



Т.М. Мірошніченко\*

## ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ НОРМАТИВНОГО ЗМІСТУ ПРИНЦИПІВ КРИМІНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА У ХОДІ ДОКАЗУВАННЯ

Закріплення Конституцією України основних засад, принципів державної діяльності, у тому числі і в сфері судочинства, обумовило в цілому інтерес щодо їх нормативного змісту і проблем реалізації у ході практичної діяльності відповідних органів, посадових осіб, інших суб'єктів кримінального процесу.

Особливого значення в даний період розвитку державності набувають теоретичні та практичні питання дії принципів у ході доказування — основного виду діяльності, від якого залежить ефективне виконання завдань кримінального судочинства. Саме ці проблеми є найбільш актуальними і водночас найменш розробленими в теорії юридичного процесу. Зважаючи на зміни в законодавстві, що одержали назву “малої судової реформи”, потребують нового осмислення шляхи та засоби вдосконалення механізмів кримінально-процесуальних правовідносин, основними і найбільш дієвими з яких є принципи кримінально-процесуальної діяльності. Ця робота є спробою визначити найбільш оптимальні їх варіанти.

Слід відмітити, що традиційно в теорії права приділялась підвищена увага розробці теми принципів і тому досягнення аналітичної юриспруденції у цій сфері очевидні<sup>1</sup>. Особливого значення вони набувають у “перехідні” періоди розвитку держави, яким притаманні зміни ціннісних орієнтирів у регулюванні суспільних відносин.

Останні зміни і доповнення КПК свідчать про чергові рішучі кроки законодавця у напрямку реформування судочинства з урахуванням досягнень світової спільноти у сфері законодавчого захисту прав людини. Одержали подальший розвиток принципи незалежності суддів, публічності, змагальності, забезпечення обвинуваченому права на захист, ін.

Безумовно, такі суттєві зміни у законодавстві не могли не позначитись на розумінні самого змісту поняття кримінального процесу як діяльності не тільки держави у особі визначених посадових осіб із порушення, розслідування і розгляду кримінальних справ, а й інших учасників — із метою захисту своїх прав, свобод і законних інтересів<sup>2</sup>, що свідчить на користь визначення кримінального процесу України як змагального.

Змагальний процес неминує з'являється там, де так чи інакше визнається певна індивідуальність особи, її суб'єктивна свобода. Три ознаки: наявність конкуруючих сторін, їх процесуальна рівність і незалежність відокремленого від сторін суду самодостатні для змагальності<sup>3</sup>.

Конституція України установлює положення, що мають принципове значення у судочинстві і безпосередньо належать до сфери доказування, серед яких рівність усіх учасників процесу перед

© Мірошніченко Т.М., 2005

\*доцент кафедри кримінального процесу Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, кандидат юридичних наук, доцент

<sup>1</sup> Див.: Добровольская Т.Н. Принципы советского уголовного процесса. — М.: Юридическая литература, 1971; Бибило В.Н. Конституционные принципы правосудия и их реализация в стадии исполнения приговора. — Минск, 1986; Колодій А.М. Принципы права. — К., 1998; Каткова Т.В. Проблема реалізації принципу безпосередності дослідження доказів на досудовому слідстві.: Дис. ... к.ю.н.: 12.00.09. — Х., 1997; Маринів В.І. Принцип особистості недоторканності в кримінальному процесі України.: Дис. ... к.ю.н.: 12.00.09. — Х., 1999 та ін.

<sup>2</sup> Про неконституційність ст. 2483 ЦПК України див.: Рішення Конституційного Суду України від 28.05.2001 р. // Вісник Конституційного Суду України. — 2001. — № 3.

<sup>3</sup> Смирнов А.В. Модели уголовного процесса. — Санкт-Петербург, 2000. — С. 19, 25.



законом і судом; забезпечення доведеності вини; змагальність сторін і свобода в наданні ними суду своїх доказів (п.п. 2, 3, 4 ч. 3 ст. 129); обвинувачення не може базуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, а також на припущеннях; усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на його користь (ст. 62 Конституції України).

Конституція проголошує й дію в Україні принципу верховенства права. Редакція ч. 1 ст. 8 Основного закону фактично означає те, що це положення адресоване всім без винятку особам. Зміст принципу в законі не розкритий, однак, та обставина, що стосовно прав і свобод застосовано термін “права людини”, а не громадянина, особи свідчить про необхідність дотримання природних прав людини, в основі яких — визнання одвічних цінностей, таких, як правда, добро, справедливість, рівність, свобода.

Верховенство права, таким чином, означає, по-перше, верховенство природних прав людини надписаними; по-друге, верховенство прав свобод людини над принципами діяльності відповідних посадових осіб у всіх сферах державної діяльності у тому числі, і кримінально-процесуальній. Одним із таких принципів виступає змагальність у процесі.

Норми міжнародного права із змагальністю пов’язують справедливе вирішення кримінальних справ (ст. 6 Європейської конвенції про захист прав і свобод людини 1950 р.). Європейський суд також розцінює змагальність у процесі як засіб для досягнення справедливості (рішення у справі *Ловлес проти Ірландії* від 14.11.1960 р., ін.).

Чи виправдані ці сподівання? У законі відсутнє визначення поняття “справедливість”. Словник російської мови С.І. Ожегова роз’яснює справедливість як неупередженість, чесність, правильність і істинність. Саме з прийняттям чи не прийняттям істини як мети кримінального процесу пов’язані сучасні уявлення про справедливість у науковій сфері.

Одні вчені вважають, що “тільки у спорі народжується істина”, і, отже, необхідно розширювати диспозитивні і змагальні начала у судочинстві<sup>4</sup>. Інші, наприклад, представники англійського права, в останній час все більше схиляються до того, що кримінальний процес не повинен зводитись до протиставлення двох сторін у суді. Його задачею, перш за все, є не перемога когось із процесуальних “супротивників”, а встановлення осіб, насправді винних у скоєнні злочину, для чого необхідно повно встановити по можливості всі необхідні обставини<sup>5</sup>.

Думається, що реальність відображає думку тих вчених, які вважають, що задача полягає не в тому, щоб встановити істину, а в тому, щоб встановити, чиє сприйняття подій було більш досконалим. Якщо система сприяє змагальності версій, то така система дає можливість найбільш відобразити дійсність<sup>6</sup>.

Прагнути треба доведеності. Саме для цього національна система законодавства повинна створити необхідні умови.

Чи створює законодавство України умови для доведеності у ході змагальності сторін?

Розглянемо першу ознаку змагального процесу стосовно до національної кримінально-процесуальної системи — наявність двох протилежних сторін — обвинувачення і захисту. Суб’єкти, як зазначено раніше, повинні бути конкуруючими. Чи є сторони в кримінальному процесі такими, якщо виходити з їх процесуального становища і реалій, що складаються на основі закону?

Становище таке, що сучасний процес більш нагадує інквізиційний, ніж змагальний. “Найбільш суттєвим проявом неінквізиційного характеру кримінального процесу, — пише

<sup>4</sup> Петрухин И.Л. Концептуальные основы уголовного судопроизводства в России // Государство и право. — 2002. — № 5.

<sup>5</sup> Гуценко К.Ф., Филимонов В.А. Уголовный процесс западных государств. — М., 2001. — С. 119, 120.

<sup>6</sup> Берхнем В. Введение в правовую систему США. — К., 1999. — С. 199.



Ю.М. Грошевой, — виступають об'єднання органами, які ведуть процес, функцій обвинувачення захисту і розв'язання справи; розмиття процесуальної форми, особливо у сфері доказового права”<sup>7</sup>.

Саме такі процеси і відбуваються в даний час у кримінально-процесуальній сфері. Про це, як про тривожний фактор, вказує В.Т. Маляренко<sup>8</sup>. Говорячи про слідчого, він відмічає потрібну роль, яка за ним закріплена законом. Фактично слідчий виконує і функцію обвинувачення, і захисту (ст. 22 КПК), і вирішення кримінальної справи, коли закриває справи за відсутністю події і складу злочину, недоведеності вини обвинуваченого. Таке становище справ фактично ліквідує принцип змагальності на досудовій стадії процесу.

А це означає, що стороні обвинувачення, до складу якої входять прокурор, потерпілий, дізнавач і слідчий протистоїть у більшості випадків один обвинувачений (у суді — підсудний), оскільки сплатити послуги адвоката більшість населення не можуть. Цілковито очевидно, що він один не може конкурувати з обвинувачем. Законодавець, правда, в ч. 4 ст. 47 КПК передбачив “можливість” у випадку відсутності коштів у обвинуваченого призначити йому захисника. Однак, у такому разі держава повинна відповідати за професіоналізм і активність у справі захисника. А цього закон не передбачає. Думається, відповідні посадові особи, що ведуть процес, повинні використовувати можливості, що надає їм Закон у формуванні доказової бази процесу, на користь обвинуваченому (ст.ст. 55, 62 Конституції України, 66, 253, 299, 315<sup>1</sup> КПК).

Але навіть якщо захисник-адвокат і бере участь у кримінальному провадженні, він не наділений правом збирання доказів. А рівність сторін передбачає рівність засобів, за допомогою яких ведеться доказування. Законодавче треба надати адвокату право збирання доказів, передбачити перелік джерел доказової інформації, форми збирання, порядок закріплення і передачі особи, яка веде процес, доказів.

У законі також повинен бути передбачений порядок відмови від захисника у присутності останнього, оскільки будь-яка послуга у відповідності із правом цивільним споживається в момент її надання. На практиці ж обвинувачений відмовляється від захисника у його відсутності. У подібних випадках можна вважати, що послуга не була надана.

Якщо вести мову про іншого (і головного) представника протилежної сторони — обвинуваченого (підозрюваного, підсудного), то він не в змозі повноцінно протистояти стороні обвинувачення, оскільки законом чітко не регламентовано випадки застосування до нього примусу. Зі змісту ст. 63 Конституції України можна зробити висновок, що багато слідчих дій, пов'язаних із застосуванням примусу, якщо проти них заперечує обвинувачений, провадити не можна, наприклад, вилучення зразків для експертного дослідження, оскільки воно може бути небезпечним для здоров'я, життя. Законодавець повинен передбачити чітку процедуру таких дій, вказати в яких випадках, ким, у чий присутності і стосовно кого слід застосувати особливо жорсткі форми процесуального примусу (наприклад, відібрання зразків крові, шкіри). Необхідно достатньо чітко закріпити в КПК положення про те, що примус можна застосувати тільки у випадках, прямо вказаних у законі, бо більшість ситуацій, що реально мають місце на практиці, будуть розцінюватись як тортури аж до антисанітарії в слідчих ізоляторах і відсутності їжі впродовж дня розгляду справи у суді, особливо, якщо мова йде про обвинувачених — підсудних -неповнолітніх.

Однією з вимог справедливого судового розгляду є рівність сторін, що передбачає наявність приблизно рівних “стартових” можливостей. У відповідності із законом сторона обвинувачення збирає (формує) докази, а сторона захисту надає потенційну доказову інформацію (ст. 66 КПК). Чи означає це те, що у сторін є рівні “стартові” можливості?

<sup>7</sup> Грошевой Ю.М. Проблеми нормативного регулювання діяльності органів попереднього розслідування у новому КПК України // Вісник Академії правових наук України. — 1994. — № 2. — С. 138.

<sup>8</sup> Маляренко В.Т. Про досудове слідство, його недоліки і реформу // Голос України. — 2004. — 12 жовтня.



Очевидним є протилежне. В КПК навіть не передбачена процесуальна форма цього способу збирання доказів. Практика всіма правдами і неправдами долає цю прогалину у законодавстві, приймаючи предмети і документи у режимі слідчих дій допитів і ввіток. А між тим, такі дії слід оформляти спеціальним протоколом, який можна назвати протоколом одержання цих об'єктів, що буде відображати реальність — ініціативу із сторони заінтересованих осіб. У цьому протоколі, окрім традиційних атрибутів, повинні бути відомості про походження предметів, документів, умовах їх зберігання, маніпуляціях із ними та інші відомості, що мають значення для справи, оскільки дані об'єкти виникли поза кримінальним процесом. Для прийняття правильного рішення в питанні про їх належність незайвим буде зафіксувати думку особи, що надає відповідну інформацію, про те, як це може стосуватись справи. Другий екземпляр протоколу повинен вручатись під розписку цій особі з метою забезпечення їй права на захист і неприпустимості втрати важливої інформації.

У зв'язку з цим в науці кримінального процесу, очевидно, для врівноваження сторін, пропонується зняти з прокурора і слідчого обов'язок встановлення доказів, що виправдовують обвинуваченого і весь тягар доказування невинуватості особи покласти на захисника: "Якщо сторона захисту не здійснює пошуку обвинувальних доказів, то чому сторона обвинувачення повинна працювати у всіх напрямках?"<sup>9</sup>.

Мабуть, тому, що захисник не має права збирати докази. У нього і у обвинуваченого, часто ув'язненого, набагато менше можливостей, у тому числі, чисто фізичних, для ефективного збирання доказів. До того ж, залишаються відкритими питання способів фіксування дій захисника.

Пропонується, приміром, скористатися послугами нотаріуса, якщо мова йде про опитування<sup>10</sup>. Сторони, таким чином, і в цьому випадку нерівні ні юридичне, ні фактично.

Вважаю, що відступом від даного принципу, що є найбільш цінним завоюванням нашої правової системи, буде і пропозиція, висловлена в юридичній літературі розцінювати мовчання підсудного як обставину, що свідчить про його винуватість<sup>11</sup>. При цьому пропонується дотримуватись умови: повинна бути наявною сукупність "очевидних" доказів, що свідчать про причетність особи до скоєння злочину (на підставі справи *Мюррей проти Сполученого Королівства*, розглянутої ЄС 28 жовтня 1994 р.).

Така пропозиція не повинна сприйматися практикою, оскільки, по-перше, принцип презумпції невинуватості має свій зміст, що не ставиться в залежність від будь-яких умов; по-друге, визначення "очевидні" щодо доказів не застосовується в законі, відсутнє воно і в науковій класифікації доказів.

Що ж стосується рішень Європейського Суду, то їх не можна сприймати як "істину в останній інстанції". Як правильно відзначили П.М. Рабінович і І.М. Панкевич, ЄС з прав людини "демонструє неоднакове розуміння прав людини і приймає, здавалося б, полярні рішення у справах з однаковою фавулою, приймаючи до уваги те, яка саме держава є відповідачем у справі"<sup>12</sup>. Маються на увазі, крім всього іншого, її економічні й організаційні можливості гарантувати реалізацію права відповідного об'єму.

Цікаво, що сам ЄС усвідомлює відповідальність за свої рішення і розуміє, що вони можуть бути безбедоганними. Суддя Л. Лукаїдес відзначає, що "Європейський Суд не бажає втручатися у

<sup>9</sup> Півненко В.П., Мірошниченко Є.О. Впровадження конституційних принципів змагальності та рівності сторін на стадії досудового слідства і шляхи їх вирішення // Вісник Верховного Суду України. — 2003. — № 2. — С. 48, 50.

<sup>10</sup> Карякин Е. Допустимость доказательств, собранных защитником, при осуществлении функции защиты в уголовном судопроизводстве // Российская юстиция. — 2002. — № 8.

<sup>11</sup> Хотенець В., Шило О. Право на справедливий розгляд справи у суді // Питання боротьби із злочинністю. — Вип. 5. — Х., 2001. — С. 164

<sup>12</sup> Рабінович П.М., Панкевич І.М. Здійснення прав людини: проблеми обмежування. — Львів, 2001. — С. 12.



висновки національних судів... Додатковою причиною такого устремління є намагання ЄС уникнути критики на свою адресу національних судів щодо тлумачення їх власного права та процедур<sup>13</sup>.

Нерівність сторін посилюється, якщо брати до уваги ч. 3 ст. 66 КПК, де сказано, що особи, які ведуть процес, вправі “використовувати засоби для одержання фактичних даних, які можуть бути доказами у справі”. Що це за “засоби”? У законі немає відповіді на це запитання. Така невизначеність у регламентації кримінально-процесуальної діяльності неприпустима, оскільки породжує двозначність у тлумаченні цього поняття правозастосувальником і може привести до свавілля, застосуванню недозволених методів розслідування.

Третя ознака змагального процесу наявність незалежного від сторін суду, нейтрального арбітра, оскільки головною рушійною силою є не ініціатива суду, а спір сторін<sup>14</sup>.

Фактично в українському кримінальному процесі діє принцип “чистої змагальності”. Суд став менш самостійним у вирішенні багатьох питань у справі. “Ніякої особистої ініціативи, ніякої спонукальної зацікавленості — це ознака істинного правосуддя в новому демократичному його розумінні”, — пише В. Стефанюк<sup>15</sup>.

Чи справедливо це? Думається, що в умовах нерівних “стартових” можливостей, про які мова йшла раніше, такий суд демократичним назвати не можна. Тепер вже менш спірним у науці кримінального процесу є питання про суд як суб’єкт збирання доказів. Відповідно до чинного законодавства суд, безумовно, ним є, оскільки від нього залежить залучення до справи інформації, що подається сторонами (ст. 66, 261 КПК), однак, його активність при цьому суттєво обмежена: він не вправі зі своєї ініціативи викликати свідків, допитувати їх, витребувати документи та інші докази, призначити експертизу (із змісту ст. 296 КПК виключені ч. 5, 6, де про це прямо говориться). Всі проблеми, пов’язані з одержанням і перевіркою доказів, суд вирішує, використовуючи можливості, закладені у ст.ст. 66, 253, 315<sup>1</sup> КПК. Остання не тільки порушує принцип безпосередності дослідження обставин справи у суді, а й, на думку криміналістів, обмежує самостійність слідчого у виборі тактичних засобів, виступає як “факт, який відображає думку судді”<sup>16</sup>.

Якщо говорити про принцип “чистої змагальності”, то цілком зрозумілими на фоні чинного законодавства є заперечення проти нього вчених-процесуалістів, оскільки цей принцип не узгоджується з принципом незалежності судів і підпорядкування їх тільки закону. Дійсно, правосуддя — це, перш за все, “правий суд”, від якого чекають дій, а не мовчазного спостереження за ходом подій.

Про те, що принцип змагальності не може мати якогось особливого значення і що це не той принцип, на який слід “молитися”, свідчать висловлювання вчених представників системи змагального права. “Насправді змагальна система менш змагальна, ніж вважають багато людей, а слідча — менш слідча”<sup>17</sup>. Європейські юристи також дотримуються тієї точки зору, що змагальна система примітивна і часто несправедлива: змагальний процес перетворюється в битву між мистецтвом адвокатів, а правда буває задушеною<sup>18</sup>.

Які можливості національного суду, виходячи із чинного законодавства в подоланні негативного боку “чистого” змагання і досягнення рівності сторін?

Суд має право одержувати доказові дані у ході допитів підсудного як ним самим, так і учасникам процесу. Останній є окремим видом збирання доказів судом і, хоча в даному випадку

<sup>13</sup> Лукайдес Л. Справедливое судебное разбирательство // Российская юстиция. — 2004. — № 2.

<sup>14</sup> Див.: Смирнов А.В. Модели уголовного процесса. — Санкт-Петербург, 2000. — С. 19.

<sup>15</sup> Стефанюк В. Судова влада, як основна юридична гарантія захисту прав, свободи людини і громадянина // Право України. — 2001. — № 1.

<sup>16</sup> Шепитько В.Ю. Сущность тактики судебного следствия // Судова реформа в Україні. — Х., 2002. — С. 196.

<sup>17</sup> Фридмен Лоуренс. Введение в американское право. — М., 1993. — С. 61.

<sup>18</sup> Там само.



ініціатива належить не суду, все ж вважається, що збирає докази саме він, оскільки головуючий вправі відхилити питання, що не має відношення до справи. Задля виконання вимог принципу забезпечення обвинуваченому права на захист питання, задане підсудному, повинне бути внесене в протокол судового засідання із вказівкою на те, що питання відведене. В будь-якому випадку протокол судового засідання буде доказом у тій частині, змістом якої є результати провадження слідчих дій, спрямованих на формування доказів у ході судового слідства.

Повертаючись до питання щодо процесуальної активності суду, вдувається, суд із метою забезпечення фактичної рівності сторін зобов'язаний проявити активність при з'ясуванні обставин, які виправдовують підсудного, оскільки останньому явно не вистачає для ефективного захисту, так званих "переваг захисту", передбачених законом (тлумачення сумнівів на його користь, право на мовчання та інших аж до останнього слова підсудного). Особливо це важливо у випадках, коли підсудний не користується допомогою адвоката-професіонала і йому протистоїть прокурор, який практично на кожній стадії процесу має право змінити обвинувачення на більш тяжке і використовує для підтримання обвинувачення докази, зібрані для нього раніше органом дізнання і слідчим.

Взагалі законодавець заслуговує на докір не тільки щодо "непослідовності", характерної для концепції доказування, але й щодо використання системи "подвійних стандартів" у регулюванні суспільних відносин у кримінальній сфері: проголошення принципу верховенства права в одній статті Конституції України (ст. 8) і запровадження положення про незалежність суддів і підкорення їх тільки закону — в іншій (ст. 129); дозвіл відступати від вимог норм моралі в регулюванні оперативно-розшукової діяльності (підслуховування, провокації, агентурна робота) і вимоги обов'язкового дотримання її в процесуальній діяльності; вимоги досягнення істини на досудовому слідстві і відсутність такої по відношенню до суду — це свідчення аж ніяк не достоїнств законодавчої техніки, а тенденції до зміни ціннісних орієнтирів законодавця, що явно не відповідає не тільки національному менталітету, а й загальновідомій істині: *мораль — вище закону і тим більше — вище принципу діяльності, що ґрунтується на законі.*

*Стаття рекомендована до друку кафедрою кримінального процесу  
Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого  
(протокол № 12 від 29 червня 2005 року)*

