

**КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО
ТА КРИМІНАЛІСТИКА****ТЕРТИШНИК В. М.,**доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри кримінально-
правових дисциплін (Дніпропетровський
державний університет
внутрішніх справ)

УДК 343.14

**КОНЦЕПТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ РЕФОРМИ
КРИМІНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА**

Tertishnik Vladimir. The conceptual problems of the reform of criminal justice.

Розкриваються проблеми оптимізації законодавчого регулювання досудового та здійснення кримінального судочинства з урахуванням дії нового КПК України.

Ключові слова: суд, слідство, судочинство.

Раскрываются проблемы оптимизации досудебного расследования и осуществления уголовного судопроизводства с учетом нового УПК Украины.

Ключевые слова: суд, следствие, судопроизводство.

The article addresses the problem of optimization of the legal regulation of pre-trial and criminal justice, taking into account the actions of the new KPK.

Key words: Court, investigation, litigation.

Вступ. Після надання чинності новому Кримінальному процесуальному кодексу України (далі - КПК України) на тернистому шляху до створення неперевершеної моделі правосуддя слідча й судова практика виявила безліч нових проблем, які пов'язані як з концептуальними прорахунками, так і з браком належного досвіду та наукового аналізу застосування нового процесуального законодавства.

Аналіз останніх наукових досліджень вказує як на розмаїття думок учених, так і на багато нерозв'язаних проблем правосуддя [1-9].

Постановка завдання. Мета статті – визначення основних алгоритмів подальшого реформування системи кримінального судочинства з урахуванням положень Конституції України, практики Європейського Суду з прав людини та вітчизняних наукових напрацювань, які б сприяли забезпеченню справедливого судочинства.

Результати дослідження. Незважаючи на гучні обіцянки щодо створення неперевершеної моделі правосуддя в новому КПК України зникли навіть слова “істина” і “справедливість”. Як мовиться, далі усіх піде той, хто не знає куди йти. У новому КПК України поліцейське розслідування (на зразок передбаченого КПК ФРН) сплутали з традиційним для нашого правового поля інститутом слідчого, самих оперативних уповноважених поставили в ситуацію, коли вони можуть діяти лише за дорученням слідчого (фактично блокувавши можливість виявлення латентних злочинів, а часто й активних самостійних дій щодо розкриття тяжких злочинів), слідчих взагалі за гарантіями їх діяльності зрівняли з колишніми дізнавачами, а права захисників з правами обвинувачених, суд присяжних переплутали з народними засідателями.

Позитивним можна було б вважати відмову від громіздкої стадії порушення справи та інститутів оскарження самої постанови про порушення справи, що за масштабами виникаючих і можливих бюрократичних «ходінь по муках» нерідко заганяло розслідування в глухий кут, аби не деякі деталі, які спаплюжили й цю ідею. Мова про запровадження Єдиного реєстру досудових розслідувань.

Замість заведення в органах прокуратури простого журналу реєстру досудових розслідувань законодавець чомусь, попри значні на це фінансові витрати, замахнувся на введення єдиного електронного реєстру таких розслідувань. Як наслідок маємо одразу



проблеми: занесення до такого реєстру повідомлень про злочин не відпрацьовано технічно (слідчі чергують уночі, щоб занести заяву про злочин до такого реєстру, а без цього неможливо діяти), бо таємницю слідства не забезпечено як слід (реєстр стає прозорим не тільки для слідчого, в провадженні якого перебуває справа, але й для його колег, що мають доступ до такого реєстру; порушуються норми захисту персональних даних; захист такого реєстру не надійний і не гарантує від проникнення зацікавлених осіб чи зловживань; сам реєстр дорогий.

Закон не дав можливості для ефективної діяльності з виявлення латентних злочинів та запобігання злочинам, чим певним чином заблокував оперативні підрозділи, а всю роботу з розкриття й розслідування злочинів поклав на слідчих, кількісний склад яких не забезпечує виконання ними всього обсягу необхідної роботи. Виникає потреба в збільшенні штатів слідчих підрозділів, а отже, про подорожчання правосуддя. Може треба було все-таки до кінця проаналізувати модель поліцейського розслідування, а всіх чинних оперуповноважених призначити слідчими, адже саме в такому статусі вони й можуть здійснювати негласні слідчі (розшукові) дії, як колишні оперативно-розшукові дії, що “переодягнені” відтепер у процесуальну форму.

Відповідно до ст. 216 нового КПК України “Слідчі органів державного бюро розслідувань здійснюють досудове розслідування кримінальних правопорушень, учинених службовими особами, які займають особливо відповідальне становище відповідно до ч. 1 ст. 9 Закону України “Про державну службу”, особами, посади яких належать до 1-3 категорій посад, суддями та працівниками правоохоронних органів”. Та саме Державного бюро розслідувань досі ще не створено, а слідчі підрозділи прокуратури, які до цього розслідували такі справи, перебувають у стані перманентної реорганізації, кінцева мета якої - ліквідація, адже згідно з Конституцією України у прокуратури немає функції розслідування. Зрозуміло, що очікувати ефективної роботи від такого “тимчасового” слідчого органу важко.

Ст. 40 КПК України визначає статус слідчого органу досудового розслідування: “Слідчий зобов’язаний виконувати доручення та вказівки прокурора, які надаються в письмовій формі. Невиконання слідчим законних вказівок та доручень прокурора, наданих у порядку, передбаченому цим Кодексом, тягне за собою передбачену законом відповідальність”. Як бачимо, навіть положення ч. 2 ст. 114 КПК України 1961 р., де слідчому надавалась можливість оскарження вищестоящому прокуророві вказівок прокурора в разі незгоди з такими, скасовано. Біль того у ч. 2 ст. 36 КПК України 2012 р. бачимо унікальну функцію прокурора – прокурор, здійснює нагляд за додержанням законів при проведенні досудового розслідування у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням. Тобто він уособлює в собі керівника слідчого, обвинувача і прокурора, який здійснює нагляд за розслідуванням в цілому, а отже, за керівництвом розслідуванням. По суті прокурорський нагляд включатиме також нагляд за самим собою.

Час вимагає відокремлення адміністративно-розпорядчих повноважень від функцій розслідування та прокурорського нагляду й процесуального контролю.

На наш погляд, слідчим будь-якого слідчого відомства (бюро, комітету, агентства тощо), передусім, має надаватися статус недоторканності, яким сьогодні володіють судді. Ми пропонували надати слідчому статус недоторканності, за яким: притягнення до кримінальної відповідальності слідчого було б можливе тільки з дозволу Верховної Ради України за поданням Генерального прокурора України; заборонялося б будь-яке прослуховування телефонних розмов слідчих у зв’язку з перевіркою їх діяльності без дозволу Апеляційного суду України, а кримінальну справу проти слідчого допускалось би порушувати тільки прокурором області чи прокурором відповідного або вищого рівня.

Але й досі незалежність і процесуальна самостійність слідчого залишаються декларативними. Схоже, це задовольняє багатьох чиновників різних гілок влади, які не бажають мати справу з такими незалежними, отже й некерованими слідчими. Вони тяжіють до створення “маніпулятивного”, “слухняного” слідства, яке б “не чіпало саму владу”, не бажають віддавати кермо, яким можуть керувати слідством, впливати на правосуддя. Вочевидь законодавча влада нині не в змозі переступити через ці спокуси.

До речі, ще за Уставом кримінального судочинства 1864 р. слідчі призначалися на посаду указом його величності імператора всієї Русі за поданням міністра юстиції. Вони були



незмінювані на своїй посаді. Як не дивно, за чинним законодавством статус недоторканності надається судді та адвокату, але влада вперто не бажає цього для слідчого, який зазвичай частіше за інших діє в стані ризику.

Чим більше вчитуєся в норми нового кодексу тим більше дивуєся безвідповідальності його впорядників. Ст. 11 Нового КПК України закріплює, наприклад, цікаву норму “Повага до людської гідності”. Зразу ж виникає питання: “Куди поділася честь?”, адже в цивільному праві давно відпрацьовано поняття не тільки честі й гідності особи, але й ділової репутації. Питань виникає забагато. Чому не знайшов широкого викладення інститут реабілітації осіб незаконно притягнутих до відповідальності та інститут забезпечення безпеки учасників процесу? Чому проігноровано вітчизняний і міжнародний досвід діяльності суду присяжних, а запроваджено такий, що немає аналогів у світі, новий суд у складі двох професійних суддів і трьох присяжних, які разом вирішують усі питання справи без окремого вердикту суду присяжних? Чому в даному суді два професійних судді? Невже один не справиться?

Новий КПК України не стільки розв’язав певні проблеми, скільки породив нові. Взяти хоча б проблему захисту. Проблема захисту – це така проблема, що дискутується юристами України з моменту проголошення незалежності України, але й досі ще «не видно світла в кінці тунелю», а законодавча практика змінюється настільки перманентно й кардинально, що складається враження “ходіння по колу” [7, с. 105–106].

Зазначимо, що у ст. 1 (ч. 1 п. 5) “Основних принципів, що стосуються ролі юристів, ухвалених Восьмим конгресом ООН з попередження злочинності та поведження із правопорушниками” (Гавана, 27 серпня – 7 вересня 1990 р.) встановлено, що “не можна обмежувати право обвинуваченого на звернення до будь-якого юриста по допомогу щодо відстоювання прав та захисту його на всіх стадіях кримінального судочинства”.

Конституційний Суд України вже не раз розглядав подібні колізії. У своєму рішенні № 13-рп/2000 від 16 листопада 2000 р. скасував положення ч. 1 ст. 44 старого КПК України, згідно з яким як захисники допускались лише особи, які мали свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю, як положення, що не відповідають Конституції України, і роз’яснив, що захисником у кримінальному процесі може бути будь-який фахівець у галузі права якщо за законом він має право на надання правової допомоги. У справі Ігоря Голованя Конституційний Суд України ще раз зазначив, що наявність адвокатури в державі не виключає можливості отримання такої допомоги від іншої особи, якщо законами України щодо цього не встановлено обмежень.

Відповідно до ст. 45 нового КПК України захисником у кримінальному процесі може бути фактично лише адвокат, відомості про якого внесено до Єдиного реєстру адвокатів України.

Та не можна ігнорувати позицію Європейського суду з прав людини, що викладена у справі “Загородній проти України” (рішення від 24 листопада 2011 р. Заява № 27004/06). Суть обставин справи така. 5 серпня 2004 р. порушено кримінальну справу щодо заявника, який подав клопотання про допуск до справи у якості захисника юриста, що не мав посвідчення адвоката. 16 листопада 2004 р. слідчий допустив до справи як захисника пана М., який не мав свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю. В подальшому суд Донецька повернув справу на додаткове розслідування у зв’язку з буцім то порушенням права заявника на захист, зазначивши: оскільки немає спеціального закону, який би врегульовував участь у кримінальних справах фахівців у галузі права, які не є адвокатами, такі фахівці не можуть бути захисниками.

Європейський суд в даній справі визнав порушення п. 1 та підп. “с” п. 3 ст. 6 Конвенції, оскільки право заявника на вільний вибір захисника було обмежено у спосіб, несумісний з вимогами Конвенції, з огляду на те, що, не вирішуючи протягом тривалого періоду питання щодо обмеження вибору захисника, держава створила ситуацію, несумісну з принципом юридичної визначеності, що становить один із базових аспектів верховенства права. Суд постановив, що в цій справі було порушення пп. 1, 3 ст. 6 Конвенції.

Зазначимо, що рішення Європейського Суду з прав людини для української Феміди і законодавчого органу обов’язкові не тільки в сенсі індивідуального акту. Вони є джерелом



права, а законодавство України має приводитись у відповідність до прецедентної практики Європейського суду з прав людини, який і є системою надійних, виважених, перевірених практикою, збалансованих і незаперечних європейських стандартів, під гаслом прагнення до яких створювався новий КПК України.

Новий КПК України запровадив новий інститут – негласні слідчі (розшукові) дії, але так чітко не визначився ні з їх системою, ні з процесуальною формою їх провадження, залишаючи багато питань (коли, за яких умов, що, як, яким чином?), а отже, й можливостей для свавілля.

У систему негласних слідчих (розшукових), з одного боку, входять слідчі дії, пов'язані з *втручанням у приватне спілкування*: 1) аудіо-, відео- контроль особи; 2) арешт, огляд та виїмка кореспонденції; 3) зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж; 4) зняття інформації з електронних інформаційних систем. Але втручанням у приватне спілкування з названих дій можна вважати лише арешт, огляд та виїмку кореспонденції та зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж. Інші за своїм змістом можуть і не мати справи зі спілкуванням. Можливо, законодавець мав на увазі ширше поняття – втручання у приватне життя. Але до такої групи мав би зараховуватись обшук тощо. Схоже, маємо справу зі штучною і непродуманою класифікацією, а це вже питання теоретичного рівня якості законів. На жаль, законодавча техніка нового КПК України не витримує критики.

З іншого боку, до системи негласних (слідчих) належать обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи (ст. 267); спостереження за особою, місцем або річчю (ст. 269); аудіо-, відеоконтроль місця (ст. 270) та інші заходи, більшість з яких так і не отримали належної процесуальної регламентації.

На наш погляд, установлюючи в ст. 267 “Обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи” правило про те, що “Слідчий має право обстежити публічно недоступні місця, житло чи інше володіння особи шляхом таємного проникнення в них, у тому числі з використанням технічних засобів, з метою виявлення і фіксації слідів учинення тяжкого або особливо тяжкого злочину, речей і документів, що мають значення для їх досудового розслідування; 2) виготовлення копій чи зразків зазначених речей і документів; 3) виявлення та вилучення зразків для дослідження під час досудового розслідування тяжкого або особливо тяжкого злочину; 4) виявлення осіб, які розшукуються; 5) встановлення технічних засобів аудіо-, відеоконтролю особи”, законодавець робить значний крок в минуле підмінюючи принцип верховенства права принципом доцільності.

Регламентація аудіо-, відеоконтроль місця, а також аудіо-, відеоконтроль особи та спостереження за особою, місцем або річчю часто мають або один метод і предмет дослідження та знаходяться в стані штучної конкуренції правових норм. Усі зазначені процесуальні дії можуть і мають бути об'єднані в єдину слідчу дію – візуальне спостереження та технічне документування. Разом з тим порядок їх провадження має бути ретельно прописаним у законі.

Висновки. Процесуальна форма - суттєвий засіб обмеження влади правом, засіб протидії свавіллю й непорядності чиновників, засіб запобігання фальсифікаціям, засіб забезпечення захисту прав і свобод людини від невинуватого обмеження, засіб зміцнення гарантій істини й справедливості правосуддя. Вона має удосконалюватися з урахуванням принципу верховенства права та прецедентної практики Європейського суду з прав людини.

Перспективи подальшого дослідження даної проблеми вбачаються в розробці системи засад кримінального судочинства та окремих інститутів кримінально-процесуального провадження.

Список використаних джерел:

1. Буткевич В. Якість закону і питання ефективності застосування рішень Європейського Суду з прав людини судами України / В. Буткевич // Право України. – 2011. – № 7. – С. 48–63.

2. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар: у 2 т. / [О. М. Бандурка, Є. М. Блажівський та ін.] ; за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, А. В. Портнова. – Х. : Право, 2012. – Т. 1. – 768 с.



3. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / За заг. ред. проф. В. Г. Гончаренка, В. Т. Нора, М. Є. Шумила. – К. : Юстиніан, 2012. – 1224 с.
4. Савонюк Р. О. Загальна декларація прав людини та проблеми забезпечення прав суб'єктів кримінального процесу / Р. О. Савонюк // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2011. – № 6. – С. 51–57.
5. Святоцька В. Практика Європейського Суду з прав людини у діяльності українських адвокатів: проблемні аспекти / В. Святоцька // Право України. – 2011. – № 7. – С. 111–114.
6. Тертишник В. Гострі кути реформування кримінального процесу: сім раз ... не для нас / В. Тертишник // Право і суспільство. – 2012. – № 1. – С. 259–262.
7. Уваров В.Г. Застосування практики Європейського Суду з прав людини та норм міжнародно-правових актів в удосконаленні кримінального судочинства України : монографія / В. Г. Уваров ; за заг. ред. доктора юрид. наук В. М. Тертишника. – Дніпропетровськ, 2012. – 268 с.
8. Шевчук С. Європейський Суд з прав людини та українська судова система: необхідність узгодження судової практики / С. Шевчук // Право України. – 2011. – № 7. – С. 88–91.
9. Шумило М. Оперативно-розшукові заходи у структурі досудового розслідування в проєкті КПК України (проблеми унормування і правозастосування) / М. Шумило // Право України. – 2012. – № 3–4. – С. 452–462.

ТЕРТИШНИК О. І.,
прокурор відділу захисту державних інтересів
(Генеральна прокуратура України)

УДК 343.14

КОНЦЕПТУАЛЬНІ ПОМИЛКИ ТА ПРОБЛЕМИ СУДОВО-ПРАВОВОЇ РЕФОРМИ

Розкриваються основні помилки реформування кримінального судочинства та проблеми подальшої оптимізації законотворчого процесу в сфері судово-правової реформи.

Ключові слова: суд, слідство, судочинство.

Раскрываются основные ошибки реформирования уголовного судопроизводства и проблемы дальнейшей оптимизации законодательного процесса в сфере судебно-правовой реформы.

Ключевые слова: суд, следствие, судопроизводство.

The article reveals the basic mistakes in reforming criminal justice problems and further optimization of the legislative process in the area of judicial-legal reform.

Key words: Court, investigation, litigation.

Вступ. Судово-правова реформа в Україні здійснювалась досі хаотично, часом шляхом спроб і помилок. Бачення реальних шляхів оптимізації подальшої судово-правової реформи неможливо без аналізу допущених у цьому процесі помилок.

Аналіз останніх наукових досліджень показує, що проблеми нового Кримінально-процесуального кодексу України (далі – КПК) та його застосування отримують усе більшу увагу науковців [1–11]. Але питання тлумачення й введення в дію нового КПК України нині досить важлива проблема, яка ще не отримала всебічного аналізу.

Постановка завдання. Мета статті – визначення основних помилок судово-правової реформи та алгоритмів подальшого реформування системи кримінального судочинства.

Результати дослідження. При беззаперечній повазі до здобутків судово-правової реформи в Україні не можна обійти увагою окремі її помилки, що дасть змогу висвітлити алгоритми подальшого удосконалення кримінально-процесуального законодавства.

