

Сліпченко В. І.

кандидат юридичних наук, доцент,
начальник кафедри кримінального процесу
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

ЗМАГАЛЬНИЙ КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС В УКРАЇНІ: ПОРЯДОК ФУНКЦІОНУВАННЯ НА ДОСУДОВОМУ ЕТАПІ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

Сьогодні з усією відповідальністю можна констатувати, що ситуація із дотриманням прав, свобод і законних інтересів особи у сфері кримінального судочинства значно гірша, ніж за КПК України 1960 р. Зазначені обставини зумовлені низкою як об'єктивних, так і суб'єктивних факторів. У зв'язку з цим увага представників влади, громадськості та міжнародної спільноти до завершення реформи кримінальної юстиції та правоохоронних і судових органів в Україні висока як ніколи. Вказані вище обставини зумовлюють нові завдання для юридичної науки, зокрема до них, на нашу думку, доцільно віднести розробку дієвих механізмів належного функціонування всіх без винятку положень чинного КПК України на засадах змагального кримінального процесу; заборону калькування на практиці процедур, притаманних лише КПК України 1960 р.; підготовку алгоритмів дій та методичних рекомендацій щодо застосування принципів, правил та стандартів змагального кримінального процесу на досудовому етапі кримінального провадження. Вказані обставини і зумовили вибір теми нашого дослідження та свідчать про її актуальність.

1. *Початок кримінального провадження у змагальному процесі.* Традиційно початок кримінального провадження розглядався через межі компетенції, предмет відання, взаємодії оперативних та слідчих підрозділів, використання матеріалів ОРД, достатності приводів та підстав, правил підслідності тощо. Однак на сьогодні ситуація кардинально змінилася, а регламентація самого початку кримінального провадження законодавцем визначена практично в одній статті КПК України під номером 214. На жаль, запропоновані у відомчих, міжвідомчих та галузевих інструкціях чи положеннях правила початку кримінального провадження не спростили, а, навпаки, ускладнили практику його застосування, запровадили низку додаткових понять, зайвих перевірок цих процедур, які не властиві ні нормам, ні філософії чинного КПК України на цьому етапі кримінального провадження. Тому вважаємо за доцільне окремо наголосити, що КПК України 1960 р. дійсно передбачав збір, аналіз та оцінку матеріалів на стадії порушення кримінальної справи, а чинний КПК України в ч. 1 ст. 214 КПК України для початку кримінального провадження вказує лише на такі дії з інформацією, як її оцінка та аналіз, без встановлення вимог для її збору та додаткової перевірки. Підтвердженням цьому є теза про те, що чинний КПК України навіть не передбачає підстав та способів продовження строку перевірки заяви чи повідомлення про злочин, а можливість проведення огляду місця події (ч. 3 ст. 214) та відібрання пояснень (ч. 8 ст. 95) помилково сприйняті вченими та практиками як наявні процесуальні засоби перевірки такої інформації.

Аргументуємо свою позицію більш детально. По-перше, всі злочини за фактом їх вчинення можливо поділити на очевидні та неочевидні. Відповідно, і інформація щодо події злочину буде абсолютно різною за обсягом. По-друге, ст. 233 КПК України вказує на те, що слідчий без добровільної згоди особи (власника чи орендаря житла) не має права проникнути до житла (чи іншого володіння особи) з метою проведення в ньому огляду місця події (ст. 237 КПК України), навіть за фактом повідомлення про злочин за телефоном «102» (виняток становить безпосереднє переслідування злочинця, врятування життя та майна особи).

Відповідно, час, необхідний слідчому, прокурору для отримання ухвали слідчого судді на «примусове» проникнення, перевищуватиме 24 години з моменту надходження такої заяви. Отже, за відсутності ознак добровільності у наданні дозволу на проникнення до приміщення, огляд місця події не є ефективним засобом перевірки заяви або повідомлення про злочин. По-третє, щодо можливості відібрання пояснень до внесення відомостей до ЄРДР у порядку, передбаченому ч. 8 ст. 95 КПК України: якщо у системному взаємозв'язку та запропонованій нами послідовності проаналізувати зміст п. 19, п. 25, п. 10 та п. 5 ч. 1 ст. 3 КПК України, то стане зрозумілим, що право відібрання пояснень, передбачене у ч. 8 ст. 95 КПК України, взагалі не поширюється на оперативного працівника, дільничного, оперативного чергового по ОВД чи його помічника і може бути процедурно застосовано стороною обвинувачення лише після внесення відомостей до ЄРДР (хоча практика і досі продовжує використовувати процедуру, передбачену лише за КПК України 1960 р.). Отже, роблячи висновок по одній

з найважливіших проблем функціонування змагального кримінального процесу, зазначимо, що законодавець для початку кримінального провадження у ст. 214 встановив не процедуру перевірки такої інформації, а передбачив порядок дій слідчого, прокурора при виявленні ним з будь-якого джерела обставин, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення.

2. *Особливості предмета доказування.* Враховуючи завдання, засади та стандарти змагального кримінального процесу, практики повинні усвідомити той факт, що весь предмет доказування за будь-яким злочином для його наочності доцільно поділити за двома основними напрямками. Перший напрям полягає у розслідуванні тих злочинів, де з однаковою ретельністю мають бути доказаними як сама подія злочину, так і причетність конкретної особи до його вчинення (наприклад, посадові злочини, злочини, пов'язані з порушенням податкового законодавства, і т. д.). Другий напрям можливо виділити за тим принципом, що факт вчинення злочину ніким не заперечується (наприклад, крадіжка, нанесення тілесних ушкоджень, дорожньо-транспортна пригода і т. д.), у зв'язку з чим з особливою ретельністю підлягає доказуванню тільки причетність конкретної особи до вчинення цього злочину. Така візуалізація предмета доказування, на нашу думку, повністю узгоджується із вимогами ст. 91 КПК України щодо переліку обставин, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні, і може допомогти слідчому, прокурору серед різноманітних відомостей про факти сконцентрувати свою увагу на збиранні та перевірці саме тих доказів і в такій їх кількості (ст. 92 та ст. 93 КПК України), яка здатна забезпечити доведеність винуватості конкретної особи у вчиненні цього злочину, а не лише надати суду докази, які доводять суду факт вчинення злочину, який взагалі ніким не оспорується, що досить часто трапляється на практиці.

3. *Порядок допиту свідка у змагальному процесі.* Слідчі, прокурори та захисники досить часто залишають поза увагою тезу про те, що кожна слідча (розшукова) дія має чітко визначену мету проведення. У зв'язку з цим слід пам'ятати, що як свідка можна допитати лише фізичну особу, якій відомі або можуть бути відомі обставини, що підлягають доказуванню під час кримінального провадження. Перелік зазначених обставин є вичерпним і наведений у ч. 1 ст. 91 КПК України. Отже, на практиці справедливо постає питання про доцільність під час досудового розслідування допиту як свідків таких учасників кримінального провадження, як понятий, спеціаліст та експерт. Відповідаючи на це питання, слід враховувати, що: по-перше, відомості про час, місце, спосіб та інші обставини вчинення злочину зазначені учасниками кримінального провадження сприймали не безпосередньо, а лише після його вчинення; по-друге, вони були залучені до участі у відповідній слідчій (розшуковій) чи іншій процесуальній дії не випадково, а за запрошенням посадової особи правоохоронного органу; по-третє, вони можуть

повідомити слідчому або прокурору не нові відомості про обставини події, а лише ті, які вже їм відомі та зафіксовані у відповідних процесуальних джерелах доказів. Також підлягають врахуванню результати системного аналізу положень КПК України, які вказали на те, що на досудовому етапі кримінального провадження із зазначеного переліку осіб закон дозволяє слідчому або прокурору допитувати лише експерта (п. 2 ч. 5 ст. 69, ч. 1 ст. 95), у той час як спеціаліст

та понятий підлягають допиту лише в суді (ч. 7 ст. 95 та абз. 4 ч. 7 ст. 223 КПК України).

Процесуальна можливість допиту експерта на досудовому розслідуванні зумовлена специфікою мети та завдань його залучення (ст. 101 та ч. 1 ст. 95 КПК України): провести дослідження, підготувати висновок експерта та роз'яснити відомі йому обставини у кримінальному провадженні на підставі застосування наукових, *технічних або інших спеціальних знань*. У той час як завданням спеціаліста є надання безпосередньої *технічної допомоги* (фото-графування, складення схем, планів, тощо) сторонам кримінального провадження під час досудового розслідування. У зв'язку з наведеною законодавчою регламентацією та враховуючи положення ч. 8 ст. 95 КПК України, доцільно зробити висновок про те, що під час досудового розслідування сторони мають право лише отримати від спеціаліста письмове пояснення, у той

час як його допит є можливим лише в суді, за правилами допиту експерта.

Згідно з вимогами абз. 4 ч. 7 ст. 223 КПК України, понятий теж може бути допитаний лише під час судового розгляду як свідок щодо обставин проведення відповідної слідчої (розшукової) дії, оскільки завданням інституту понятного є виконання «посвідчувальної» функції. Підкреслимо, що у змагальному кримінальному процесі допит понятного за потреби може відбуватися саме в суді, з метою уточнення сторонами окремих обставин проведення слідчої (розшукової) дії, конкретизації фактів, з'ясування особливостей поведінки певних осіб тощо. На етапі досудового розслідування слідчий, прокурор має право відібрати від понятного лише пояснення за правилами ч. 8 ст. 95 КПК України. Вказані вимоги процесуальної форми, на нашу думку, надають стороні захисту право цілком обґрунтовано апелювати до суду про визнання допиту понятного як свідка під час досудового розслідування слідчим, прокурором грубим порушенням вимог процесуальної форми; спробою узгодити майбутні свідчення в суді; намаганням приховати можливі порушення процесуальної форми тощо.

Сторонам також необхідно враховувати, що під час досудового розслідування чинний КПК України дозволяє допитувати як свідків осіб, які проводили НСРД або були залучені до їх проведення (ч. 2 ст. 256), а також осіб, з приводу дій або контактів яких проводилися ці НСРД (ч. 3 ст. 256). Таке положення закону повинно враховуватися стороною захисту в аспекті дії п. 4 ч. 3 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, де

чітко зазначено, що захист має право на допит свідків сторони обвинувачення. Крім того, необхідно мати на увазі, що у змагальному кримінальному процесі (як на досудовому, так і судовому його етапах) свідок може бути допитаний щодо попередніх показань, які не узгоджуються із його показаннями (ч. 4 ст. 96 КПК України). У зв'язку з чим хибним є твердження окремих практиків про те, що самі протоколи допиту осіб на досудовому етапі кримінального провадження не мають для суду ніякого значення. Адже саме за допомогою таких розбіжностей у показаннях свідка можливо довести або

спростувати достовірність його показань.

4. *Статус спеціаліста у змагальному кримінальному процесі.* Практики до статньо неоднозначно оцінюють законність застосування процесуальних повноважень спеціаліста під час надання ним письмових довідок, актів та

висновків. Зрозуміло, що залучення такого суб'єкта відбувається виключно з метою сприяння ефективності та повноті досудового розслідування. Однак не слід плутати процесуальні можливості спеціаліста за чинним КПК України та за КПК України 1960 р. Вважаємо за доцільне наголосити на наявних випадках та способах залучення спеціаліста у змагальному кримінальному процесі. Так, чинним КПК України встановлено правило, згідно з яким під час досудового розслідування спеціаліст залучається сторонами, а під час судового розгляду — безпосередньо судом (самостійно або за клопотанням сторони). Частина 2 ст. 71 КПК України вказує на те, що спеціаліст залучається з метою надання безпосередньої технічної допомоги під час проведення можливих слідчих (розшукових) та інших процесуальних дій. Така допомога може надаватися шляхом фотографування, складення схем, планів, креслень, відбору зразків для проведення експертизи тощо. Тобто законодавцем при перерахуванні можливих видів технічної допомоги спеціаліста застосовано слово «тощо», а отже, їх перелік не є вичерпним, а залежить від мети та складності процесуальної дії. Наприклад, при зникненні певної кількості дизельного пального з цистерни нафтосклади спеціаліст як особа, котра володіє спеціальними знаннями та навичками застосування технічних або інших засобів, здатна допомогти слідчому, стороні захисту під час проведення огляду такої цистерни встановити, чи має вона ушкодження, чи здатні такі ушкодження привести до самовільного втрачання нафтопродуктів або така цистерна є герметичною. Відповідно, є цілком виправданим те, що перерахування у ч. 2 ст. 71 КПК України всіх без винятку видів технічної допомоги спеціаліста, по-перше, є недоцільним, а по-друге — неможливим, з практичної точки зору. Однак на практиці не потрібно плутати надану спеціалістом технічну допомогу стороні процесу при проведенні процесуальної дії із його власними письмовими дослідженнями, міркуваннями чи висновками, оскільки будь-яка технічна допомога буде відповідати законам фізики, а значить, може бути перевірена. Процесуальна можливість практиків щодо залучення спеціаліста та використання його спеціальних знань і навичок застосування технічних або інших засобів обмежується положеннями ст. 105 КПК України, яка має назву «Додатки до протоколу». Так, у пункті 2 зазначеної статті чітко визначені види та межі власної «наукової» творчості спеціаліста, а саме письмове пояснення, і лише щодо тих процесуальних дій, у яких він брав безпосередню участь. З вищезазначеного стає очевидним, що чинний КПК України не передбачає існування ніяких письмових довідок, висновків чи інших міркувань спеціаліста на досудовому етапі кримінального провадження. Така його діяльність регламентована лише в ст. 360 КПК України, що має назву «Консультації та роз'яснення спеціаліста», і застосовується лише в суді. Отже, спеціаліст має право у змагальному кримінальному процесі на досудовому його етапі: а) надавати письмове пояснення до протоколу процесуальної дії, в якій він брав участь; б) надавати будь-яку технічну допомогу завдяки наявним у нього спеціальним знанням та навичкам під час проведення процесуальної дії; в) надавати пояснення сторонам процесу, включаючи потерпілого, в порядку, передбаченому ч. 8 ст. 95 КПК України.

5 *Заходи забезпечення кримінального провадження* (далі — ЗЗКП). Стороною захисту до цього часу нехтується, а стороною обвинувачення не

усвідомлюється положення КПК України про те, що у змагальному кримінальному процесі сторони мають максимально рівні права щодо можливості застосування ЗЗКП для забезпечення дієвості кримінального провадження. Причому зазначена в законі рівність «забезпечується» державою, наскільки це можливо, враховуючи наявну стадійну будову кримінального процесу та виходячи із реалій наявного правового і політичного режиму.

Зазначені обставини дають нам можливість наголошувати на необхідності чіткого усвідомлення наявної варіативності шляхів і передбаченого законом порядку застосування ЗЗКП стороною обвинувачення та захисту. Об'єктивність та обгрунтованість висунутої нами гіпотези підтверджують і самі положення ст. 93, ст. 132, ст. 160, ст. 170, ст. 220 та ст. 303 КПК України. Наприклад, кодексом передбачено різні вимоги до клопотання сторони обвинувачення та захисту, яке подається на розгляд слідчому судді. Так, зміст ч. 3 та ч. 6 ст. 132 вказує на те, що вимоги до тексту клопотань слідчого, прокурора незалежно від виду ЗЗКП є набагато вищими, ніж подання клопотань (у випадках, передбачених законом) з аналогічних питань стороною захисту, потерпілим. Відповідно, клопотання сторони захисту, потерпілого, перше, повинно відповідати лише частині загальних вимог, передбачених у ст. 132 КПК України, які зазначені у ч. 2 та ч. 5 даної статті (а саме дотримання меж територіальної юрисдикції та наявності доказів обставин, на які вони посилаються), по-друге, дотриманню спеціальних вимог до підстав застосування конкретного виду ЗЗКП, як це передбачено, наприклад, у ст. 160 КПК України. Дотримуючись таких правил під час вирішення питання про застосування ЗЗКП на досудовому розслідуванні, крім слідчого судді, у випадках перебування сторони захисту у судовому засіданні (оскільки у контексті ст. 22 КПК України поняття суд та слідчий суддя постають як синоніми) вона також має право вимагати доведення стороною обвинувачення обгрунтованості підозри, зазначення конкретності потреб досудового розслідування в такому ЗЗКП, а також підтвердження факту внесення відомостей до ЄРДР. Причому на практиці перевірка факту внесення відомостей до ЄРДР про кримінальне провадження, в рамках якого подано клопотання про застосування ЗЗКП, не повинна формально зводитись до надання будь-якого витягу з ЄРДР із наявним у ньому номером кримінального провадження. Оскільки, згідно із положеннями ч. 6 ст. 132 КПК України, викладений у витягу з ЄРДР текст має узгоджуватися із змістом ст. 91 КПК України, яка чітко визначає предмет доказування та обмежує можливу мету збирання та/або перевірки доказів лише встановленням обставин, що мають значення для даного кримінального провадження. При виявленні зазначеної неузгодженості тексту витягу з ЄРДР та положень ст. 91 КПК України клопотання слідчого, прокурора не підлягає задоволенню на підставі положень ст. 132 КПК України, якою регламентовані загальні правила застосування ЗЗКП. Одразу наголосимо, що обов'язок дотримання засади законності і верховенства права щодо проведення повного та неупередженого розслідування у діях та рішеннях слідчого чи прокурора, а також неупередженості та справедливості судового розгляду не залежить в Україні від рівня їх нормативного закріплення, а пов'язаний із власною компетенцією, рівнем правової культури, правосвідомості та моральності суб'єкта правозастосування.

Підсумовуючи, зазначимо, що, виходячи з наявних завдань кримінального провадження та функції сторін, стає очевидним: якщо сторона захисту не має права подати таке клопотання безпосередньо до слідчого судді, то своє право вона може реалізувати за допомогою інституту клопотання (абз. 2 ч. 3 ст. 93 та ст. 220 КПК України), а вже відмову у задоволенні клопотання оскаржити до слідчого судді у порядку, передбаченому ст. 303 КПК України. В іншому випадку дії принципу змагальності кодекс передбачав би два паралельні розслідування, які в Україні завершувалися б у 100 % випадків абсолютно протилежними результатами.