

**Тертишник В. М.,**  
*доктор юридичних наук, професор*  
*Університету митної справи та фінансів України*

## ПРОБЛЕМИ СУЧАСНОГО КРИМІНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА

### THE PROBLEMS OF THE REFORM OF CRIMINAL JUSTICE

У статті висвітлено проблему оптимізації регулятивного та кримінального провадження з точки зору реалізації принципу змагальності сторін. Аналіз позитивного досвіду та недоліків чинного КПК України розкрив проблему проведення розслідування, надання юридичної допомоги та захисту. Надано пропозиції щодо вдосконалення норм кримінально-процесуального законодавства. Принцип допустимості втручання у права людини та застосування примусових заходів для встановлення об'єктивних істин лише у випадку крайньої терміновості став основним принципом кримінального процесу. Відповідно до чинного закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (п. 7 ст. 20) адвокат у своїй діяльності має право «вилучати речі, документи, їхні копії». Тобто мова може йти лише про отримання виданих, а не про можливість «вилучення» без згоди володільця документа чи речі. «Вилучення» зазвичай розуміється як примусова виїмка, а сторона захисту за визначенням її функції не може надіятися примусовими повноваженнями. Нарешті, для захисту достатньо отримання копій документів, а не «вилучати документи», тим більше за відсутності покладеного законом обов'язку їх при цьому належним чином зберігати та надавати суду. На перший погляд незначна законодавча казуїстика може мати лише характер проблем дефініцій, але в реальності такі «дрібниці» можуть давати можливості не стільки для паралельного адвокатського розслідування, скільки, як показує практика, для активної протидії слідству шляхом укриття чи знищення доказів. Сьогодні захисник у кримінальному провадженні може брати участь у трьох різних статусах: 1) як захисник підозрюваного, обвинуваченого, засудженого, виправданого; 2) як представник потерпілого цивільного позивача, цивільного відповідача, третьої особи; 3) як юридичний помічник свідка. Положення Конституції про те, що «виключно адвокат здійснює представництво іншої особи в суді, а також захист від кримінального переслідування», не означає встановлення монополії адвокатів на виконання функції захисту. Доцільно буде запровадити нову концептуальну систему правової допомоги та захисту: 1. Захист підозрюваного можуть здійснювати як адвокати, так і інші фахівці в галузі права, по відношенню до яких немає підстав для відсторонення. 2. Юридичну допомогу потерпілим, цивільним позивачам, цивільним та третім особам (ст. 63 КПК України) можуть надавати адвокати та інші фахівці в галузі права, які можуть діяти в процесуальному статусі представників відповідних сторін. 3. Юридичну допомогу свідкам, заявникам, іншим учасникам процесу можуть надавати адвокати та інші фахівці в галузі права. Реалізація конституційних принципів правової допомоги та захисту у кримінальному провадженні вимагає чіткого визначення процесуального статусу захисника, представника та юриста, розроблення та прийняття закону про незалежний інститут розслідування, який став незалежною інституцією кримінально-процесуального закону.

**Ключові слова:** *процесуальне законодавство, змагальність сторін, гарантії прав і свобод людини, розслідування, судовий процес, судова реформа.*

The article covers the problem of optimization of regulatory and criminal proceedings in terms of the implementation of the principle of the adversarial parties. Analysis of the positive stories and shortcomings of the current CPC of Ukraine. Disclosed the problem to run the investigation and legal assistance and protection. The submitted proposals concerning improvement of the norms of the criminal procedure law. The principle of admissibility of intervention in human rights and the application of coercive measures in establishing the objective truths only in case of extreme urgency has become a basic principle of the criminal process. According to the applicable law of Ukraine “on advocacy and its activities” (p. 7 article 20) advocate in their activities has the right to “remove things, documents, copy them”. That is, it can only go about getting published, and not about “deleting”, without the consent of the holder of the document or thing. “Extract” is commonly understood as forced extraction, and side protection, by definition, its function may not to have establishing the authority. Finally, to protect enough of getting copies of documents, not delete documents, especially the absence of a duty to Act laid them in the proper way to store and share the Court. At first glance, insignificant legislative inaccuracy may only have character problem definitions, but in reality these “trivia” smear Vaseline give opportunity not so much for a parallel legal investigation, how, in practice, for the active counteraction to the inquest by hiding or destroying evidence. In today’s criminal counsel may participate in criminal proceedings in three different status: 1) as a defender of the suspect, accused, convicted, justified; 2) as a representative of the victim of physical persons; a legal entity that is affected civil plaintiff, civil respondent; third person; 3) as legal assistant to the witness. Prescription of the Constitution that exceptionally lawyer carries out representation of another person in court, as well as protection from criminal prosecution does not mean establishing the monopoly of lawyers to perform the function of protection. Wise will introduce a new conceptual system of legal assistance and protection: 1. Protection of the suspect can make as lawyers and other professionals in the field of law, for which there is no reason for removal. 2. Defendant and defendant in court should carry only a lawyer who offered to appoint judicial agent. 3. Legal assistance to victims, civil plaintiffs, civil and for third parties (art. 63 of the CPC of Ukraine) can make as lawyers and other specialists in the field of law, which can act in the procedural status of the representatives of the respective parties. 4. Legal assistance to witnesses, applicants to other participants of the process can make as lawyers and other professionals in the field of law. Implementation of the constitutional principles of legal assistance and protection in criminal proceedings requires a clear definition of the procedural status of the Defender, the representative and law agent, development and adoption of the law on the independent Institute the investigation, which has become an independent institution of the criminal procedural law.

**Key words:** *procedural law, adversarial parties, guarantees human rights and freedoms, investigation, litigation, judicial reform.*

**Постановка проблеми.** На тернистому шляху до створення неперевершеної моделі правосуддя слідча і судової практика показала безліч як нових, так і давно застарілих проблем, які потребують аналізу.

**Аналіз останніх наукових досліджень** показує як на розмаїття думок вчених, так і на багато нерозв'язаних проблем правосуддя [1–20].

**Метою даної роботи** є визначення основних алгоритмів подальшого реформування системи кримінального судочинства з урахуванням положень Конституції України та міжнародних правових актів і практики Європейського Суду з прав людини.

**Викладення основного матеріалу дослідження.** Кримінально-процесуальне право, закладаючи модель кримінально-процесуальної форми судочинства, має забезпечувати швидке й ефективне правосуддя, надійний захист прав і свобод людини, встановлювати механізми стримувань і противаг проти свавілля та судових помилок.

*Право* виступає як мірою й засобом забезпечення свободи, так і засобом обмеження свободи й влади, які не узгоджені із суспільством і уявленнями людей про справедливість. Образно кажучи, кримінально-процесуальне право – алгебра правосуддя і математика свободи у сфері кримінального судочинства.

До позитивних надбань нового КПК України можна віднести проголошення принципу верховенства права, визнання джерелом права прецедентної практики Європейського суду з прав людини, відмову від громіздкої стадії порушення справи та інститутів оскарження самої постанови про порушення справи, гуманізацію інституту запобіжних заходів, зокрема запровадження домашнього арешту та обмеження застосування інституту взяття під варту, надання можливості провадження слідчих дій у режимі відео-, конференцзв'язку, а також спробу запровадження (хоча і не зовсім вдало) моделі суду присяжних. Але заради цих змін навряд чи потрібно було розробляти редакційно новий процесуальний кодекс (який, до того ж, прийнятий за сумнівною процедурою за одну ніч), достатньо було б прийняти доповнення до старого закону. До позитивів судово-правової реформи можна віднести і створення НАБУ та ДБР. Водночас як у законодавстві, так і в практичній діяльності залишилось, а то й добавилось, *багато нерозв'язаних проблем*.

Розбалансування новим КПК України перевіреної досвідом сталої процесуальної форми нерідко заводять слідчу і судову практику на тернистий шлях пошуку світла в кінці тунелю. Часто, декларуючи спрощення процесуальної форми, законодавець справді її спрощує, та інколи не там, де це було потрібно, а подекуди занадто формалізує і бюрократизує процес там, де цього можна було уникнути.

Реалізуючи європейські стандарти правосуддя у сфері кримінального судочинства, варто приділити окрему увагу таким концептуальним проблемам:

1. Чинне кримінально-процесуальне законодавство, проголошуючи засаду верховенства права, не тільки не забезпечило його належної реалізації під час розбудови процесуальної форми судочин-

ства, а й не визначило його чіткого розуміння та змісту, враховуючи конституційні норми та сучасні європейські стандарти правосуддя.

Наприклад, ст. 6 Конституції України стверджує, що «державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову», а водночас прописує, що «в Україні визнається і діє принцип верховенства права», але уже в ст. 129 Конституції України називаються ідеї, в тому числі і верховенства права, які іменуються «основними засадами» судочинства. Між тим стаття 7 КПК України називає двадцять дві «загальні засади кримінального провадження».

Вважаємо за необхідне в системі основоположних ідей кримінального процесу виділити найбільш інтегративні (в розумінні здобуття синергетичних результатів системи) основоположні засади правової держави та правосуддя, такі як: 1) справедливість, 2) воля, 3) верховенство права. А інші головні ідеї судочинства доцільно розглядати в якості окремих принципів судочинства, які можуть бути складовими частинами окремих інтегративних засад або мати самостійне галузеве значення принципів кримінального процесу.

Воля є інтегративною засадою української правової держави, яка потребує чіткого доктринального осмислення та юридичного визначення в Конституції України, деталізації в інститутах окремих галузей права. Галузеве законодавство потребує конкретизації гарантій забезпечення права на волю з урахуванням конституційних норм та прецедентної практики Європейського суду з прав людини, потребує деталізації у кримінальному судочинстві таких її елементів, як: особиста свобода (вільно і гідно жити, не бути поневоленим); особиста недоторканність; свобода робити все, що не заборонено законом і не обмежується мораллю та совістю; недопустимість позаконного примусу; право на приватне життя та на вільне спілкування. Кожен із даних елементів має бути розкритий у законі, реалізований у процесуальній формі судочинства.

*Верховенство права* – система правового і суспільного устрою, де природні права і свободи людини знайшли законодавче закріплення, визнані найвищою цінністю суспільства, а їх забезпечення стає пріоритетом держави, де сама влада перебуває під контролем закону, обмежується правом, а саме право створює таку систему правовідносин, за якої максимально усуваються можливості свавілля чиновників.

*Забезпечення верховенства права та захисту прав і свобод людини* означає здійснення процесуальної діяльності в такому порядку, формі і режимі, за яких втручання в гарантовані законом права і свободи людини зовсім не мало б місця або здійснювалося б лише в передбачених законом випадках, в умовах крайньої необхідності, коли іншими засобами виконати завдання правосуддя неможливо.

Європейська Комісія за демократію через право (Венеціанська Комісія) в доповіді про верховенство права вказала на такі його необхідні елементи: законність та прозорість ухвалення законів; правову

визначеність, яка передбачає легкість та доступність з'ясування змісту права і юридично забезпечену можливість скористатися цим правом; заборону державного свавілля, зокрема обмеження дискреційних повноважень органів держави, обґрунтованість їх рішень; ефективний доступ до правосуддя в незалежних і неупереджених судах, дотримання прав людини, передусім гарантованість права на ефективний засіб правового захисту; недискримінацію і рівність перед законом, що передбачає відсутність законів, що містять дискримінаційні положення або закріплюють правові привілеї, заборону дискримінаційного тлумачення або застосування закону.

Сучасні дослідники небезпідставно в інтегративній засаді верховенства права виділяють окремі принципи судочинства, такі як: а) законність, б) юридична визначеність, в) дотримання прав людини, г) заборона державного свавілля, д) недискримінація і рівність перед законом, е) ефективний доступ до правосуддя, ж) пропорційність [10, с. 167].

Принцип пропорційності – закріплений у міжнародних нормативних актах, рішеннях Конституційного Суду України та Європейського суду з прав людини принцип права, відповідно до концептуального змісту якого мета юридичних дій має бути суспільно ваговою, а засіб її досягнення – найменш обтяжливим у конкретних умовах, втручання у сферу прав і свобод людини може допускатись лише у випадках крайньої необхідності, з метою забезпечення правосуддя чи іншої суспільно корисної мети, якщо цього неможливо досягти іншими засобами, а заподіяна примусовими заходами шкода буде меншою, ніж відвернута. Даний принцип, як і інтегративна засада верховенства права, потребує окремого юридичного закріплення в КПК України.

Зазначимо, що в багатьох своїх приписах новий КПК України не відповідає тій чи іншій засаді правової держави чи принципам правосуддя, не забезпечує належності слідчих і суддів, об'єктивності, неупередженості і справедливості судочинства.

2. У новому КПК України поліцейське розслідування (на зразок передбаченого КПК ФРН) змішали 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 і активних самостійних дій щодо розкриття тяжких злочинів). Можливо, оперативні підрозділи слід реформувати у службу детективів з наданням їм права здійснювати ініціативну роботу з виявлення і розкриття злочинів із самостійним прийняттям рішень щодо ОРД, а також наділити їх правом провадження невідкладних слідчих дій для закріплення і здобуття доказів.

3. На сьогодні слідчих взагалі за гарантіями їх діяльності урівняли з колишніми дізнавачами. Ліквідовані навіть раніш існуючі механізми забезпечення процесуальної самостійності слідчого, який потрапив у повне підпорядкування прокурору, а самі прокурори водночас стали виконувати діаметрально протилежні функції керівництва слідством і нагляду

за законністю такого керованого ними слідства. Можливо, в Конституції України та в Законі Про прокуратуру слід було б визначити: «Прокуратура – орган державної влади, який виконує правоохоронну функцію, уповноважена здійснювати нагляд за дотриманням законності та забезпечення прав і свобод людини в діяльності всіх підприємств, установ і організацій, незалежно від форм власності, підпорядкованості та приналежності, а також їх посадовими особами, здійснює нагляд за додержанням законів органами досудового слідства та оперативно-розшукової юрисдикції; нагляд за додержанням законів під час виконання судових рішень у кримінальних справах, а також під час застосування примусових заходів, пов'язаних з обмеженням свободи громадян; забезпечує нагляд за відповідністю актів, які видаються всіма підприємствами, установами, організаціями та посадовими особами, вимогам Конституції України, законам та нормативним актам; у кримінальному провадженні виконує функцію підтримання державного обвинувачення та представляє інтереси громадян або держави в суді у визначених законом випадках».

Але законодавець пішов шляхом обмежень функцій прокуратури, компенсуючи це збільшенням влади прокурора у сфері кримінального провадження. Відповідно, реалізація такої моделі потягла за собою усунення вже існуючих механізмів забезпечення об'єктивності і неупередженості слідства, а як наслідок – незалежність і процесуальна самостійність слідчого стали, по суті, декларативними. Схоже, це задовольняє багатьох чиновників різних гілок влади, які не бажають мати справу з такими незалежним, а отже, і некерованим слідчими.

4. Колишні оперативно-розшукові дії «переодягнені» відтепер у процесуальну форму – «негласні слідчі (розшукові) дії, а відтак віднесені до компетенції слідчого». На слідчих звалили як процесуальну, так і фактично відповідальність за організацію оперативно-розшукової діяльності. При цьому слідчий і прокурор, будучи публічними особами, отримали повноваження, які навряд чи колись зможуть реалізувати – самостійно проводити негласні слідчі (розшукові) дії, дії, які зазвичай здійснюються в режимі секретності.

Новий КПК України запровадив новий інститут – негласні слідчі (розшукові) дії, але так щодо багатьох із них так чітко і 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, і можливостей для свавілля.

Наприклад, встановлюючи у 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», а саме таке проникнення в силу його таємності не передбачає присутності понятих та належного документування доказової діяльності, законодавець робить значний крок у минуле, підміняючи принцип верховенства права та пропорцій-

ності принципом доцільності, звужуючи існуючі гарантії доказового права.

Викладений у правових позиціях ЄСПЛ принцип пропорційності не залишає місця для провадження такої слідчої дії для здобуття доказів, оскільки вже передбачив іншу, більш юридично визначену і менш обтяжливу для досягнення мети правосуддя – обшук.

5. Значна частина негласних слідчих (розшукових) дій досі не отримали ще належної процесуальної регламентації. У ч. 5 ст. 271 КПК України законодавець розмістив таку загадкову формулу: «Порядок і тактика проведення контрольованої поставки, контрольованої та оперативної закупки, спеціального слідчого експерименту, імітування обстановки злочину визначається законодавством». Тут ми маємо унікальний посил, коли законодавець, який повинен був би це зробити, приймаючи КПК України як комплексний законодавчий акт, цього так і не зробив, відтермінувавши цю роботу до віртуальних інших законів майбутнього, а більш того, «замахнувся на те, щоб навіть тактика таких названих ним дій (яка зазвичай обирається в залежності від слідчої ситуації за умови конфіденційності) відтепер також регламентувалась законодавством». Як мовиться, «далі піде той, хто не знає, куди йти».

Навіть за умови реалізації приписів указаної норми, а саме, наприклад, спроби регламентувати чи то контрольовану поставку, чи то інші з названих у ст. 271 засобів «контролю за вчиненням злочину», ці зусилля можуть стати марними. Адже в силу ст. 84 КПК України «доказами у кримінальному провадженні є фактичні дані, отримані в передбаченому цим Кодексом порядку...». Більш того, ст. 1 КПК України проголошує, що «порядок кримінального провадження на території України визначається лише кримінальним процесуальним законодавством України».

Тобто всі відомості, які будуть отримувані поза межами порядку, передбаченого саме КПК України, навіть у передбаченому іншими законами порядку не можуть формально стати доказами у кримінальному провадженні. Такі штучні «самообмеження», в основі яких стала хибна ідея надати нормам КПК України більшої юридичної сили в порівнянні з нормами інших законів, стають деструктивними факторами діяльності з протидії злочинності, діяльності, складовими елементами якої є виявлення і попередження злочину, що зазвичай здійснюється часто поза межами кримінальних проваджень.

Щодо контрольованої поставки виникає багато питань відповідності її вимогам юридичної визначеності, принципам верховенства права і пропорційності. Так, у рішенні у справі «Тейксієра де Кастро проти Португалії» від 9 червня 1998 р., яка стосувалась засудження заявника за торгівлю наркотиками в результаті провокації агентів поліції, Європейський суд відзначив, що загальні вимоги справедливості, висловлені у статті 6, застосовуються до проваджень у всіх формах кримінального обвинувачення, від найпростішого до найбільш складного. Суспільний інтерес не може виправдати використання доказів, отриманих у результаті

поліцейського підбурювання». Приймаючи рішення у цій справі про порушення Португалією пункту 1 статті 6 Конвенції, суд наголосив, що «немає підстав вважати, що без їх втручання (агентів) його (злочин) було б скоєно. Таке втручання означало із самого початку, що заявника було остаточно позбавлено права на справедливий судовий розгляд. Відповідно, мало місце порушення пункту 1 статті 6 Конвенції». Отже, контрольована поставка не відповідає вимогам принципу пропорційності, а отже, має бути вилучена з тексту КПК України.

*Імітування обстановки злочину* – окрема негласна слідча (розшукова) дія, яка полягає у спостереженні та фіксуванні намірів і дій підозрюваної особи, у штучно створених слідчим чи уповноваженою особою оперативного підрозділу обставинах, із використанням імітаційних засобів, які створюють в оточуючих уявлення про вчинення реального злочину, з метою викриття відомої чи невідомої особи (осіб), яка планувала чи замовляла його вчинення. Наприклад, для викриття замовника вбивства перетілені в кілера співробітники оперативних служб можуть у взаємодії з потенційною жертвою імітувати реальне виконання завдання замовника та брати його на місці злочину після оплати замовлення.

Слідча і оперативно-розшукова практика показує на ефективність застосування таких заходів розкриття злочину за умови професійної роботи детективів. Наприклад, завдяки саме таким заходам вдалось розкрити замовлення вбивства відомого адвоката Олександра Погорілого в Одесі. У цій детективній історії сам адвокат довгий час виконував із ризиком для свого життя роль наживки для кілера, включаючи акторську гру на місці події, «жертви закінченого злочину». Між тим таке імітування обстановки злочину часто містить повний комплекс об'єднаних єдиним задумом і метою як негласних слідчих дій, так і оперативно-розшукових заходів, здійснюваних у різних умовах простору і часу. Для забезпечення доказової сили отримуваних даних часто при цьому здійснюються тактичні і психологічні комбінації, новітні технології контролю мобільних апаратів зв'язку, аудіо-, відео контролю особи і місця (ціла система негласних слідчих (розшукових) дій), система заходів ОРД.

Імітування обстановки злочину можна розглядати як комплекс слідчих і оперативних заходів, які часто здійснюються різними методами пізнання, в різному часі і просторі, а отже, не можуть бути «втиснуті» в рамки окремої самостійної слідчої дії. Вони мають отримати окрему регламентацію в Кодексі оперативно-розшукової діяльності.

Хибною є і сама спроба здійснити певну регламентацію здобуття доказової інформації у статті 271 КПК України під гучною назвою «Контроль за вчиненням злочину», оскільки така діяльність не узгоджується із завданнями кримінального судочинства, викладеними у ст. 2 КПК України (забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування тощо). Правоохоронні органи мають попереджувати та розкривати і розслідувати злочини, а не контролювати їх.

Інша справа, що, безпосередньо стикаючись із фактами злочинної діяльності, вони мають забезпечити фіксацію таких фактів і відповідної доказової інформації. Але для виконання цієї роботи доцільно було регламентувати одну універсальні слідчу дію, правову модель якої ми давно пропонували ще до прийняття чинного КПК України, слідчу дію, яку можна назвати «Безпосереднє спостереження і технічне документування суспільно небезпечних та юридично значимих діянь і фактів». Запровадження такої універсальної слідчої дії з виваженою процесуальною формою її провадження поглине названі в КПК України в якості окремих негласних слідчих (розшукових) дій: аудіо-, відеоконтроль особи (ст. 260); ) спостереження за особою, місцем або річчю (ст. 269); аудіо-, відеоконтроль місця (ст. 270); контроль за вчиненням злочину (контрольована та оперативна закупка, спеціальний слідчий експеримент, імітування обстановки злочину). А вже під час застосування таких заходів є єдиним методом дослідження юридично значимих фактів – спостереження та документування діянь певних осіб.

Зазначимо побіжно, що відеоконтроль місця, без перебування особи в тому місці, навряд чи знайде серед системи доказів хоча б якесь поважне місце, бо без людини, її дій чи бездіяльності в тому місці безпосередньо саме місце (навіть з появою покемонів) нічого не варте. А вже у кримінальному процесі юридично значимим є лише те, що відноситься до правопорушення, яке здійснюється, безумовно, людиною.

Як аудіо-, відеоконтроль особи неможливий без вивчення і фіксації місця її перебування (людина існує в матеріальному світі, навіть якщо подолала закони гравітації і опинилась в космічному просторі), так і аудіо-, відеоконтроль місця юридично нікчемний без контролю людини як суб'єкта злочину, фіксація дій чи бездіяльності якої може стати доказовою діяльністю.

Регламентация негласних слідчих (розшукових) дій здійснюються без належної системності і логічності, часто створюючи штучну конкуренцію правових норм, а окремі інститути негласних слідчих (розшукових) дій ще не отримали необхідної та досконалої процесуальної форми, яка б слугувала в якості достатньої гарантії отримання надійних доказів та належного захисту прав і свобод людини, реалізацією визнаного (підтримуваного і неухильно забезпечуваного) у практиці ЄСПЛ принципів юридичної визначеності та пропорційності.

6. Розв'язання проблеми виконання функції правничої допомоги та захисту не витримує логічного аналізу, а невгомні реформи не поліпшують стан справ, а скоріше заганняють інститут захисту у глухий кут. Сьогодні ситуація у правничій справі така, що, як мовить, Леонід Сухоруков, «без гарного адвоката будь-яке правове поле – мінне».

Між тим під час реформування інституту захисту законотворці чомусь обходять увагою такий міжнародно-правовий акт, як «Принципи і керівні положення Організації Об'єднаних Націй, що сто-

суються доступу до юридичної допомоги в системі кримінального правосуддя» (Резолюція Економічного та Соціального Ради ООН 2012/15 від 26 липня 2012 р.), а процесуальне законодавство України всупереч положенням міжнародно-правових актів та рішень Конституційного суду України поступово торує шлях до встановлення монополії адвокатури на виконання функції захисту у кримінальних провадженнях, що не може дати позитиву для правосуддя.

Статтею 20 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» передбачено, що під час здійснення адвокатської діяльності адвокат має право вчиняти будь-які дії, не заборонені законом.

Загалом у такій системі прав адвоката вбачаються ознаки можливості паралельного адвокатського розслідування (в установленому законом порядку запитувати, отримувати і вилучати речі, документи, їхні копії, а опитувати осіб за їх згодою; ознайомлюватися на підприємствах, в установах і організаціях із необхідними для адвокатської діяльності документами та матеріалами; одержувати письмові висновки фахівців, експертів із питань, що потребують спеціальних знань). Безумовно, що таких прав не має підозрюваний чи обвинувачуваний, а отже, і захисник, що користується правами особи, яку захищає.

Така еквілібростика законодавця має певні вади. З одного боку, якщо захист буде здійснювати не адвокат, а інший фахівець у галузі права, то останній може застосовувати лише ряд прав, які надані особі, яку він захищає, тоді як адвокат для тих же функцій захисту може скористатись більш широкими правами, передбаченими законодавством про адвокатуру і адвокатську діяльність. З іншого боку, в переліку прав адвоката є досить проблематичні дефініції, які не настільки незначні, щоб на них не звернути уваги. Наприклад, адвокат вправі «в установленому законом порядку запитувати, отримувати і вилучати речі, документи, їхні копії». Поняття «вилучати», на відміну від більш коректного «отримувати добровільно видані», може означати примусову їх виїмку. З огляду на те, що мова йде не тільки про копії, а й про оригінали документів, таке «вилучення» речей і документів може призводити до «безслідного» їх зникнення чи приховування «від прискіпливих очей» сторони обвинувачення.

Але слід також зазначити, що скористатись визначеними у ст. 20 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» правами у кримінальному провадженні навіть захиснику-адвокату навряд чи буде можливо. А вже згідно із ч. 3 ст. 9 КПК України «закони та інші нормативно-правові акти України, положення яких стосуються кримінального провадження, повинні відповідати цьому Кодексу. Під час здійснення кримінального провадження не може застосовуватися закон, який суперечить цьому Кодексу». Тобто захисник може користуватись лише тими правами, які визначені в КПК України. У своїх ускладнених для логічного розуміння конструкціях законодавець заплутав ідею паралельного адвокатського розслідування та ускладнив реалізацію принципу змагальності сторін.

Забезпечення доказової діяльності адвоката – це фундамент виконання функції правничої допомоги та захисту, головне, що потрібно зробити законодавцю.

Але в реальності, наприклад, кримінального судочинства навіть ці гарно задекларовані приписи закону не можуть отримати ефективне застосування для виконання адвокатських функцій.

Коли адвокат, виконуючи загальну функцію правничої допомоги, «включає» кримінальний процес, він може виконувати там різні функції, наприклад, функцію захисника підозрюваного чи представника цивільного відповідача, а відповідно, і отримує вже суто кримінально-процесуальний статус, наприклад статус захисника. І тут відбуваються певні перверзії.

Ні інститут захисту, ні представництва, ні правничої допомоги в кримінальному процесі, на жаль, не отримав належного юридичного визначення. Норми Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» опиняються якщо не в протиріччі, то в конкуренції з нормами КПК України та міжнародних правових актів, а законодавство в цілому не позбавлено юридичних фікцій і колізій, що надто ускладнює виконання функції захисту.

Спробуємо трошки розглянути цей штучно створений трикутник протиріччя із позицій логіки і правил тлумачення правових норм.

У сучасному кримінальному процесі адвокат може брати участь у кримінальному провадженні у трьох різних статусах:

1) як захисник підозрюваного, обвинуваченого, засудженого, виправданого, особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру, особи, стосовно якої передбачається розгляд питання про видачу іноземній державі (екстрадицію) (ст. 45 КПК України), а також особи, щодо якої застосовується інститут реабілітації у кримінальному провадженні;

2) як представник: потерпілого (ст. 58 КПК України) цивільного позивача, цивільного відповідача; третьої особи (ст. 63 КПК України) та як представник особи, щодо майна якої розглядається питання про арешт (ст. 64-2 КПК України);

3) як юридичний помічник (консультант) свідка (ст. 66 КПК України), за нашою доктриною це – «правничий повірений».

У Кримінально-процесуальному кодексі жодна з окреслених компетенцій адвоката у кримінально-процесуальному праві, по-перше, не отримала належного системного юридичного визначення, по-друге, під час їх регламентації норми КПК України практично «ставлять хрест» на тих гарних правах адвоката, які визначені в Законі (проекті) «Про адвокатуру та адвокатську діяльність».

Так, стосовно захисника КПК України застосовує унікальну формулу «захисник користується правами особи, яку захищає».

Стосовно надання правничої допомоги свідку цей закон «правничому повіреному свідка» прав передбачив «нуль». Разом із тим залишився поза регламентуючою увагою законодавства порядок надання правничої допомоги таким учасникам криміналь-

ного процесу: «особам, які з'явилися із повинною», заявникові, малолітнім особам, щодо яких здійснюється провадження у зв'язку з вчиненням суспільно-небезпечних дій для застосування засобів виховного характеру, а також неосудним особам.

Надання свідку права скористатись допомогою адвоката не вирішує проблему. Адвокат – представник правничої інституції – адвокатури, і лише є потенційним учасником процесу, а стати таким може після отримання певного процесуального статусу, наприклад, для захисту підозрюваного він отримує статус захисника, для надання правничої допомоги потерпілому – статус представника, а для надання правничої допомоги свідку ніякого процесуального статусу не отримує, залишаючись «просто адвокатом». Виникає питання: «Якими правами він буде користуватись і чи допустимо тут використовувати вже застосовану формулу законодавства «особа, яка надає правничу допомогу, користується правами тієї особи, допомогу якій надає»? Відповіді законодавець не дав, залишаючи ці питання на сумлінні правозастосовної практики та юридичної науки.

Розробники КПК України вкрай заплутали все, що тільки можна було заплутати, та зробили все можливе, щоб нівелювати будь-яке позитивне розширення прав адвоката.

Адвокат у судовому процесі, як уже зазначали, стає певним учасником і користується наданими для цієї уже процесуальної фігури правами. Чи може він скористатись правами, наданими йому першочергово, як адвокату? У цивільному судочинстві – так! У кримінальному процесі – «Хотілось як краще, вийшло як завжди!». Тобто тут суцільна проблема. Скоріше проблема перманентної правотворчості, яка опереджає доктринальне мислення.

Наділяючи захисника правами особи, яких він захищає, новий КПК України не тільки не надав захиснику широких прав і механізмів збирання докази, а у своїх ускладнених для логічного розуміння конструкціях заплутав ідею так званого «паралельного адвокатського розслідування» та застосування законодавства про адвокатську діяльність.

КПК України у традиціях тоталітарного суспільства та майстерності штучного створення юридичних фікцій та колізій встановив приписи, якими фактично унеможливив захиснику-адвокату скористатись правами, визначеними у ст. 20 Закону (в тому числі і нового проекту) «Про адвокатуру та адвокатську діяльність».

Так, по-перше, згідно із ч. 3 ст. 9 КПК України «закони та інші нормативно-правові акти України, положення яких стосуються кримінального провадження, повинні відповідати цьому Кодексу. Під час здійснення кримінального провадження не може застосовуватися закон, який суперечить цьому Кодексу».

По-друге, в ст. 1 КПК України міститься припис: «Порядок кримінального провадження на території України визначається лише кримінальним процесуальним законодавством України».

По-третє, згідно із ч. 1 ст. 84 КПК України «доказами у кримінальному провадженні є фактичні дані,

отримані в передбаченому цим Кодексом порядку...» (саме цим, і без альтернатив).

По-четверте, «сторони кримінального провадження, потерпілий мають право отримувати від учасників кримінального провадження та інших осіб за їх згодою пояснення, які не є джерелом доказів» (ч. 8 ст. 95 КПК України). Тут, як мовив О. Бісмарк, «дурість – дар божий, але не варто ним зловживати».

По-п'яте, відповідно до ст. 86 КПК України «доказ визнається допустимим, якщо він отриманий у порядку, встановленому цим Кодексом. Недопустимий доказ не може бути використаний під час прийняття процесуальних рішень, на нього не може посилатися суд під час ухвалення судового рішення».

Доказами у кримінальному процесі може бути лише те, що здобуто в передбаченому КПК порядку. А все інше, як вважають розробники КПК України, – «матеріали» невідомого науці статусу.

Зазначимо, що такої проблеми не виникає під час надання адвокатом правничої допомоги в цивільному судочинстві. Адже там щодо допустимості доказів визначений більш простий концепт: «Суд не бере

до уваги докази, які одержані з порушенням порядку, встановленого законом» (ст. 59 ЦПК України).

Вочевидь, у чинному КПК України здійснення штучна формалізація доказового права та інституту захисту, яка суперечить об'єктивним законам пізнання, логіки та природного права, здатна перетворити судовий процес у безкінечну тяганину, за якою важко буде побачити піклування про долю людини.

Необхідно розробити та юридично визначити в КПК України інститут доказової діяльності захисника і правничого повіреного – «інститут незалежного правозахисного розслідування».

**Висновок.** Модель судочинства, яка закладається в процесуальній формі слідчих та інших процесуальних дій і рішень, – суттєвий засіб обмеження влади правом, засіб протидії свавілля, засіб забезпечення захисту прав і свобод людини. Вона має вдосконалюватись 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.

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Азаров Ю.І., Письменний Д.П., Хабло О.Ю. Відшкодування шкоди потерпілому у кримінальному провадженні за рахунок держави. *Юридична наука*. 2014. № 5. С. 49–56.
2. Азаров Ю.І., Хабло О.Ю., Коношенко Я.Ю. Окремі питання збирання доказів у кримінальному провадженні. *Юридична наука*. 2015. № 5. С. 135–141.
3. Коломоєць Т.О., Колпаков В.К. Науково-практичний коментар Закону України «Про запобігання корупції». Київ : Видавничий дім «Гельветика», 2019. 588 с.
4. Коношенко Я. Поняття доказів у кримінально-процесуальному провадженні, їх зміст і класифікація. *Право України*. 2010. № 3. С. 232–238.
5. Корнієнко М.В., Тертишник В.М. Принципи права в розв'язанні юридичних колізій. *Міжнародний науковий журнал «Верховенство права»*. 2017. № 2. С. 10–16.
6. Лепей О.В. Щодо запровадження в Україні класичної моделі суду присяжних. *Прикарпатський юридичний вісник*. Випуск 4(25) том 3, 2018. С. 122–125.
7. Оверчук С.В. Запровадження мирової юстиції в умовах судової реформи в Україні: теоретико-правове дослідження. *Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право»*. 2019. № 1(19). URL : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2019/n1/18osvrvu.pdf>.
8. Одинцова І.М. Діяльність сторони захисту при збиранні, дослідженні та перевірці доказів в умовах судового слідства. *Право і суспільство*. 2014. № 1. С. 254–259.
9. Провокація вчинення злочину: практика Європейського суду з прав людини та національних судів : наук.-практ. посіб. / кол. авт. : Гладун О.З., Плотнікова В.П., Арушанян К.К., Лотюк Д.П., Пилипенко І.В., Єрьоменко І.В., Щербакова Г.В., Черняк О.М. Київ : Національна академія прокуратури України, 2019. 118 с.
10. Сачко О.В. Концептуальна модель юридичного визначення принципу верховенства права. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2018. № 6. Т. 1. С. 166–170.
11. Сачко О.В. Проблеми реалізації верховенства права при застосуванні особливих форм та режимів кримінального провадження : монографія / За заг. ред. доктора юридичних наук, професора Академіка Академії політичних наук України В.М. Тертишника. Дніпропетровськ : Дніпровський національний університет ім. Олеся Гончара; Ліра ЛТД, 2018. 404 с.
12. Сірий М. Значення та роль найвищого судового органу у правовій системі України. *Право України*. 2012. № 11-22. С. 52–62.
13. Стратонова О.В. Деякі методологічні та практичні проблемні питання нового Кримінального процесуального кодексу України. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія Юридичні науки*. 2013. Випуск 4. Т. 2. С. 160–162.
14. Тагієв С.Р. Негласні слідчі (розшукові) дії у кримінальному судочинстві України : монографія. Київ : ВД «Дакор», 2015. 440 с.
15. Татаров О.Ю. Заочне провадження в кримінальному судочинстві України: проблеми та перспективи реалізації. *Наук. вісн. Ужгород. нац. ун-ту*. Ужгород, 2014. Вип. 29, ч. 2, т. 2. С. 125–130. (Сер. Право).
16. Тертишник В.М. Кримінальний процес України: підручник. – 7-ме вид., доповн. і перероб. Київ : Алерта, 2017. 840 с.
17. Тертишник В.М. Правнича допомога та захист у кримінальному процесі : підручник / За заг. ред. д.ю.н., академіка НАН України Ю.С. Шемшученко. Київ : Алерта, 2018. 480 с.
18. Тертишник В.М. Верховенство права в сфері правосуддя: алгебра процесса, или мои права моё богатство. *Защита прав человека: научно-практическая конференция (Молдова-Болгария)*. Комрат, 2018. С. 225–232.
19. Тіщенко В.В. Теоретичні та практичні проблеми забезпечення ефективності досудового провадження. *Наукові праці НУ ОЮА*. 2014. Т. XVII. С. 106–157.
20. Хитра А.Я., Ратнова А.В. Домашній арешт у кримінальному провадженні : навчально-практичний посібник. Львів : ЛьвДУВС, 2017. 108 с.
21. Чернявський С.С. Використання поліграфічних технологій під час досудового розслідування: проблеми та шляхи їх вирішення. *Актуальні проблеми досудового розслідування : зб. тез доповідей IV Всеукр. наук.-практ. конф. (Київ, 1 лип. 2015 р.)*. Київ : Нац. акад. внутр. справ, 2015. С. 19–20.
22. Шемшученко Ю.С., Тертишник В.М. Доктринальні проблеми забезпечення верховенства права в процесі конституційної й судово-правової реформи в Україні. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. Спецвипуск. Ч. 1. 2017. С. 46–52.