МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ

Національний університет
«Одеська юридична академія»

О. О. Торбас

РОЗСУД В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ: теоретичне обґрунтування та практика реалізації

Монографія

Одеса
«Юридична література»
2020

УДК 343.162:343.241(477)
Т595

У роботі досліджено теоретичні та практичні аспекти застосування розсуду уповноваженими суб'єктами кримінального процесу при здійсненні кримінальної процесуальної діяльності. Досліджено сутність категорії «розсуд» у кримінальному провадженні та детермінанти, які впливають на зміст розсуду в процесі розслідування, розгляду та вирішення кримінальних правопорушень. Розглянуто особливості реалізації розсуду на різних стадіях кримінального процесу. Надано рекомендації щодо вдосконалення кримінального процесуального закондавства в частині реалізації розсуду під час здійснення кримінального провадження.

Розраховано на наукових співробітників, викладачів закладів вищої освіти, працівників правоохоронних і судових органів, адвокатів, студентів та аспірантів закладів вищої освіти.

Рецензенти:

В. О. Гринюк, доктор юридичних наук, доцент, завідувач кафедри кримінального процесу та криміналістики Інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка;

І. А. Тітко, доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри кримінального права та кримінально-правових дисциплін Полтавського юридичного інституту Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого;

В. В. Тіщенко, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, завідувач кафедри криміналістики Національного університету «Одеська юридична академія»

Рекомендовано до друку рішенням вченої ради
Національного університету «Одеська юридична академія»
(*протокол № 3 від 2 грудня 2020 р.*)

ISBN 978–966–419–382–2

© Торбас О. О. , 2020

ЗМІСТ

Умовні позначення 4

Вступ 5

РОЗДІЛ 1
Поняття, ознаки та межі розсуду в кримінальному процесі

1.1. Поняття, ознаки та види розсуду в кримінальному процесі ... 9
1.2. Межі та детермінанти розсуду в кримінальному процесі 56

РОЗДІЛ 2
Особливості реалізації суддівського розсуду

2.1. Сутність суддівського розсуду 92
2.2. Реалізація розсуду слідчими суддями 109
2.3. Реалізація розсуду судом при вирішенні кримінальних проваджень та перегляді судових рішень.....140

РОЗДІЛ 3
Особливості реалізації розсуду прокурора

3.1. Ознаки розсуду прокурора 164
3.2. Розсуд прокурора на досудовому розслідуванні.....173
3.3. Розсуд прокурора в судових стадіях кримінального провадження.....205

РОЗДІЛ 4
Особливості реалізації розсуду слідчого та дізнавача

4.1. Сутність розсуду слідчого та дізнавача 223
4.2. Реалізація розсуду слідчим та дізнавачем 237

Висновки 276

Умовні позначення

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

КПК України за своєю суттю є досить складним правовим документом, застосування якого вимагає не тільки чіткого знання процесуальних положень, а і 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 правозастосувачами повноваження виносити індивідуальні акти правозастосування. І одним з найбільш дієвих способів забезпечення таких широких можливостей є введення у відповідний законодавчий акт положень, які дозволяють уповноваженим суб'єктам 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 власне визначення меж розсуду і викликає найбільше складності в процесі реалізації відповідних правових положень, адже в такому випадку законодавець не надає чіткі інструкції, як необхідно діяти в тій чи іншій ситуації, а лише зобов'язує уповноважених осіб самостійно проводити оцінку фактичних обставин і нормативних положень 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 досі лишається єдиним способом індивідуалізації нормативних положень відповідно до ситуації, яка склалася.

Способи реалізації розсуду суттєво залежать від особливостей кожної конкретної галузі права, в якій такий розсуд буде застосовуватись. І чим суворішими є законодавчі обмеження, тим складнішим буде процес реалізації відповідної правової категорії. Наприклад, цивільні правовідносини в більшій мірі допускають використання широких тлумачень правових положень у процесі правозастосування, що в цілому відображає особливості нормативного регулювання відповідної галузі права. В інших же випадках свобода у виборі способу реалізації правових положень значно вужча. Особливо проблемним в даному випадку можна назвати застосування розсуду в кримінальному процесі, адже кримінальна процесуальна галузь в більшості випадків використовує імперативні положення для регулювання правовідносин, що виникають в процесі розслідування, розгляду та вирішення кримінальних правопорушень. Однак це не завадило законодавцю ввести в КПК України 2012 року досить велику кількість оціночних понять: «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 понятих до участі в інших процесуальних діях — ч. 7 ст. 223 КПК України; доцільність проведення обшуку для відшукання 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. Очевидно, що тлумачення таких оціночних понять у першу чергу буде залежати від особливостей кожного конкретного кримінального провадження. В той же час необхідно погодитись, що в окремих випадках відсутність більш чітких орієнтирів у процесі використання оціночних понять може стати причиною необґрунтованого звуження прав учасників кримінального провадження або розширення повноважень суб'єктів, які уповноважені кримінальним процесуальним законом на розслідування, розгляд та вирішення кримінальних правопорушень.

У кримінальному процесі розсуд застосовується не тільки в процесі застосування оціночних понять, а також при виборі найбільш оптимального способу реалізації кримінальних процесуальних повноважень у тих випадках, коли законодавець надає таку можливість. Власне, в процесі застосування такого розсуду і проявляється одна з ключових його особливостей в кримінальному процесі — розсуд є способом реалізації владних повноважень. 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 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.).

Тобто дана категорія не повинна оцінюватись як спосіб вибору власних прав у кримінальному процесі. 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.

Таким чином, можна зробити висновок, що розсуд у кримінальному процесі притаманний лише тим суб'єктам, які приймають владні рішення, користуючись при цьому певною мірою свободи. До таких суб'єктів можна віднести слідчого суддю, суд, прокурора, слідчого, дізнавача, керівника органу дізнання, представників оперативних підрозділів та персоналу органу пробації. В той же час навіть попередньої оцінки даного переліку учасників кримінального провадження достатньо, щоб зробити висновок про неоднорідність у способах та методах реалізації розсуду в кримінальному процесі. В першу чергу має оцінюватись ступінь процесуальної незалежності уповноважених суб'єктів кримінального процесу, який буде впливати на процесуальні можливості відповідного суб'єкта в процесі реалізації розсуду. Поряд з цим можна зробити висновок, що власне можливості застосування розсуду і визначають межі процесуальної самостійності таких суб'єктів. Однак самі способи реалізації такого розсуду між собою досить суттєво різняться.

У зв'язку з цим виникла нагальна потреба у проведенні комплексного наукового дослідження категорії розсуду в кримінальному процесі, а також в аналізі способів реалізації розсуду уповноваженими на те суб'єктами в процесі розслідування, розгляду та вирішення кримінальних проваджень. В правовій доктрині присутні наукові роботи, які присвячені аналізу вказаної проблеми: роботи А. Т. Боннера, Ю. М. Грошевого, К. П. Єрмакової, Я. О. Зейкана, О. В. Корабліної, П. Г. Марфіцина, О. А. Папкової та інші. Проте вони у своїй більшості або стосуються законодавства інших країн, або присвячені розсуду одного окремого суб'єкта кримінальних процесуальних відносин. У той же час категорія розсуду в кримінальному процесі є поняттям багатоаспектним, яке в першу чергу має досліджуватися як єдина правова категорія з виділенням відповідних характерних особливостей, що і було зроблено в даному монографічному дослідженні. В подальшому, розуміючи, що категорія розсуду може бути оцінена лише шляхом дослідження правозастосовчого процесу, в даній науковій роботі були проаналізовані повноваження уповноважених суб'єктів кримінального процесу з точки зору можливостей застосування ними розсуду.

Розділ 1

ПОНЯТТЯ, ОЗНАКИ ТА МЕЖІ РОЗСУДУ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

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 в 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 ви-

падках 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[1].

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...»[2].

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

---

[1] *Наумов А. В.* Применение уголовно-правовых норм. По материалам следственной и прокурорско-судебной практики: учеб. пособие. Волгоград: Изд-во ВСШ МВД СССР, 1973. С. 97.

[2] *Ткешелиадзе Г. Т.* Судебная практика и уголовный закон. Тбилиси: Мецниереба, 1975. С. 114.

«суддя — це лише рот, який повторює мову права»[1]. Суддя Джоель Зуссмен також піддає критиці такий «механічний підхід» до визначення ролі судді у застосуванні права, зазначаючи, що суддя в очах Мотнеск'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 талан суддів проявляється лише в можливості їх віднайти. Інколи ж стежини законодавцем взагалі не відмічені і судді самі повинні їх відмітити»[2].

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. Толчеєв зазначає, що в звичайному розумінні розсуду не існує, адже суд не наділений ніякою свободу вибору, а повинен приймати єдине правильне рішення[3]. 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 в 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

---

[1] *Барак А.* Судейское усмотрение: пер. с англ. Москва: Норма, 1999. С. 10.
[2] Там само. С. 10.
[3] *Толчеев М.* Судейское усмотрение // ЭЖ-Юрист. 2004. № 26.

в 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[1], рішення, заключення, думка[2]. 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»[3].

О. Баєв вказував, що «в теорії права немає більш неформалізованого, а тому далеко неоднозначного поняття, ніж угляд (discresio — розсуд (укр.) у правозастосовній діяльності»[4]. 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[5].

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

---

[1] Словник української мови. Академічний тлумачний словник. (1970–1980). URL: http://sum.in.ua/s/rozsud (дата звернення 10.10.2020).

[2] *Ожегов С. И.* Словарь русского языка / под ред. Н. Ю. Шведовой. Москва: Сов. энциклопедия, 1973. С. 839.

[3] *Барак А.* Судейское усмотрение: пер. с англ. Москва: Норма, 1999. С. 12–13.

[4] *Баев О. Я.* Усмотрение в уголовном судопроизводстве // Вестник ВГУ. Серия: Право. 2010. № 1. С. 438.

[5] *Ермакова К. П.* Пределы судебного усмотрения: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Москва, 2010. С. 15.

право «зв'язано» розсудом. Відповідно, в вузькому розумінні розсуд «зв'язаний» правом[1]. 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[2].

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 аналізу 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 в 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

---

[1] *Дубовицкий В. Н.* Законность и усмотрение в советском государственном управлении. Минск: Наука и техника, 1984. С. 49.

[2] *Тихомиров Ю. А.* Правовое регулирование: теория и практика. Москва: Формула права, 2010. С. 158.

є законною[1]. Іншими словами «розсуд означає свободу вибору між різними можливими рішеннями»[2]. 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»[3].

З такою позицією можна погодитись, адже уповноважені на застосування розсуду суб'єкти приймають юридично значущі рішення шляхом обрання одного 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

---

[1] *Барак А.* Судейское усмотрение: пер. с англ. Москва: Норма, 1999. С. 12.
[2] Там само. С. 12.
[3] *Марфицин П. Г.* Усмотрение следователя (уголовно-процессуальный аспект): дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.09. Омск, 2003. С. 97.

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, яке можна вдало об'єднати із 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 у суспільстві, при цьому набувши такі хвороби, як бюрократизм, громіздкість, закостенілість організаційних форм[1]. На даний момент деякі науковці продовжують розглядати розсуд як негативне явище[2], 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[3].

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

---

[1] *Манохин В. М.* Правовое государство и проблема управления по усмотрению // Советское государство и право. 1990. № 1. С. 27.

[2] *Шестакова Н. Д.* Недействительность сделок: процессуальный и материальный аспекты: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.15. Санкт-Петербург, 2001. С. 11; *Шарнина Л. А.* К вопросу о разграничении усмотрения и произвола в конституционном праве // Конституционное и муниципальное право. 2011. № 7.

[3] *Скурданов А. С.* К вопросу об усмотрении в праве // Сибирский юридический вестник. 2012. № 3 (58). С. 28.

також завжди може розглядатися як досить серйозний корупційний ризик[1]. 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 у 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 в 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 у три блоки: 1) формально-юридичний — розсуд розглядається як «повноваження»; 2) філософський — науковці, віднесені до даного блоку, розглядають розсуд як «вибір» чи свободу; 3) розумоводіяльний — розсуд характеризують як «розумову діяльність» або «правозастосовчий акт (діяльність»)[2]. У даному випадку науковець, аналізуючи різні наукові підходи до тлумачення

---

[1] *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; *Бєлкін Л. М.* Дискреційні повноваження органів влади як чинник корупції // Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика). 2011. Вип. 24. С. 91–100; *Шатрава С. О.* Дискреційні повноваження працівників ОВС як корупційний ризик в діяльності органів внутрішніх справ // Порівняльно-аналітичне право. 2013. № 2. С. 276–277.

[2] *Никонов М. А.* Судейское усмотрение: уголовно-процессуальные аспекты: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Москва, 2013. С. 18.

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 унеможливлює 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 категорій 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[1]. А. В. Ярославський розуміє розсуд як ставлення слідчого (судження, оцінка) до характеру ситуації, що вирішується, що обумовлена деякими його індивідуальними якостями та яка виражається у формі права вільного вибору рішення (дії) чи часу прийняття рішення (дії) найбільш доцільного, з точки зору накопиченого кримінально-

[1] *Чечот Д. М.* Административная юстиция (Теоретические проблемы): монография. Ленинград: Изд-во Ленингр. ун-та, 1973. С. 68.

процесуальною практикою досвіду правозастосування, для досягнення завдань кримінального судочинства в тій чи іншій конкретній слідчій ситуації[1]. 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[2]. 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[3]. 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[4]. 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[5]. 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[6]. 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)[7]. На думку Я. Зейкана, судовий розсуд — це вибір суддею варіанта рі-

---

[1] *Ярославский А. Б.* Усмотрение следователя при расследовании уголовных дел: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Волгоград, 2001. С. 6.

[2] *Кулапов В. Л., Медная Ю. В.* Поднормативное правовое регулирование. Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратов. гос. акад. права», 2009. С. 168.

[3] *Лукьяненко М. Ф.* Усмотрение как способ применения оценочных понятий гражданского права // Право и политика. 2008. № 8. С. 1947.

[4] *Лазарев В. В.* Применение советского права / науч. ред. Б. С. Волков. Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1972. С. 144.

[5] *Малиновский А. А.* Усмотрение в праве // Государство и право. 2006. № 4. С. 102.

[6] *Скударнов А. С.* Усмотрение в процессе реализации прав, свобод и обязанностей граждан (и их объединений): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Красноярск, 2014. С. 70.

[7] *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. 474.

шення юридичної справи, що ґрунтується на його суб'єктивному сприйнятті обставин справи та його суб'єктивному тлумаченню правових норм[1].

У 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[2].

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[3]. 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[4]. А. Бондюк вважає, що суддівський розсуд слідчого судді — це ментальна форма реалізації процесуальних повноважень, що обмежуються вказівкою

---

[1] *Зейкан Я.* О проблеме свободного судебного усмотрения в арбитражном процессе // Вестник Арбитражного суда Ставропольского края. 2004. № 1. С. 21.

[2] *Боннер А. Т.* Применение нормативных актов в гражданском процессе. Москва: Юрид. лит., 1980. С. 48.

[3] *Соловей Ю. П.* Усмотрение в административной деятельности советской милиции: автореф. дис. ... канд. юрид, наук: 12.00.02. Москва, 1982. С. 14.

[4] *Берг Л. Н.* Судебное усмотрение и его пределы: общетеоретический аспект: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Екатеринбург, 2008. С. 61–62.

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[1].

Окрема група авторів наголошує та 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)[2], 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)[3] або (якщо це стосується слідчого) як обраний слідчим у межах своїх повноважень із декількох альтернатив (кожна з яких є законна) варіант поведінки, яка або прямо передбачена у правовій нормі, або виплаває 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)[4].

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

---

[1] *Бондюк А.* Аналіз наукових підходів до визначення поняття «судовий розсуд» // Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Серія: Юридичні науки: зб. наук. пр. 2017. № 861. С. 425.

[2] *Пронин К. В.* Дискреционные полномочия суда в уголовном судопроизводстве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Челябинск, 2010. С. 7.

[3] *Мельник Г. П.* Судовий розсуд (дискреція) як явище правової системи // Наукові записки НаУКМА. 2009. Т. 90: Юридичні науки. С. 45.

[4] *Багрій М. В.* Угляд (розсуд) слідчого у кримінальному судочинстві України: до питання визначення поняття // Часопис Академії адвокатури України. 2011. № 13. С. 2.

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[1]. 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 випливає із загальних і лише відносно визначених законодавчих приписів[2]. 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];

— *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. А. Папкова)[4];

— *воля законодавця* (судовий розсуд у кримінальному праві — здійснюваний в процесуальній формі специфічний аспект правозастовчої діяльності, який полягає у використанні наданих суду (слідчому, дізнавачу) кримінально-правовими нормами повнова-

---

[1] *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 науч.-практ. конф. Москва, 1979. С. 70.

[2] *Комиссаров К. И.* Судебное усмотрение в советском гражданском процессе // Советское государство и право. 1969. № 4. С. 50.

[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. 260.

[4] *Папкова О. А.* Понятие судейского усмотрения // Журнал российского права. 1997. № 12. С. 107.

жень щодо вибору рішень у межах, встановлених законом, у відповідності до своєї правосвідомості та волі законодавця, виходячи з принципів права та конкретних обставин вчиненого злочину (Ю. В. Грачева)[1];

— *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)[2] 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 оспорюється, чи напрацювання спільного правоположення[3];

— В. Г. Антропов, для якого правозастосовчий розсуд — це надана правом, владна, інтелектуально-вольова діяльність правозастосувача щодо вибору суб'єктивно-оптимального рішення[4];

— 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[5];

— М. Д. Савенко, відповідно до якого суддівський розсуд — це інтелектуально-вольова діяльність, спрямована на законне, об'єктивне, неупереджене і справедливе вирішення спірних питань, що

---

[1] *Грачева Ю. В.* Судейское усмотрение в реализации уголовно-правовых норм: проблемы законотворчества, теории и практики: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.09. Москва, 2011. С. 144.

[2] *Погорелова Н. С.* Судейское усмотрение в производстве по делам об административных правонарушениях: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.14. Ростов-на-Дону, 2005. С. 28.

[3] *Гук П. А.* Независимость и судейское усмотрение // Российская юстиция. 2008. № 11. С. 46.

[4] *Антропов В. Г.* Правоприменительное усмотрение: понятие и формирование (логико-семантический аспект): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Волгоград, 1995. С. 62.

[5] *Ковальський В. С.* Проблема суддівського розсуду та кримінальний закон // Судова реформа в Україні: проблеми і перспективи: матеріали наук.-практ. конф. (м. Харків, 18–19 квіт. 2002 р.). Київ: Юрінком Інтер, 2002. С. 114.

виникають у судочинстві або є предметом розгляду у випадках, дозволених або не врегульованих законом[1];

— 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[2];

— 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[3], та інші.

До визначень, які в силу свого лаконізму не знайшли свого відображення в наданих групах, можна віднести тлумачення розсуду слідчого П. Г. Марфіциним (розсуд слідчого — це обраний слідчим у межах своїх повноважень з-поміж альтернатив (кожна з яких є законною) варіанта поведінки (рішення), який відповідає конкретним умовам справи[4]), визначення розсуду Ю. А. Тихомировим (розсуд — мотивований вибір для прийняття правомірних рішень та реалізації дій уповноваженим суб'єктом у межах його компетенції для виконання поставлених завдань[5]), розуміння судового розсуду Д. Б. Абушенком (судовий розсуд базується на свободі суду, його праві вибору; відносному характері свободи, обмеженості свободи; а встановлення свободи та способи її обмеження випливають безпосередньо з правових норм[6]) та В. Бігуном (суддівський розсуд — як межа свободи судді в судовому вирішенні, спосіб реалізації судової влади суддею, принципове положення в здійсненні

---

[1] *Савенко М. Д.* Суддівський розсуд у цивільному процесі // Наукові записки. Юридичні науки. 2004. Т. 26. С. 75.

[2] *Канцір В. С.* Проблеми судового угляду при застосуванні кримінального законодавства України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Львів, 1998. С. 10.

[3] *Власенко Н. А.* Проблемы точности выражения формы права (лингво-логический анализ): автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01. Екатеринбург, 1997. С. 56.

[4] *Марфицин П. Г.* Усмотрение следователя (уголовно-процессуальный аспект): дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.09. Омск, 2003. С. 103.

[5] *Тихомиров Ю. А.* Административное усмотрение и право // Журнал российского права. 2000. № 4. С. 72.

[6] *Абушенко Д. Б.* Судебное усмотрение в гражданском процессе: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Москва, 2002. С. 24.

правосуддя, що визначає межі повноважень суду у вирішенні питань і справ у судочинстві[1]) та інші.

Аналіз всіх зазначених тлумачень вказує на правильність обраної методики їх дослідження, а саме на відмову від проведення класифікації визначень, а лише 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 в 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 підкреслив 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;

---

[1] *Бігун В. С.* Філософія правосуддя: ідея та здійснення: монографія. Київ, 2011. С. 22.

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[1].

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[2].

Можна помітити, що підходи Ю. В. Грачової та О. В. Кораблiної 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 рі-

---

[1] *Грачева Ю. В.* Судейское усмотрение в реализации уголовно-правовых норм: проблемы законотворчества, теории и практики: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.09. Москва, 2011. С. 145.

[2] *Кораблина О. В.* Понятие и признаки судейского усмотрения в российском уголовном праве // Вестник АГТУ. Гуманитарные науки. 2007. № 3 (38). С. 246.

шення 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 найоптимальнішим, 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 напряму 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. Скурдарнов, 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[1].

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,

---

[1] *Скурданов А. С.* К вопросу об усмотрении в праве // Сибирский юридический вестник. 2012. № 3 (58). С. 30.

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 «реалізації 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[1].

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»[2].

У 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 не-

---

[1] *Скурданов А. С.* К вопросу об усмотрении в праве // Сибирский юридический вестник. 2012. № 3 (58). С. 31.

[2] *Бурмагин С. В.* Уголовный суд России: монография. Москва: Юрлитинформ, 2010. С. 114.

тотожні. 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)[1].

А. С. Ігнатьєв 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;

---

[1] *Поляков І. І.* Розсуд у праві: поняття, ознаки і види // Актуальні проблеми політики: зб. наук. пр. Одеса: Фенікс, 2009. Вип. 38. С. 235.

4) наявність меж, обмежень такої свободи (правомочності) вибору;

5) ціль — досягнення оптимального результату при вирішенні правового питання[1].

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[2].

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 власне 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 — це в першу чергу **повноваження**, а не право. Як вже було зазначено, в даному випадку розсуд 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: роз-

---

[1] *Игнатьев А. С.* Понятие и признаки усмотрения при осуществлении судопроизводства в Конституционном суде Российской Федерации // Ленинградский юридический журнал. 2011. № 4. С. 152–166.

[2] *Марков П. В.* Правовая природа и условия осуществления судебного усмотрения: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Москва, 2012. С. 74.

суд 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 право-

порушення, 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 посилалась 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 у самому нормативно-пра-

вовому 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 ме-

тодів 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 в 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 статті 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 вибору тактики та стратегії 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 висновка)[1]. 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

---

[1] *Ермакова К. П.* Пределы судебного усмотрения: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Москва, 2010. С. 16.

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 професійній 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 має 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 дати оцінку професійного

досвіду особи, до повноважень 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 ситуацій 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, у 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 значення також має 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 в процесі застосування 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 в процесі більш глибшого 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 дозволять 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[1]. 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[2]. 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

---

[1] *Тітко І. А.* Нормативне забезпечення та практика реалізації приватного інтересу у кримінальному процесі України: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.09. Харків, 2016. 37 с.; *Рибалко В. О.* Оцінне 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.

[2] *Тітко І.* Приватний інтерес як категорія кримінального процесуального права // Вісник Національної академії правових наук України. 2013. № 3. С. 249–258.

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 іншого боку, 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[1]. «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 внесок у будівництво свого суспільства»[2].

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;

---

[1] *Барак А.* Судейское усмотрение: пер. с англ. Москва: Норма, 1999. С. 34.
[2] Там само. С. 34.

— кінцевою метою розсуду є забезпечення приватних та публічних інтересів.

Таким чином, врахувавши озвучені ознаки, можна зробити висновок, що **розсуд у кримінальному процесі** — це 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.

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 *a*, то суддя повинен застосувати *b*) суддя уповноважений вчинити одну з альтернативних дій (якщо *a*, то суддя може обрати *b* або *c*).

2. «Відхильний» розсуд. Передбачає можливість суду ігнорувати правові норми без загрози понести відповідальність.

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

4. Розсуд по відношенню до встановлення та оцінки фактів[1].

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

1. «Khadi-розсуд», тобто розсуд за 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 (A. T. Kronman) зазначав, що khadi-правосуддя — це винесення рішення виключно типу ad hoc, в якому справи розглядають на індивідуальній основі і у відповід-

[1] *Pattenden R.* Judicial Discretion and Criminal Litigation. Oxford: Clarendon Press 1990. 496 p.

ності з хаотичним змішуванням правових, духовних, емоційних та політичних поглядів. Khadi-правосуддя є нераціональним у 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»[1].

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[2].

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[3].

Р. Гудін (R. E. Goodin) в «слабкому розсуді» виділяє наступні пари: формальний — неформальний розсуд (формальний існує у випадку, коли його застосування випливає зі змісту правової норми; неформальний розсуд застосовується тоді, коли мова норми не-

---

[1] *Kronman A. T.* Max Weber. Stanford, Calif.: Stanford University Press, 1983. P. 76–77.

[2] *Schneider C.* Discretion and Rules. A Lawyer's View // The Uses of Discretion. London: Clarendon Press, 1992. P. 79.

[3] *Dworkin R.* Taking Rights Seriously. Massachusetts: Harvard University Press, 1977. P. 32.

зрозуміла), попередній — кінцевий розсуд (в залежності від можливості або неможливості подальшого скасування відповідного судового рішення)[1].

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, якими закон наділяє особу, що застосовує розсуд:

— обмежений розсуд (наявні обмеження при застосуванні розсуду, визначені закондавцем);

— 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[2].

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[3].

---

[1] *Goodin R. E.* Welfare, Rights and Discretion // Oxford Journal of Legal Studies. 1986. № 6 (3). P. 236.

[2] *Барак А.* Судейское усмотрение: пер. с англ. Москва: Норма, 1999. С. 27.

[3] *Боннер А. Т.* Применение закона и судебное усмотрение // Советское государство и право. 1979. № 6. С. 44; *Комиссаров К. И.* Судебное усмотрение в советском гражданском процессе // Советское государство и право. 1969. № 4. 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[1].

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[2].

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[3].

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

— при визначенні напряму 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;

---

[1] *Абушенко Д. Б.* Судебное усмотрение в гражданском процессе: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Москва, 2002. С. 104.

[2] *Громова Н. В.* Виды судейского усмотрения при совершении процессуальных действий // Арбитражная практика. 2002. № 3. С. 52.

[3] *Папкова О. А.* Усмотрение суда. Москва: Статут, 2005. С. 349.

— при визначенні меж розголошення відомостей попереднього слідства;

— при оцінці доказів, які зібрані в справі, з точки зору їх достатності[1].

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[2].

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

---

[1] *Огилец А. А.* Процессуальные, тактические и психологические аспекты усмотрения следователя: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Краснодар, 2005. С. 28.

[2] *Никонов М. А.* Судейское усмотрение: уголовно-процессуальные аспекты: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Москва, 2013. С. 30.

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.

У 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. В 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 неоднозначністю правових положень уповноважені суб'єкти на власний розсуд приймають юридично значущі рішення, вдосконалюючи таким чином реалізацію відповідних правових положень. Очевидно, що непрогнозований розсуд у першу чергу включає в себе 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 вста-

новлює лише один виняток з даного правила, надаючи можливість самому потерпілому підтвердити розмір шкоди. Однак Верховний Суд у 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[1]. 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 прокурору 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. Абушенком, 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 при-

[1] Постанова Верховного Суду від 25.11.2019, справа № 420/1667/18. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/86070671 (дата звернення: 10.10.2020).

йняти 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 наступає 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. В 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 правило, 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, щодо 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 яких 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 у 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 понятих до участі в інших процесуальних діях — ч. 7 ст. 223 КПК України; доцільність проведення обшуку для відшукання 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 обирать певний варіант поведінки. Наприклад, при оцінці ефективності досудового розслідування має бути врахована низка обставин, які у своїй сукупності, як правило, не вказують на сто відсоткову 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 здійснювати кримінальне 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 підстав 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 допомагають в забезпеченні здійснення 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 самостійно 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 самостійного здійснення досудового розслідування (п. 6 ч. 2 ст. 39 КПК України) такий керівник «трансформується» в слідчого і, відповідно, має бути перенесений 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.

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, в процесі вирішення якого вони і застосовують розсуд;

— 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 дорученням. У той же час тактика та методика виконання доручень (особливо в частині проведення слідчих та негласних слідчих (розшукових) дій) обирається 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 може лише доповнювати їх з тактичної точки зору.

Якщо 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 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. 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;

— представник персоналу органу пробації. При підготовці до складання, складанні та проголошенні досудової доповіді представник персоналу органу пробації як посадова особа має низку повноважень, які він може реалізовувати на власний розсуд з ме-

тою виконання покладених на нього завдань. Відповідно до п. 1 ч. 3 ст. 72[1] КПК України, представник персоналу органу пробації зобов'язаний скласти досудову доповідь, зміст якої регулюється наказом Міністерства юстиції України[1]. 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, здійснюється на власний розсуд представником персоналу органу пробації, що підтверджує його статус як суб'єкта, що наділений розсудом у кримінальному провадженні.

Можна помітити подібність форм реалізації розсуду співробітниками оперативних підрозділів та представником персоналу органу пробації — 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, співробітники оперативних підрозділів та представники персоналу органу пробації мають дещо ширші можливості в способах реалізації власного розсуду в кримінальному процесі.

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 в кримінальному процесі вони не наділені.

---

[1] Наказ Міністерства юстиції України «Про затвердження порядку складання досудової доповіді» від 27.01.2017 № 200/5. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0121-17/print (дата звернення: 09.01.2020).

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

1) розсуд суб'єктів, уповноважених здійснювати кримінальне 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»[1]. 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»[2]. В. Л. Кулапов та Ю. В. Медна 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[3]. П. Г. 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[4]. 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[5]. 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 від-

---

[1] *Марфицин П. Г.* Усмотрение следователя (уголовно-процессуальный аспект): дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.09. Омск, 2003. С. 142.

[2] *Рарог А. И., Степалин В. П.* Судейское усмотрение при назначении наказания // Государство и право. 2002. № 2. С. 36.

[3] *Кулапов В. Л., Медная Ю. В.* Поднормативное правовое регулирование. Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратов. гос. акад. права», 2009. С. 166.

[4] *Марфицин П. Г.* Усмотрение следователя (уголовно-процессуальный аспект): дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.09. Омск, 2003. С. 163.

[5] *Берендюхин В., Струнская О.* Усмотрение суда ограничить процессуальными нормами // ЭЖ-Юрист. 2006. № 4. С. 8–9.

сутності меж право перетворюється у свою протилежність та перестає бути правом»[1].

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[2].

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[3].

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[4].

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[5].

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[6]. 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

---

[1] *Папкова О. А.* Пределы судейского усмотрения в гражданском процессе // Журнал российского права. 1998. № 2. С. 99.

[2] *Березин А. А.* Пределы правоприменительного усмотрения: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Нижний Новгород, 2007. С. 95.

[3] *Берг Л. Н.* Судебное усмотрение и его пределы: общетеоретический аспект: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Екатеринбург, 2008. С. 108.

[4] *Ермакова К. П.* Пределы судебного усмотрения: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Москва, 2010. С. 64.

[5] *Кораблина О. В.* Усмотрение в правоприменительной деятельности: общетеоретический и нравственно-правовой аспекты: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Саратов, 2009. С. 7.

[6] *Малько А. В.* Стимулы и ограничения в праве. Москва: Юристь, 2004. С. 148.

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[1].

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[2].

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 багатоаспекність, 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, в 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. 34 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 розріз-

---

[1] *Малько А. В.* Правовые ограничения: от отраслевого понимания к теоретическому // Правоведение. 1993. № 5. С. 19.

[2] *Хайдаров А. А.* Судейское усмотрение и его пределы в судебных стадиях уголовного процесса России: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Москва, 2011. С. 252.

няти 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 в 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 обранні 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 визначать 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 да-

ному 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.

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[1].

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[2].

---

[1] *Папкова О. А.* Усмотрение суда. Москва: Статут, 2005. С. 76.

[2] *Берг Л. Н.* Судебное усмотрение и его пределы: общетеоретический аспект: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Екатеринбург, 2008. 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 встановленні 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)[1].

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 його 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)[2]. Схожу позицію підтримує П. В. Марков, який виділяє дві групи меж судового розсуду: об'єктивні та суб'єктивні[3].

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[4].

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

---

[1] *Березин А. А.* Пределы правоприменительного усмотрения: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Нижний Новгород, 2007. С. 96–114.

[2] *Сенякин И. Н., Степин А. Б., Подмосковный В. Д.* Судебное усмотрение в частном праве: (общетеоретический анализ). Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратов. гос. акад. права», 2005. С. 194–196.

[3] *Марков П. В.* Правовая природа и условия осуществления судебного усмотрения: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Москва, 2012. С. 79.

[4] *Комиссаров К. И.* Задачи судебного надзора в сфере гражданского судопроизводства. Свердловск, 1971. С. 26.

1) в залежності від сфери функціонування:
— приватноправові;
— 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)[1].

З переліку позиції 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 на-

[1] *Ермакова К. П.* Пределы судебного усмотрения: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Москва, 2010. С. 71.

віть 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 у таких ситуаціях уповноважені суб'єкти продовжують діяти в 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, випливати 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 будуть 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[1]. 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 у 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[2]. Хоча на даний момент не існує окремого наукового дослідження визначення сутності цього поняття в аспекті його зв'язку з правовим розсудом, в 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 обставин 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 де-

---

[1] *Марков П. В.* Правовая природа и условия осуществления судебного усмотрения: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Москва, 2012. С. 109.

[2] *Никонов М. А.* Судейское усмотрение: уголовно-процессуальные аспекты: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Москва, 2013. 272 с.

термінантів, 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 детермінантів розсуду лише в складі великої групи правозастосувачів, але не як окремий індивід.

ОБ'ЄКТИВНІ ДЕТЕРМІНАНТИ РОЗСУДУ

Принципи (засади) як детермінанти 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[1]. Відповідно, фундаментальний характер засад кримінального процесу (або, як їх ще називають, «футляр для думок», що наповнюється тим чи іншим змістом[2]) вказує на їх першочергове значення при оцінці меж розсуду та детермінантів, які на ці межі впливають. Крім того, «неможливо уникнути факту складності, багатогранності та неодно-

---

[1] Кримінальний процес: підручник / за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки. Харків: Право, 2013. С. 62.

[2] *Никонов М. А.* Судейское усмотрение: уголовно-процессуальные аспекты: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Москва, 2013. С. 87.

значності матерії права»[1], 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[2]. Існують і інші позиції[3], проте саме трирівнева система є найбільш прийнятною та вживаною серед науковців. Така класифікація притаманна не лише праву в цілому, а і конкретній галузі кримінального процесуального права[4], 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 у 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[5].

Принципи мають досить велике значення при дослідженні проблематики реалізації розсуду, адже «межі розсуду визначаються ста-

---

[1] *Ермакова К. П.* Пределы судебного усмотрения: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Москва, 2010. С. 82.

[2] *Алексеев А. А.* Проблемы теории права. Основные вопросы общей теории социалистического права: курс лекций в 2 т. Т. 1. Свердловск: Изд-во Свердл. юрид. ин-та, 1972. С. 108; *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. 116.

[3] *Михеєнко М. М.* Кримінальний процес України: підручник. Київ: Либідь, 1999. 536 с.

[4] *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; *Галаган О. І.* Поняття та система засад (принципів) кримінального провадження // Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ. 2013. № 4. С. 167–172.

[5] *Аленін Ю. П., Волошина В. К.* Поняття та система принципів кримінального провадження // Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія». 2014. Т. 14. С. 87.

лими для даної правової системи принципами права»[1]. «Процес індивідуального судового регулювання не може базуватися тільки на суб'єктивному розсуді суду, фактичних обставинах справи, інших соціальних регуляторах, 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»[2]. 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[3]. 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

---

[1] *Скурко Е. В.* Принципы права в современном нормативном правопонимании. Москва: Юрлитинформ, 2008. С. 32.

[2] *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. № 3 (35). С. 15.

[3] *Ермакова К. П.* Пределы судебного усмотрения: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Москва, 2010. С. 87.

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»[1]. Таким чином ВССУ, використовуючи інші положення КПК України, до-

[1] 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.

вів 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[1]. 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, в 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 напряму застосовувати засади кримінального процесу, проте лише у тих випадках, коли положення КПК не регулюють або неоднозначно регулюють правовідносини, що виникають в 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

URL: http://lib.znau.edu.ua/jirbis2/images/phocagallery/2017/Pryklady_DSTU_8302_2015.pdf (дата звернення: 01.03.2020).

[1] 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).

регулювання, а і коли норми КПК України грубо суперечать засадам кримінального провадження.

У зв'язку з цим пропонується 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».

Очевидно, що така пропозиція має низку слабких сторін. 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 колізії та встановлення способів їх подолання. Однак існують також і контраргументи.

Щодо можливості зловживання таким правом. Дійсно, запропоновані зміни в законодавство надають значно більше повноважень, в 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 діяльність (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 ігнорування або навіть примусове 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 Верховою 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[1].

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 у 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 детермінанти 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.

---

[1] 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).

Одну з основних проблем в частині застосування норм права викликає тлумачення відносно визначених правових норм, «які не містять всіх вказівок та допускають можливість варіантів з урахуванням конкретних обставин»[1]. С. С. Алексєєв досить слушно поділяє всі відносно визначені норми на три групи: ситуаційні, альтернативні та факультативні[2]. 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[3]. 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. У даному випадку можна констатувати наявність одразу двох видів правового припису — визначеного та ситуаційного. Так, допит малолітнього свідка обов'язково має проводитись у 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 ви-

---

[1] Общая теория права и государства: учеб. для юрид. вузов / под ред. В. В. Лазарева. Москва: Юрист, 1994. С. 121.

[2] *Алексеев С. С.* Общая теория права. 2-е изд., перераб. и доп. Москва: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. С. 321.

[3] *Ермакова К. П.* Пределы судебного усмотрения: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Москва, 2010. С. 94.

значених норм) передбачають можливість застосування правозастосовчими органами одного з декількох варіантів, що передбачений правовою нормою. «Межі розсуду суду чітко зазначені в самій нормі, в рамках таких вказівок суду належить реалізувати власний розсуд»[1]. 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

[1] *Ермакова К. П.* Пределы судебного усмотрения: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Москва, 2010. С. 95.

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[1]. 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 збігаються за змістом. В правозастосовчій діяльності це веде до прийняття неоднакових рішень, заснованих на вибраних на власний розсуд актах»[2].

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 в порядку заміни основного варіанта за певних умов[3]. 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

---

[1] 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).

[2] *Грачева Ю. В.* Судейское усмотрение в реализации уголовно-правовых норм: проблемы законотворчества, теории и практики: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.09. Москва, 2011. С. 178.

[3] *Ермакова К. П.* Пределы судебного усмотрения: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Москва, 2010. С. 96.

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 дозволяють 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[1]. 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

[1] *Марфицин П. Г.* Усмотрение следователя (уголовно-процессуальный аспект): дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.09. Омск, 2003. С. 237.

параметрами, відображають ступінь відповідності таких ознак ціннісній орієнтації законодавця, їх інтенсивності[1].

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[2].

На думку П. Г. Марфіцина, кримінальному процесу майже не притаманні кількісні оціночні поняття, на відміну від, наприклад, кримінального права[3]. 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.

У 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 ви-

---

[1] *Кашанина Т. В.* Оценочные понятия в советском праве // Правоведение. 1976. № 1. С. 26.

[2] *Питецкий В. В.* Применение оценочных признаков уголовного закона: (сущность, функции, перспективы использования в законодательстве): учеб. пособие. Красноярск: Изд-во Краснояр. ун-та, 1995. С. 21.

[3] *Марфицин П. Г.* Усмотрение следователя (уголовно-процессуальный аспект): дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.09. Омск, 2003. С. 238.

тратами та розміром відшкодованих (або таких, що планується відшкодувати) коштів.

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»[1]. На думку К. П. Єрмакової, до такої групи відносяться межі розсуду суду, які проявляються в процесі подолання прогалин у праві та при застосуванні колізійних норм[2].

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»[3]. 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»[4]. 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[5].

В той же час в 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 вста-

---

[1] *Арчер П.* Английская судебная система / пер. с англ. Л. А. Ветвинского. Москва: Изд-во иностр. лит., 1959. С. 112; *Барак А.* Судейское усмотрение: пер. с англ. Москва: Норма, 1999. С. 56.

[2] *Ермакова К. П.* Пределы судебного усмотрения: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Москва, 2010. С. 100.

[3] *Абушенко Б. Д.* Судебное усмотрение в гражданском и арбитражном процессе. Москва: Норма, 2002. С. 123–129.

[4] *Боннер А. Т.* Применение нормативных актов в гражданском процессе. Москва: Юрид. лит., 1980. С. 40.

[5] *Комиссаров К. И.* Судебное усмотрение в советском гражданском процессе // Советское государство и право. 1969. № 4. С. 55; *Кулапов В. Л., Медная Ю. В.* Поднормативное правовое регулирование. Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратов. гос. акад. права», 2009. С. 169.

новлено, 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 має 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[1]. 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, і досвід реалізації такої діяльності. В той же час підставою для класифікації детермінантів 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 рівні у встановленому законом порядку з метою здійснення правосуддя чи офіційного тлумачення правових норм, результатом якого є прийняття від-

---

[1] *Марфицин П. Г.* Усмотрение следователя (уголовно-процессуальный аспект): дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.09. Омск, 2003. С. 279.

повідного акта, що закріплює правоположення[1]. Інші вчені також розглядають судову практику саме в якості діяльності[2]. 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 узагальненій категорії справ, що заснований на досвіді та суддівському розсуді, закріплений у судовому акті, що містить правоположення, тлумачення норми права, які служать взірцем для застосування[3]. Інші вчені при аналізі судової практики також використовують такі дефініції, як «створення положень нормативного акта»[4], «накопичення професійного досвіду»[5], «рішення судів»[6] 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,

---

[1] *Росік Т. В.* Роль судової практики в сучасній правотворчості: теоретико-прикладні аспекти: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Київ, 2016. С. 9.

[2] *Хорошковська Д. Ю.* Роль судової практики в системі джерел права України: теоретико-правове дослідження: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Київ, 2006. С. 8; *Скакун О. Ф.* Общее сравнительное правоведение. Основные типы (семьи) правовых систем: учеб. для студ. вузов. Киев: Видав Дім «Ін Юре», 2008. С. 156; *Рабінович П. М.* Застосування Європейської конвенції з прав людини та практики Страсбурзького суду в Україні: монографія. Київ, 2014. С. 50.

[3] *Гук П. А.* Судебная практика как форма судебного нормотворчества в правовой системе России: общетеоретический анализ: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01. Москва, 2012. С. 165.

[4] *Шевчук С. В.* Загальнотеоретичні проблеми нормативності актів судової влади: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01. Харків, 2008. С. 3–4.

[5] Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. Київ: «Укр. енциклопедія», 2002. Т. 5. С. 701.

[6] Теорія держави і права: підручник / за ред. О. В. Петришина. Харків: Право, 2015. С. 119.

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 Верхового 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)[1].

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 в 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 правозастосовчої практики правонаправляючої, правоконкретизуючої та сигнально-

---

[1] *Жигалкін П. І., Прилипко С. М., Ярошенко О. М.* Судова практика та її значення для регулювання відносин у сфері праці: монографія. Харків: ФІНН, 2008. С. 18.

інформаціїної функції[1]. К. М. Гарапшин до функції юридичної практики відносить правонадаючу та виховну функції, а також забезпечувальну та оціночну по відношенню до загальної теорії[2].

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)[3]. 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. Різного роду аналітика подається 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 суперечності, що у ньому містяться, усуває конкуренцію правових норм; 3) дозволяє перевірити правильність зробленого рішення, тобто служить критерієм оцінки дій слідчого[4].

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

---

[1] *Алексеев С. С.* Общая теория права. Москва, 1982. Т. 1. С. 348–351.

[2] *Гарапшин К. М.* Функции правоприменительной практики в советском общенародном государстве // Вопросы осуществления прав и обязанностей в развитом социалистическом обществе. Казань: КГУ, 1983. С. 42, 44.

[3] *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. С. 13.

[4] *Марфицин П. Г.* Усмотрение следователя (уголовно-процессуальный аспект): дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.09. Омск, 2003. С. 297.

слідування, 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 детермінанти 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 в 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[1].

В науці присутня точка зору, що «цілісною характеристикою людської свідомості є переконання людини»[2]. 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[3].

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[4]. 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[5].

Влучним можна назвати твердження, відповідно до якого внутрішнє переконання розглядається як метод, принцип оцінки доказів, а також як результат оцінки. Як метод оцінки внутрішнє пе-

---

[1] *Огилец А.А.* Процессуальные, тактические и психологические аспекты усмотрения следователя: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Краснодар, 2005. С. 122.

[2] *Васильев Л. М.* Практика как критерий истины в уголовном судопроизводстве. Краснодар, 1993. С. 141.

[3] *Ярославский А. Б.* Усмотрение следователя при расследовании уголовных дел: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Волгоград, 2001. С. 51.

[4] *Грошевой Ю. М.* Проблемы формирования судейского убеждения в уголовном судопроизводстве. Харьков: Вища шк. Изд-во при Харьк. ун-те, 1975. С. 19.

[5] *Дроздович Н. Л.* Внутрішнє переконання судді як елемент принципу вільної оцінки доказів // Часопис Київського університету права. 2010. № 1. С. 253.

реконання 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[1].

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 керуватися 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

---

[1] Кримінально-процесуальне право України: підручник / за ред. Ю. П. Аленіна. Харків: ТОВ «Одіссей», 2009. С. 274.

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 в 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. 16^2 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 фор-

мується поза прямим впливом конкретного правозастосувача, тому в даному дослідженні такий детермінант був встановлений 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, узагальненні матеріалів практики, забезпечує стабільність при вирішенні однорідних справ, спадковість прогресивних сторін правозастосовчої практики[1].

На думку П. Г. Марфіцина, на формування досвіду слідчого впливають особистий та суспільний досвід, увесь 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[2].

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 в такому випадку виникає необхідність аналізу особливості розвиту 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 в більшій мірі буде впливати саме спеціальний досвід,

---

[1] *Карташов В. Н.* Правоприменительная практика в социалистическом обществе. Ярославль: ЯрГУ, 1986. С. 6.

[2] *Марфицин П. Г.* Усмотрение следователя (уголовно-процессуальный аспект): дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.09. Омск, 2003. С. 286.

адже на момент призначення на посаду слідчого, дізнавача, прокурора або слідчого судді у таких осіб вже сформувались всі (або більшість) необхідні для кримінальної процесуальної діяльності особистісні характеристики, 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»[1].

В даному випадку можна в якості прикладну 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 у 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 особливістю такого роду помилкового

[1] *Лупинская П. А.* Решения в уголовном судопроизводстве: их виды, содержание и формы. Москва: Юрид. лит., 1976. С. 65.

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 у 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 винувати особу, а направити кримінальне провадження до суду, покращивши таким чином відомчі показники — проблема, «про яку не прийнято говорити вголос»[1]. «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 вищестоячих ланок системи. При цьому самі оцінки велися, та і зараз в багатьох випадках ведуться, не за кінцевим результатом, а за великим масивом часто не узгоджених між собою проміжних показників»[2].

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), у 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.

Очевидно, що в даному дослідженні представлений неповний перелік таких детермінантів, які в тій чи іншій мірі впивають на розсуд уповноважених суб'єктів кримінальних процесуальних від-

---

[1] *Марфицин П. Г.* Усмотрение следователя (уголовно-процессуальный аспект): дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.09. Омск, 2003. С. 300.

[2] *Томин В. Т.* Острые углы уголовного судопроизводства. Москва: Юрид. лит., 1991. С. 28.

носин. 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 реалізуватися 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[1]. 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

[1] *Грачева Ю. В.* Судейское усмотрение в реализации уголовно-правовых норм: проблемы законотворчества, теории и практики: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.09. Москва, 2011. С. 116.

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»[1]. При цьому зазначається, що поняття «судовий розсуд» має використовуватись в 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»[2].

У такому висновку можна знайти як сильні, так і слабкі сторони. Дійсно, правосуддя (або ж судовий контроль) у 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 є сенс розглядати розсуд у кримінальному процесі 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

---

[1] *Грачева Ю. В.* Судейское усмотрение в реализации уголовно-правовых норм: проблемы законотворчества, теории и практики: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.09. Москва, 2011. С. 116.

[2] Там же. С. 116.

розсуд»[1], хоча є і виключення[2]. 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[3]. 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

---

[1] *Поповський Д. П.* Суддівський розсуд: погляд на проблему // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право. 2014. Вип. 29, т. 2. С. 226–230; *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 листоп. 2015 р.). Одеса: Фенікс, 2015. С. 26–29; *Копоть В. О.* Суддівський росуд як запорука дотримання істересів людини // Права людини в умовах сучасного державотворення: теоретичні і практичні аспекти: зб. тез доп. за матеріалами IV Міжнар. наук.-практ. конф. студентів і молодих вчених (11–12 груд. 2009 р.). Суми: УАБС НБУ, 2009. С. 174–177.

[2] *Мельник Г. П.* Судовий розсуд (дискреція) як явище правової системи // Наукові записки НаУКМА. 2009. Т. 90: Юридичні науки. С. 44–47.

[3] *Хайдаров А. А.* Судейское усмотрение и его пределы в судебных стадиях уголовного процесса России: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Москва, 2011. С. 43; *Папкова О. А.* Усмотрение суда. Москва: Статут, 2005. С. 38.

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»[1] — 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»[2]. 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

---

[1] *Edwards*. The Role of a Judge in Modern Society: Some Reflections on Current Practice in Federal Apellate Adjudication // Clev. St. L. Rev. 1984. № 32. P. 385–388.

[2] *Клеандров М. И.* О судейском усмотрении // Российское правосудие. 2007. № 6. С. 6.

процесі, а тому може бути застосованим і при реалізації такого повноваження судом. При цьому слід нагадати, що в найбільш широкому сенсі розсуд (в 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»[1].

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[2]. 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

---

[1] 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).

[2] *Ермакова К. П.* Пределы судебного усмотрения: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Москва, 2010. С. 38.

(хоча в названій науковій роботі також досліджується об'єктивна та суб'єктивна сторона розсуду суду[1]). 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. В даному випадку необхідно підкреслити, що такий висновок не суперечить вже встановленій в даному дослідженні термінології щодо оцінки саме суддівського розсуду. Використання формулювання «суд» 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 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 функції 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 — розсуду суду, при цьому ще раз підкреслюючи, що об'єктом дослідження має бути не розсуд всієї судової установи, а лише

[1] *Ермакова К. П.* Пределы судебного усмотрения: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Москва, 2010. С. 38.

конкретних суддів, які такий розсуд реалізовують на відповідних судових стадіях.

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 у 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[1]. Саме прихильники даної позиції вважають, що в будь-якій ситуації існує лише один можливий спосіб вирішити будь-яку справу[2]. Інші вчені підходять до сутності суддівського розсуду більш виважено, стверджуючи, що розсуд має місце, проте лише у «важких» справах[3]. 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

---

[1] *Грачева Ю. В.* Судейское усмотрение в уголовном праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Москва, 2002. С. 21.

[2] *Дворкин Р.* О правах всерьез: пер. с англ. / ред. Л. Б. Макеева. Москва: Рос. полит. энциклопедия (РОССПЭН), 2004. С. 383.

[3] *Арчер П.* Английская судебная система / пер. с англ. Л. А. Ветвинского. Москва: Изд-во иностр. лит., 1959. С. 112.

тільки на порожні ділянки, відмовляючись бачити акри, вже засіяні та плодоносні»[1]. 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[2]. Третя ж група вчених вважають розсуд досить типовим явищем, який має місце в будь-яких справах незалежно від їх тяжкості[3].

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 англосаксонської правової системи. Відповідно, такі погляди в першу чергу мають оцінуватись 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 англосаксонської 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.

У 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 пра-

---

[1] *Барак А.* Судейское усмотрение: пер. с англ. Москва: Норма, 1999. С. 55.
[2] Там же. С. 56.
[3] *Поповський Д. П.* Суддівський розсуд: погляд на проблему // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право. 2014. Вип. 29, т. 2. С. 229.

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

Можна погодитись з науковцями, що у великій кількості проваджень 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-якої упередженості 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 невинуватим, 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 у 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»[1]. В подальшому автор робить висновок щодо структури судової дискреції. Однак пропонується дещо інакше оцінити запропоновану автором ідею та змінити вектор розуміння статики 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. В даному випадку мова йде, наприклад, про судову преюдицію або про формування

---

[1] *Мельник Г. П.* Судовий розсуд (дискреція) як явище правової системи // Наукові записки НаУКМА. 2009. Т. 90: Юридичні науки. С. 46.

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 судове 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 прова-

джень в 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 в подальшому уникнути будь-яких проблем застосування таких судових рішень в інших провадженнях. У 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 розвиту 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[1].

В даному випадку необхідно зауважити, що запропоновані автором критерії не є критеріями оцінки ефективності суддівського розсуду, а 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 неоднорід-

---

[1] *Копоть В. О.* Суддівсьий росуд як запорука дотримання істересів людини // Права людини в умовах сучасного державотворення: теоретичні і практичні аспекти: зб. тез доп. за матеріалами IV Міжнар. наук.-практ. конф. студентів і молодих вчених (11–12 груд. 2009 р.). Суми: УАБС НБУ, 2009. С. 175.

ний, 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 озвученою 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 %)[1].

Верховним Судом за 2019 рік було скасовано від 18 % до 50 % 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 статті 75 КК без належного мотивування»[2].

---

[1] 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).

[2] 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-gospodarskoyi-yurisdiktsiyi (дата звернення: 27.04.2020).

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 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[1], було навіть зареєстровано відповідний законопроект[2]. 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»[3].

---

[1] Кількість скасованих рішень може виявитися підставою для позбавлення мантії // Закон і бізнес: веб-сайт. URL: https://zib.com.ua/ua/276-limit_na_pomilki.html (дата звернення: 27.04.2020).

[2] 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).

[3] Рішення Вищої ради правосуддя «Про надання консультативного висновку

В цілому необхідно зазначити, що таким кардинальним змінам у 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.

до законопроекту № 2271» від 14.11.2019 № 2997/0/15-19. URL: https://hcj.gov.ua/doc/doc/770 (дата звернення: 27.04.2020).

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 норми кримінального процесуального законодавства.

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[1].

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 (здійснення 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 (надання 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)[2].

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

---

[1] *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). С. 10–16.

[2] *Гловюк І. В.* Повноваження слідчого судді у досудовому провадженні // Митна справа. 2012. № 6, ч. 2, кн. 2. С. 103–110.

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. В даному випадку мова йде про порядок визначення розміру застави слідчими суддями під час досудового розслідування.

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 поручителей чи встановити конкретну суму грошей, яку повинен внести підозрюваний або його поручителі[1]. 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[2].

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[3]. Для суддів такий «список», як правило, має

---

[1] Bail Act 1976. URL: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1976/63/contents (дата звернення: 06.09.2018).

[2] Bail of Criminal Proceedings // HKLRC Report. 1986. P. 82. URL: https://www.hkreform.gov.hk/en/publications/rbail.htm (дата звернення: 06.09.2018).

[3] 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); 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); Bail schedule. Washington State Courts. URL: https://www.courts.wa.gov/newsinfo/content/pdf/Bail_Schedule.pdf (дата звернення: 10.10.2020).

лише рекомендаційний характер[1], однак на практиці використання такого інструменту отримало відносну популярність[2].

Проте система застави, яка на даний момент існує в США, постійно піддається критиці з боку науковців[3], суддів[4], політиків[5] 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[6].

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, обвину-

---

[1] 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).

[2] *Glen J.* Dalakian II. Open the Jail Cell Doors, HAL: A Guarded Embrace of Pretrial Risk Assessment Instruments // Fordham L. Rev. 2018. N 87. P. 325–369.

[3] *Yang Crystal S.* Toward an Optimal Bail System // New York University Law Review. 2017. N 92 (5). P. 1399–1493; *Wiseman Samuel R.* Fixing Bail. 2016 // George Washington Law Review. 766. URL: https://ssrn.com/abstract=2642318 (дата звернення: 10.10.2020); *Gupta A., Hansman C., Frenchman E.* The Heavy Costs of High Bail: Evidence from Judge Randomization // The Journal of Legal Studies. 2016. N 45 (2). P. 471–505.

[4] 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).

[5] 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 звернення: 10.10.2020); 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).

[6] Bail of Criminal Proceedings. HKLRC Report. 1986. URL: https://www.hkreform.gov.hk/en/publications/rbail.htm (дата звернення: 06.09.2018).

ваченим покладених на нього обов'язків, під умовою звернення внесених коштів у доход 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 заходу[1].

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. Рибалко, під достатністю підстави розуміється її повнота, обсяг фактичних даних, що її становлять. 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[2].

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 відноситися: 1) ризик переховування; 2) ризик перешкоджання здійсненню правосуддя; 3) ризик вчинення нових злочинів; 4) загроза громадському порядку та захист утримуваного під вартою[3]. 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[4]. В даному випадку сумнівною виглядає позиція науковців щодо такого ризику, як забезпечення безпеки обвинуваченого, адже метою застосування заходів забезпечення у кри-

---

[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.

[2] *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.

[3] *Макбрайд Дж.* Європейська конвенція із прав людини та кримінальний процес. Київ: К.І.С., 2013. С. 91–104.

[4] *Бущенко А.* Стаття 5 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод // Систематизований дайджест рішень Європейського суду з прав людини / Харків. правозахисна група. Харків: Права людини, 2009. С. 239–268.

мінальному 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 необхідність визначати розмір застави. Однак КПК України не дає відповідь на головне запитання: 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[1], тобто така методика обрахунку розміру застави є характерною і для інших країн.

---

[1] Стаття 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 Румуніїї — розмір застави ... визначається в залежності від тяжкості обвинувачення, матеріального становища обвинуваченого та його законних обов'язків; ст. 192[1] 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 стодвадцятикратного розміру місячного розрахункового показника — при підозрі у вчиненні злочину невеликої тяжкості; стодвадцятикратного розміру місячного розрахункового показника, проте не більше двохсоткратного розміру місячного розрахункового показника — при підозрі у вчиненні необережного злочину середньої тяжкості; двохсоткратного розміру місячного розрахункового показника, але не більше трьохсотп'ятдесятикратного розміру місячного розрахункового показника — при підозрі у вчиненні умисного злочину середньої тяжкості; трьохсотп'ятдесятикратного розміру місячного розрахункового показ-

Очевидно, що така методика недосконала. Відсутність чітких орієнтирів може стати причиною того, що на рішення слідчого судді при визначенні розміру застави можуть впливати сторонні чинники: корупція[1], дискримінація[2], стереотипи суддів[3] тощо. Проте наявність надто чітких орієнтирів (як вже згаданий «список застав») може ставити під сумнів суддівську дискрецію[4]. При цьому такі аргументи не можуть заперечувати необхідність внесення чіткості в саму методику визначення розміру застави, адже це питання піднімалося навіть на рівні ЄСПЛ[5] та ВС США[6].

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[7], расову приналежність[8], тип пра-

---

ника — при підозрі у вчиненні тяжкого злочину; п'ятисоткратного 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.

[1] *Xiong M., Wei S.* Unequal Treatment in Pretrial Detention in China // The British Journal of Criminology. 2017. N 57 (6). P. 1398–1419.

[2] *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. N 30 (1). P. 35–53; *Demuth S.* Racial and ethnic differences in pretrial release decisions and outcomes: a comparison of hispanic, black, and white felony arrestees // Criminology. 2003. N 41. P. 873–908.

[3] *Demuth S.* Racial and ethnic differences in pretrial release decisions and outcomes: a comparison of hispanic, black, and white felony arrestees // Criminology. 2003. N 41. P. 873–908.

[4] *Carlson Lindsey.* Bail schedules: A Violation of Judicial Discretion? // Criminal Justice. Chicago, 2011. N 26 (1). P. 12–17.

[5] 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).

[6] 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).

[7] *Yang Crystal S.* Toward an Optimal Bail System // New York University Law Review. 2017. N 92 (5). P. 1399–1493.

[8] *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. N 40 (3). P. 661–681; *Schlesinger T.* Racial and ethnic disparity in pretrial criminal processing // Justice Quarterly. 2005. N 22 (2). P. 170–192.

вової допомоги (платний чи безоплатний)[1], стать[2], вік[3], попередні ув'язнення[4] тощо. Наприклад, в одному дослідженні науковці одночасно дослідили і вірогіднісь обрання до особи застави, і розмір обраної застави, і вірогідність внесення застави[5]. При цьому вчені використали такий фактор, як тип правової допомоги (безоплатний або платний) як можливий індикатор матеріального становища підозрюваних. Маріан Вільямс (Marian R. Williams,) в свою чергу, дослідив вплив заповненості в'язниць на розмір застав, які обираються суддями[6].

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[7], при цьому користуючись чіткими нумеративними формулами.

---

[1] *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. N 40 (3). P. 661–681; *Williams M. R.* From Bail to Jail: The Effect of Jail Capacity on Bail Decisions // American Journal of Criminal Justice. 2016. N 41 (3). P. 484–497.

[2] *Gupta A., Hansman C., Frenchman E.* The Heavy Costs of High Bail: Evidence from Judge Randomization // The Journal of Legal Studies. 2016. N 45 (2). P. 471–505; *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. N 40 (3). P. 661–681.

[3] *Gupta A., Hansman C., Frenchman E.* The Heavy Costs of High Bail: Evidence from Judge Randomization // The Journal of Legal Studies. 2016. N 45 (2). P. 471–505; *Demuth S.* Racial and ethnic differences in pretrial release decisions and outcomes: a comparison of hispanic, black, and white felony arrestees // Criminology. 2003. N 41. P. 873–908; *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. N 40 (3). P. 661–681; *Schlesinger T.* Racial and ethnic disparity in pretrial criminal processing // Justice Quarterly. 2005. N 22 (2). P. 170–192.

[4] *Gupta A., Hansman C., Frenchman E.* The Heavy Costs of High Bail: Evidence from Judge Randomization // The Journal of Legal Studies. 2016. N 45 (2). P. 471–505; *Demuth S.* Racial and ethnic differences in pretrial release decisions and outcomes: a comparison of hispanic, black, and white felony arrestees // Criminology. 2003. N 41. P. 873–908; *Schlesinger T.* Racial and ethnic disparity in pretrial criminal processing // Justice Quarterly. 2005. N 22 (2). P. 170–192; *Williams M. R.* From Bail to Jail: The Effect of Jail Capacity on Bail Decisions // American Journal of Criminal Justice. 2016. N 41 (3). P. 484–497.

[5] *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. N 40 (3). P. 661–681.

[6] *Williams M. R.* From Bail to Jail: The Effect of Jail Capacity on Bail Decisions // American Journal of Criminal Justice. 2016. N 41 (3). P. 484–497.

[7] *Yang Crystal S.* Toward an Optimal Bail System // New York University Law Review. 2017. N 92 (5). P. 1399–1493.

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-го по 2020 рік. 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 по тексту — ПМ)[1]. Гривня як одиниця використовувалась лише для порівняння розміру майнової шкоди (яка визначалася також у гривні) та розмір 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 застави у ПМ, а не у конкретних грошевих одиницях. По-друге, ПМ змінюється щодоку відповідно до економічних умов та визначається ЗУ «Про Державний бюджет України», а тому ПМ

[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».

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:

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

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 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 врахо-

вували 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 вироки 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 1

Обставини, які враховували судді при обранні запобіжного заходу

Обставина	Нетяжкі злочини (середньої тяжкості) *N=47*	Тяжкі злочини *N=175*	Особливо тяжкі злочини *N=17*
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

Закінчення табл. 1

Обставина	Нетяжкі злочини (середньої тяжкості) *N=47*	Тяжкі злочини *N=175*	Особливо тяжкі злочини *N=17*
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 в 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:

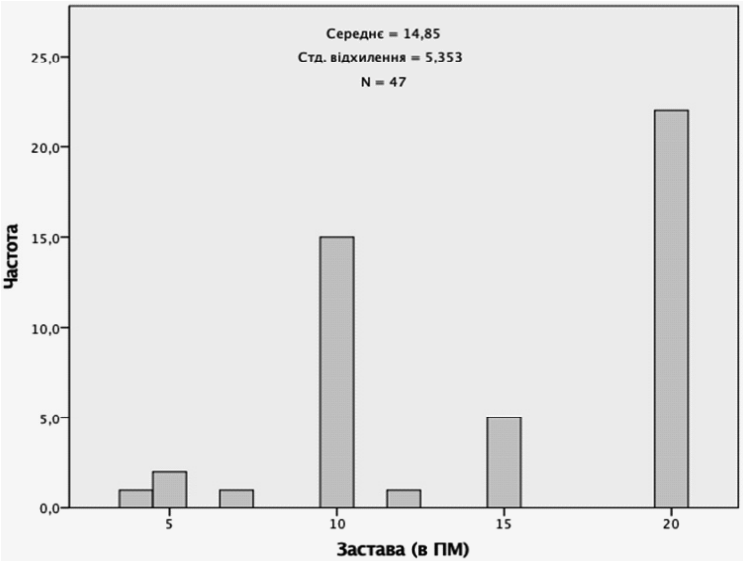
— нетяжкі злочини (злочини середньої тяжкості) — від 1 до 20 ПМ;
— тяжкі злочини — від 20 до 80 ПМ;
— особливо тяжкі злочини — від 80 до 300 ПМ.

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

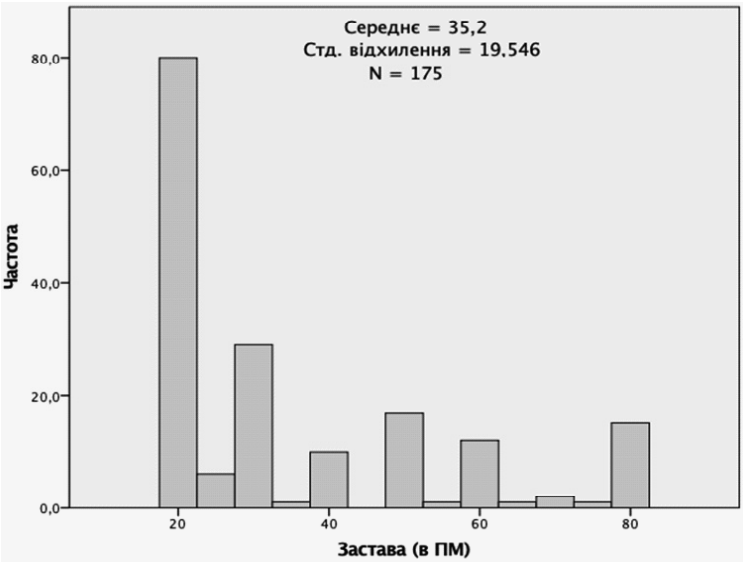
Аналіз показав, що розмір застави (в залежності від тяжкості злочину) розподіляється наступним чином (графіки 1–3).

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.

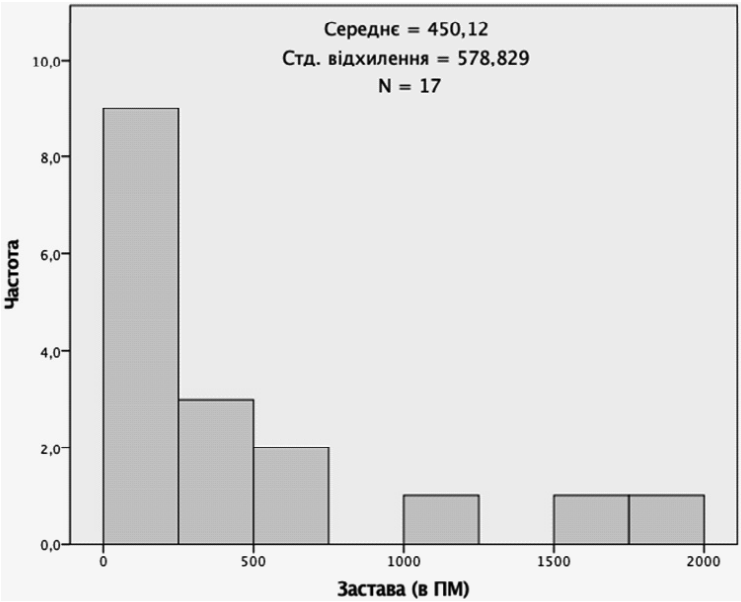
Так, для нетяжких злочинів (злочинів середньої тяжкості) в більшості випадків судді обирали найбільший розмір застави — 20 ПМ. Тобто, приймаючи рішення про обрання запобіжного заходу, слідчі судді в першу чергу орієнтуються на максимальний розмір застави. Протилежною є ситуація зі заставами для тяжких злочинів. Переважна більшість суддів обрала мінімальну заставу (середня за-



Графік 1. Частота застав (в ПМ) для нетяжких злочинів (злочинів середньої тяжкості)



Графік 2. Частота застав (в ПМ) для тяжких злочинів



Графік 3. Частота застав (в ПМ) для особливо тяжких злочинів

ства — 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).

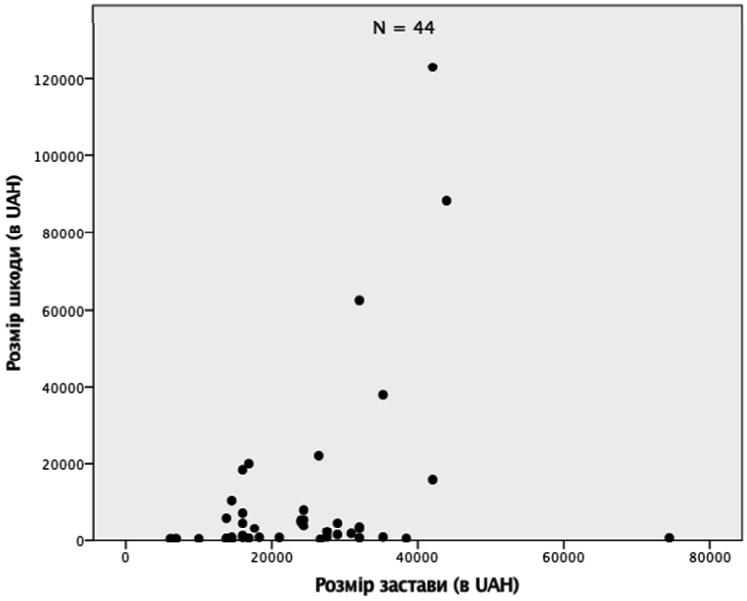
Отже, в жодному з випадків не можна стверджувати, що розмір застави може бути пояснений лише за допомогою стандартних статистичних моделей, а тому для кращого розуміння сутності даної проблеми необхідно вводити додаткові параметри та спостерігати відповідні зміни. І першим параметром, який необхідно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

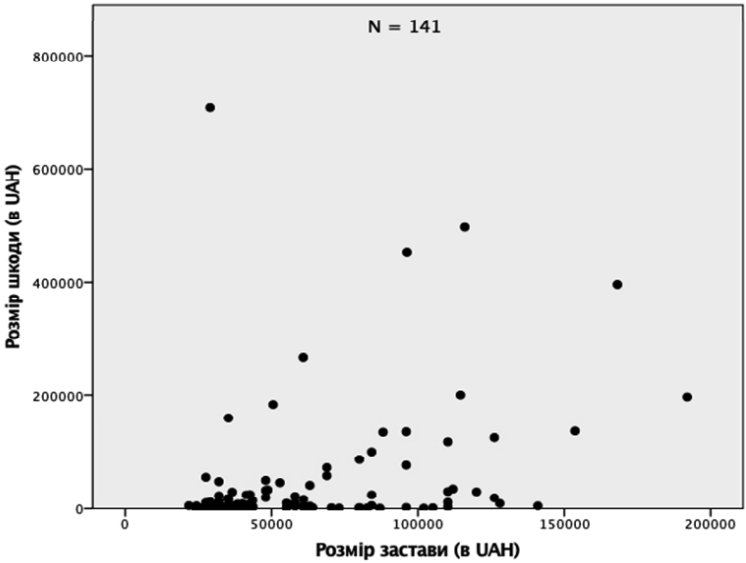
категорія матеріальної шкоди здається цілком обґрунтованим показником, який мають враховувати судді. Однак при цьому треба пам'ятати, що до особи обираються запобіжні заходи тоді, коли вина підозрюваного у вчиненні злочину (та, відповідно, у завданні шкоди) ще не доведена та не встановлена судом. Тому 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 (графіки 4–6).

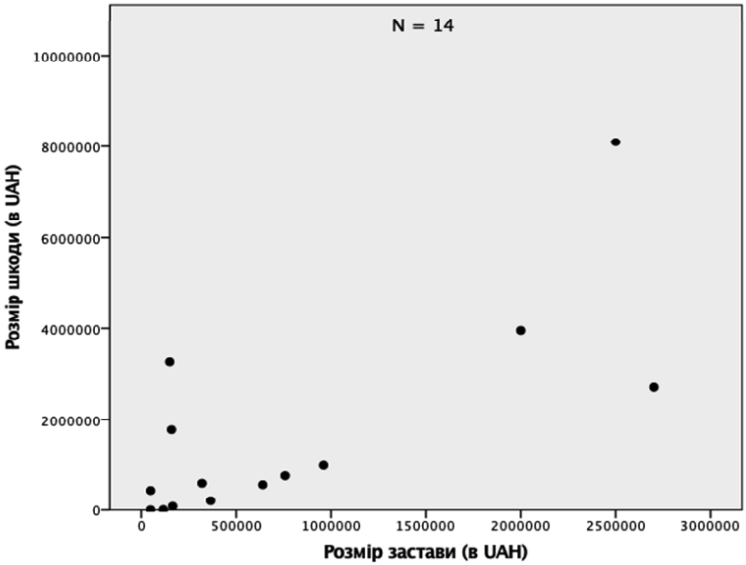
Таким чином, можна помітити, що існує певний взаємозв'язок між розміром матеріальної шкоди та розміром застави. Відповідно, задля оцінки сили зв'язку даних величин можна застосувати кореляцію Пірсона, за допомогою якої можна встановити коефіцієнт сили зв'язку (табл. 2).



Графік 4. Зв'язок між розміром майнової шкоди (в UAH) та розміром застави (в UAH) для нетяжких злочинів (злочинів середньої тяжкості)



Графік 5. Зв'язок між розміром майнової шкоди (в UAH) та розміром застави (в UAH) для тяжких злочинів



Графік 6. Зв'язок між розміром майнової шкоди (в UAH) та розміром застави (в UAH) для особливо тяжких злочинів

Таблиця 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 та 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 табл. 2, в провадженнях по тяжким злочинам, які досліджувалися, судді не обирали розмір застави вище вищої межі. Даний факт має цілком логічне обґрунтування. Так, в 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'зку між розміром май-

нової 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 складає приблизно 550 000 UAH). Тому судді при визначенні розміру застави щодо особливо тяжких злочинів активно застосовували своє право обирати розмір застави більший, ніж 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, в результаті чого були отримані наступні результати (табл. 3–5).

Таблиця 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

Закінчення табл. 3

Обставина	Середнє	Стд. відхилення	Стд. помилка середнього
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 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

Закінчення табл. 4

Обставина	Середнє	Стд. відхилення	Стд. помилка середнього
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 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	–	–	–

Закінчення табл. 5

Обставина	Середнє	Стд. відхилення	Стд. помилка середнього
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 в випадках, коли судді не враховували певні обставини, повинен бути нижчим за випадки, коли ці обставини погіршують стано-

вище особи, та вищим, ніж коли ці обставини покращують становище особи. Але проведене дослідження цю гіпотезу не підтверджує. Інколи середні розміри застави між собою майже рівні (таблиця 3 — робота, сім'я; таблиця 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 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.

В той же час такий висновок не можна вважати несподіваним. Так, ще у 1995 році Голдкамп (Goldcamp) в 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[1]. 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[2]. 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 Далакіан (Glen J. Dalakian II) цитує висловлювання судді Верховного Суду Нью-Йорку: «Інколи, коли

---

[1] *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. P. 147.

[2] *Karnow E.* Setting Bail for Public Safety // Berkeley J. Crim. L. 2008. N 13 (1). P. 16.

ти просто дивишся на підозрюваного, ти вже можеш відчути, чи буде він переховуватися від слідства»[1]. Тому необхідно вести мову про певну правову крайність, коли суддівський розсуд фактично нічим не лімітований.

При цьому введення, наприклад, обов'язкових «списків застав» є 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[2]. 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[3].

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[4]. 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 в 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 отри-

---

[1] *Glen J. Dalakian II.* Open the Jail Cell Doors, HAL: A Guarded Embrace of Pretrial Risk Assessment Instruments // Fordham L. Rev. 2018. N 87. P. 326.

[2] 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 звернення: 10.10.2020).

[3] *Carlson Lindsey.* Bail schedules: A Violation of Judicial Discretion? // Criminal Justice. Chicago, 2011. N 26 (1). P. 17.

[4] *Ewald F.* Insurance and risk // The Foucault effect: Studies in governmentality / G. Burchell, C. Gordon, P. Miller (Eds.). 1991. P. 197–210.

мання 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 — OxRec)[1] було розроблено для встановлення ймовірності вчинення злочинцем нових злочинів. OxRec 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 OxRec, 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 становлять 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»)[2]. 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 (табл. 6):

Таблиця 6

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

[1] *Fazel et al.* Prediction of violent offending upon release from prison: Deviation and external validation of a scalable tool // The Lancet: Psychiatry. 2016. N 3. P. 535–543; OXREC // OXRISK. URL: https://oxrisk.com/oxrec/ (дата звернення: 10.04.2019).

[2] Public Safety Assessment // APPR. URL: https://www.psapretrial.org/about/factors (дата звернення: 10.04.2019).

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 в США ІОР постійно піддаються нещадній (і, як правило, обґрунтованій) критиці (наприклад, ІОР не забезпечує індивідуалізований підхід до кожного підозрюваного чи обвинуваченого[1]). Велика кількість американських практиків досить вороже ставляться до ІОР як до інструменту, що обмежує суддівську дискрецію[2]. 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[3].

Проте ІОР має 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.

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

---

[1] *John F. Pfaff.* Sentencing Law and Policy. Foundation Press, 2016. 140 p.

[2] *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. N 54 (2). P. 203–228.

[3] *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. N 11 (4). P. 332–348.

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 в 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 в 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 проде-

монстровано 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 у 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 не 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 потребуватиме 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[1]. 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 існуючі бар'єри, які включають замалу кількість бізнес-прецедентів, процедур та планів імплементації, та відсутність гарантій безпеки приватного життя

[1] *Mitchell T. M.* Machine Learning. New York: McGraw-Hill Education, 1997. P. 17.

і громадянських прав заважають сфері кримінального процесу отримати максимальну користь від таких можливостей[1].

Директор кримінальної лабараторії 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[2]. 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 данні 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

---

[1] *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).

[2] *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).

бути засновані на фактах, які не містяться в даних, за якими навчався алгоритм. «Технологія прогнозованого ризика, як і у випадку з профілюванням, може бути статистично точною в більшості справ, але неточною відносно окремої справи (це проблема сумарної раціональності проти окремих випадків)»[1].

У 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, у першу чергу мають значення 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 криміналь-

---

[1] *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).

ному 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 ідеї 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 в даному випадку полягає в тому, що слідчі судді (відповідно до п. 18 ч. 1 ст. 3 КПК України) здійснюють виключно судовий контроль, в 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 перевірочно-контрольною стадією, а щодо стадії судового розгляду — розпорядчо-підготовчою[1]. 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[2]. Б. Е. Маілунц 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 су-

---

[1] *Попелюшко В.* Подання суду доказів за новим КПК України // Юридичний вісник України. 2013. № 14 (927). С. 4.

[2] *Єні О. В., Матієк Л. Г.* Підготовче провадження як елемент судового провадження в суді першої інстанції // Часопис Київського університету права. 2013. № 2. С. 288.

дового розгляду, а в рамках відносно самостійної процедури, яка буде притаманна саме стадії підготовчого провадження»[1].

Аналізуючи відповідні положення КПК України, можна встановити, що суд у 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. 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 пробації 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.

---

[1] *Маілунц 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. С. 144.

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 задавати питання обвинуваченому;

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

3) витребування документів, виклик у судове 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 судове 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. У такому випадку не зовсім зрозуміло, до яких саме учасників кримінального провадження відносяться «особи» та який вони мають процесуальних 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 повнова-

жень викликає низку проблем в 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 неправильною 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[1]. 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 положенні КПК України. Це дозволить суду проводити допит та ви-

---

[1] 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); 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); 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).

магати 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.

Таким чином пропонується з метою вдосконалення процесуального законодавства внести зміни до ч. 6 ст. 474 КПК України та викласти її в наступній редакції: «6. Суд зобов'язаний переконатися у судовому засіданні, що укладення угоди сторонами є добровільним, тобто не є наслідком застосування насильства, примусу, погроз або наслідком обіцянок чи дії будь-яких інших обставин, ніж ті, що передбачені в угоді. Для з'ясування добровільності укладення угоди у разі необхідності суд має право витребовувати документи, у тому числі скарги підозрюваного чи обвинуваченого, подані ним під час кримінального провадження, та рішення за наслідками їх розгляду, а також викликати в судове засідання *свідків* та *допитувати* їх». Щодо необхідності саме допиту таких осіб також вказувала І. В. Гловюк[1].

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 підстав 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] *Гловюк І. В.* Деякі аспекти доказування у кримінальному провадженні на підставі угод // Порівняльно-аналітичне право. 2013. № 3–1. С. 345.

1) уважно ознайомитися з тексом 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[1]. Так, наприклад, в Узагальненні ВССУ судової практики здійснення кримінального провадження на підставі угод від 22.01.2014 р.[2] міститься наступний приклад, в якому судом було відмовлено в затвердженні угоди про примирення, укладеної між потерпілим та обвинуваченим щодо скоєння 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, хоча в судовому засіданні потерпілий вказував на місце їх придбання». В даному випадку суддя віртуально змоделював 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

[1] 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).

[2] 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).

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 у вину кримінально караної 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»[1]. В даному випадку необхідно звернути увагу на правильність обрання судом підстави для відмови у задоволенні угоди. Окремої підстави як «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

[1] 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).

обвинувачений визнав вину 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[1];

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[2].

Також, аналізуючи суддівський розсуд у процесі затвердження угоди, не можна оминути 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[3]. Слід зауважити, що на даний момент така практика є досить популярною[4].

---

[1] 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).

[2] 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).

[3] 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).

[4] 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); Ухвала Франківського районного суду м. Львова від 18.05.2018, справа № 465/5902/17. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/

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, у першу чергу вказує на необхідність дослідження суддівського розсуду при визначенні меж судового розгляду[1]. 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

Review/74170703 (дата звернення 05.04.2020); 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); 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).

[1] *Хайдаров А. А.* Судейское усмотрение и его пределы в судебных стадиях уголовного процесса России: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Москва, 2011. С. 127.

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 ввесь 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 у 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»[1]. 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 проце-

[1] Кримінальний процесуальний кодекс України: наук.-практ. комент. / відп. ред.: С. В. Ківалов, С. М. Міщенко, В. Ю. Захарченко. Харків: Одіссей, 2013. С. 638.

суальний 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 в 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 у 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[1]. 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[2]. Таким чином можна констатувати наявність неоднакового тлумачення положень КПК

---

[1] Ухвала 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); Ухвала 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).

[2] Ухвала 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); Ухвала 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).

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 встановлюється 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[1]. Судова практика чіткої відповіді на це питання не має, адже існують приклади визнання доказів недопустимими як одразу після подання відповідного клопотання[2], так і при винесенні кінцевого рішення[3].

О. В. Литвин, наприклад, виокремлює одразу два порядки визнання доказів недопустимими за критерієм очевидності/неочевид-

---

[1] *Павлишин А.* Окремі питання допустимості доказів за Кримінальним процесуальним кодексом України 2012 р. // Вісник Львівського університету. Серія юридична. 2014. Вип. 59. С. 361.

[2] 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); 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); 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).

[3] 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); 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).

ності 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[1]. Очевидно, що такий підхід в значній мірі залежить від надто оціночного поняття «очевидна недопустимість доказів», яке, навіть незважаючи на увагу з боку науковців[2], 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 в даному випадку більш важливою є проблема встановлення не мети, а результату 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 задля прийняття процесуального рішення. У зв'язку з цим можна зробити висновок, що, на-

---

[1] *Литвин О. В.* Кримінально-процесуальне доказування у стадії судового розгляду: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Одеса, 2015. С. 61.

[2] *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; *Тютюнник В. В.* Очевидна недопустимість доказів як критерій здійснення окремої судової процедури визнання доказу недопустимим під час судового провадження // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція. 2014. № 9-1. С. 233.

приклад, визнання доказів недопустимими є лише інструментом на шляху до прийняття процесуальних рішень, однак не повинно вважатися самою метою оцінки доказів. В 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 на 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 відокремлення 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 загальновживаній 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 оцінки доказів. Таку оцінку проводить і слідчий суддя, що, по суті, ніким не оспорюється. Проблема виникає в той момент, коли слідчому судді прямо заявляють клопотання про визнання доказу недопустимим. У даному випадку найбільш логічним буде висновок, відповідно до якого слідчі судді, будучи 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.

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.

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 в 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[1]. 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 оспорюються (ч. 3 ст. 349 КПК України); ставить питання обвинуваченому протягом всього допиту

[1] *Хайдаров А. А.* Судейское усмотрение и его пределы в судебных стадиях уголовного процесса России: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Москва, 2011. С. 130.

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 звукочи 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 досудового розслідування (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 головуючого 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 судове 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 заходу 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 поводження 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 до-

сить широкі. В той же час необхідно зазначити, що в більшості випадків такий розсуд стосується або порядку дослідження доказів, або власне порядок 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 дослідження. 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.

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 по-

няття 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[1]. Е. В. Терехов визначив дискреційні повноваження прокурора як право прокурора відмовитись від подальшого кримінального переслідування особи, що підозрюється (обвинувачується) у вчиненні злочину та не становить значну суспільну безпеку, безумовно або при дотриманні даною особою певних умов, що висловлені у рішенні, прийнятому в кримінальній справі[2]. 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 в 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[3].

---

[1] *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства. Т. 1–2. Санкт-Петербург: Альфа, 1996. С. 75.

[2] *Терехов Е. В.* Дискреционные полномочия прокурора в сфере уголовного судопроизводства России и Австрии: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Москва, 2009. С. 47.

[3] 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).

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 в 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»[1]. 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»[2]. 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.

---

[1] *Кахновець С. О.* Поняття, суть та значення угляду прокурора в кримінальному провадженні // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право. 2016. Вип. 41, т. 2. С. 159.

[2] Там само. С. 160.

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.

В якості окремої ознаки прокурорського розсуду також необхідно вказати на існування відомчого контролю за його діяльністю, що може відображатися на рішеннях, які будуть прийняті прокурором у 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 у своєму розсуді суддя в першу чергу орієнтується на нормативно-правові акти та

особистісні якості. Прокурор також є незалежним у своїй діяльності, що передбачено та гарантується нормами кримінального процесуального законодавства. Однак у структурі органів прокуратури, на відміну від суду, існує чітка ієрархія, яка прямо чи опосередковано впливає на рішення, які приймає прокурор у конкретному кримінальному провадженні із застосуванням розсуду.

Відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 13 Закону України «Про прокуратуру», керівник оружної 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, внесених 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, 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 проку-

рор, 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[1].

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 прокурора у випадку порушення останнім розумних строків під час досудового розслідування (ч. 2 ст. 308 КПК України).

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 порівняні 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

[1] 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).

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 у 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.

У ст. 131[1] 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 функції 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 зна-

чення узгодження поняття “обвинувачення”, яке підтримує прокурор, з обвинуваченням, що підтримується потерпілим. Останнє має назву “приватного”, альтернативою якому 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»[1]. 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 у 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»[2].

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

---

[1] *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. 143.

[2] *Гловюк І. В.* Прокурор у кримінальному провадженні: конституційна та галузева регламентація функціональної спрямованості діяльності // Вісник кримінального судочинства. 2017. № 4. С. 23.

цьому деякі з них є діаметрально протилежними[1]. 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[2]. Як справедливо зазначає І. В. Гловюк, відсутність єдності серед науковців із цього питання підтверджує критичність штучного розподілу повноважень прокурора на наглядові та керівні[3].

Також пропонується звернути увагу на саме формулювання, яке застосовує законодавець. Так, в 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.

---

[1] *Смирнов М.* Правова природа та особливості нагляду прокурора у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням // Підприємництво, господарство і право. 2016. № 4. С. 110.

[2] *Юрчишин В. М.* Прокурор як керівник досудового розслідування // Адвокат. 2012. № 7 (142). С. 28.

[3] *Гловюк І. В.* Кримінально-процесуальні функції: теорія, методологія та практика реалізації на основі положень Кримінального процесуального кодексу України 2012 р.: монографія. Одеса: Юрид. літ., 2015. С. 166.

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 належать: 1) мати повний доступ до матеріалів, документів та інших відомостей, що стосуються досудового розслідування; 2) доручати слідчому, органу досудового розслідування проведення в установлений 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[1]. З такою позицією можна погодитись, проте лише частково. Дійсно, кожне з цих повноважень в 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;

---

[1] *Гасанов Р. Н.* Здійснення повноважень прокурором в частині проведення слідчих (розшукових) дій: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Одеса, 2017. С. 65.

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 в 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 само 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[1]. 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[2]. 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

---

[1] *Луцик В. В.* Правовий статус та повноваження прокурора за новим КПК України // Митна справа. 2013. № 1 (85), ч. 2, кн. 1. С. 233.

[2] *Гринів О. Д.* Вказівка прокурора як форма процесуального керівництва досудовим розслідуванням // Університетські і наукові записки. 2016. № 57. С. 211.

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) сформувати відповідне доручення та ознайомити з ним слідчого.

На кожному з даний 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[1] (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 при-

---

[1] Інструкція про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні: затв. 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).

йнятті відповідних рішень прокурор у 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.

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), освідування особи (ст. 241 КПК України), контролю 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. В доктрині кримінального процесу існує позиція, відповідно до якої підстави проведення слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій поділяються на юридичні та фактичні[1]. Під юридичними підставами розглядаються положення, відповідно до яких у законі міститься вказівка на те, що слідчий має право проводити певні слідчі дії з наявності відповідної постанови, а у випадках, прямо передбачених законом, ще й наявності санкції прокурора або дозволу суду. Відповідно, фактичні підстави являють собою дані, що маються в розпорядженні слідчого, які дозволяють зробити висновок щодо необхідності виконати в інтересах розслідування конкретну слідчу дію[2]. Якщо взяти за основу такий загальновживаний 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.

---

[1] Кримінально-процесуальне право України: підручник / за ред. Ю. П. Аленіна. Харків: ТОВ «Одіссей», 2009. С. 414.

[2] Там само.

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 у кримінальному процесуальному законодавстві[1]. 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»). У 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 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 відповідність такого обмеження прогнозованим результатам 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

[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.

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 відповідності 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 діях[1]. 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 в слідчих (розшукових) діях, то такими діями найчастіше бувають обшуки та допити[2]. Такі дані дозволяють зробити одразу декілька висновків. Прокурори приймають участь у слідчих (розшукових) діях лише тоді, коли для цього буде крайня необхідність. До такої крайньої необхідності можна віднести складність самої процесу-

---

[1] Також необхідно констатувати відсутність роз'яснень законодавця, що саме має розумітися під «іншими процесуальними діями».

[2] *Гасанов Р. Н.* Здійснення повноважень прокурором в частині проведення слідчих (розшукових) дій: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Одеса, 2017. С. 80.

альної 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 дії, адже участь у слідчій дій 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 складати 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) діях є можливість прокурора самостійно такі дії проводити. В першу чергу необхідно встановити, які саме слідчі дії може проводити прокурор. Наприклад, існує позиція, відповідно до якої прокурор має право самостійно 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 самостійно 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 давати слідчому доручення про проведення слідчих (розшуковий) дій та негласних слідчих (розшукових) дій, а коли йде мова про проведення таких дій прокурором — вказуються лише слідчі (розшукові) дії. Тобто необхідно констатувати, що законода-

вець, навіть незважаючи на невдале 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 у 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[1]. 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 самостійне 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 самостійно 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 в кількості, достатній для забезпечення ефективного досудового розслідування. В той же час група слідчих створюється

[1] *Гасанов Р. Н.* Здійснення повноважень прокурором в частині проведення слідчих (розшукових) дій: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Одеса, 2017. С. 80.

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. 3^1) 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.

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 ви-

падку, в тому числі і за наявності ризику неефективності результатів їх 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 оминути 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. Все це вказує, що проблематика дослідження розумних строків та повноваження прокурора щодо їх забезпечення напряму 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 задовгого 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[1]. 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[2]. Дана правова категорія також неодноразово досліджувалася в рішеннях ЄСПЛ[3].

---

[1] 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).

[2] 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).

[3] 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); 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); 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).

В Україні про розумність строків висловлювався ще ВСУ, який у своєму Листі від 20.01.2006 року, базуючись в першу чергу на практиці ЄСПЛ, зазначив, що критерії оцінювання розумності строку розгляду справи є спільними для всіх категорій справ (цивільних, господарських, адміністративних чи кримінальних). Це — складність справи, поведінка заявника та поведінка органів державної влади (насамперед суду)[1]. Існує також позиція КСУ, відповідно до якої розумні строки «повинні визначатися в кожній справі залежно від обсягу матеріалів справи та їх складності, кількості обвинувачених, дій або бездіяльності (поведінки) обвинуваченого чи його захисника та незалежних від волі обвинуваченого чи його захисника чинників (наприклад, хвороби) тощо»[2]. 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 запитання:

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.

---

[1] 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).

[2] 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).

С. І. Перепелиця та Л. В. Дробчак вважають, що «перебіг строків у 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»[1]. 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 закрите, 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, посилаючись саме на недотримання розумних строків вчинення процесуальних дій[2]. 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

---

[1] *Перепелиця С. І., Дробчак Л. В.* Окремі аспекти дотримання «розумних строків» в кримінальному провадженні // Форум права: електрон. наук. фахове вид. 2017. № 4. С. 179.

[2] Ухвала 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); 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).

починає перебувати в стані непевності про долю кримінального провадження щодо себе[1]. При цьому строк, який можна визначити розумним, не може бути однаковим для всіх справ та має оцінюватись щодо кожного окремого провадження[2].

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. В 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[3].

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

---

[1] 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).

[2] Рішення Європейського суду з прав людини по справі «Броуґан 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).

[3] *Кучинська О. П.* Розумні строки кримінального провадження — одна з гарантій справедливого судочинства // Вісник кримінального судочинства. 2015. № 2. С. 46.

й час розгляду справи у суді вищої інстанції, аж до Верховного Суду або іншого вищого судового органу[1].

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. 295[1] 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

[1] 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).

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[1]. Наслідки для сторони-заявника стосуються конкретного кримінального провадження, а більш жорсткі вимоги застосовуються у кримінальних справах, коли обвинувачений перебуває під вартою[2].

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[3].

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 до-

---

[1] *Кучинська О. П.* Розумні строки кримінального провадження — одна з гарантій справедливого судочинства // Вісник кримінального судочинства. 2015. № 2. С. 47.

[2] 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).

[3] 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).

судового розслідування. При цьому законодавець зобов'язав прокурора забезпечувати проведення досудового розслідування у розумний строк, а тому прокурор має розробити та застосовувати 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 розслідування 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»[1].

---

[1] 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).

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 критерії 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»[1]. 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[2]. 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.

---

[1] *Комарницька О. Б.* Щодо недотримання розумних строків у кримінальному провадженні під час досудового розслідування // Часопис цивільного і кримінального судочинства. 2014. № 4. С. 88.

[2] 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»: [«GRANDCHAMBER»,»CHAMBER»],»itemid»:[«001-57476»]} (дата звернення: 10.10.2020).

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 особі 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[1]

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 ма-

[1] 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).

теріалів для проведення експертизи[1], неприйняття рішення щодо зміни підслідності прокурором протягом тривалого періоду часу[2] 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 задо-

---

[1] Ухвала 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).

[2] Ухвала Зарічного районного суду м. Суми від 23.04.2019, справа № 591/7282/18. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/81921524 (дата звернення 11.04.2020).

волено 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 ви-

конати 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, у 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, а й 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 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 розслідування 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 закінчуються 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[1]. 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 до-

[1] *Єні О.* Діяльність прокурора щодо забезпечення розумних строків кримінального провадження // Вісник Національної академії прокуратури України. 2016. № 4. С. 87.

тримуватись 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.

Також у правовій доктрині вказується на суперечливу судову практику щодо продовження строку досудового розслідування слідчим суддею на строк до шести місяців. Деякі слідчі судді вважають, що перед подачею клопотання про продовження строку до шести місяців обов'язково мало бути продовження строку досудового розслідування до трьох місяців, інші таку точку зору не підтримують. Ми погоджуємося з позицією, відповідно до якої «правильною слід визнавати останню судову практику, оскільки текстуальний аналіз положення ст. 294 КПК України дає підставу зробити висновок, що правовий порядок продовження строку досудового розслідування після повідомлення особі про підозру визначається не через призму доцільності дотримання формальностей щодо послідовності заявлення відповідних клопотань, а з урахуваннях ситуативного характеру провадження, тобто його складності, що, у свою чергу, обумовлює необхідний строк продовження слідства, в залежності від якого диференціюється суб'єкт прийняття відповідного процесуального рішення»[1].

---

[1] *Аленін Ю., Малахова О.* Проблемні питання продовження строку досудового розслідування слідчим суддею // Право України. 2018. № 8. С. 63.

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 скаржника, 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[1].

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

[1] *Яновська О. Г.* Інститут оскарження на стадії досудового розслідування // Адвокат. 2013. № 1 (148). С. 12.

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[1]. 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 давати доручення і іншим уповноважених 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.

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 зобо-

[1] *Яновська О. Г.* Інститут оскарження на стадії досудового розслідування // Адвокат. 2013. № 1 (148). С. 12.

в'язаний вчинити ці дії або прийняти відповідне рішення[1]. 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 на 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

[1] *Комарницька О. Б.* Щодо недотримання розумних строків у кримінальному провадженні під час досудового розслідування // Часопис цивільного і кримінального судочинства. 2014. № 4.

Т. А. Михайлова вважає, що кримінальне переслідування — це діяльність прокурора — державного обвинувача, який викриває від імені держави підсудного у вчиненні злочину[1]. В. П. Корж зазначає, що кримінальне переслідування в суді — це процесуальна обвинувальна діяльність прокурора, яка полягає в доказуванні: 1) обвинувачення в повному обсязі, висунутого 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[2]. 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, застосування до неї заходів процесуального примусу, зокрема заходів забезпечення кримінального провадження, збирання доказів винуватості цієї особи й обґрунтування кримінальної відповідальності обвинуваченого перед судом[3].

У правовій доктрині активно підтримується точка зору, що обвинувачення можна поділити на два види: процесуальне та матеріальне[4]. 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, по-

---

[1] *Михайлова Т. А.* К вопросу о концепции уголовного преследования в судебных стадиях // Прокуратура и правосудие в условиях судебно-правовой реформы: сб. науч. тр. / НИИ проблем укрепления законности и правопорядка. Москва, 1997. С. 113.

[2] *Корж В. П.* Актуальные вопросы законодательного закрепления новых процессуальных полномочий прокурора в суде // Проблемы совершенствования прокурорского надзора. Москва, 1997. С. 106.

[3] *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. 426.

[4] *Фаткуллин Ф. Н.* Изменение обвинения. Москва: Юрид. лит., 1971. С. 12; *Гловюк І. В.* Деякі проблеми тлумачення категорії «обвинувачення» (нормативний аспект) // Вісник кримінального судочинства. 2015. № 1. С. 18.

станова про зміну обвинувачення); г) функція прокуратури[1]. І хоча такий підхід виглядає більш повним, повністю з ним погодитись не можна. Так, недоцільним виглядає окреме виділення обвинувачення як теза 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 ст. 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

[1] Підтримання державного обвинувачення: навч.-метод. посіб. / В. В. Долежан, Д. М. Притика, М. В. Косюта та ін.; за ред. Ю. Є. Полянського. Одеса: Фенікс, 2012. С. 10.

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 інформацію, 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)[1].

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, ви-

[1] 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).

ключення кваліфікуючих ознак, обставин, що обтяжують відповідальність, судимостей[1]. 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[2]. 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[3]. 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[4]. 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[5]. 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 обвинува-

---

[1] *Алейніков Г. І.* Деякі проблеми зміни обвинувачення у стадії судового розгляду // Право і суспільство. 2012. № 5. С. 122.

[2] *Фаткуллин Ф. Н.* Изменение обвинения. Москва: Юрид. лит., 1971. С. 42.

[3] *Гринюк В. О.* Функція обвинувачення в кримінальному провадженні України: теорія та практика: монографія. Київ: Алерта, 2016. С. 254.

[4] *Фаткуллин Ф. Н.* Изменение обвинения. Москва: Юрид. лит., 1971. С. 42.

[5] *Гринюк В. О.* Проблеми зміни обвинувачення прокурором під час судового розгляду // Порівняльно-аналітичне право. 2016. № 2. С. 204.

чення в суді і на таке, що істотно відрізняється від пред'явленого обвинувачення за фактичними обставинами[1]. Проте В. О. Гринюк не повністю погоджується з такою позицією, зазначаючи, що така зміна може порушувати право обвинуваченого на захист[2]. 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. Фаткуллін 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)[3]. 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[4]. 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

---

[1] 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).

[2] *Гринюк В. О.* Проблеми зміни обвинувачення прокурором під час судового розгляду // Порівняльно-аналітичне право. 2016. № 2. С. 204.

[3] *Фаткуллин Ф. Н.* Изменение обвинения. Москва: Юрид. лит., 1971. С. 128.

[4] *Добровольская Т. Н.* Изменения обвинения в судебных стадиях советского уголовного процесса. Москва: Юрид. лит., 1977. С. 56–57.

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[1]. 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 — задля 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 зміненим обвинуваченням та усунути його від подальшої участі в судовому розгляді[2]. 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.

---

[1] 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).

[2] *Сляднєва К.* Зміна обвинувачення прокурором як форма реалізації диспозитивності // Підприємництво, господарство і право. 2018. № 6. С. 341.

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 в 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.

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 в 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, но-

вий 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, перекваліфікацію 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 унеможливлює 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[1]. Інші вчені розглядають дане питання більш консервативно, відносячи до обсягу обвинувачення обставини вчинення кримінального правопорушення[2] або встановлення ідеальної сукупності кримінальних правопорушень[3]. 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,

---

[1] *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.

[2] *Севрюков В.* Процесуальні повноваження прокурора щодо визначення меж судового розгляду // Повноваження прокурора щодо визначення меж судового розгляду: матеріали круглого столу (22 листоп. 2019 р.) / Нац. акад. прокуратури України. Київ, 2019. С. 10; *Можняков Р.* Прокурор як гарант дотримання прав потерпілих при зміні обвинувачення в суді // Повноваження прокурора щодо визначення меж судового розгляду: матеріали круглого столу (22 листоп. 2019 р.) / Нац. акад. прокуратури України. Київ, 2019. С. 70.

[3] *Полегенька О.* Правові наслідки при зміні обвинувачення прокурором в суді // Повноваження прокурора щодо визначення меж судового розгляду: матеріали круглого столу (22 листоп. 2019 р.) / Нац. акад. прокуратури України. Київ, 2019. С. 79.

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.

В правовій доктрині існує позиція, відповідно до якої від зміни обвинувачення необхідно відрізняти 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[1]. Проте, відповідно до Порядку організації діяльності прокурорів і слідчих органів прокуратури у кримінальному провадженні[2], 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

---

[1] Кримінальний процесуальний кодекс України: наук.-практ. комент. / відп. ред.: С. В. Ківалов, С. М. Міщенко, В. Ю. Захарченко. Харків: Одіссей, 2013. С. 639.

[2] Порядок організації діяльності прокурорів і слідчих органів прокуратури у кримінальному провадженні: затв. Наказом Генеральної прокуратури України від 28.03.2019 № 51. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0363-19 (дата звернення: 23.05.2020).

обвинувачення немає. Так, суд може врахувати таку ситуацію як зміну обвинувачення, закрити кримінальне провадження відносно непідтвердженого кримінального правопорушення та продовжити судовий розгляд[1]. 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»[2]. 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 — зміни чи відмови 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,

---

[1] 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).

[2] 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).

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. 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 в 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.

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)[1]. Проте чинний КПК, на відміну від КПК 1960 року, 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[2].

Статистичні матеріали вказують, що висунення додаткового обвинувачення — це відносно рідкісне процесуальне явище[3]. «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»[4]. Така ситуація може мати одразу декілька пояснень, проте найбільш доцільною виглядає позиція щодо відносної складності такого роду трансформації обвинувачення.

---

[1] Підтримання прокурором публічного обвинувачення: підручник / Нац. акад. прокуратури України. Київ, 2017. С. 107.

[2] *Колодчин В. В., Туманянц А. Р.* Повноваження прокурора в судовому провадженні у першій інстанції: монографія. Харків: ТОВ «Оберіг», 2016. С. 128.

[3] 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).

[4] *Петрушко М. І.* Висунення прокурором додаткового обвинувачення // Правовий часопис Донбасу. 2018. № 2. С. 150.

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[1].

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 за один місяць[2]. 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

---

[1] *Петрушко М. І.* Висунення прокурором додаткового обвинувачення // Правовий часопис Донбасу. 2018. № 2. С. 152.

[2] *Колодчин В. В., Туманянц А. Р.* Повноваження прокурора в судовому провадженні у першій інстанції: монографія. Харків: ТОВ «Оберіг», 2016. С. 132.

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»[1]. 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. Головко 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»[2]. 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[3]. З даного приводу Б. Е. Маілунц 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 обґрунто-

---

[1] *Маілунц 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. С. 164.

[2] *Головко Л. В.* Институт отказа прокурора от обвинения и изменения обвинения в суде: постсоветские перспективы в условиях теоретических заблуждений // Государство и право. 2012. № 2. С. 58–59.

[3] *Павлишин А. А.* Відмова прокурора від підтримання державного обвинувачення в суді // Прокуратура. Людина. Держава. 2005. № 2. С. 58.

ване 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»[1].

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[2]. 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)[3]. 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.

---

[1] *Маілунц 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. С. 165.

[2] *Грушевська М. І.* Поняття та загальна характеристика відмови прокурора від підтримання державного обвинувачення // Науковий вісник Херсонського державного університету. 2016. Вип. 3, т. 2. С. 102.

[3] 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).

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 оминути 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»[1].

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.

[1] Руководство для следователя / под ред. Н. В. Жогина. Москва: Юрид. лит., 1971. С. 18–20.

Однак перш ніж переходити до характеристики розсуду слідчого та дізнавача, необхідно зробити ремарку щодо подібності процесуального статусу вказаних осіб. Законодавець у 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. 40[1] КПК України. Якщо такі переліки порівнювати, то можна зробити висновок, що дізнавач у процесі розслідування проступків має такі саме повноваження, як і слідчий в процесі розслідування злочинів[1]. 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 суперечності з приводу уніфікації термінології, а тому в даному дослідженні буде використовуватись термін «розсуд слідчого та дізнавача». В доктрині піднімається питання щодо можливості використання терміна «угляд» замість «розсуд»[2], хоча кримінальне

---

[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.

[2] *Багрій М. В.* Угляд (розсуд) слідчого у кримінальному судочинстві України: до питання визначення поняття // Часопис Академії адвокатури України. 2011. № 13. С. 1–5.

процесуальне законодавство оперує поняттям «розсуд». Така дискусія пов'язана в першу чергу з перекладом слова «discretion», яке використовується в англомовній 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»[1]. У даному випадку необхідно зауважити, що розсуд слідчого та дізнавача (як і будь-якого іншого уповноваженого суб'єкта кримінальних процесуальних відносин) у 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 на 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

[1] *Марфицин П. Г.* Усмотрение следователя (Уголовно-процессуальный аспект): дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.09. Омск, 2003. С. 115.

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[1]. Такий розсуд відрізняється від оптимального певними змінами в особистісних характеристиках слідчого[2].

В даному випадку можна помітити, що науковець взяв за основу фактори, що впливають на розсуд (об'єктивні та суб'єктивні), та на підставі цього 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 су-

---

[1] *Ярославский А. Б.* Усмотрение следователя при расследовании уголовных дел: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Волгоград, 2001. С. 30.

[2] Науковець також окремо виділяє такі види розсуду, як інтуїтивний та довільний розсуд, в основу яких закладені умови та механізми їх застосування.

б'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, у 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 вужчий. В даному випадку необхідно акцентувати увагу на ролі 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 напряму залежить від обсягу процесуальної самостійності вказаних учасників кримінального провадження, яка визначена кримінальним процесуальним законодавством.

На даний момент питанню процесуальної самостійності слідчого приділено багато уваги з боку науковців[1]. Проте незважаючи на велику кількість наукових публікацій з даного приводу, єдності розуміння даної правової категорії немає. В першу чергу необхідно встановити співвідношення таких тотожних понять, як «процесуальна самостійність» та «процесуальна незалежність» слідчого. Частина науковців стверджувала, що дані поняття є тотожними[2].

---

[1] Очевидно, що процесуальна самостійність дізнавача в силу відносної новизни відповідних змін до КПК України так активно науковцями ще не досліджувалась

[2] *Гуляев А. П.* Следователь в уголовном процессе: учеб. пособие. Москва: Юрид. лит., 1981. С. 37; *Слинько С. В.* Механизм реализации процессуального статуса субъектов уголовно-процессуальной деятельности: монография. Харьков: Основа, 2005. С. 121–135; *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 квіт. 2009 р.). Київ: Атіка, 2009. С. 320–322.

Інша група науковців підтримує позицію, що процесуальної незалежності взагалі не існує, адже вона суперечить концепції прокурорського нагляду за досудовим розслідуванням[1]. 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[2] або взагалі окремо досліджували самостійність процесуальних рішень слідчого та незалежність його як процесуального учасника кримінального процесу[3]. 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. 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. 40[1] 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[4]. Г. М. Ясинський стверджує, що процесуальна самостійність слідчого полягає в праві вирішувати за своїм внутрішнім

---

[1] *Рахунов Р. Д.* Участники уголовно-процессуальной деятельности: учеб. пособие. Москва: Госюриздат, 1961. С. 58; *Смоков С. М.* Внутрішнє переконання слідчого і його роль при прийнятті процесуальних рішень: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Київ, 2002. С. 10.

[2] *Клейн А. А.* Правовые и организационные аспекты процессуальной самостоятельности и независимости следователя органов внутренних дел: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Москва, 1992. С. 8.

[3] *Ларин А. М.* Следствие: каким ему быть? // Человек и закон. 1996. № 10. С. 50.

[4] *Уланов В. В.* Содержание процессуальных функций следователя // Российский следователь. 2008. № 12. С. 18.

переконанням, що базується на матеріалах справи, і у відповідності до закону найважливіші питання слідства[1]. А. Р. Вартанов під процесуальною самостійність 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[2].

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[3].

Цікавий висновок робить А. Н. Огородов, який встановив, що процесуальна самостійність 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[4]. О. О. Кіпер дійшов висновку, що процесуальна самостійність слідчого має розглядатися нерозривно з основними засадами кримінального провадження. Відповідно до позиції автора, під процесуальною самостійністю 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 самостійно 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

---

[1] *Ясинский Г. М.* О процессуальной самостоятельности следователя // Советское государство и право. 1964. № 9. С. 64.

[2] *Вартанов А. Р.* Проблемы процессуальной самостоятельности следователя по УПК РФ: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Краснодар, 2012. С. 9.

[3] *Клейн А. А.* Правовые и организационные аспекты процессуальной самостоятельности и независимости следователя органов внутренних дел: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Москва, 1992. С. 14.

[4] *Огородов А. Н.* Процессуальная самостоятельность следователя: понятие и сущность // Сибирский юридический вестник. 2015. № 3 (70). С. 93.

повну відповідальність за їх законне і своєчасне проведення (застосування), а також відстоювати (захищати) ці повноваження, передбаченими КПК засобами[1].

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 самостійність 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 самостійність слідчого, згадує розсуд як спосіб її реалізації. Цим ще раз підтверджується досить тісний зв'язок цих двох категорії. Однак такий зв'язок вказує на необхідність встановлення чітких меж між процесуальною самостійністю слідчого або дізнавача та його розсудом.

Очевидно, що процесуальна самостійність та розсуд — поняття нетотожні, однак досить легко помітити вплив одного поняття на інше. Відповідно, досліджуючи такий вплив, необхідно встановити, як саме самостійність та розсуд взаємодіють у процесі реалізації слідчим та дізнавачем власних повноважень. З аналізу сутності процесуальної самостійності слідчого та дізнавача можна зробити висновок, що розсуд розглядається як один із способів реалізації самостійності. В цілому процесуальна самостійність 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 самостійність 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 самостійність є поняттям ширшим, ніж розсуд слідчого. Процесуальна самостійність передбачає можливість визначити сукупність процесуальних дій, які, на думку слідчого або дізнавача, дозволять досягнути кінцевої мети розслідування. Розсуд, у свою чергу, стосується способу та методу проведення конкретної процесуальної дії. За такого підходу можна

[1] *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. С. 81.

зробити висновок, що розсуд можна розглядати в якості механізму реалізації процесуальної самостійності 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 самостійністю слідчого або дізнавача не є одностороннім. Незважаючи на те, що розсуд є механізмом реалізації процесуальної самостійності, власне обсяг розсуду і формує обсяг такої самостійності. 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 в 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 напряму 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[1]. При цьому науковець, досліджуючи дане питання, в більшій мірі приділяє увагу тим посадовим особам, які власне обмежують процесуальну самостійність слідчого: прокурору, керівнику органу досудового розслідування, слідчому судді, 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»[2]. З цього приводу А. О. Ляш та О. В. Баулін за-

---

[1] *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. С. 95.

[2] Там само. С. 98.

значали, 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[1].

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 встановити 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 подвійних характер. Як вже було зазначено, слідчий або дізнавач, приймаючи певне рішення із застосуванням розсуду, повинен його погодити з про-

---

[1] *Ляш А. О., Баулін О. В.* Процесуальна самостійність і незалежність слідчого за новим КПК України // Часопис Академії адвокатури України. 2013. № 18. С. 4. URL: http//://e-pub.aau.edu.ua/index.php/chasopys/article/download/167/18 (дата звернення: 10.10.2020).

курором. 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 зворотний 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 погоджуватись 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, § 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 напряму 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[1], 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 пози-

[1] Кримінальний процес: підручник / за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки. Харків: Право, 2013. С. 125–126.

ція 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 в порядку ч. 3 ст. 40 КПК України, однак не передбачив такого порядку в § 3 глави 26 КПК України, які по суті є між собою є 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 поставились до такого порядку звернення до ВСУ, адже такий порядок не лише унеможливлював перегляд ним судового рішення у кримінальному провадженні, а й створював умови для зловживань[1]. 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

[1] *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); *Карнаух Т. М.* Реформування інституту перегляду судових рішень у цивільних справах // Наукові записки НАУКМА. Юридичні науки. 2011. Т. 116. С. 77–81.

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 контраргументів. 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. 40^1 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. 40^1 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. 40^1 КПК України частиною 2^1 наступного змісту: «2^1. 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».

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 вичерпного переліку його повноважень. Так, В. А. Осмолян, аналізуючи статус слідчого відповідно до КПК України 2012 року, 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 процесу-

альних дій»[1]. 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)[2].

---

[1] *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. 303.

[2] *Кіпер О. О.* Щодо класифікації повноважень слідчого у кримінальному провадженні // Актуальні проблеми кримінального права, процесу, криміналістики та оперативно-розшукової діяльності: тези Всеукр. наук.-практ. конф. (Хмельницький, 3 берез. 2017 р.). Хмельницький: Вид-во НАДПСУ, 2017. С. 539–542.

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 передбачених законом заходів для своєчасного та повного її відшкодування, забезпечити права та законні інтереси потерпілого під час доказування обставин, що стосуються цивільного позову, пред'явленого останнім[1].

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 може застосувати власну дискрецію. Для виконання такого завдання за основу можна взяти положення ст. 40 та ст. 40[1] 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;

---

[1] *Кавун Д.* Повноваження слідчого у забезпеченні прав і законних інтересів потерпілого (фізичної особи) // Підприємництво, господарство і право. 2016. № 7. С. 148–152.

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. 40[1] 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.

Відповідно, рухаючись за тим переліком повноважень, який був запропонований законодавцем, у 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 до-

судових 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 року, 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 освідування; 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 ІПНП (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 органі,

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. В першу чергу пропонується 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, зі змісту якого можна зробити попередній висновок про наявність події кримінального правопорушення».

Запропоноване визначення потребує роз'яснення. В даному випадку було зроблено уточнення, що заяви та повідомлення може бути подано 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 і 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 до вимог, передбачених п. 7[1] 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.

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. 40[1] 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. ст. 224, 226 КПК України), пред'явлення для впізнання (ст. ст. 228–232 КПК України), огляд (ст. ст. 237, 238 КПК України), слідчий експеримент (ст. 240 КПК України), експертизу (ст. 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 по-

доланням 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 в першу чергу 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[1]. 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 кри-

[1] *Яковлєв О.* Взаємодія слідчого з оперативними підрозділами під час проведення слідчих (розшукових) дій // Науковий часопис Національної академії прокуратури України. 2017. № 1. С. 219.

мінальним 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[1]. 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[2].

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 в 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, в цьому випадку оперативне супроводження забезпечується протягом здійснення кримінального провадження)[3].

---

[1] Інструкція з організації взаємодії органів досудового розслідування з іншими органами та підрозділами Національної поліції України в запобіганні кримінальним правопорушенням, їх виявленні та розслідуванні: затв. 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).

[2] *Климчук М. П.* Виконання доручень як форма взаємодії слідчих та оперативних підрозділів у кримінальному провадженні // Вісник кримінального судочинства. 2015. № 1. С. 55.

[3] *Сорока С. О., Римарчук Г. С.* Взаємодія слідчого із співробітниками інших підрозділів під час досудового розслідування // Lviv Polytechnic National University

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[1].

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, в забезпеченні присутності понятих при його проведенні, наданні оперативної інформації щодо можливого місцезнаходження знарядь злочину, документів та інших предметів, які мають значення для вста-

---

Institutional Repository. URL: http://ena.lp.edu.ua:8080/bitstream/ntb/32182/1/58-347-354.pdf (дата звернення: 10.10.2020).

[1] *Климчук М. П.* Виконання доручень як форма взаємодії слідчих та оперативних підрозділів у кримінальному провадженні // Вісник кримінального судочинства. 2015. № 1. С. 54–58.

новлення 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»[1].

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 унеможливлюватися 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[2].

Таким чином, дозволяється участь працівників оперативних підрозділів у слідчих діях, однак з дотриманням певних умов: відповідної тяжкості злочину, можливого опору слідчому чи дізнавачу

---

[1] *Гумін О. М.* Використання слідчим сил та засобів оперативних підрозділів на досудовому розслідуванні // Форум права. 2013. № 1. С. 240.

[2] Інструкція з організації взаємодії органів досудового розслідування з іншими органами та підрозділами Національної поліції України в запобіганні кримінальним правопорушенням, їх виявленні та розслідуванні: затв. 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).

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[1]. 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 самостійно не може. Тому існує потреба залучити як мінімум одного представника оперативного підрозділу. Саме тому не зовсім правильним виглядає обмеження щодо можливості залучення представників оперативних підрозділів до слідчих (розшукових) дій лише в кримінальних провадженнях щодо тяжких та особливо тяжких злочинів. У 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.

---

[1] 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).

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 в 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. 40^1 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».

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 законодав-

ства, 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. 40^1 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 в ст. ст. 40, 40^1 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»[1]. 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 встанов-

[1] 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).

лення обставин кримінального правопорушення, слідчий, прокурор має право провести слідчий експеримент шляхом відтворення дій, обстановки, обставин певної події, проведення необхідних дослідів чи випробувань»);

— освідування (ч. 1 ст. 241 КПК України: «Слідчий, прокурор здійснює освідування 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 логічним, відносно інших слідчих (розшукових) ситуацій є менш очевидним. 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 така обставина не обов'язково має стосуватися інших процесуальних дій. Наприклад, у 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 застосовуватися однаково 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 опера-

тивних підрозділів до відповідних слідчих (розшукових) дій, яка на даний момент науковцями та практиками не оспорюється.

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 мит-

ного 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) дій[1]. Це передбачено і в п. 1.7 Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні (далі — Інструкція)[2]. Однак у 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.

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 випливає 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[3]. Схожу точку зору підтримує і О. М. Ларін, зазначаючи, що необхідність доручення слідчим окре-

---

[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 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.

[2] Інструкція про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні: затв. 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).

[3] Кримінальний процес: підручник / за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки. Харків: Право, 2013. С. 127.

мих слідчих дій оперативному підрозділу виникає у випадку нагальної потреби в одночасному проведенні серії слідчих дій[1]. Однак саме така позиція виглядає дещо передчасною.

Дійсно, слідчий може доручати проведення НСРД оперативним підрозділам лише тоді, коли він самостійно не встигає провести відповідні процесуальні дії. 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»[2]. 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 співробітничають 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 самостійно здійснити не в змозі і тому повинен доручати їх проведення уповноваженим оперативним підрозділам або залучати їх співробітників до участі в такій негласній процесуальній дії[3]. О. В. Соколов, погоджуючись із висловленою позицією, зауважив, що з 2014 року спостерігається загальна тенденція до різкого зростання кількості проведених опе-

---

[1] *Ларин А. М.* Расследование по уголовному делу. Планирование, организация. Москва: Юрид. лит., 1970. С. 125.

[2] *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. 128.

[3] *Колесник В. А.* Негласні слідчі (розшукові) дії: кримінально-процесуальні та криміналістичні аспекти підготовки і проведення: наук.-практ. посіб. Київ: Прецедент, 2014. С. 64–65.

ративними підрозділами негласних слідчих (розшукових) дій за дорученням слідчих[1].

Таким чином, можна зробити висновок, що надання слідчим доручень оперативним підрозділам щодо проведення НСРД в 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 самостійно 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.

Аналізуючи повноваження слідчого в частині проведення та доручення проведення НСРД, не можна не відмітити чергову колізію, яка була допущена законодавцем при внесенні змін в КПК України у зв'язку з введенням у дію положень щодо кримінальних проступків. Так, у ст. 40[1] 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

[1] *Соколов О. В.* Виконання оперативними підрозділами доручень слідчого, прокурора про проведення негласних слідчих (розшукових) дій: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Харків, 2019. С. 65.

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, право 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 якого 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 фак-

том 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 самостійно 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»[1]. 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

[1] *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_protsesualnogo_rishennya_v_konteksti_defektiv_kriminalnogo_protsesualnogo_institutu_1/ (дата звернення: 10.10.2020).

особи, котра притягується, і виключає в цей момент розслідування протилежного висновку[1]. 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 особі 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[2], зазначаючи, що повідомляти про підозру можуть ви-

---

[1] *Дубинский А. Я.* Правовые и организационные проблемы исполнения процессуальных решений следователя: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.09. Киев, 1984. С. 106.

[2] Ухвала 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); Ухвала 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).

ключно слідчий та прокурора, а «суд не може перебирати на себе повноваження сторони обвинувачення»[1]. 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 особі 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 особі 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 особі 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[2].

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, він 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

---

[1] Ухвала 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).

[2] *Капліна О. В.* Підозра у кримінальному провадженні: поняття, ознаки, сутність // Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. 2013. № 1. С. 241.

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»[1]. «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[2].

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[3].

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 мі-

---

[1] 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).

[2] 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).

[3] *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).

сяців 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 трьох підстав:

— неналежний суб'єкт складання та вручення повідомлення про підозру;

— порушення процесуального порядку вручення повідомлення про підозру;

— необґрунтованість підозри[1].

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[2]). 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[3]. Така практика означає, що хоча рішення про достатність доказів для повідомлення про підозру приймає слідчий, дізнавач та прокурор на власний розсуд, у 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 критерів, 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,

---

[1] *Шульгін С.* Поняття обґрунтованості підозри в кримінальному провадженні // Підприємництво, господарство і право. 2019. № 1. С. 298.

[2] *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).

[3] Там само.

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 оминути 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 спо-

стерігача при встановленні причетності особи до вчиненого кримінального правопорушення.

Наступним повноваженням слідчого та дізнавача є можливість складати 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 іншій стороні. 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 розслідування. 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 акта[1]. 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 (в частині

[1] 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 до порядку складання обвинувальних актів. У подальшому мова буде вестися лише про обвинувальний акт, хоча висновки можуть бути застосовані і відносно зазначених клопотань.

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 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 самостійно 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 у судовому провадженні»[1].

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 ді-

---

[1] *Капліна О.* Проблеми визначення компетенції слідчого та прокурора на етапі закінчення досудового розслідування // Право України. 2018. № 8. С. 72.

знавачем, *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 складати 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 випливає із положень ст. 283 КПК України, але стосується не тільки слідчого і дізнавача, а й прокурора, а також стосується 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 ви-

падках — особисто проводити слідчі (розшукові) та процесуальні дії в порядку, визначеному КПК України. Таким чином, вказане положення не містить чіткого посилання 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 діяння, 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 ви-

падку, 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[1]:

— за 2019 рік було закрито 2719 кримінальних проваджень з числа закінчених, з них прокурором було закрито 27 (0,99 % від загальної кількості);

— за 2018 рік було закрито 7060 кримінальних проваджень з числа закінчених, з них прокурором було закрито 35 (0,5 %);

— за 2017 рік було закрито 9970 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 за-

[1] 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).

криття 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 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, у 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 підозру[1].

Це ще раз підтверджує сформульований раніше висновок — право слідчого та дізнавача самостійно 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 самостійного 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 самостійність слідчого, що і досі викликає критику з боку деяких науковців. І саме на фоні таких обмежень право слідчого самостійно, без погодження з прокурором, приймати рішення про 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 кри-

[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.

мінальних 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'язані вчинити, та ті, що можуть бути реалізовані на розсуд слідчого та дізнавача[1].

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 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 необхідності, 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.

Відповідно, до другої групи включені повноваження, відповідно до яких слідчий може: замінити законного представника підозрю-

[1] В даному випадку знову необхідно вказати на колізійність кримінального процесуального законодавства в частині регламентації повноважень дізнавача.

ваного, обвинуваченого у випадку, якщо його дії суперечать особі, 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 слід-

чого судді про проведення спеціального досудового розслідування (ст. 297[2] 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.

Висновки

1. Розсуд у кримінальному процесі — це 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.

Розсуд у кримінальному процесі має наступні ознаки:

— є 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.

2. В залежності від прогнозованості розсуд у кримінальному процесі можна поділяти на прогнозований та непрогнозований; в залежності від ступеня свободи при застосуванні розсуд буває альтернативним (який, у свою чергу, поділяється на активний та об-

межений), рамковим та оціночним; за суб'єктним складом розсуд можна поділити на розсуд суб'єктів, уповноважених на здійснення кримінального провадження (розсуд слідчого, дізнавача, прокурора, слідчого судді та суду), та на 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).

3. 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, які можна описати як певні фактори (ознаки), які визначають межі розсуду в конкретній правовій ситуації.

4. Всі детермінанти розсуду можна поділити на суб'єктивні та об'єктивні. 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 детермінантів розсуду лише в складі великої групи правозастосувачів, але не як окремий індивід. До об'єктивних детермінантів розсуду відносяться принципи (засади), нормативно-правові акти та правозастосовча практика. Суб'єктивні детермінати розсуду визначаються за рахунок особистісних якостей правозастосувача та його власного досвіду.

5. Суддівський розсуд може бути динамічним та статичним. Динамічним суддівський розсуд нерозривно пов'язаний з провадженням, в рамках якого він 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.

6. Проведене дослідження свідчить, що при визначенні розміру застави слідчі судді в більшій мірі 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 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.

7. З метою уніфікації кримінального процесуального законодавства та надання суду додаткових процесуальних можливостей встановлення добровільності укладення угоди в судовому засіданні пропонується внести зміни до ч. 6 ст. 474 КПК України та викласти її в наступній редакції: «6. Суд зобов'язаний переконатися у судовому засіданні, що укладення угоди сторонами є добровільним, тобто не є наслідком застосування насильства, примусу, погроз або наслідком обіцянок чи дії будь-яких інших обставин, ніж ті, що передбачені в угоді. Для з'ясування добровільності укладення угоди у разі необхідності суд має право витребовувати документи, у тому числі скарги підозрюваного чи обвинуваченого, подані ним під час кримінального провадження, та рішення за наслідками їх розгляду, а також викликати в судове засідання *свідків* та *допитувати* їх».

8. Встановлено розбіжності між нормативним 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. Враховуючи необхідність забезпечення оперативності судового розгляду та гарантування прав та законних інтересів всіх учасників кримінального провадження, 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*».

9. Виявлено неоднакове застосування положень КПК України щодо відмови слідчих суддів визнавати недопустимість доказів відповідно до вимог ст. 89 КПК України. З метою вдосконалення правового регулювання пропонується 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.

10. В якості специфічних ознак прокурорського розсуду можна назвати можливість формування відповідної прокурорської правозастосовчої практики, його функціональну направленість та наявність відомчого контролю. Прокурор є незалежним у своїй діяльності, що передбачено та гарантується нормами кримінального процесуального законодавства. Однак у структурі органів прокуратури, на відміну від, наприклад, суду, існує чітка ієрархія, яка прямо чи опосередковано впливає на рішення, які приймає прокурор у конкретному кримінальному провадженні із застосуванням розсуду.

11. З огляду на те, що прокурор особисто зацікавлений в ефективності досудового розслідування, пропонується розширити його повноваження в частині ініціації формування слідчих груп шляхом доповнення ч. 2 ст. 36 КПК України окремим пунктом наступного змісту: «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.

12. Відсутність нормативних обмежень у частині зміни обвинувачення прокурором у суді, а також законодавчого тлумачення істотної зміни обвинувачення може стати причиною маскування нового обвинувачення відносно особи власне 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 ч. 1 ст. 341 КПК України 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 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».

13. На даний момент КПК України не регулює порядок часткової відмови прокурора від обвинувачення в суді. Відповідно, задля забезпечення сталого застосування положень кримінального процесуального законодавства 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.

14. 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.

15. З метою уніфікації положень ст. 40 та § 3 глави 26 КПК України пропонується ч. 3 ст. 40 КПК України викласти в наступній 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.

16. 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 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. 40^1 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. 40^1 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».

17. Задля вдосконалення процедури початку досудового розслідування пропонується 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, 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, з*обов'язаний перевірити заяву чи повідомлення на відповідність до вимог, передбачених п. 7[1] 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».

Торбас О. О.

Т595 Розсуд в кримінальному процесі України: теоретичне обґрунтування та практика реалізації : монографія / О. О. Торбас. — Одеса : Юридична література, 2020. — 284 с. : граф., табл.

ISBN 978–966–419– 382–2.

У роботі досліджено теоретичні та практичні аспекти застосування розсуду уповноваженими суб'єктами кримінального процесу при здійсненні кримінальної процесуальної діяльності. Досліджено сутність категорії «розсуд» у кримінальному провадженні та детермінанти, які впливають на зміст розсуду в процесі розслідування, розгляду та вирішення кримінальних правопорушень. Розглянуто особливості реалізації розсуду на різних стадіях кримінального процесу. Надано рекомендації щодо вдосконалення кримінального процесуального закондавства в частині реалізації розсуду під час здійснення кримінального провадження.

Розраховано на наукових співробітників, викладачів закладів вищої освіти, працівників правоохоронних і судових органів, адвокатів, студентів та аспірантів закладів вищої освіти.

УДК 343.162:343.241(477)

Наукове видання

ТОРБАС
Олександр Олександрович

РОЗСУД В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ: теоретичне обґрунтування та практика реалізації

Монографія

Редактор-коректор *Н. І. Крилова*
Технічний редактор *Т. В. Іванова*

Формат 60×84/16. Ум. друк. арк. 16,51. Тираж 300 прим. Зам. № 205 (7).

Видавництво і друкарня «Юридична література»
65009, м. Одеса, вул. Піонерська, 2.
Тел. (048) 777-48-79
(Свідоцтво ДК № 4284 від 23.03.2012 р.)