосування заходів забезпечення кримінального провадження, проведення слідчих (розшукових) дій чи негласних слідчих (розшукових) дій слідчий має право звернутися до <i>керівника органу досудового розслідування, який після вивчення клопотання за необхідності ініціює розгляд питань, порушених у ньому, перед прокурором вищого рівня, який протягом трьох днів погоджує відповідне клопотання або відмовляє у його погодженні.</i>	Стаття 40. Слідчий органу досудового розслідування ... 2. Слідчий уповноважений: ... 3) залучати до проведення та доручати проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій відповідним оперативним підрозділам; ... 3. У випадках відмови прокурора у погодженні клопотання слідчого до слідчого судді про застосування заходів забезпечення кримінального провадження, проведення слідчих (розшукових) дій чи негласних слідчих (розшукових) дій слідчий має право звернутися до прокурора вищого рівня, який протягом трьох днів погоджує відповідне клопотання або відмовляє у його погодженні
5	Стаття 401¹. Дізнавач ... 2. Дізнавач уповноважений: ... 3) доручати проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій у випадках, установлених цим Кодексом, відповідним оперативним підрозділам; ...	Стаття 401¹. Дізнавач ... 2. Дізнавач уповноважений: ... 3) залучати до проведення та доручати проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій у випадках, установлених цим Кодексом, відповідним оперативним підрозділам

	частина відсутня	21. У випадках відмови прокурора у погодженні клопотання дізнавача до слідчого судді про застосування заходів забезпечення кримінального провадження, проведення слідчих (розшукових) дій чи негласних слідчих (розшукових) дій дізнавач має право звернутися до прокурора вищого рівня, який протягом трьох днів погоджує відповідне клопотання або відмовляє у його погодженні.
6	Стаття 41. Оперативні підрозділи 1. Оперативні підрозділи органів Національної поліції, органів безпеки, Національного антикорупційного бюро України, Державного бюро розслідувань, органів, що здійснюють контроль за додержанням податкового і митного законодавства, органів Державної прикордонної служби України, органів, установ виконання покарань та слідчих ізоляторів Державної кримінально-виконавчої служби України здійснюють слідчі (розшукові) дії та негласні слідчі (розшукові) дії в кримінальному провадженні за письмовим дорученням слідчого, прокурора, а підрозділ детективів, оперативно-технічний підрозділ та підрозділ внутрішнього контролю Національного антикорупційного бюро України - за письмовим дорученням детектива або прокурора Спеціалізованої антикорупційної прокуратури.	Стаття 41. Оперативні підрозділи 1. Оперативні підрозділи органів Національної поліції, органів безпеки, Національного антикорупційного бюро України, Державного бюро розслідувань, органів, що здійснюють контроль за додержанням податкового і митного законодавства, органів Державної прикордонної служби України здійснюють всі слідчі (розшукові) дії (крім обшуку) та негласні слідчі (розшукові) дії в кримінальному провадженні за письмовим дорученням слідчого, дізнавача, прокурора, а підрозділ детективів, оперативно-технічний підрозділ та підрозділ внутрішнього контролю Національного антикорупційного бюро України - за письмовим дорученням детектива або прокурора Спеціалізованої антикорупційної прокуратури, або залучаються до них.
7	Стаття 89. Визнання доказів недопустимими ... 2. У разі встановлення очевидної недопустимості доказу під час судового розгляду суд визнає цей доказ недопустимим, що тягне за собою неможливість дослідження такого доказу або припинення його дослідження в судовому засіданні, якщо таке дослідження було розпочате.	Стаття 89. Визнання доказів недопустимими ... 2. У разі встановлення очевидної недопустимості доказу під час судового засідання слідчий суддя, суд визнає цей доказ недопустимим, що тягне за собою неможливість дослідження такого доказу або припинення його дослідження в судовому засіданні, якщо таке дослідження було розпочате

8	Стаття 214. Початок досудового розслідування 1. Слідчий, дізнавач, прокурор невідкладно, але не пізніше 24 годин після подання заяви, повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення або після самостійного виявлення ним з будь-якого джерела обставин, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення, зобов'язаний внести відповідні відомості до Єдиного реєстру досудових розслідувань, розпочати розслідування та через 24 години з моменту внесення таких відомостей надати заявнику витяг з Єдиного реєстру досудових розслідувань. Слідчий, який здійснюватиме досудове розслідування, визначається керівником органу досудового розслідування, а дізнавач - керівником органу дізнання, а в разі відсутності підрозділу дізнання - керівником органу досудового розслідування.	Стаття 214. Початок досудового розслідування 1. Слідчий, дізнавач, прокурор невідкладно, але не пізніше 24 годин після подання заяви, повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення або після самостійного виявлення ним з будь-якого джерела обставин, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення, зобов'язаний перевірити заяву чи повідомлення на відповідність вимог, передбачених п. 71 ч. 1 ст. 3 КПК України та внести відповідні відомості до Єдиного реєстру досудових розслідувань, розпочати розслідування та через 24 години з моменту внесення таких відомостей надати заявнику витяг з Єдиного реєстру досудових розслідувань. Слідчий, який здійснюватиме досудове розслідування, визначається керівником органу досудового розслідування, а дізнавач - керівником органу дізнання, а в разі відсутності підрозділу дізнання - керівником органу досудового розслідування.
9	Стаття 309. Ухвали слідчого судді, які можуть бути оскаржені під час досудового розслідування ... 1. Під час досудового розслідування можуть бути оскаржені в апеляційному порядку ухвали слідчого судді про: ... пункт відсутній	Стаття 309. Ухвали слідчого судді, які можуть бути оскаржені під час досудового розслідування ... 1. Під час досудового розслідування можуть бути оскаржені в апеляційному порядку ухвали слідчого судді про: ... визнання доказів недопустимими в порядку ч. 2 ст. 89 цього Кодексу
10	Стаття 314. Підготовче судове засідання ... 3. У підготовчому судовому засіданні суд має право прийняти такі рішення: ... 3) повернути обвинувальний акт, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру прокурору, якщо вони не відповідають вимогам цього	Стаття 314. Підготовче судове засідання ... 3. У підготовчому судовому засіданні суд має право прийняти такі рішення: ... 3) затвердити угоду або відмовити в затвердженні угоди та повернути кримінальне провадження прокурору для продовження досудового розслідування в порядку, передбаченому статтями 468-475

	Кодексу;	цього Кодексу. Якщо проти цього не заперечують учасники кримінального провадження, суд після відмови у затвердженні угоди може прийняти рішення, передбачене пунктом шостим частини третьої цієї статті;
11	Стаття 340. Відмова від підтримання державного обвинувачення ... 2. У разі відмови прокурора від підтримання державного обвинувачення в суді головуючий роз'яснює потерпілому його право підтримувати обвинувачення в суді.	Стаття 340. Відмова від підтримання державного обвинувачення ... У разі відмови або часткової відмови прокурора від підтримання державного обвинувачення в суді головуючий роз'яснює потерпілому його право підтримувати обвинувачення в суді. Якщо потерпілий погодився підтримувати обвинувачення у випадку часткової відмови прокурора від підтримання обвинувачення суд повинен встановити можливість виділення такого провадження в окреме провадження. У випадку неможливості виділення провадження в окреме провадження прокурор повинен повністю відмовитись від підтримання обвинувачення в суді.
12	Стаття 341. Погодження зміни обвинувачення, висунення нового обвинувачення, відмови від підтримання державного обвинувачення та початку провадження щодо юридичної особи під час судового розгляду 1. ... абзац відсутній	Стаття 341. Погодження зміни обвинувачення, висунення нового обвинувачення, відмови від підтримання державного обвинувачення та початку провадження щодо юридичної особи під час судового розгляду 1. ... Якщо в наслідок зміни обвинувачення відбудеться перекваліфікація кримінального правопорушення на правопорушення з іншого розділу Особливої частини закону України про кримінальну відповідальність, ніж первинне кримінальне правопорушення, новий обвинувальний акт також має бути погоджений з судом. У випадку відмови суду в погоджені зміненого обвинувачення прокурор може продовжити підтримувати в суді попереднє обвинувачення або відмовитись від обвинувачення. Ухвала суду про відмову у затвердженні обвинувачення може бути оскаржена в апеляційному порядку

**Посилання на рішення слідчих суддів, які були використані при
дослідженні розміру застав в підрозділі 2.2 дисертації**

<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/59958190>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74439308>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/66791164>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79542543>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/53032483>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/70215940>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/56866682>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/63326917>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/55680686>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/58984765>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74595423>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/58779793>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/63337191>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/63409050>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75715618>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/57500675>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/64839177>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/86057166>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/89081548>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/83481916>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74520742>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/66738555>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/61088116>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/59774654>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/55468605>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/56406665>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/64032352>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/51138256>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/65541185>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/66588468>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72698877>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/63990758>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/87268952>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74193842>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/68383406>

<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/69416351>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71753617>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/58877108>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/51556682>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/87787327>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/89189086>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72957863>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/67603821>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/69115095>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/70453250>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/69416303>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/64189453>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/63568476>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/58268066>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/57233638>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/54302047>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/47884014>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/47737894>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/45738861>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/66870912>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72929904>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/64438144>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/63064326>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/61609057>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/58606246>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/61085541>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/63425794>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/59857750>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/46088150>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/56097864>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/70850576>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/87896523>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/87032923>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/91554483>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71814208>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/69166097>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/65203689>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71136955>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/65971913>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/58549848>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/60765269>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/61298822>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/63218394>

<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/55078778>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/64032363>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/53672531>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/54074178>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/45879286>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/86917863>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/57811551>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71194492>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/64492781>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/64604114>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/55853003>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/62840969>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/58234451>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/55113149>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/52234502>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/87313547>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/54900483>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/85954164>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/89205259>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/81418352>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/81234058>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75255137>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72653931>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72061222>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74118638>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72129086>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74692358>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72754542>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71753617>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72572057>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/49911620>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72298406>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/66445093>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/69373789>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/67069316>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/64964467>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/63664505>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/67000359>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/64867258>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/65052688>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/65765556>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/65615432>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/64283969>

<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/65176517>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/65815152>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/67026788>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/67163233>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/65558927>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/66098151>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/68101874>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/58967461>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/61865631>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/59741318>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/59657779>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/62164297>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/61632542>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/62999549>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/61744545>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/56933401>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/57397390>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/55118055>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/55559387>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/50830926>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/55862647>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/63858042>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/51691611>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/58397840>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/56638359>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/57379667>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/57599641>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/61985645>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/56387781>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/49915180>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/59089896>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/47943703>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/49159307>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/61412471>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/44852529>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/70286024>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/51348825>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/61219046>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/89097314>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/85750088>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72411633>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/62516938>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/83655829>

<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74012342>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73802701>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/70313363>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/49911620>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/48197245>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/50837538>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/67931592>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/69802618>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/51809735>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/68375460>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/48201150>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73051221>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/44898498>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/89572066>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71809362>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74000453>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72217709>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/67316266>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/68593879>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/57733657>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/50337755>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/46418640>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/52162101>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/58337415>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/66523494>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/55292877>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/62163918>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/58395218>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/64899620>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/52323968>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/47424562>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/53587871>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/87247406>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71809626>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/68660112>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/69143597>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/70221025>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/68770843>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/65084695>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71339011>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/66099403>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/61520067>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/59454343>

<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/62291483>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/55502055>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/57187441>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/57424831>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75511143>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72823063>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/68680905>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/69022844>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/48493133>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74795749>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/90445080>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/88356650>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/89288711>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/82174206>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72923564>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72953840>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/67452236>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/70442790>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/64039012>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71193974>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/64871630>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/59911775>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/58438000>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/61892966>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/55877108>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/55758874>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/47302798>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/52437427>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/52637992>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/67546621>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/65610355>
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/64365137>

СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧА ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ

Наукові праці, в яких опубліковані основні наукові результати дисертації:

Монографія

1. Торбас О.О. Розсуд в кримінальному процесі України: теоретичне обґрунтування та практика реалізації: монографія. Одеса: Юридична література, 2020. 284 с.: граф., табл.

Рецензія: Гловюк І.В. Рецензія на монографію Олександра Торбаса «Розсуд в кримінальному процесі України: теоретичне обґрунтування та практика реалізації». *Соціально-правові студії*. 2020. Випуск 4 (10). С. 147-150.

Наукові статті у фахових виданнях:

2. Торбас О.О. Зв'язок між розміром майнової шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, та розміром застави у кримінальному провадженні. *Вісник Національного технічного університету України «Київський політехнічний інститут»*. Політологія. Соціологія. Право. 2018. №3 (39). С. 157-161.

3. Торбас О.О., Касьянова В.А. Обставини, що враховуються слідчими суддями під час обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2018. №3. С. 122-125.

4. Торбас О.О. Застосування інструментів для оцінки ризиків (ІОР) для обґрунтування необхідності обрання до особи запобіжних заходів: міжнародний досвід і перспективи запровадження в Україні. *Юридичний бюлетень*. 2018. №8. С. 422-429.

5. Торбас О.О. Ознаки розсуду в кримінальному процесі. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2019. Випуск 4(29). Том 1. С. 198-203.

6. Торбас О.О. Тлумачення розсуду в кримінальному процесі крізь призму правової доктрини. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2019. №4 (Ч. 2). С. 93-98.
7. Торбас О.О. Класифікація видів розсуду у кримінальному процесі України. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2019. Випуск 6. С. 321-327.
8. Гловюк І., Торбас О. Прокурор в системі суб'єктів, уповноважених на закінчення досудового розслідування. *Право України*. 2020. №3. С. 270-283.
9. Торбас О.О. Визначення сутності меж розсуду в кримінальному процесі. *Право і суспільство*. 2020. №2 частина 3. С. 165-171.
10. Торбас О.О. Засади кримінального процесу як детермінанти розсуду. *Право та державне управління*. 2020. №1, том 1. С. 150-155.
11. Торбас О.О. Правові норми як детермінанти розсуду у кримінальному процесі. *Вчені записки ТНУ імені В.І. Вернадського. Серія: юридичні науки*. 2020. Том 31 (70). Ч. 3. №2. С. 133-137.
12. Торбас О. Роль слідчого судді в процесі оцінки доказів у кримінальному провадженні. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. №5. С. 309-312.
13. Торбас О.О. Способи реалізації суддівського розсуду в кримінальному процесі України. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2020. Випуск 1 (30). С. 209-212.
14. Торбас О.О. Суб'єктивні детермінанти розсуду в кримінальному процесі. *Правова позиція*. 2020. №2 (27). С. 120-123.
15. Аленін Ю.П., Торбас О.О. Ознаки суддівського розсуду в кримінальному процесі України. *Правові новели*. 2020. №11. С. 275-280.
16. Торбас О.О. Сутність і суб'єкти суддівського розсуду в кримінальному процесі України. *Юридичний вісник*. 2020. №1. С. 65-69.

17. Торбас О. Застосування розсуду прокурором у процесі істотної зміни обвинувачення в суді. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. №7. С. 338-342.

18. Торбас О. Застосування розсуду прокурором в процесі надання доручень та вказівок щодо проведення слідчих дій. *Юридичний вісник*. 2020. 2. С. 88-92.

19. Торбас О.О. Роль прокурора при оцінці критеріїв розумності строків досудового розслідування. *Юридичний бюлетень*. 2020. Випуск 12. С. 194-201.

20. Торбас О.О. Особливості реалізації суддівського розсуду під час затвердження угод у кримінальному процесі. *Порівняльно-аналітичне право*. 2020. №1. С. 588-591.

21. Торбас О.О. Роль прокурора в процесі дотримання розумних строків досудового розслідування. *Вісник Чернівецького факультету Національного університету «Одеська юридична академія»*. 2020. Випуск 1. С. 117-121.

22. Торбас О.О., Касьянова В.А. Визначення розміру застави у кримінальному процесі України: статистичний аналіз судової практики. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2020. №4. С. 340-350.

23. Торбас О.О. Ознаки розсуду прокурора в кримінальному процесі України. *Право та державне управління*. 2020. №2. С. 107-111.

24. Торбас О.О. Застосування розсуду прокурором у процесі санкціонування та проведення слідчих (розшукових) дій. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2020. №1. С. 168-170.

25. Торбас О. Застосування розсуду під час визначення підстав для початку досудового розслідування. *Юридичний вісник*. 2020. №3. С. 81-85.

26. Аленін Ю.П., Торбас О.О. Співвідношення процесуальної самостійності та розсуду слідчого у кримінальному процесі України. *Держава та регіони. Серія: Право*. 2020. №3 (69). С. 123-129.

Наукові статті у зарубіжних періодичних виданнях:

27. Arkusha L., Torbas O., Voloshyna V., Zavtur V., Babchynska T. Problems of starting a pre-trial investigation before and during the COVID-19 pandemic. Comparison of the international context. *Ius Humani*. 2020. Vol. 9 (II). pp. 291-316.

28. Торбас О.О. Порядок оскарження слідчим відмови прокурора у погодженні окремих клопотань згідно з КПК України. *Sciences of Europe*. 2020. №57 (3). С. 12-14.

29. Торбас О.О. Взаємодія слідчого та оперативних підрозділів в процесі проведення слідчих дій в кримінальному процесі України. *Scientific discussion*. 2020. №48 (2). С. 53-56.

30. Торбас О.О. Проведення оперативними підрозділами слідчих дій в кримінальному процесі України. *Slovak international scientific journal*. 2020. №46 (2). С. 75-78.

Наукові праці, які засвідчують апробацію матеріалів дисертації:

31. Торбас О.О. Чи потребується ухвала слідчого судді для проведення огляду житла-місця події за наявності добровільної згоди власника? *Принципи та стандарти змагального кримінального процесу на досудовому провадженні: матеріали Всеукр. наук-практ. конф. (м. Дніпро, 7 груд. 2016 р.). Дніпро: Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2017. С. 189-192.*

32. Торбас О.О. Наслідки встановлення некомпетентності захисника. *Актуальні проблеми удосконалення кримінального процесуального законодавства: матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції, присвяченої до 70-річчя д.ю.н., професора Юрія Павловича Аленіна. (м. Одеса, 21 квітня 2017 р.). Одеса: Юридична література, 2017. С. 126-128.*

33. Торбас О.О. Щодо можливості збирання доказів після відкриття матеріалів іншій стороні. *Теорія та практика кримінального процесуального доказування: матеріали Всеукраїнської науково-практичної інтернет-*

конференції, (Івано-Франківськ, 24 березня 2017 року). Івано-Франківськ, 2017. С. 146-149.

34. Торбас О.О. Оптимізація КПК в частині регулювання приватного обвинувачення. *Традиції та новації юридичної науки: минуле, сучасність, майбутнє*: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, 19 травня 2017 р.) У 2-х т. Т. 2 /відп. ред. Г.О. Ульянова. Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2017. С. 380-382.

35. Торбас О.О. Новий порядок обчислення та продовження строків досудового розслідування до повідомлення особі про підозру: здобутки та прорахунки. *Правові та інституційні механізми забезпечення розвитку України в умовах європейської інтеграції*: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, 18 травня 2018 р.) У 2-х т. Т. 2 /відп. ред. Г.О. Ульянова. Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2018. С. 312-314.

36. Торбас О.О. Врахування стану здоров'я підозрюваного при обрані щодо нього запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою. *Адвокатура: минуле, сучасність та майбутнє*: матер VIII Міжнар. наук.-практ. конф.: (м. Одеса, 17 листопада 2018 року). С. 663-666.

37. Торбас О.О. Щодо підстав обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи. *Правове життя сучасної України: у 2 т.*: матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 17 травня 2019 р.). Одеса: Видавничий дім «Гельветика». 2019. С. 336-338.

38. Торбас О. О. Суддівський розсуд при встановленні меж судового розгляду. *Правове життя сучасної України: у 3 т.*: матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 15 трав. 2020 р.) /відп. ред. М. Р. Аракелян. Одеса: Гельветика, 2020. Т. 3. С. 267-269.

39. Торбас О.О. Реалізація розсуду співробітниками оперативних підрозділів у кримінальному процесі. *Актуальні питання юридичної теорії та практики: наукові дискусії*: міжнародна науково-практична конференція (м.

Харків, 4-5 грудня 2020 р.). Харків: Східноукраїнська наукова юридична організація, 2020. Ч. 2. С. 134-136.

40. Торбас О.О. Реалізація розсуду представником персоналу органу пробачії в кримінальному процесі. *Сучасне державотворення та правотворення: питання теорії та практики*: матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, Україна, 11-12 грудня 2020 р.). Одеса: ГО «Причорноморська фундація права», 2020. С. 173-175.

Відомості про апробацію результатів дисертації

Основні результати наукового дослідження оприлюднено на 10 міжнародних і всеукраїнських науково-практичних конференціях, зокрема: Всеукраїнській науково-практичній конференції «Принципи та стандарти змагального кримінального процесу на досудовому провадженні» (м. Дніпро, 7 грудня 2016 року); Всеукраїнській науково-практичній конференції, присвяченій до 70-річчя д.ю.н., професора Юрія Павловича Аленіна (м. Одеса, 21 квітня 2017 року); Всеукраїнській науково-практичній конференції «Теорія та практика кримінального процесуального доказування» (м. Івано-Франківськ, 24 березня 2017 року); Міжнародній науково-практичній конференції «Традиції та новації юридичної науки: минуле, сучасність, майбутнє» (м. Одеса, 19 травня 2017 року); Міжнародній науково-практичній конференції «Правові та інституційні механізми забезпечення розвитку України в умовах європейської інтеграції» (м. Одеса, 18 травня 2018 року); VIII Міжнародній науково-практичній конференції «Адвокатура: минуле, сучасність та майбутнє» (м. Одеса, 17 листопада 2018 року); Міжнародній науково-практичній конференції «Правове життя сучасної України» (м. Одеса, 17 травня 2019 року); Міжнародній науково-практичній конференції «Правове життя сучасної України» (м. Одеса, 15 травня 2020 року); Міжнародній науково-практичній конференції «Актуальні питання юридичної теорії та практики: наукові дискусії» (м. Харків, 4-5 грудня 2020 року); Міжнародній науково-практичній конференції «Сучасне державотворення та правотворення: питання теорії та практики» (м. Одеса, 11-12 грудня 2020 року).

Додаток 4

ЗАТВЕРДЖУЮ

Перший проректор

Львівського державного університету

внутрішніх справ

кандидат юридичних наук, доцент

полковник поліції



Тарас СОЗАНСЬКИЙ

АКТ

02.02.2021

Львів

№ 12

Про впровадження результатів дисертації
Торбаса Олександра Олександровича на
тему: «Розсуд у кримінальному процесі
України» в освітній процес ЛьвДУВС

Уклала експертна комісія з виявлення, узагальнення та впровадження позитивного досвіду роботи у складі:

- заступника начальника відділу організації наукової роботи кандидата юридичних наук Галини САВЧИН;
- заступника начальника навчально-методичного відділу кандидата юридичних наук, доцента Олега РИБАКА;
- в.о. декана факультету № 1 ІПФНП кандидата юридичних наук, доцента підполковника поліції Руслана ШЕХАВЦОВА
- завідувача кафедри кримінального процесу та криміналістики факультету №1 кандидата юридичних наук, доцента, підполковника поліції Андрія ХИТРИ.

Комісія відповідно до наказу по університету від 24 вересня 2012 року №431 розглянула й узагальнила результати дисертації, поданої на здобуття ступеня доктора юридичних наук у галузі права за спеціальністю 081 – Право, та наукові праці к.ю.н., доцента, доцента кафедри кримінального процесу, детективної та оперативно-розшукової діяльності Національного університету «Одеська юридична академія» Торбаса Олександра Олександровича за темою дисертації «Розсуд у кримінальному процесі України».

Проаналізовано основні результати дослідження Торбаса О.О., зокрема наукові праці, в яких опубліковані теоретичні положення дисертації:

1. Торбас О.О. Класифікація видів розсуду у кримінальному процесі України. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2019. Випуск 6. С. 321-327.

2. Торбас О.О. Визначення сутності меж розсуду в кримінальному процесі. *Право і суспільство*. 2020. № 2 частина 3. С. 165-171.

3. Торбас О.О. Засади кримінального процесу як детермінанти розсуду. *Право та державне управління*. 2020. № 1, том 1. С. 150-155.

4. Торбас О.О. Правові норми як детермінанти розсуду у кримінальному процесі. *Вчені записки ТНУ імені В.І. Вернадського. Серія: юридичні науки*. 2020. Том 31 (70). Ч. 3. № 2. С. 133-137.

5. Торбас О. Роль слідчого судді в процесі оцінки доказів у кримінальному провадженні. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. № 5. С. 309-312.

6. Торбас О.О. Способи реалізації суддівського розсуду в кримінальному процесі України. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2020. Випуск 1 (30). С. 209-212.

7. Торбас О.О. Суб'єктивні детермінанти розсуду в кримінальному процесі. *Правова позиція*. 2020. № 2 (27). С. 120-123.

8. Торбас О.О. Сутність і суб'єкти суддівського розсуду в кримінальному процесі України. *Юридичний вісник*. 2020. № 1. С. 65-69.

9. Торбас О. Застосування розсуду прокурором у процесі істотної зміни обвинувачення в суді. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. № 7. С. 338-342.

10. Торбас О. Застосування розсуду прокурором в процесі надання доручень та вказівок щодо проведення слідчих дій. *Юридичний вісник*. 2020. № 2. С. 88-92.

11. Торбас О.О. Роль прокурора при оцінці критеріїв розумності строків досудового розслідування. *Юридичний бюлетень*. 2020. Випуск 12. С. 194-201.

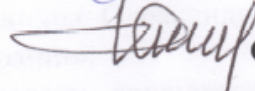
12. Торбас О.О. Ознаки розсуду прокурора в кримінальному процесі України. *Право та державне управління*. 2020. № 2. С. 107-111.

На основі проведеного аналізу комісія зробила висновок, що наукові праці Торбаса О.О. містять науково обґрунтовані теоретичні положення і практичні рекомендації, що дає підстави запровадити їх для використання в освітньому процесі Львівського державного університету внутрішніх справ, зокрема при викладанні навчальних дисциплін «Теоретичні проблеми кримінального судочинства», «Досудове розслідування», а також рекомендувати їх до вивчення під час самостійної роботи здобувачів вищої освіти освітнього ступеня «бакалавр» та «магістр».

Члени комісії:



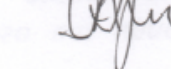
Галина САВЧИН



Олег РИБАК



Руслан ШЕХАВЦОВ



Андрій ХИТРА

ЗАТВЕРДЖУЮ

Голова
Ради адвокатів Одеської області
Бронз Й.Л.
“04” січня 2021 року

АКТ

впровадження в практичну діяльність Ради адвокатів Одеської області результатів дисертаційного дослідження к.ю.н., доцента кафедри кримінального процесу, детективної та оперативно-розшукової діяльності Національного університету “Одеська юридична академія” Торбаса Олександра Олександровича на тему “Розсуд у кримінальному процесі України” за спеціальністю 081 “Право”

Комісія у складі:

1. Бронза Й.Л.
2. Джабурії О.О.
3. Козлова О.О.

склада цей акт про те, що положення, висновки, пропозиції та рекомендації, сформульовані в дисертаційному дослідженні к.ю.н, доцента кафедри кримінального процесу, детективної та оперативно-розшукової діяльності Національного університету “Одеська юридична академія” Торбаса Олександра Олександровича є вагомим внеском у розвиток діяльності правозахисних організацій, а також юридичної науки.

Сформульовані в ній положення та висновки є наукового обґрунтованими й впроваджені в практичну діяльність Ради адвокатів Одеської області при викладанні та використовуються при підвищенні кваліфікації адвокатів.

Члени комісії:

Бронз Й.Л.
Джабурія О.О.
Козлов О.О.



«ЗАТВЕРДЖУЮ»

Ректор Національного університету

«Одеська юридична академія»

проф. В.Є. Загородній

16 грудня 2020 р.



АКТ

про впровадження наукових розробок дисертаційного дослідження

Торбаса Олександра Олександровича

«Розсуд у кримінальному процесі України»

в навчальну діяльність Національного університету

«Одеська юридична академія»

Комісія у складі: голови — проректора з навчальної роботи Національного університету «Одеська юридична академія», професора Г.О. Ульянової, членів комісії: директор Центру організації освітньої підготовки та інформаційно-аналітичної роботи Ю.С. Павлової, начальник навчально-методичного відділу Л.В. Кузнецової, завідувача кафедри кримінального процесу, детективної та оперативно-розшукової діяльності, професора Л.І. Аркуші, завідувача кафедри криміналістики, професора В.В. Тіщенко, склали цей акт про те, що результати дисертаційного дослідження Торбаса Олександра Олександровича на тему: «Розсуд у кримінальному процесі України» на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук за спеціальністю 081 «Право» використовуються в навчальному процесі Національного університету «Одеська юридична академія» при викладанні навчального курсу «Кримінальний процес», спеціальних курсів «Досудове розслідування», «Актуальні проблеми правосуддя у кримінальному провадженні», «Використання практики ЄСПЛ у кримінальному провадженні», «Міжнародно-правова допомога у кримінальному

7. Торбас О.О. Класифікація видів розсуду у кримінальному процесі України. Науковий вісник публічного та приватного права. 2019. Випуск 6. С. 321-327.

8. Торбас О.О. Визначення сутності меж розсуду в кримінальному процесі. Право і суспільство. 2020. № 2 частина 3. С. 165-171.

9. Торбас О.О. Засади кримінального процесу як детермінанти розсуду. Право та державне управління. 2020. № 1, том 1. С. 150-155.

10. Торбас О.О. Правові норми як детермінанти розсуду у кримінальному процесі. Вчені записки ТНУ імені В.І. Вернадського. Серія: юридичні науки. 2020. Том 31 (70). Ч. 3. № 2. С. 133-137.

11. Торбас О. Роль слідчого судді в процесі оцінки доказів у кримінальному провадженні. Підприємництво, господарство і право. 2020. № 5. С. 309-312.

12. Торбас О.О. Особливості реалізації суддівського розсуду під час затвердження угод у кримінальному процесі. Порівняльно-аналітичне право. 2020. № 1. С. 588-591.

13. Торбас О.О. Способи реалізації суддівського розсуду в кримінальному процесі України. Прикарпатський юридичний вісник. 2020. Випуск 1 (30). С. 209-212.

14. Торбас О.О. Суб'єктивні детермінанти розсуду в кримінальному процесі. Правова позиція. 2020. № 2 (27). С. 120-123.

15. Аленін Ю.П., Торбас О.О. Ознаки суддівського розсуду в кримінальному процесі України. Правові новели. 2020. № 11. С. 275-280.

16. Торбас О.О. Сутність і суб'єкти суддівського розсуду в кримінальному процесі України. Юридичний вісник. 2020. № 1. С. 65-69.

17. Торбас О. Застосування розсуду прокурором у процесі істотної зміни обвинувачення в суді. Підприємництво, господарство і право. 2020. № 7. С. 338-342.

провадженні», «Проблеми вдосконалення кримінального процесуального законодавства» та в науково-дослідній роботі студентів та аспірантів.

Були враховані положення дисертаційного дослідження щодо можливості внесення змін до статей Кримінального процесуального кодексу України, що стосуються питань реалізації повноважень відповідними учасниками кримінального провадження в процесі реалізації розсуду.

Крім того, рекомендовано до використання у навчальному процесі наступні публікації:

1. Торбас О.О. Зв'язок між розміром майнової шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, та розміром застави у кримінальному провадженні. Вісник Національного технічного університету України «Київський політехнічний інститут». Політологія. Соціологія. Право. 2018. № 3 (39). С. 157-161.

2. Торбас О.О., Касьянова В.А. Обставини, що враховуються слідчими суддями під час обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою. Південноукраїнський правничий часопис. 2018. №3. С. 122-125.

3. Торбас О.О. Застосування інструментів для оцінки ризиків (ІОР) для обґрунтування необхідності обрання до особи запобіжних заходів: міжнародний досвід і перспективи запровадження в Україні. Юридичний бюлетень. 2018. № 8. С. 422-429.

4. Торбас О.О. Ознаки розсуду в кримінальному процесі. Прикарпатський юридичний вісник. 2019. Випуск 4(29). Том 1. С. 198-203.

5. Торбас О.О. Тлумачення розсуду в кримінальному процесі крізь призму правової доктрини. Південноукраїнський правничий часопис. 2019. № 4 (Ч. 2). С. 93-98.

6. Гловюк І., Торбас О. Прокурор в системі суб'єктів, уповноважених на закінчення досудового розслідування. Право України. 2020. № 3. С. 270-283

18. Торбас О. Застосування розсуду прокурором в процесі надання доручень та вказівок щодо проведення слідчих дій. Юридичний вісник. 2020. 2. С. 88-92.

19. Торбас О.О. Роль прокурора при оцінці критеріїв розумності строків досудового розслідування. Юридичний бюлетень. 2020. Випуск 12. С. 194-201.

20. Торбас О.О., Касьянова В.А. Визначення розміру застави у кримінальному процесі України: статистичний аналіз судової практики. Юридичний науковий електронний журнал. 2020. № 4. С. 340-350.

21. Торбас О.О. Ознаки розсуду прокурора в кримінальному процесі України. Право та державне управління. 2020. № 2. С. 107-111.

22. Торбас О.О. Застосування розсуду прокурором у процесі санкціонування та проведення слідчих (розшукових) дій. Південноукраїнський правничий часопис. 2020. № 1. С. 168-170.

23. Торбас О. Застосування розсуду під час визначення підстав для початку досудового розслідування. Юридичний вісник. 2020. № 3. С. 81-85.

24. Аленін Ю.П., Торбас О.О. Співвідношення процесуальної самостійності та розсуду слідчого у кримінальному процесі України. Держава та регіони. Серія: Право. 2020. № 3 (69). С. 123-129.

Використання зазначених результатів дозволило детальніше розглянути розділи вищевказаних курсів, що стосується реалізації розсуду уповноваженими учасниками кримінальних процесуальних відносин.

Голова комісії



Г.О. Ульянова

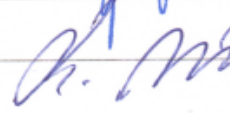
Члени комісії



Ю.С. Павлова



Л.В. Кузнецова



Л.І. Аркуша



В.В. Тіщенко

ЗАТВЕРДЖУЮ

Голова Ради адвокатів
Житомирської області
Прокопчук В.О.
29 січня 2021 року



АКТ

впровадження результатів дисертаційного дослідження Торбаса
Олександра Олександровича на тему «Розсуд у кримінальному процесі
України» за спеціальністю 081 «Право»

Комісія у складі: Голови ради адвокатів Житомирської області Прокопчука В.О., Гончарук С.П., Купець Л.П., уклала цей акт про те, що результати дисертаційного дослідження Торбаса Олександра Олександровича на тему «Розсуд у кримінальному процесі України», підготовленого на здобуття ступеня доктора юридичних наук за спеціальністю 081 «Право» використовуються під час підвищення кваліфікації адвокатів та були враховані в практичній діяльності органів адвокатського самоврядування.

Рекомендовано до використання наступні наукові роботи:

1. Торбас О.О. Розсуд в кримінальному процесі України: теоретичне обґрунтування та практика реалізації: монографія. Одеса: Юридична література, 2020. 284 с.: граф., табл.

2. Торбас О.О. Зв'язок між розміром майнової шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, та розміром застави у кримінальному провадженні. *Вісник Національного технічного університету України «Київський політехнічний інститут». Політологія. Соціологія. Право.* 2018. № 3 (39). С. 157-161.

3. Торбас О.О. Застосування інструментів для оцінки ризиків (ІОР) для обґрунтування необхідності обрання до особи запобіжних заходів: міжнародний досвід і перспективи запровадження в Україні. *Юридичний бюлетень.* 2018. № 8. С. 422-429.

4. Торбас О. Роль слідчого судді в процесі оцінки доказів у кримінальному провадженні. *Підприємництво, господарство і право.* 2020. № 5. С. 309-312.

5. Торбас О. Застосування розсуду прокурором у процесі істотної зміни обвинувачення в суді. *Підприємництво, господарство і право.* 2020. № 7. С. 338-342.

6. Торбас О.О. Роль прокурора при оцінці критеріїв розумності строків досудового розслідування. *Юридичний бюлетень*. 2020. Випуск 12. С. 194-201.

7. Торбас О. Застосування розсуду під час визначення підстав для початку досудового розслідування. *Юридичний вісник*. 2020. № 3. С. 81-85.

Члени комісії:

Прокопчук В.О.

Гончарук С.П.

Купець Л.П.

