

УДК 343.9

ПАШКОВСЬКИЙ В.В., студент 2 курсу магістратури (кримінальне судочинство)
юридичного факультету Київського національного університету
імені Тараса Шевченка

РЕАЛІЗАЦІЯ ПРИНЦИПУ ЗМАГАЛЬНОСТІ ПІД ЧАС ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ

***Анотація.** Про результати аналізу Кримінального процесуального кодексу України та пропозиції щодо удосконалення його норм.*

***Ключові слова:** принцип змагальності, досудове розслідування, учасники кримінального провадження, рівність сторін.*

***Аннотація.** О результатах анализа Криминального процессуального кодекса Украины и предложения по усовершенствованию его норм.*

***Ключевые слова:** принцип состязательности, досудебное расследование, участники уголовного судопроизводства, равенство сторон.*

***Summary.** About the results of analysis of the Criminal code of practice of Ukraine and suggestions on the improvement of norms thereof.*

***Keywords:** the principle of competition, preliminary inquiry, participants in criminal proceedings, equality of the parties.*

Постановка проблеми. Аналіз положень чинного Кримінального процесуального кодексу України від 13.04.12 р. (далі – КПК України) свідчить про наявність у ньому недоліків стосовно забезпечення утвердження принципу змагальності та рівності процесуальних можливостей сторін у процесі кримінального провадження.

Дослідженням проблем реалізації принципу змагальності на стадії досудового розслідування займалися такі науковці, як: А.С. Барабаш, В.М. Галкін, Ю.М. Грошевий, В.Г. Даєв, Т.М. Добровольська, А.В. Долгушин, М.М. Ковтун, В.Т. Маляренко, А.О. Машовець, Я.О. Мотовіловкер, М.М. Полянський, О.В. Смирнов, М.С. Строгович, С.Д. Шестакова, В.П. Шибіко та ін. Проте, питання про те, яким чином забезпечити реальну змагальність сторін під час проведення досудового розслідування, продовжує бути досить дискусійним та недостатньо врегульованим.

Метою статті є визначення проблем та шляхів їх вирішення щодо питання змагальності на стадії досудового розслідування кримінального провадження

Виклад основного матеріалу. Насамперед, слід зазначити, що стаття 22 КПК України зазначає, що кримінальне провадження здійснюється на основі змагальності, що передбачає самостійне обстоювання стороною обвинувачення і стороною захисту їхніх правових позицій, прав, свобод і законних інтересів засобами, передбаченими КПК України. Частина 2 статті зазначає конкретніше, що сторони кримінального провадження мають рівні права на збирання та подання до суду клопотань, скарг, речей, документів, інших доказів, а також на реалізацію інших процесуальних прав, передбачених Законом. Але виникає питання у тому, чи дійсно КПК України дотримав визначений принцип змагальності, чи всі положення Кодексу відповідають даному принципу, чи не виникає проблем на практиці, зокрема щодо реалізації принципу змагальності на стадії досудового розслідування кримінального провадження.

Розкриваючи зміст принципу змагальності із кримінально-процесуальної точки зору, слід зазначити, що він був закріплений у КПК УРСР ще у 1960 році.

У Конституції України від 1996 року даний принцип міститься у ч. 4 ст. 129.

У 2012 році новий КПК України визначив його у статті 22.

Зазначений принцип також закріплений у Загальній декларації прав людини, Декларації основних принципів правосуддя для жертв злочину і зловживання владою, Зводі принципів захисту всіх осіб, затриманих чи ув'язнених у будь-якій формі, Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, Міжнародному пакті про громадянські і політичні права та інших міжнародно-правових актах.

Деякі вчені, зокрема Божьев В., Макаркин А.И., Маркуш М.А., вважають, що на стадії досудового розслідування наявні окремі елементи змагальності. Інші, зокрема Рахунов Р.Д. та Солодилов А.В., заперечують це, зазначаючи, що на цій стадії відсутній поділ процесуальних функцій, або взагалі вказують на принципову несумісність цих правових інститутів.

Слід зазначити, що принцип змагальності більш за все розкривається на стадії судового розгляду, це так званий класичний вигляд принципу змагальності, однак і на стадії досудового розслідування цей принцип має місце, у всякому випадку повинен реалізовуватись на стадії досудового розслідування. Однак слід зазначити, що сучасний стан нормативного регулювання цієї стадії не реалізує потенційні можливості цього принципу повною мірою.

У літературі виділяють три основні елементи принципу змагальності, а саме:

- поділ функцій обвинувачення, захисту й правосуддя;
- наділення сторін рівними процесуальними правами для здійснення своїх функцій;
- керівне положення суду в кримінальному процесі й надання тільки суду права ухвалювати рішення щодо справи.

Даворський С.М. розкриває зміст принципу змагальності у кримінальному провадженні, як стану кримінального процесу, при якому надається можливість сторонам проявити всі свої якості, пред'явити фактичні дані суду з метою переконання його у правильності свої доводів. Ця засада процесу є способом взаємодії процесуально рівних сторін, що виконують протилежні функції – обвинувачення та захисту – під наглядом суду [3, с. 12].

Сучасні процесуалісти, зокрема, Соловей Г.В., розкриває суть принципу змагальності, як:

- розподіл основних кримінально-процесуальних функцій – обвинувачення, захисту й вирішення справи;
- процесуальна рівність, яка полягає у тому, що кожен із учасників кримінального процесу наділений рівними правами й несе обов'язки, які відповідають їх процесуальному становищу;
- суд не втручається в процес доказування [5, с. 885].

Із вказаним визначенням можна погодитись у тому сенсі, що дійсно, суд, як окрема інстанція, не маючи права переходити на сторону захисту чи обвинувачення, окремо оцінює доказову базу надану сторонами, але чи універсальними є ознаки надані даним вченим, бо вони не можуть в сумі охарактеризувати змагальність, наприклад, на стадії досудового розслідування.

Так само, не враховуючи наведений вище недолік, характеризуючи принцип змагальності, навів і М.А. Маркуш, зазначивши, що у структуру змагальності слід обов'язково включити ще й такі елементи, як свобода оскарження всіх рішень до суду та доступ до правосуддя, тому що саме це надає змогу більш повно захистити права

учасників і розширити дію принципу змагальності як на досудових, так і в судових стадіях кримінального процесу [4, с. 24].

Якщо зазначалось про те, що не всі науковці визнають універсальні ознаки принципу змагальності, щоб ті підпадали під усі стадії кримінального провадження, постає ще одна проблема – проблема реалізації принципу, яку зазначали ще експерти Ради Європи, даючи оцінку проекту. Коли КПК України у 2012 року ще не був прийнятий, у Висновку DG-I (2011)16 від 2 листопада 2011 р., експерти віднесли до концептуальних недоліків відсутність у проекті практичних можливостей для реалізації принципу змагальності.

Аналогічного висновку щодо незабезпеченості реалізаційними механізмами принципу змагальності дійшли й Головне науково-експертне управління Верховної Ради України та Головне юридичне управління Апарату Верховної Ради України. На жаль, крім констатації факту, конкретних постатейних пропозицій, спрямованих на “вирівнювання” ситуації, у висновках і зауваженнях цих управлінь не було [6].

Змагальність насамперед порушується у тому, що іноді суб’єкт сторони обвинувачення повинен враховувати докази, що виправдовують особу, і виникає питання, так що йому робити: обвинувачувати чи захищати. Розмежування функцій обвинувачення, захисту та вирішення справи виявляється у тому, що функцію обвинувачення здійснюють прокурор, слідчий, потерпілий та його представник.

На нашу думку, слід погодитись з думкою, що слідчий усе ж таки здійснює функцію обвинувачення. Однак ця функція не виключає виконання обов’язку всебічного, повного і об’єктивного дослідження обставин кримінального провадження. Дійсно, слідчий не здійснює функцію захисту, але якщо він отримає доказову інформацію, яка свідчить про невинуватість або меншу винуватість підозрюваного, він має її зафіксувати, перевірити та оцінити [7].

Слідчий не повинен приховувати обставини, які виправдовують підозрюваного. Однак при цьому, як свідчать норми КПК України, діяльність слідчого все ж таки має обвинувальний характер, відповідно до предмета доказування, закріпленого ст. 91 КПК України (крім обставин, які пом’якшують покарання), та його владних повноважень із проведення слідчих дій та застосування заходів забезпечення кримінального провадження. Тобто слідчий здійснює функцію обвинувачення, але з дотриманням вимог презумпції невинуватості, об’єктивно та відповідно до Закону.

Функцію захисту здійснюють підозрюваний, обвинувачений, законний представник, захисник. Але водночас слідчий, прокурор здійснюють функцію вирішення справи при закритті кримінальної справи на стадії досудового розслідування у випадках, передбачених ст. 284 КПК України, що є суміщенням процесуальних функцій. Функцію вирішення справи здійснює суд. Під час досудового розслідування слідчий суддя здійснює функцію судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні щодо:

- застосування заходів забезпечення кримінального провадження;
- розгляду скарг на рішення, дії чи бездіяльність органів досудового розслідування чи прокурора;
- надання дозволу на проведення окремих слідчих(розшукових) дій та ін. [7].

Розглядаючи клопотання слідчого, прокурора, скарги на їх дії, рішення, бездіяльність, слідчий суддя виконує функцію арбітра між двома сторонами – обвинувачення та захисту. Принцип змагальності містить також у собі активність суду щодо дослідження та перевірки наданих сторонами доказів у справі. На суд не покладається обов’язок збирати додаткові докази щодо підтвердження вини або невинуватості обвинуваченого. Однак під час судового розгляду суд як за ініціативою

сторін, так і за власною ініціативою має право доручити проведення експертизи; викликати експерта для допиту з метою роз'яснення висновку; перевіряти показання та інші надані суду докази шляхом постановки запитань свідку, потерпілому, експерту, спеціалісту; ставити запитання сторонам чи іншим учасникам кримінального провадження у разі заяви клопотання про доповнення судового розгляду; відновити з'ясування обставин, установлених під час кримінального провадження, та перевірку їх доказами, якщо обвинувачений в останньому слові повідомить про нові обставини, які мають істотне значення для кримінального провадження; оголошувати в судовому засіданні протоколи слідчих (розшукових) дій та інші долучені до матеріалів кримінального провадження документи. Таким чином, суд бере активну участь у дослідженні та перевірці доказів під час судового розгляду і на основі свого внутрішнього переконання ухвалює законне, обґрунтоване та справедливе рішення. Наділення сторін рівними процесуальними правами також є одним із елементів досліджуваного принципу [7].

Фактично також існує невизначена у КПК України рівноправність потерпілого та підозрюваного, що теж слід вважати порушенням змагальності під час досудового розслідування.

Права підозрюваного розширені, а потерпілого лише у частині, і це не сприяє рівноправності сторін. Так, КПК України не передбачає інституту обов'язкової участі представника потерпілого; інституту надання потерпілому безкоштовної правової допомоги; права жертви злочину занадто звужені; потерпілий не має права брати участь під час вирішення питання про обрання підозрюваному, обвинуваченому запобіжного заходу та оскаржувати відповідну ухвалу тощо. Так, дотримується юридична можливість мати потерпілому адвоката, але на безоплатну допомогу адвоката потерпілий претендувати не може, і якщо самостійно оплатити послуги адвоката не в змозі – це проблеми самого потерпілого [7].

Також порушується принцип змагальності у наступному контексті. Документами як джерелами доказів, відповідно до ч. 2 ст. 99 КПК України, визнаються:

- 1) матеріали фотозйомки, звукозапису, відеозапису та інші носії інформації (у тому числі електронні);
- 2) матеріали, отримані внаслідок здійснення під час кримінального провадження заходів, передбачених чинними міжнародними договорами, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України;
- 3) складені в порядку, передбаченому Кодексом, протоколи процесуальних дій та додатки до них, а також носії інформації, на яких за допомогою технічних засобів зафіксовано процесуальні дії;
- 4) висновки ревізій та акти перевірок.

Аналізуючи наведений перелік об'єктів приходимо до висновку, що захист може використовувати як докази лише матеріали фотозйомки, звукозапису, відеозапису, інші носії інформації й висновки ревізій, актів перевірок. Решта доказів категорії “документи” “народжується” самим слідством, відтак – ним і використовується [10].

Оскільки збирання доказів, так само як і відібрання показань, є результатом слідчих дій, процесуальне право захисту мало б забезпечуватись через витребування, передбачене ст. 93, а також звернення до слідчого судді про отримання тимчасового доступу до речей і документів. Тож сторона захисту цілком залежна у цьому питанні від рішення слідчого судді, яке необов'язково буде позитивним [14].

У разі витребування певних речей чи інформації незрівнянно вищі шанси отримати необхідне має сторона обвинувачення, ніж сторона захисту. Адже у разі відмови сторона

обвинувачення може скористатися своїм виключним правом проводити такі слідчі дії, як обшук та виїмка, і вилучати речі, вже не використовуючи інститут витребування, а відтак – вже не потребуючи згоди володільця запитуваного [8, с. 14].

Вимоги захисника до органів державної влади, місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій та фізичних осіб не є обов’язковими до виконання, а тому вони можуть ігнорувати запит про надання речей, копій, документів, відомостей [14].

До такого висновку підводить і наявний досвід направлення адвокатських запитів, на які часто не надаються навіть формальні відповіді. А наполегливість адвоката у відстоюванні інтересів клієнта, що цілком узгоджується з Основними положеннями про роль адвокатів, прийнятими восьмим Конгресом ООН з попередження злочинів у серпні 1990 р. в Нью-Йорку, розцінюється деякими адресатами запитів як порушення законодавства [5; 14]. До того ж захисник має право отримати на свій запит лише копії документів, що автоматично виключає можливість отримання ним висновків експертів, висновків ревізій, актів перевірок, оскільки об’єктами дослідження тих же експертиз, ревізій можуть бути лише оригінальні речі та документи [11].

При цьому останні обґрунтовано можуть вважатися належними доказами лише щодо обмеженого кола злочинів. Крім того, іншим обмеженням принципу змагальності є право слідчого (прокурора) не надавати захисту матеріали, ознайомлення з якими на цій стадії кримінального провадження, на думку слідчого (прокурора), “може зашкодити досудовому розслідуванню” (ч. 1 ст. 221 КПК України). Під таким прикриттям від сторони захисту може бути прихованим будь-який доказ. Як же це співвідноситься із роз’ясненням Європейського Суду, що під змагальністю слід розуміти те, що сторони у кримінальному процесі мають право ознайомлюватися з усіма доказами та зауваженнями, залученими до справи та коментувати їх (рішення Європейського Суду у справі В. проти Бельгії від 20 лютого 1996 р.) [9, с. 42].

Також порушується принцип змагальності щодо показань. Показання вважаються серед усіх джерел доказів найбільш поширеними. Останні можуть бути отримані лише в результаті допиту свідків, який під час досудового розслідування має право здійснювати лише сторона обвинувачення. Для забезпечення цього права, встановлена відповідальність, зокрема, свідок за завідомо неправдиві показання слідчому, прокурору або за відмову від давання показань слідчому, прокурору – несе кримінальну відповідальність (ст. 67 КПК України), а за злісне ухилення від явки до слідчого, прокурора – несе відповідальність у вигляді грошового стягнення (ст. 139 КПК). Що ж до сторони захисту – то вона наділена правом отримувати від учасників кримінального провадження та інших осіб за їх згодою лише пояснення, які, однак, відповідно до ч. 8 ст. 95 КПК України не є джерелом доказів. Крім того, таке право є умовним, адже залежить від волі опитуваних осіб, та, на відміну від аналогічного права сторони обвинувачення, нічим не гарантується.

Звісно, захист може поставити питання суддею перед слідчим про необхідності допиту свідка. Адже показання, отримані слідчим суддею під час досудового розслідування, мають суттєве значення для справи – суд вправі обґрунтовувати судові рішення на таких показаннях або посилатися на них (ч. 4 ст. 95 КПК України). Однак, під час реалізації такого права змагальність відсутня [14].

Тож:

- через можливість допиту свідків слідчим суддею за відсутності сторони захисту, якщо на момент його проведення жодній особі не повідомлено про підозру у цьому кримінальному провадженні (ч. 1 ст. 225 КПК України);

• якщо для дачі показань свідок не з'явився до слідчого судді може бути застосований привід.

Однак, рішення про здійснення приводу приймається слідчим суддею за клопотанням слідчого, прокурора або з власної ініціативи (ч. 2 ст. 140 КПК України). Сторона захисту позбавлена можливості подавати таке клопотання. А, отже, право сторони захисту на допит свідка слідчим суддею – нічим не забезпечено [13].

Звісно, можна згадати й про право сторони захисту клопотати перед слідчим або прокурором про проведення слідчих дій, у тому числі допиту, якому однак не кореспондує обов'язок сторони обвинувачення [14].

Тому деякі науковці пропонують закріпити відповідний обов'язок сторони обвинувачення щодо проведення слідчих дій за будь-яким клопотанням. Однак, М. Хавронюк критикує можливість закріплення положення, що клопотання сторони захисту (а також потерпілого, його представника, законного представника) про проведення будь-якої процесуальної дії є обов'язковим для слідчого і підлягає обов'язковому безумовному задоволенню. За таких обставин, вказує він, слідством буде керувати адвокат, а про розумні строки мова взагалі не йтиме, адже слідчий буде зобов'язаним проводити нескінченну кількість безумовних слідчих дій [12].

Можливо, варто говорити про закріплення обов'язку слідчого задовольняти клопотання щодо проведення слідчих дій, направлених на встановлення обставин, які ще не було встановлено, але які мають значення для справи [14].

Та за участі у процесі одразу декількох захисників може виникнути інша проблема – конфлікт інтересів: адже один адвокат, виходячи з інтересів підзахисного, буде наполягати на проведенні тієї чи іншої слідчої дії, а інший – заперечувати її необхідність [12].

Деякі науковці зазначають, що у даному випадку слід використати досвід США та надати захисникам право так само, як і слідчим чи прокурорам, проводити допит, попереджуючи свідка про кримінальну відповідальність за завідомо неправдиві показання. Такий допит може проводитись за присутності судового секретаря, який здійснюватиме його запис [14]. На нашу думку, порушуватиметься ієрархія здійснення кримінального провадження загалом, на здійснення слідчих дій повинна бути уповноважена особа, що зазначається в КПК України.

Висновки.

Підсумовуючи викладене, слід зазначити, що одне із основних завдань реформування кримінального провадження – забезпечення реальної, а не задекларованої рівності процесуальних можливостей сторін кримінального провадження та утвердження принципу змагальності, не дотримано.

Попереднє зазначили і експерти Ради Європи, даючи оцінку проекту у Висновку DG-I (2011)16 від 02.11.11 р., де зазначено як на недолік українського законодавства – це відсутність у проекті практичних можливостей для реалізації принципу змагальності.

Солідарними залишились і Головне науково-експертне управління Верховної Ради України та Головне юридичне управління Апарату Верховної Ради України. Солідарними залишились, але висновків, пропозицій чи чогось подібного не надали.

Тож положення КПК України у даному питанні залишаються декларативними. У статті зазначались приклади, зокрема щодо потерпілого і підозрюваного, та їхня можливість мати захисника, точніше – на яких умовах мати захисника.

Коли зазначався приклад зі слідчим, якого ми відносимо до сторони обвинувачення, та який отримує виправдувальні докази, на що ж повинна бути спрямована його увага –

на захист чи обвинувачення. Це ще один класичний приклад порушення змагальності у кримінальному провадженні України.

Таким чином вважаємо, що норми КПК України повинні бути доопрацьовані з урахуванням принципів міжнародних правових стандартів, щоб дійсно була реалізована змагальність у кримінальному провадженні України.

Використана література

1. Кримінально-процесуальний кодекс Закон УРСР від 28.12.60 р. – Режим доступу : [//www.zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1003-05](http://www.zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1003-05)
2. Кримінальний процесуальний кодекс : Закон України від 13.04.12 р. – Режим доступу : [//www.zakon4.rada.gov.ua/laws/show/4651-17](http://www.zakon4.rada.gov.ua/laws/show/4651-17)
3. Даворский С.М. Принцип состязательности в уголовном процессе России и механизм его реализации : автореф. дис. на соискание уч. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 / С.М. Даворский. – Челябинск, 2001. – 21 с.
4. Маркуш М.А. Принцип змагальності в кримінальному процесі України : дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.09 / М.А. Маркуш. – Х., 2005. – 210 с.
5. Соловей Г.В. Теоретичні аспекти принципу змагальності в кримінальному процесі // Форум права. – 2012. – № 1. – С. 883-887. – Режим доступу : [//www.nbu.gov.ua/e-journals/2012-1/12cgvvkr.pdf](http://www.nbu.gov.ua/e-journals/2012-1/12cgvvkr.pdf)
6. Пояснювальна записка до проекту Кримінального процесуального кодексу. – Режим доступу : [//www.w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=42312&pf35401=211920](http://www.w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=42312&pf35401=211920)
7. Волошина В.К. Щодо питань реалізації принципу змагальності у доказуванні на стадії досудового розслідування за новим кримінальним процесуальним кодексом України // Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ . – 2013. – № 2. – С. 166-171. – Режим доступу : [//www.nbu.gov.ua/j-pdf/aymvs_2013_2_31.pdf](http://www.nbu.gov.ua/j-pdf/aymvs_2013_2_31.pdf)
8. Бірюкова П.М., Островська М.А. Модель змагальності за проектом Кримінального процесуального кодексу (в порівнянні з іншими країнами світу) // Адвокат. – 2012. – № 4. – С. 12-16.
9. Толочко О. Європейський досвід застосування ст. 6 Конвенції про захист прав і основоположних свобод людини у кримінальному судочинстві // Право України. – 2001. – № 6. – С. 41-44.
10. Істинне обличчя принципу змагальності за новим Кримінальним процесуальним кодексом. – Режим доступу : [//www.yurincom.com/ua/consultation/faq/?id=11507](http://www.yurincom.com/ua/consultation/faq/?id=11507)
11. Новий кримінально-процесуальний кодекс : права захисту зменшено, кількість кримінальних справ зросте у 7 разів. – Режим доступу : [//www.texty.org.ua/pg/article/editorial/read/37591](http://www.texty.org.ua/pg/article/editorial/read/37591)
12. Хавронюк М. Зміни треба вносити не в новий КПК, а в голови людей, які застосовують цей Кодекс. – Режим доступу : [//www.zib.com.ua/ua/14544-zmini_trba_vnositi_ne_v_noviy_kpk_a_v_golovi_tih_lyudey_yak.html](http://www.zib.com.ua/ua/14544-zmini_trba_vnositi_ne_v_noviy_kpk_a_v_golovi_tih_lyudey_yak.html)
13. Якименко О. Принцип змагальності в новому Кримінальному процесуальному кодексі – красиве без корисного. – Режим доступу : [//www.law.vn.ua/ua/pryntsyp_zmahalnosti_v_novomu_kpk.htm](http://www.law.vn.ua/ua/pryntsyp_zmahalnosti_v_novomu_kpk.htm)
14. Шибя І. О. Принцип змагальності за КПК України // Часопис Академії адвокатури України. – 2013. – № 2. – Режим доступу : [//www.nbu.gov.ua/j-pdf/Chaau_2013_2_39.pdf](http://www.nbu.gov.ua/j-pdf/Chaau_2013_2_39.pdf)

~~~~~ \* \* \* ~~~~~