

ЗБИРАННЯ ТА ДОСЛІДЖЕННЯ ДОКАЗІВ У СТАДІЇ АПЕЛЯЦІЙНОГО ПРОВАДЖЕННЯ ЗГІДНО КПК УКРАЇНИ

УДК: 343.156



Бобечко Н.Р.,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри кримінального
процесу і криміналістики
Львівського національного
університету імені Івана Франка

*Стаття рекомендована
до друку кафедрою кри-
мінального процесу і кри-
міналістики Львівського
національного універси-
тету імені Івана Франка
(протокол № 10 від
27 травня 2013 р.)*

Анотація: Розглянуто елементи процесу доказування у стадії апеляційного провадження у кримінальному судочинстві – збирання та дослідження доказів, що є важливою умовою ухвалення судом апеляційної інстанції правосудного рішення. Аналізуючи відповідні норми КПК України та КПК зарубіжних держав, позиції, висвітлені як у вітчизняній, так й іноземній літературі, автор подає своє бачення питань, що входять до предмета дослідження, висловлює пропозиції щодо вдосконалення кримінально-процесуального законодавства України

Ключові слова: обставини кримінального провадження, нові докази, збирання доказів, дослідження доказів, апеляційне провадження, учасники судового провадження, суд апеляційної інстанції

Проблеми доказування традиційно привертають увагу як вчених, так і практичних працівників, що пояснюється актуальністю, важливим практичним значенням та складністю теоретичного вирішення ряду питань.

За загальним правилом, при перевірці судового рішення вищою судовою інстанцією використовується той доказовий матеріал, що був одержаний на попередніх етапах кримінально-процесуальної діяльності. У доповнення до нього в апеляційному провадженні створені умови для подання (витребування) та дослідження нових доказів.

Водночас норми, що регламентують дію засад змагальності та диспозитивності у стадії апеляційного провадження, встановлюють обмеження для суду апеляційної інстанції у повторному дослідженні з власної ініціативи обставин кримінального провадження, з'ясованих у стадії судового розгляду, дослідженні доказів, що не були предметом розгляду в суді першої інстанції.

Робіт, безпосередньо присвячених проблемам кримінально-процесуального доказування у стадії апеляційного провадження, обмаль. У доктрині кримінального процесу цей напрям досліджувався опосередковано, здебільшого у зв'язку з аналізом дотичних питань. Важливу теоретичну базу з даної проблематики становлять праці таких вітчизняних і зарубіжних правознавців, як О.А. Дінер, О.Д. Захаров, М.М. Ковтун, В.Т. Маляренко, І.Ю. Мірошников, В.Д. Потапов, О.В. Смірнов, Н.О. Соловйова, Н.Т. Тришина, Д.В. Філін, Т.В. Шевченко, К. Conzen, К. Haller, W. Grzeszczyk, J. Jelínek, W. Joeck, M. Klejnowska, D. Świecki та ін.

Аналіз наукових точок зору та практичної діяльності показує, що питання вказаної спрямованості одержують неоднозначне вирішення. Має місце значне розходження у думках дослідників щодо оптимального співвідношення повноважень апеляційної інстанції та прав учасників судового провадження з питань збирання і дослідження доказів у стадії апеляційного провадження.

Актуальність задекларованої проблематики зумовлюється ще й тим, що у КПК України запроваджено ряд нових положень, що мають безпосеред-

не відношення до питань збирання та дослідження доказів у стадії апеляційного провадження і потребують теоретичного дослідження. Звідси контрольна функція суду апеляційної інстанції вимагає глибокого вивчення та якісно нового осмислення, що має на меті удосконалення та підвищення ефективності вітчизняного апеляційного провадження.

Докази, наявні у матеріалах кримінального провадження, є підґрунтям для перевірки апеляційною інстанцією правосудності оскарженого вироку чи ухвали. Тому збирання доказів у стадії апеляційного провадження здійснюється в обмежених рамках. Суд апеляційної інстанції вправі збирати докази тільки за клопотанням учасників апеляційного розгляду. Відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 401 КПК України суддя-доповідач у ході підготовки до апеляційного розгляду пропонує учасникам судового провадження подати нові докази, на які вони посилаються, або витребує їх за клопотанням особи, яка подала апеляційну скаргу. Так само, згідно з ч. 3 ст. 404 КПК України суд апеляційної інстанції може дослідити докази, які не досліджувались судом першої інстанції тільки за клопотанням учасників судового провадження.

У контексті наведених положень кримінально-процесуального закону новими доказами є не ті нові (додаткові) матеріали, про які йшлося у КПК України 1960 р., правова природа та доказове значення яких досі залишаються спірними, а ті відомості про факти, які, у разі прийняття їх судом апеляційної інстанції, стають повноцінними доказами (речовими доказами, документами, висновком експерта).

У стадію апеляційного провадження надходять матеріали кримінального провадження, що містять докази, зібрані під час досудового розслідування та перевірені в ході судового розгляду, а також нові докази, що подані учасниками судового провадження або витребувані за їх клопотанням апеляційною інстанцією.

У доповнення до матеріалів кримінального провадження апеляційна інстанція одержує апеляційну скаргу, зміну і доповнення до неї, заперечення на апеляційну скаргу. Вказані документи доказами не визнаються. Однак у них дається оцінка рішення суду першої інстанції відповідними учасниками судового провадження. Тому такі процесуальні документи є об'єктом уважного вивчення апеляційного суду. Так, в апеляційній скарзі викладаються вимоги апелянта та їх обґрунтування із зазначенням того, у чому полягає незаконність та необґрунтованість судового рішення, клопотання апелянта про дослідження доказів. А якщо в апеляційній скарзі зазначаються обставини, які не були досліджені в суді першої інстанції, або докази, які не подавалися суду першої інстанції, то у ній

зазначаються причини цього (пп. 4, 5 ч. 2, ч. 4 ст. 396 КПК України).

Під час апеляційного розгляду учасникам судового провадження надається можливість висловити свої доводи (ч. 3 ст. 405 КПК України). Однак довід, будучи певним міркуванням або фактом, що наводиться як доказ чого-небудь [20, 334], повинен мати чітку процесуальну форму виразу. Процесуальною формою виразу доводів учасників судового провадження під час апеляційного розгляду є пояснення. З огляду на це, у ч. 3 ст. 405 КПК України варто конкретизувати, що учасники судового провадження виступають з поясненнями.

Водночас постає питання про доказове значення таких пояснень. Згідно ч. 2 ст. 84, ч. 8 ст. 95 КПК України такі пояснення не є джерелом доказів. Однак вони є відомостями, наданими в усній формі, в яких роз'яснюється, розширюється, коментується, мотивується перед судом апеляційної інстанції правова позиція учасника судового провадження. При даванні пояснень не вимагається дотримання правил, встановлених для одержання показань під час судового розгляду.

Учасники судового провадження у своїх поясненнях безпосередньо перед апеляційним судом вказують на важливі, на їх погляд, обставини кримінального провадження, викладають свої міркування щодо обґрунтованості доводів апеляційної скарги, доповнень змін або заперечень на неї, дають оцінку дотримання вимог кримінально-процесуального закону в ході кримінального провадження, висновкам щодо доведеності (недоведеності) події кримінального правопорушення як у цілому, так і окремих його епізодів, правильності кримінально-правової кваліфікації, справедливості призначеного покарання (примусових заходів виховного чи медичного характеру), вирішення інших питань, що підлягають з'ясуванню при ухваленні судового рішення. Пояснення учасників судового провадження не обмежуються лише тими аргументами, що наведені в апеляційній скарзі, доповненні, зміні або запереченні на неї, а можуть містити нові тези, мотиви на оспорення чи обґрунтування як доводів іншої сторони, так і судового рішення загалом.

Пояснення учасників судового провадження, з одного боку, є засобом захисту їх прав та законних інтересів, обґрунтування, відстоювання їхньої позиції, а з іншого, – полегшують апеляційному суду виконання покладених на нього завдань, оскільки надають йому можливість глибше вникнути в суть кримінального провадження, правильно оцінити зібрані у попередніх стадіях докази, подані нові докази, краще

зрозуміти позицію учасників судового провадження, докладніше з'ясувати їх процесуальні вимоги, зробити більш аргументовані висновки. Слід погодитися з І.І. Потеружою, що виступи учасників процесу з поясненнями не можна обмежувати певними рамками, якщо вони стосуються суті справи, кидати недоречні репліки або проявляти неухважність щодо них [18, 101].

КПК України не вказує що є предметом пояснень учасників судового провадження. Ними можуть бути будь-які обставини кримінального провадження, підстави для зміни або скасування судових рішень в апеляційному порядку, доводи, викладені в апеляційних скаргах, доповненнях, змінах та запереченнях на них, міркування з приводу нових доказів, уточнення доповіді судді-доповідача, позиція щодо правосудності (неправосудності) оскарженого судового рішення, міркування щодо вирішення кримінального провадження у цілому. Учасники судового провадження у своїх поясненнях можуть посилатись і на такі порушення, які раніше у апеляційних скаргах, доповненнях і змінах до них зазначені не були.

Істотним недоліком законодавчої регламентації ст. 405 КПК України є відсутність у ній вказівки про повторне дослідження обставин кримінального провадження та дослідження нових доказів апеляційною інстанцією. Тільки з припису ч. 1 ст. 405 КПК України про проведення апеляційного розгляду за правилами, встановленими для розгляду в суді першої інстанції, випливає, що таке дослідження може відбутися. Таке упущення суперечить не тільки суті, характерним рисам і завданням апеляційного провадження, але й не узгоджується з нормами ч. 3 ст. 404 КПК України, якими визначаються межі апеляційного розгляду. У зв'язку з цим, ст. 405 КПК України варто доповнити ч. 3.1. такого змісту: «Після виступу учасників судового провадження з поясненнями, за додержання вимог, передбачених ч. 3 ст. 404 цього Кодексу, суд апеляційної інстанції з'ясовує у них, які обставини кримінального провадження та нові докази необхідно дослідити, а також узгоджує з ними порядок такого дослідження, про що виносить ухвалу».

З припису ч. 1 ст. 349 КПК України, до якого відсилає ч. 1 ст. 405 КПК України, можна дійти висновку, що суд апеляційної інстанції досліджує у першу чергу докази зі сторони обвинувачення, а у другу – зі сторони захисту.

Утім такий порядок дослідження доказів під час апеляційного розгляду не є виправданим. Він може бути прийнятним лише у тому разі, коли апеляційне провадження розпочалось з ініціативи представників сторони обвинувачення. На наш погляд, необхідно

керуватися порядком, встановленим у ч. 3 ст. 405 КПК України, – для висловлення доводів та виступу в судових дебатах першій надається слово особі, яка подала апеляційну скаргу.

Розгляд у суді першої інстанції ініціюється стороною обвинувачення, а тому їй, насамперед, надається першочергове право на дослідження доказів. При апеляційному розгляді ситуація змінюється – суд першої інстанції вже виклав у рішенні свою позицію з приводу доведеності чи недоведеності обвинувачення і похідних від нього питань, а тому першою брати участь у дослідженні обставин кримінального провадження та нових доказів повинна особа, яка поставила під сумнів правосудність рішення суду нижчого рівня, а після неї – учасники судового провадження, які належать з апелянтом до однієї процесуальної сторони. Якщо апеляційні скарги подані обома сторонами, то у першу чергу, на нашу думку, повинні досліджуватись ті обставини кримінального провадження і ті нові докази, які стосуються основного питання кримінального провадження – про винуватість чи невинуватість обвинуваченого, а після цього усі інші похідні питання: про правильність кримінально-правової кваліфікації діяння, обраного заходу кримінально-правового впливу, задоволення (відмову у задоволенні чи залишенні без розгляду) цивільного позову, вирішення долі речових доказів, розподіл судових витрат і т.д. Відповідно досліджувати такі питання у вказаній послідовності повинна мати та сторона, яка першою оспорує їх правильність. У такий спосіб повною мірою забезпечуватиметься дія засади змагальності під час апеляційного розгляду.

Водночас необхідно зауважити, що питання про порядок дослідження обставин кримінального провадження та нових доказів належить до тактики апеляційного розгляду, а тому неможливо заздалегідь передбачити такий алгоритм процесуальних дій та рішень апеляційного суду, який підходить для усіх без винятку категорій кримінальних проваджень. Можна запропонувати лише варіанти, беручи до уваги які, суд апеляційної інстанції обирає найдоцільнішу та найефективнішу для даного кримінального провадження тактику дослідження його обставин та нових доказів.

Також варто звернути увагу на помилкову, на наш погляд, позицію законодавця, відповідно до якої вирішення питання про дослідження нових доказів віддано на угляд суду апеляційної інстанції, на відміну від дослідження обставин кримінального провадження, що проводиться обов'язково. Однак саме завдяки дослідженню нових доказів можливо виявити прогалини у доказовому матеріалі та усунути їх, глибше

з'ясувати обставини, що підлягають доказуванню, та ухвалити обґрунтоване рішення. Звідси доцільно внести зміни до редакції ч. 3 ст. 404 КПК України, замінивши словосполучення «може дослідити докази, які не досліджувалися судом першої інстанції», словосполученням «зобов'язаний дослідити докази, які не досліджувалися судом першої інстанції».

Особливість дослідження доказів судом апеляційної інстанції передусім полягає в обмеженій дії засади безпосередності їх дослідження, оскільки більшість з них знаходяться у матеріалах кримінального провадження. Більше того, згідно ч. 1 ст. 406 КПК України суд апеляційної інстанції має право ухвалити рішення за результатами письмового провадження, якщо всі учасники судового провадження заявили клопотання про здійснення провадження за їх відсутності. Наведені положення притаманні неповній моделі апеляційного провадження.

Водночас запровадження можливості письмового апеляційного провадження викликає заперечення.

Насамперед, подібна диференціація кримінально-процесуальної форми є порушенням засади безпосередності дослідження показань, речей і документів (ст. 23 КПК України). І хоча згідно ч. 2 цієї статті суд може прийняти як доказ показання осіб, які не дають їх безпосередньо в судовому засіданні, у випадках визначених КПК України, однак подібний виняток щодо перевірки доказів у стадії апеляційного провадження не є виправданим. Оскільки за методом розгляду та вирішення кримінального провадження апеляційний порядок не відрізняється від порядку розгляду в суді першої інстанції, за винятком того, що апеляційний суд перевіряє судові рішення тільки в тій частині, в якій воно оскаржене, а також того, що апеляційна інстанція не вправі розглядати обвинувачення, що не було висунуте в суді першої інстанції, положеннями про письмове апеляційне провадження фактично стирається, нівелюється відмінність між апеляційним та касаційним провадженням, між повноваженнями апеляційної та касаційної інстанції. Апеляційне провадження по суті надає єдину можливість для заінтересованих осіб оспорити правосудність рішення суду першої інстанції з точки зору повноти, глибини встановлення фактичних обставин кримінального провадження та правильності його висновків щодо наявності або відсутності таких обставин, а суду апеляційної інстанції за наявності для цього підстав застосувати процесуальні санкції у вигляді скасування чи зміни такого рішення. Закріплюючи у такий спосіб прояв засади процесуальної економії (яка, до речі, відсутня серед засад кримінального провадження, але якою по суті пронизаний

увесь КПК України), законодавець фактично зекономив на процесуальній формі.

По-друге, письмове апеляційне провадження порушує й засаду змагальності сторін та свободу в поданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості (ст. 22 КПК України). Адже за аналізованого порядку апеляційного розгляду сторонам не забезпечується можливість самостійного обстоювання їх правових позицій, захисту прав, свобод та законних інтересів, як цього вимагає ч. 1 ст. 22 КПК України. А за відсутності змагальності, як відомо, виграє не той, хто правий, а сильніший – сторона обвинувачення. До речі, виходячи з аналізу змісту ч. 3 ст. 36, глави 31 КПК України та п. 30 наказу Генерального прокурора України «Про організацію діяльності прокурорів у кримінальному провадженні» від 19 грудня 2012 р. № 4гн [11] участь прокурора в апеляційному розгляді за будь-яких умов є обов'язковою, а тому він не вправі в апеляційній скарзі, доповненні, зміні чи у запереченні на неї заявити про своє небажання брати участь у засіданні апеляційної інстанції. А за такого законодавчого припису застосувати положення про письмове апеляційне провадження не є можливим. У регламентації вітчизняного кримінального провадження існує чимало питань, які з огляду на його ефективність вимагають не диспозитивного, а вдумливого імперативного підходу до їх врегулювання.

По-третє, проведення письмового апеляційного провадження суперечить й засаді доступу до правосуддя, адже кожному гарантується право на справедливий розгляд та вирішення справи в розумні строки незалежним і неупередженим судом, створеним на підставі закону (ч. 1 ст. 21 КПК України). Аби забезпечити право осіб на захист та поновлення їх прав і свобод, судову процедуру дійсно варто спростити, проте лише у спосіб, коли таке спрощення не порушуватиме інтересів сторін щодо справедливого вирішення їхньої справи. Без доступу до засідань апеляційного суду про довіру до нього та сприйняття його рішень як таких, що узгоджуються з істиною, не може бути й мови.

Насамкінець, з цього приводу доречно навести позицію О.В. Смірнова, який зазначає, що коли апеляційний суд заради економії часу, або внаслідок оманливої повної ясності для нього справи, або з будь-яких інших причин взагалі відмовиться від судового слідства, то результатом подібного спрощення буде те, що новий вирок ухвалюватиметься за одними лише матеріалами справи, тобто виявиться плодом «кабінетної юстиції». Проте це фактично повністю знецінює усю ту нелегку та корисну працю з безпо-

середнього дослідження доказів, який дав суд першої інстанції і аж ніяк не може сприяти встановленню істини у справі [21].

Утім суд апеляційної інстанції має можливість безпосередньо дослідити докази (ч. 1 ст. 405 КПК України), хоча виходячи із запровадженної у новому КПК України моделі апеляційного провадження – неповної апеляції, це він може зробити лише у виняткових випадках.

Так, з ч. 3 ст. 404 КПК України випливає, що:

- 1) суд апеляційної інстанції зобов'язаний повторно дослідити обставини, встановлені під час кримінального провадження, за умови, що вони досліджені судом першої інстанції неповно, та про це заявили клопотання учасники судового провадження;
- 2) суд апеляційної інстанції зобов'язаний повторно дослідити обставини, встановлені під час кримінального провадження, за умови, що вони досліджені судом першої інстанції з порушеннями, та про це заявили клопотання учасники судового провадження;
- 3) суд апеляційної інстанції може дослідити докази, які не досліджувалися судом першої інстанції, за умови, якщо про дослідження таких доказів учасники судового провадження заявляли клопотання під час розгляду в суді першої інстанції, але вони були відхилені судом;
- 4) суд апеляційної інстанції може дослідити докази, які не досліджувалися судом першої інстанції, за умови, якщо вони стали відомі після ухвалення судового рішення, що оскаржується, та про це заявили клопотання учасники судового провадження.

Тобто безпосередність у діяльності апеляційної інстанції проявляється за необхідності з'ясування обґрунтованості доводів апеляційної скарги (доповнення, зміни до неї), у якій вказується на дефектність з'ясування обставин кримінального провадження судом нижчого рівня та (або) наявність нових доказів, що не були взяті ним до уваги при ухваленні рішення, а вже згодом – встановлення за допомогою таких доказів нових обставин щодо суті кримінального провадження. Інакше кажучи, суд апеляційної інстанції обґрунтовує своє рішення на доказах, що містяться у матеріалах кримінального провадження і лише у виняткових випадках може дослідити їх безпосередньо. Причому така «винятковість» напряму пов'язана з правом учасників судового провадження подолати законодавчі обмеження щодо повторного безпосереднього дослідження обставин кримінального провадження, встановлених судом першої інстанції, та первинного безпосереднього дослідження нових доказів.

Позиція вітчизняного законодавця з аналізованого питання має практичний сенс. У ряді випадків

безпосереднє дослідження судом апеляційної інстанції доказів на підтвердження наявності чи відсутності обставин, що мають значення для кримінального провадження, з метою з'ясування правосудності або неправосудності оскарженого рішення суду першої інстанції не є необхідним. Для прикладу, коли в апеляційній скарзі стверджується про неправильне застосування судом нижчого рівня закону України про кримінальну відповідальність, що виразилось у хибній кримінально-правовій кваліфікації діяння, не пов'язаний з прогалинами у встановленні фактичних обставин, не обов'язково вдаватися до проведення процесуальних дій, передбачених § 3 глави 28 КПК України, для встановлення судової помилки. Апеляційний суд на підставі аналізу матеріалів кримінального провадження (за умови, що судовий розгляд був проведений всебічно і повно, без істотних порушень вимог кримінально-процесуального закону) здатний з'ясувати, чи такий факт має місце.

Натомість у ситуаціях, пов'язаних з оскарженням вироку суду першої інстанції, ухваленого за результатами спрощеного провадження, а також на підставі укладеної угоди про примирення та визнання винуватості, виходячи з приписів чч. 1 та 3 ст. 394 КПК України, суд апеляційної інстанції не вправі здійснювати дослідження обставин кримінального провадження та нових доказів навіть за клопотанням учасників судового провадження. Так само, у зв'язку з недослідженням судом першої інстанції доказів щодо тих обставин кримінального провадження, які ніким не оспорювалися, апеляційна інстанція може дослідити тільки ті обставини кримінального провадження та докази, які їх підтверджують, що були встановлені й перевірені у ході розгляду судом першої інстанції.

Подібним чином регламентовані досліджувані питання кримінально-процесуальним законодавством й ряду європейських держав.

Так, § 1 Art. 452 КПК Республіки Польща містить загальне правило, згідно якого апеляційний суд не вправі провести доказове провадження щодо суті справи. Водночас згідно § 2 Art. 452 цього кодексу апеляційний суд може у виняткових випадках, визнаючи потребу доповнення судового розгляду, дослідити докази, якщо це призведе до пришвидшення провадження, а проведення нового розгляду в цілому або у значній частині не є необхідним [36, 175].

Це означає, що під час апеляційного розгляду не проводиться таке доказове провадження, яке б заміняло першоінстанційний судовий розгляд у цілому або у значній частині, оскільки це є прерогативою суду першої інстанції. Роль апеляційного суду зводиться до здійснення контролю за рішенням, ухва-

леним судом першої інстанції, а не до повторного розгляду справи у повному обсязі. Залучення доказів апеляційним судом покликане з'ясувати справедливість оскарженого рішення, а не замінити суд першої інстанції у встановленні фактичних обставин та оцінці доказів. Встановлення нових обставин апеляційною інстанцією, як правило, не повинно мати місце, а допускається лише у виняткових випадках – у разі доповнення розгляду та встановлення помилок у доказовому провадженні, проведеного судом першої інстанції. Польський законодавець покладає велику надію на здатності суду першої інстанції бездоганно встановити факти, необхідні для правильного вирішення справи [31, 17; 35, 398; 40, 295; 29, 939].

Згідно ч. 6 § 263 КПК Чеської Республіки після оголошення процесуальних вимог апеляційний суд у відкритому засіданні досліджує докази, необхідні для вирішення апеляційної скарги, якщо тільки здійснення доповнення доказування не буде настільки широким та обтяжливим, щоб замінити діяльність суду першої інстанції. Для дослідження доказів використовуються положення, встановлені для дослідження доказів у судовому розгляді. Відповідно до ч. 7 § 263 цього ж кодексу з огляду на зміну або доповнення фактичних обставин, апеляційний суд може брати до уваги докази, які були досліджені у відкритому засіданні апеляційного суду; такі докази оцінюються у сукупності з доказами, дослідженими судом першої інстанції під час судового розгляду [34, 922].

Інакше кажучи, дослідження доказів судом апеляційної інстанції є факультативним, на відміну від судового розгляду, де провадиться завжди. Апеляційний суд і без перевірки доказів може після вивчення справи дійти висновку про необхідність вчинення певних дій, якщо судові рішення та провадження, що йому передувало, містять явні порушення, які неможливо усунути у відкритому засіданні, або якщо судові рішення є законним, а апеляційна скарга необґрунтованою. Апеляційний суд, в основному, доповнює доказування для того, щоб вирішити апеляційну скаргу. Дослідження доказів для доповнення доказування в апеляційному провадженні не проводиться тільки тоді, коли вона пов'язана із значною складністю та означала б заміну діяльності суду першої інстанції. З'ясування фактичних обставин покладається як на суди першої, так й апеляційної інстанції, однак передбаченими законодавством приписами забезпечується повага до результату провадження, проведеного судом першої інстанції [33, 623–624].

Відповідно до чч. 5–7 ст. 38913 КПК Російської Федерації свідки, допитані в суді першої інстанції, допитуються в суді апеляційної інстанції, якщо суд

визнає їх виклик необхідним. Клопотання сторін про дослідження доказів, що не були досліджені судом першої інстанції, вирішуються судом в порядку, передбаченому для вирішення клопотань у стадії судового розгляду. При цьому суд апеляційної інстанції не вправі відмовити у задоволенні клопотання тільки з тієї підстави, що воно не було задоволене судом першої інстанції. За згодою сторін суд апеляційної інстанції вправі розглянути апеляційну скаргу, подання без перевірки доказів, які були досліджені судом першої інстанції [25, 172].

Наведені положення, на думку російських дослідників, свідчать про те, що апеляційний суд вправі мотивовано відмовити стороні у клопотанні про дослідження доказів, якщо не вбачає у такому дослідженні необхідності та вважає, що суд першої інстанції достатньою мірою дослідив цей доказ і дав йому мотивовану оцінку у вирокі. На суд апеляційної інстанції не покладається обов'язок задоволення усіх клопотань сторін про дослідження доказів, інакше виникне ситуація, коли клопотання будуть заявлятися безпідставно, а розгляд справи відбуватиметься безкінечно. Суд апеляційної інстанції зобов'язаний дослідити лише додаткові матеріали, які подаються сторонами для підтвердження або спростування доводів, викладених в апеляційній скарзі, поданні. Натомість правило про проведення апеляційного розгляду без перевірки доказів не поширюється на докази, не досліджені судом першої інстанції, – вони підлягають дослідженню судом апеляційної інстанції у всіх випадках, коли на думку суду або в силу вимог закону їх перевірка є обов'язковою [1, 59–60; 21]. Тож, підсумовують М.М. Ковтун та В.Д. Потапов, російський законодавець відмовився від основної переваги апеляційної перевірки: безпосереднього та усного дослідження доказів за правилами судового слідства [4, 4–5; 17, 223–24]. Заради справедливості варто зазначити, що у російській науці кримінального процесу висловлена й протилежна, на наше переконання, не цілком обґрунтована точка зору – оновлений закон (чч. 4–6 ст. 38913 КПК Російської Федерації) свідчить про розгорнуту дію диспозитивного начала, а також про те, що апеляція за своїм видом тяжіє до повної [22, 109].

Натомість кримінально-процесуальне законодавство інших європейських держав трактує розгляд у суді першої інстанції лише як «першу спробу» у вирішенні справи, не обмежуючи у такий спосіб повноваження апеляційної інстанції в доказуванні.

Зокрема, згідно ст. 315 КПК Республіки Болгарія в апеляційній інстанції допускаються будь-які докази, які можуть бути зібрані за умови дотримання поло-

жень закону, а відповідно до ст. 332 цього кодексу при проведенні судового слідства апеляційний суд може використовувати будь-які способи збирання та перевірки доказів [12, 114–118]. Причому докази можуть бути подані як сторонами, так і зібрані за їх клопотанням чи за власною ініціативою апеляційного суду.

Частина 5 § 326 КПК Словацької Республіки передбачає, що апеляційний суд може доповнити провадження доказами, необхідними для того, щоб вирішити апеляційну скаргу, а ч. 4 § 311 цього кодексу надає можливість посилатися в апеляційній скарзі на нові факти і нові докази [41, 163–165].

Відповідно до ч. 1 ст. 414 КПК Республіки Молдова, розглядаючи апеляційну скаргу, апеляційна інстанція перевіряє законність та обґрунтованість оскарженого рішення на підставі доказів, розглянутих судом першої інстанції згідно матеріалів справи, і будь-яких нових доказів, поданих до апеляційної інстанції, або додатково досліджує докази, зібрані судовою інстанцією, яка розглядала справу по суті. Водночас нові докази апеляційна інстанція може збирати лише на прохання сторін (ч. 3 ст. 413, ч. 2 ст. 414 цього кодексу) [24, 178].

Хоча КПК ФРН подібного роду норм безпосередньо не містить, однак у німецькій кримінально-процесуальній доктрині апеляційний розгляд вважається відкриттям інстанцією фактів «другого шансу» [28, 389], в якому справа в обсязі оскарження судового рішення абсолютно по-новому розглядається [32, 657], а сама апеляційна інстанція трактується певною мірою як друга перша інстанція [37, 459].

Дослідження апеляційною інстанцією нових доказів, що встановлюють, підтверджують або спростовують обставини, які мають значення для кримінального провадження, є засобом виявлення ознак такої апеляційної підстави для як неповнота судового розгляду (ст. 410 КПК України).

Аналіз глави 31 КПК України дозволяє дійти висновку, що дослідження доказів судом апеляційної інстанції відбувається у три етапи.

Перший етап розпочинається з моменту надходження апеляційної скарги та матеріалів кримінального провадження судді-доповідачу, на якого покладається обов'язок перевірити відповідність апеляційної скарги встановленим вимогам щодо її змісту та форми, її подання належним суб'єктом та на судові рішення, що можуть бути оскаржені в апеляційному порядку, у строки і з підстав, встановлених кримінально-процесуальним законом. У випадку, коли судові рішення оскаржене лише з підстав, з яких воно не підлягає оскарженню згідно положень

ст. 394 КПК України, суддя-доповідач повинен винести ухвалу про відмову у відкритті апеляційного провадження (ч. 4 ст. 399 КПК України). Прийняття такого рішення без вивчення матеріалів кримінального провадження, без дослідження наявних у них доказів є неможливим.

Другий етап розпочинається після винесення суддею доповідачем ухвали про відкриття апеляційного провадження. На цьому етапі відбувається підготовка до перевірки доказів в ході апеляційного розгляду. Для цього відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 401 КПК України суддя-доповідач пропонує учасникам судового провадження подати нові докази, на які вони посилаються, або витребує їх за клопотанням особи, яка подала апеляційну скаргу. Крім того, під час цього етапу суддя-доповідач складає та готується до виголошення доповіді в ході апеляційного розгляду.

Доповідь повинна ґрунтуватись на глибокому вивченні усіх матеріалів кримінального провадження, нових доказів, на аналізі та їх узагальненні, а також вивченні доводів апеляційних скарг, доповнень та змін до них і заперечень на апеляційні скарги. Вивчення матеріалів кримінального провадження іншими суддями, які входять до складу суду у даному провадженні, не звільняє суддю-доповідача від обов'язку зробити ґрунтовну доповідь, оскільки остання вводить у курс справи не лише суддів та учасників судового провадження, а також всіх осіб, які присутні в залі судового засідання.

Основна вимога, яка ставиться до доповіді, – об'єктивність та повнота викладу обставин кримінального провадження. Важливою рисою доповіді є її обґрунтованість, конкретність, доказовість та переконливість [14, 255].

Усі складові доповіді повинні бути узгоджені та взаємопов'язані, кожна наступна її частина повинна впливати з попередньої. Доповідь має бути витримана «в одному ключі».

Доповідь є обов'язковим елементом апеляційного розгляду, від якої неможна відмовитися ні з ініціативи самої колегії суддів апеляційної інстанції, ні за клопотанням учасників судового провадження.

Третій етап у дослідженні доказів апеляційним судом розпочинається з доповіді справи. Згідно ч. 2 ст. 405 КПК України суддя-доповідач у необхідному обсязі доповідає зміст оскарженого судового рішення, доводи учасників судового провадження, викладені в апеляційних скаргах та запереченнях. Така законодавча регламентація доповіді явно вимагає більш повного та детального визначення як її змісту, так і ряду інших питань, пов'язаних з нею.

Виходячи з аналізу кримінально-процесуального закону, літературних джерел та судової практики, у доповіді можна виділити такі елементи.

1. Викладення обставин кримінального провадження. Суддя-доповідач викладає зміст обставин кримінального провадження щодо кожного обвинуваченого (особи, кримінальне провадження щодо якої закрито, особи, стосовно якої застосовані примусові заходи виховного або медичного характеру), незалежно від того, чи подавалися ним або в його інтересах апеляційні скарги. При цьому він повинен звернути увагу на докази, що підтверджують встановлені обставини кримінального провадження. Доповідач вправі зачитати окремі положення з матеріалів кримінального провадження із зазначенням відповідних аркушів.

2. Стислий виклад змісту резолютивної та мотивувальної частини вироку чи ухвали. Суддя-доповідач повідомляє формулювання обвинувачення, за якою статтю (частиною, пунктом статті) закону України про кримінальну відповідальність кваліфіковані діяння особи, яке покарання їй призначене по кожному з обвинувачень та остаточно міра покарання, обрана судом, або ж які примусові заходи виховного або медичного характеру до неї застосовано. Якщо поставлене питання про перевірку виправдувального вироку або ухвали про закриття кримінального провадження, то доповідач вказує по обвинуваченні у вчиненні якого кримінального правопорушення (кримінальних правопорушень) особа виправдана або ж за якою підставою щодо особи судом закрито кримінальне провадження. При цьому суддя-доповідач обов'язково вказує мотиви, які навіть суд першої інстанції у своєму рішенні. У жодному разі неможна викладати у даній частині доповіді відомості, одержані не з вироку чи ухвали, а з інших матеріалів кримінального провадження.

3. Інформування про подану апеляційну скаргу, доповнення, зміни до неї, а також заперечення на апеляційну скаргу. З приводу апеляційної скарги, доповнень і змін до неї суддя-доповідач повинен вказати, яким саме учасником судового провадження вони подані та в інтересах якої особи.

4. Виклад змісту апеляційних скарг учасників судового провадження, доповнень, змін та заперечень на них. Виконання цієї частини доповіді передбачає, насамперед, почерговий виклад суті апеляційних скарг, причому, як слушно підкреслюється в літературі, не в порядку їх надходження в часі, а об'єднавши суть апеляційних скарг зі сторони захисту та зі сторони обвинувачення [3, 50]. Доповідач пояснює, в чому, на думку заінтересованих осіб, проявляється непра-

восудність судового рішення, які доводи щодо цього наводяться та про що вони просять суд апеляційної інстанції. При цьому допускається виклад найбільш аргументованої апеляційної скарги (наприклад, поданої захисником) з посиланням на апеляційні скарги інших учасників судового провадження, що в цілому повторюють першу. Якщо ж скарга іншого учасника судового провадження щодо деяких істотних обставин її доповнює, то це також повинно знайти відображення у доповіді.

Доповнення, зміну апеляційних скарг та заперечення на них також доцільно згрупувати за сторонами кримінального провадження та викладати за вищевикладеною методикою.

5. Наведення змісту матеріалів кримінального провадження та ознайомлення з новими доказами, які стосуються поданої апеляційної скарги, доповнень, змін до неї, а також заперечень на скаргу.

6. Повідомлення про інші, наявні у матеріалах кримінального провадження, нових доказах істотні відомості, що відносяться до поданої апеляційної скарги, доповнень, змін до неї, а також заперечень на скаргу, але не взяті учасниками судового провадження до уваги. Виокремлення даної частини доповіді пояснюється положеннями ч. 2 ст. 404 КПК України. Так, у разі виявлення доповідачем інших порушень закону, не вказаних в апеляційній скарзі, він вправі, керуючись приписом ч. 2 ст. 404 КПК України, про це повідомити у своїй доповіді. Також, якщо розгляд апеляційної скарги дає підстави для прийняття рішення на користь осіб, в інтересах яких апеляційні скарги не подані, суддя доповідач, виходячи з положення ч. 2 ст. 404 КПК України, повинен зазначити й про таку можливість.

З метою усунення прогалин та недоліків доповідачу доцільно викласти зміст доповіді у письмовій формі, що дозволить йому використовувати зроблені нотатки в її ході. Це робиться «для себе», письмовий виклад доповіді не приєднується до матеріалів кримінального провадження, не є процесуальним документом. Утім мають рацію ті дослідники, які стверджують, що багато труднощів в судовому слідстві можуть долатися за допомогою належної підготовки доповіді. Час, затрачений на письмовий виклад доповіді при підготовці до апеляційного розгляду, сторицею компенсується при плануванні і проведенні судового слідства [3, 51].

На жаль, у практичній діяльності нечасто використовують названі поради, що, очевидно, і спонукало окремих авторів запропонувати замінити доповідь судді оголошенням суті апеляційної скарги самим

учасником процесу, який її подав [5, 45; 26, 99; 27, 82; 19, 235]. До речі, кримінально-процесуальне законодавство Республіки Молдова (ч. 2 ст. 413 КПК) [24, 178] та Чеської Республіки (ч. 5 § 263) [34, 921–922] передбачає саме такий порядок.

Однак посилання названих дослідників на засади змагальності та диспозитивності для обґрунтування своєї позиції не є переконливим. Доповідь судді за своїм змістом є набагато ширшою, ніж виступ окремого учасника судового провадження, а на її оголошення витрачається менше часу, ніж на вислуховування усіх осіб, які подали апеляції, доповнення чи заперечення на них. Крім того, виступ окремого апелянта не замінить основну мету доповіді – визначення обсягу та меж апеляційного розгляду, повідомлення матеріалу, необхідного для обговорення, а також ознайомлення із суттю кримінального провадження усіх присутніх у залі судового засідання.

На думку деяких польських дослідників, доповідь, що виголошується під час апеляційного розгляду, можна вважати відповідником оголошення прокурором обвинувального акта на початку судового розгляду [35, 388]. Таке порівняння є доволі умовним, навіть незважаючи на те, що обвинувальний акт також визначає межі судового розгляду. Істотна відмінність між цими інститутами кримінально-процесуального права полягає в тому, що в суді першої інстанції підсумкові процесуальні документи досудового розслідування завжди оголошує прокурор, виконуючи функцію підтримання державного обвинувачення, натомість у ході апеляційного розгляду доповідь виголошує тільки суддя, незалежно від того, хто подав апеляційну скаргу – представник сторони обвинувачення чи сторони захисту. При цьому оголошення доповіді повністю охоплюється кримінально-процесуальною функцією суду – розгляду та вирішення справи.

КПК України не дає відповіді на запитання про те, чи вправі суддя-доповідач публічно озвучити свою думку (*opinio juris*) щодо обґрунтованості доводів апеляційної скарги, законності, обґрунтованості і справедливості оскарженого судового рішення як в цілому, так і окремої його частини. У теорії кримінального процесу як радянського, так і пострадянського періодів з цього приводу єдина точка зору відсутня.

Так, М.С. Строгович вважав, що доповідь судді має бути об'єктивною та містити лише повідомлення інформації, вказівку на наявні у справі дані, але в жодному випадку не повинна включати оцінку, думки, висновки цього судді. Він зазначав, що доповідь, у якій безпосередньо або опосередковано, відкрито або завуальовано проявляється думка судді, його згода або

непогодження зі скаргою, не є правильною. Призначення доповіді судді, – підкреслював М.С. Строгович, – визначити межі та надати необхідний матеріал для обговорення у суді вищого рівня. А свою думку, на переконання М.С. Строговича, суддя повинен висловити не під час доповіді, а пізніше, у нарадчій кімнаті при ухваленні судом рішення [23, 194–195]. Такої ж позиції дотримуються й деякі інші дослідники [10, 106; 2, 16; 8, 18–19; 13, 104, 119–120]. Таким шляхом йде і судова практика.

На противагу наведеної, існує інша точка зору, згідно з якою суддя-доповідач вправі одночасно з доповіддю повідомити свою думку щодо суті викладених у скарзі питань. Прихильники такого підходу пояснюють це тим, що для висловлення суддею-доповідачем своєї думки, йому необхідно глибоко вивчити, дослідити матеріали справи, нові докази, проаналізувати доводи, викладені у скаргах. Ґрунтовна думка судді-доповідача поряд із поясненнями учасників судового провадження надає можливість суду вищої інстанції глибше вникнути у суть справи, переконатися в обґрунтованості доводів, викладених у скарзі, порівняти їх з мотивами, наведеними в оскарженому судовому рішенні. Обмеження доповіді судді лише тим, що міститься у скарзі, звільнення його від аналізу матеріалів справи, заборона висловлювати під час доповіді свою думку не сприятиме виконанню поставлених перед судом вищого рівня завдань. На їхню думку, пасивність судді-доповідача безпосередньо впливає на правильність вирішення справи усім складом суду [14, 256–258; 15, 219–222; 9, 120–121; 7, 47–48; 6, 18].

На підтримку наведеної позиції І.Д. Перлов зазначав: було би неправильно думати, що доповідь поділяється на дві частини, з яких перша відкрита, має місце в судовому засіданні, а інша – закрита, відбувається у нарадчій кімнаті тільки для складу суду. Доповідь одна, і робиться вона лише в судовому засіданні у присутності всіх учасників процесу та публіки. Крім того, не можна ототожнювати думку судді-доповідача з рішенням усієї судової колегії. Думка доповідача – це лише думка одного з трьох суддів, але це ще не рішення у справі. Закріплені у кримінально-процесуальному законі правила оцінки доказів надають можливість доповідачу двічі висловлювати свою думку у справі, при чому під час наради при вирішенні справи закон не забороняє такому судді її змінити [14, 258].

На наш погляд, суддя-доповідач не вправі оголошити свою думку з приводу обґрунтованості доводів апеляційної скарги, правосудності чи неправосудності оскарженого судового рішення до видалення колегії суддів до нарадчої кімнати. У своїй доповіді суддя

повинен бути безстороннім – не віддавати переваги позиції того чи іншого учасника судового провадження. Такий підхід ґрунтується на приписі ч. 6 ст. 22 КПК України про об'єктивність та неупередженість у діяльності суду, а також на одному з правил оцінки доказів, встановлених ст. 94 КПК України, згідно з яким суд оцінює докази за своїм внутрішнім переконанням, яке ґрунтується на всебічному, повному та неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального провадження.

Водночас цілком зрозуміло, що у судді-доповідача склалася власна думка. Вона ґрунтується на аналізі матеріалів кримінального провадження, нових доказів, доводів апеляційної скарги, доповнень і змін до неї, аргументів протилежної сторони, викладених у запереченні на апеляційну скаргу. Своя позиція повинна бути, оскільки оцінка доказів відбувається за внутрішнім переконанням. Утім озвучення такої позиції неминуче потягне бажання відстояти її правильність. Це є нормою з психологічної точки зору, але з процесуальної – означатиме порушення суддею-доповідачем положень чч. 1 і 3 ст. 22 КПК України про самостійне обстоювання сторонами кримінального провадження їхніх правових позицій та недопустимість суміщення основних кримінально-процесуальних функцій.

З цього приводу Європейський Суд з прав людини у п. 81 рішення «Крес проти Франції» (*Kress v. France*) від 7 червня 2001 р. зазначив, що оскільки Урядовий комісар публічно висловлює свою думку з приводу прийняття чи відхилення доводів сторін, останні можуть законно вважати комісара прибічником однієї з них. З точки зору Європейського Суду, учасник процесу, не знайомий з усіма тонкощами адміністративного судочинства, цілком природно може сприйняти як ворога Урядового комісара, який просить відхилити скаргу учасника. І навпаки, учасник процесу, скаргу якого Урядовий комісар підтримує, вважатиме його своїм союзником. Європейський Суд також уявляє, що сторона може відчувати себе у нерівному становищі, якщо, вислухавши у кінці судового засідання зауваження Урядового комісара, спрямовані проти скарги, вона бачить, як комісар видаляється разом із судом на закриту нараду (див., *mutatis mutandis*, вищезгадана Постанова Європейського Суду у справі «Делькур проти Бельгії», р. 17, § 30). З тієї ж причини Європейський Суд постановив, що, недивлячись на визнану об'єктивність Генерального адвоката або аналогічного службовця, дана посадова особа, рекомендуючи прийняття або відхилення скарги на законність, ставала, говорячи об'єктивно, союзником або противником однієї з процесуальних сторін і що її присутність на нараді суддів надавала

їй, навіть якщо судити тільки з видимості, додаткову можливість наполягати на своїй думці при закритих дверях, не побоюючись заперечень [16].

Частина 2 § 287 КПК Австрійської Республіки прямо забороняє судді-доповідачу висловлювати свій погляд щодо рішення, яке ухвалюватиметься [39, 352]. Чеські процесуалісти також підкреслюють, що у доповідь справи не має бути включена позиція щодо обґрунтування порушень, вказаних в апеляційній скарзі [33, 623].

Суддя-доповідач безсумнівно є найобізнанішим з-поміж інших суддів, які входять до судової колегії, з усіма матеріалами, що надійшли на розгляд апеляційної інстанції. Однак цей факт зовсім не означає, що позиція судді-доповідача може претендувати на роль вихідного положення, яке має одержати публічне озвучення до прийняття остаточного рішення апеляційним судом. У ній, на відміну від підсумкового рішення суду апеляційної інстанції, з об'єктивних причин неможливо врахувати точку зору сторін з приводу питань, піднятих або упущених у доповіді, а також результат реальної участі учасників судового провадження в апеляційному розгляді. Апеляційний розгляд відбувається за значно сприятливіших для встановлення істини умов, ніж діяльність судді-доповідача.

Не виключена й помилка у позиції судді-доповідача. Тому можливу помилкову думку не варто оголошувати до завершення апеляційного розгляду. Законом (чч. 4, 9 ст. 31 КПК України) не випадково встановлено колегіальний склад суду для вирішення завдань, що стоять перед стадією апеляційного провадження.

Судді, які входять до складу судової колегії, користуються рівними процесуальними можливостями. Однак не будучи доповідачами, інші судді фактично позбавлені такої, хоча й спірної можливості. Цей факт ускладнюється ще й тим, що суддею-доповідачем є головуєчий.

Для учасників судового провадження процесуальні наслідки апеляційного розгляду настають у результаті рішення цілої колегії суддів, а не окремого з них.

Наведені аргументи однак зовсім не означають, що доповідь має бути суто формальною, підкреслено «сухою», виключати будь-яку ініціативу судді-доповідача. Суддя-доповідач опосередковано висловлює свою думку, вказуючи у своїй доповіді на інші дані, що впливають як з матеріалів кримінального провадження, так і з нових доказів, але не взятих учасниками судового провадження до уваги. Така ініціатива є проявом засади публічності у стадії апеляційного провадження і безперечно спрямована на встанов-

лення істини за результатами апеляційного розгляду.

У КПК України не передбачена можливість поставити запитання судді-доповідачу. Видається, що доповідачу можуть бути задані запитання як суддями, що входять до складу суду у даному провадженні, так і учасниками судового провадження. Як правильно стверджував І.І. Потеружа, відповіді доповідача на запитання, що стосуються суті справи, доповнюють доповідь, уточнюють окремі обставини, розкривають, наскільки дотримані вимоги закону при провадженні у справі, що сприяє правильному її вирішенню судом [18, 98]. Доповідач, будучи водночас головуючим, вправі відвести поставлене йому запитання. Крім того, учасники судового провадження можуть заявити клопотання про доповнення доповіді.

Аналогічна позиція з цього питання висловлена й у польській процесуальній доктрині. Так, польські дослідники стверджують, що немає перешкод у тому, аби сторони просили про доповнення чи повторення окремих фрагментів доповіді, особливо, коли доповідач вказує, наприклад, на питання, що вимагають вирішення в силу публічності (офіційності) або неправильно повідомляє про апеляційні вимоги сторін [35, 388; 30, 892].

З метою перевірки правильності встановлення судом першої інстанції обставин кримінального провадження та дослідження нових доказів в апеляційному розгляді дозволяється проводити будь-які процесуальні дії, передбачені главою 28 КПК України «Судовий розгляд»: 1) допит обвинуваченого, свідка, потерпілого, в тому числі одночасний допит вже допитаних свідків, потерпілих, обвинувачених; 2) пред'явлення для впізнання осіб або предметів; 3) огляд речових доказів; 4) оголошення документів, відтворення звуко- та відеозаписів; 5) одержання консультацій та роз'яснень спеціаліста; 6) огляд на місці; 7) призначення і проведення експертизи, допит експерта, в тому числі одночасний допит двох чи більше експертів.

У зв'язку з цим виникає запитання: чи може суд апеляційної інстанції проводити вказані процесуальні дії за власною ініціативою, чи для цього вимагається клопотання учасників судового провадження?

Оскільки відповідно до ч. 1 ст. 405 КПК України апеляційний розгляд здійснюється згідно правилами судового розгляду в суді першої інстанції з урахуванням особливостей, передбачених главою 31 КПК України, то з ініціативи суду апеляційної інстанції можуть бути проведені лише такі процесуальні дії як призначення та проведення експертизи з підстав, передбачених законом (ч. 2 ст. 332 КПК України), по-

вторний допит свідка, потерпілого (ч. 13 ст. 352, ч. 2 ст. 353 КПК України), допит експерта (ч. 1 ст. 356 КПК України), оголошення документів (ч. 1 ст. 358 КПК України), огляд на місці (ч. 1 ст. 361 КПК України). Для проведення ж інших процесуальних дій (у тому числі доручення органу досудового розслідування провести певні слідчі (розшукові) дії, якщо під час апеляційного розгляду виникне необхідність у встановленні або перевірці обставин, що мають істотне значення для кримінального провадження, і вони не можуть бути встановлені або перевірені іншим шляхом) вимагається клопотання учасників судового провадження.

Вищенаведена відповідь пояснюється запровадженням у вітчизняному кримінальному судочинстві неповної моделі апеляційного провадження, зумовлюється дією засади диспозитивності у вирішенні питання про його початок, а також у визначенні обсягу та меж апеляційної перевірки.

Своєю чергою, це тягне, на думку Н.О. Соловйової та Н.Т. Тришиної, заявлення стороною клопотань про проведення конкретних видів судових дій, проведення яких необхідне для обґрунтованого вирішення апеляційної скарги. Тобто сторона пропонує апеляційній інстанції спосіб перевірки вироку [22, 82–106].

Однак за такого підходу істотно обмежується активність апеляційної інстанції у з'ясуванні правильності встановлення судом нижчого рівня обставин кримінального провадження, дослідженні нових доказів, що неминуче призведе до ухвалення апеляційним судом рішення на недостатньо перевірених даних. Слід пам'ятати, що лише апеляційне провадження надає можливість учасникам судового провадження та іншим заінтересованим особам перевірити правильність встановлення фактичних обставин кримінального провадження судом першої інстанції, для чого апеляційний суд повинен бути наділений відповідними повноваженнями. Більше того, аналізована позиція суперечить й положенням ч. 2 ст. 404 КПК України, які надають можливість суду апеляційної інстанції в силу засади публічності вийти за межі апеляційних вимог та здійснити перевірку правильності процесуальної діяльності суду нижчого рівня щодо тих питань та осіб, про які в апеляційній скаргі не йдеться. Тому хоча в законі й відсутня пряма вказівка про право суду апеляційної інстанції з власної ініціативи провести процесуальні дії, однак немає й підстав заборонити йому їх проводити, оскільки такі дії спрямовані як на перевірку правильності встановлення обставин кримінального провадження, так і на дослідження нових доказів за клопотанням учасників

судового провадження, без чого апеляційний суд не зможе оцінити всебічність і повноту з'ясування обставин кримінального провадження та достовірність доказів. Інакше кажучи, з'ясування правильності встановлення обставин кримінального провадження та дослідження нових доказів здійснюється апеляційною інстанцією лише з ініціативи учасників судового провадження, однак способи такого дослідження можуть визначатися й самим апеляційним судом.

З огляду на вищевикладене, ст. 405 КПК України доцільно доповнити ч. 3.2. такого змісту: «З метою повторного дослідження обставин кримінального провадження та дослідження нових доказів суд апеляційної інстанції вправі проводити за клопотанням учасників судового провадження або з власної ініціативи процесуальні дії, передбачені главою 28 цього Кодексу».

Водночас обсяг та зміст процесуальних дій, що можуть бути проведені під час апеляційного розгляду зумовлені його обсягом та межами, визначеними суддею-доповідачем під час доповіді, виходячи з процесуальних вимог, зазначених у апеляційних скаргах, змінах і доповненнях до них, клопотаннях, викладених у запереченнях до апеляційних скарг. Наведене твердження пояснюється положеннями ч. 1 ст. 404 КПК України про те, що суд апеляційної інстанції перевіряє рішення суду першої інстанції в межах апеляційної скарги, та ч. 3 цієї статті про те, що за клопотанням учасників судового провадження суд апеляційної інстанції зобов'язаний повторно дослідити обставини, встановлені під час кримінального провадження, за умови, що вони досліджені судом першої інстанції не повністю або з порушеннями, та може дослідити докази, які не досліджувалися судом першої інстанції, виключно якщо про дослідження таких доказів учасники судового провадження заявляли клопотання під час розгляду в суді першої інстанції або якщо вони стали відомі після ухвалення судового рішення, що оскаржується.

Згідно ч. 2 ст. 404 КПК України суд апеляційної інстанції вправі й вийти за межі апеляційних вимог, якщо цим не погіршується становище обвинуваченого або особи, щодо якої вирішувалося питання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру. Це відбувається у разі виявлення апеляційним судом інших порушень закону (як закону України про кримінальну відповідальність, так і кримінально-процесуального закону), не вказаних в апеляційній скарзі, але таких, що ставлять під сумнів правосудність оскарженого судового рішення, усунення яких не погіршуватиме становища обвинуваченого, особи, щодо якої застосовано примусові заходи виховного і медичного характеру.

Таким чином, апеляційна інстанція здатна здійснити дослідження доказів, керуючись засадою безпосередності дослідження показань, речей і документів (ст. 23 КПК України).

КПК України, на відміну від ч. 3 ст. 327 КПК Республіки Болгарія [12, 117], ч. 5 ст. 389¹³ КПК Російської Федерації [25, 172] не містить припису про те, що свідки, потерпілі, які раніше давали показання в суді першої інстанції, а також експерт, який у судовому засіданні проводив експертне дослідження чи роз'яснював висновок, можуть бути допитані в суді апеляційної інстанції тільки у випадках, коли апеляційний суд визнає їх участь обов'язковою. Звідси клопотання учасника судового провадження про виклик у судові засідання для участі в апеляційному розгляді свідка, потерпілого чи експерта, допитаних у суді першої інстанції, повинно бути задоволене в усіх випадках, якщо інформація, яку вони можуть повідомити, стосується оскарженої частини вироку або ухвали і учасник судового провадження обґрунтував своє клопотання (для прикладу, суду першої інстанції було відомо про свідка, але він не був допитаний без достатніх для цього підстав; достовірність показань потерпілого оспорується стороною захисту і т.п.). Подібним чином це питання вирішене у ч. 2 § 323 КПК ФРН – виклик допитаних в суді першої інстанції свідків та експертів може не проводитися тільки в тому випадку, коли їх повторний допит не вимагається для з'ясування обставин справи. При цьому згідно ч. 4 даного параграфу при виборі свідків та експертів, які підлягають виклику до суду повинно бути звернено увагу на осіб, які були названі підсудним для обґрунтування апеляційної скарги [38, 131].

У зв'язку з цим, ст. 405 КПК України варто доповнити ч. 3.3. такого змісту: «Клопотання учасника судового провадження про виклик для участі в апеляційному розгляді свідка, потерпілого чи експерта, допитаних у суді першої інстанції, підлягає задоволенню, якщо відомості, які вони можуть повідомити, мають значення для кримінального провадження та стосуються оскарженої частини вироку або ухвали».

Важливим є питання про право суду апеляційної інстанції оголосити протоколи слідчих (розшукових) дій та інші документи, що містяться у матеріалах кримінального провадження, відтворити звукозапис провадження в суді першої інстанції.

З одного боку, керуючись приписами ст. 23 КПК України про безпосередність дослідження судом доказів, отримання ним усних показань учасників кримінального провадження, а також положенням ч. 4 ст. 95 КПК України про обов'язок суду обґрунтовувати свої висновки лише на показаннях, які він без-

посередньо сприймав під час судового засідання, така можливість у нього відсутня. Виняток з цього правила закріплений у ч. 5 ст. 225 КПК України, відповідно до якої з метою перевірки правдивості показань свідка, потерпілого та з'ясування розбіжностей з показаннями, наданими ними під час досудового розслідування в судовому засіданні, вони можуть бути оголошені при їх допиті під час судового розгляду. З іншого боку, ч. 1 ст. 358 КПК України, будучи спеціальною нормою, встановлює обов'язок суду з власної ініціативи оголосити протоколи слідчих (розшукових) дій та інших долучених до матеріалів кримінального провадження документів, якщо у них викладені чи посвідчені відомості, що мають значення для встановлення фактів і обставин кримінального провадження.

На наш погляд, суд апеляційної інстанції вправі оголосити показання учасників судового провадження, відтворити звуко- і відеозаписи, при чому як тих, які не були викликані в засідання апеляційного суду, але були допитані в суді першої інстанції, так і тих, які беруть участь в апеляційному розгляді. За іншого підходу якісно перевірити обставини, встановлені під час кримінального провадження в суді першої інстанції, та дослідити нові докази не виявиться можливим. Так, якщо свідок, який давав показання під час досудового розслідування та судового розгляду помер, або коли показання обвинуваченого, дані ним на досудовому розслідуванні та в ході судового розгляду містять істотні суперечності, то оголошення або відтворення звукозапису їх показань залишається єдиним засобом перевірки достовірності доказів, покладених в основу рішення суду першої інстанції.

Тож у ст. 405 КПК України доцільно передбачити ч. 3.4, згідно якої: «Суд апеляційної інстанції вправі оголосити показання учасників судового провадження, відтворити звуко- та відеозаписи, незалежно від того, чи були вони допитані в суді першої інстанції та чи викликані для участі в апеляційному розгляді».

Учасники судового провадження вправі заявляти клопотання і про виклик нових свідків, витребування нових доказів, призначення експертизи. При цьому суд апеляційної інстанції не вправі відмовити у задоволенні клопотання на тій підставі, що вони не були задоволені судом першої інстанції.

Тож коло доказів, які можуть бути покладені в основу рішення апеляційного суду, значно ширше, ніж при розгляді кримінального провадження в суді першої інстанції.

Окрім наведених вище, існують й інші особливості дослідження обставин кримінального провадження та нових доказів у суді апеляційної інстанції, зумов-

лені самою суттю апеляційного провадження, його завданнями, значенням, місцем у системі кримінального провадження.

Так, суд апеляційної інстанції покликаний не стільки самостійно встановити обставини кримінального провадження, скільки перевірити та оцінити правильність їх встановлення судом першої інстанції, точність та відповідність застосування ним норм матеріального і процесуального закону, справедливості призначеного заходу кримінально-правового впливу, а також безпомилковості вирішення інших питань, що підлягають з'ясуванню при ухваленні судового рішення [3, 47; 35, 404]. Поряд з цим, дослідження в апеляційній інстанції навряд чи можна називати лише повторним; у ряді випадків – це нове здійснення кримінально-процесуальної діяльності з можливим залученням доказів, які не були предметом розгляду в суді першої інстанції, що дозволяють встановлювати і визнавати доведеними обставини, не з'ясовані або помилково оцінені під час судового розгляду.

Таким чином, у стадії апеляційного провадження збирання доказів можливе шляхом їх подання учасниками судового провадження або витребування за їх клопотанням апеляційною інстанцією. Суд апеляційної інстанції збирати докази з власної ініціативи не вправі.

Зазвичай суд апеляційної інстанції обґрунтовує своє рішення на доказах, наявних у матеріалах кримінального провадження. Однак у разі дефектності з'ясування обставин кримінального провадження судом першої інстанції та (або) наявності доказів, що не були предметом судового розгляду, апеляційний суд має можливість безпосередньо їх дослідити.

У дослідженні доказів судом апеляційної інстанції можна виділити три етапи. Початком першого етапу є надходження апеляційної скарги з матеріалами кримінального провадження судді-доповідачу; другий етап розпочинається з моменту винесення суддею-доповідачем ухвали про відкриття апеляційного провадження, а третій – з доповіді справи.

КПК України доцільно доповнити положеннями, які б не лише удосконалили порядок дослідження доказів апеляційною інстанцією, але й розширили її активність у з'ясуванні правильності встановлення судом нижчого рівня обставин кримінального провадження.

Сучасний стан розробки питань, пов'язаних із перевіркою правильності встановлення предмету доказування та дослідження нових доказів у стадії апеляційного провадження, не може повністю задовольнити ні доктрину кримінального процесу, ні

потреби практики. Ґрунтовному аналізу підлягає порядок проведення конкретних процесуальних дій, спрямованих на повторне з'ясування обставин кримінального провадження і дослідження доказів. Актуальною залишається проблема активності суду апеляційної інстанції у доказуванні. Наука кримінально-процесуального права повинна також ви-

вчити ефективність апеляційної перевірки судового рішення на підставі запису судового засідання, зробленого за допомогою технічного засобу, оскільки з психологічної точки зору сприйняття інформації на слух значно важче, ніж її сприйняття за допомогою зору.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Аверкин А.И. Проверка и исследование доказательств в суде апелляционной инстанции / А.И. Аверкин, А.В. Кудрявцева, В.П. Смирнов // Уголовное право. – 2012. – № 6. – С. 57–65.
2. Алексеев В.Б. Оценка доказательств в надзорной инстанции в советском уголовном процессе : автореф. дисс. на соискание научн. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и процесс» / В.Б. Алексеев – М., 1965. – 18 с.
3. Динер А.А. Апелляционное производство в российском уголовном процессе : науч. -практ. пособие / А.А. Динер, Л.Ф. Мартыняхин, Н.Н. Сенин ; под общ. ред. Л.Ф. Мартыняхина. – М. : Юристъ, 2003. – 112 с.
4. Ковтун Н.Н. Апелляционное, кассационное и надзорное производство по уголовным делам в контексте соответствия международно-правовому стандарту / Н.Н. Ковтун // Международное уголовное право и международная юстиция. – 2012. – № 3. – С. 9.
5. Ковтун Н.Н. Апелляционное производство в уголовном процессе России : проблемы и решения / Н.Н. Ковтун, А.С. Александров // Государство и право. – 2001. – № 3. – С. 38–45.
6. Ковтун Н.Н. Производство в суде надзорной инстанции: вопросов больше, чем ответов / Н.Н. Ковтун, А.С. Подшибякин // Российский судья. – 2002. – № 9. – С. 15–22.
7. Копьева А.Н. Доказывание по уголовным делам в вышестоящем суде / А.Н. Копьева. – Иркутск : Изд-во Иркутск. ун-та, 1990. – 192 с.
8. Лупинская П. А. Пересмотр приговоров, определений и постановлений, вступивших в законную силу, в порядке судебного надзора. Учебное пособие / П. А. Лупинская. – М., 1978. – 52 с.
9. Мартынич Е.Г. Гарантии прав осужденного в надзорном производстве / Е.Г. Мартынич ; отв. ред. В.И. Мокряк. – Кишинев : Штиинца, 1985. – 159 с.
10. Мухин И.И. Кассационное обжалование, опротестование и пересмотр приговоров / И.И. Мухин. – М. : Госюриздат, 1956. – 120 с.
11. Наказ Генерального прокурора України «Про організацію діяльності прокурорів у кримінальному провадженні» від 19 грудня 2012 р. № 4гн. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.gp.gov.ua/ua/gl.html?_m=publications&_t=rec&id=94102
12. Наказателно-процесуален кодекс. – София : Солотон, 2012. – 180 с.
13. Перетятко Н.М. Теоретические основы оценки доказательств в судах второй и надзорной инстанций / Н.М. Перетятко, А.И. Гришин, П.П. Сергун ; под общ. ред. П.П. Сергуна. – Саратов : РПА Минюста России, 2009. – 199 с.
14. Перлов И.Д. Кассационное производство в советском уголовном процессе / И.Д. Перлов. – М. : Юрид. лит., 1968. – 396 с.
15. Перлов И.Д. Надзорное производство в уголовном процессе / И.Д. Перлов. – М. : Юрид. лит., 1974. – 256 с.
16. Постановление Европейского Суда по правам человека от 7 июня 2001 г. по делу «Кресс (Kress) против Франции» [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.rrpoi.narod.ru/echr/another_3/kress.htm
17. Потапов В.Д. Основные начала проверки судебных решений в контрольно-проверочных стадиях и производствах уголовного судопроизводства России : монография / В.Д. Потапов ; под ред. докт. юрид. наук, проф., заслуженного деятеля науки Российской Федерации О.А. Зайцева. – М. : Юрлитинформ, 2012. – 376 с.
18. Потеружа И.И. Значение надзорного производства уголовных дел в укреплении законности / И.И. Потеружа ; научн. ред. В.И. Семенов. – Минск : Наука и техника, 1985. – 143 с.

19. Рябцева Е.В. Судебная деятельность в уголовном процессе России / Е.В. Рябцева. – Ростов н/Д : Феникс, 2006. – 320 с.
20. Словник української мови у 10 томах. Т. 2 / За ред. М.А. Мандрика. – К. : Наукова думка, 1971. – 550 с.
21. Смирнов А.В. Реформа порядка пересмотра судебных решений по уголовным делам: апелляция [Электронный ресурс] / А.В. Смирнов. – Режим доступа: http://buisky.kst.sudrf.ru/modules.php?name=press_dep&op=1&did=178.
22. Соловьева Н.А. Юридикто-фактическая проверка приговора в апелляционном производстве : монография / Н.А. Соловьева, Н.Т. Тришина. – М. : Юрлитинформ, 2013. – 184 с.
23. Строгович М.С. Проверка законности и обоснованности судебных приговоров / М.С. Строгович. – М. : Изд-во Академии наук СССР, 1956. – 320 с.
24. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Молдова. – Chişinău : Elena-V.I., 2007. – 234 с.
25. Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации. – М. : Омега-Л, 2012. – 247 с.
26. Филин Д.В. Диспозитивно-публичное начало апелляции в уголовном процессе Украины / Д.В. Филин // Право і безпека. – 2002. – № 1. – С. 97–100.
27. Филин Д.В. Проблемы апелляции в современном уголовно-процессуальном законодательстве Украины / Д.В. Филин // Государство и право. – 2005. – № 2. – С. 76–83.
28. Haller Klaus, Conzen Klaus. Das Strafverfahren. Eine systematische Darstellung mit Originalakte und Fallbeispielen. 6 Auflage. – München : C.F. Müller, 2011. – 629 s.
29. Hofmański Piotr (red.), Sadzik Elżbieta, Zgryzek Kazimierz. Kodeks postępowania karnego. Tom II. Komentarz do artykułów 297–467. – Warszawa : C.H. BECK, 2011. – 1011 s.
30. Grzegorzczuk Tomasz, Tylman Janusz. Polskie postępowanie karne. – Wydanie 8. – Warszawa : Lexis Nexis, 2011. – 1137 s.
31. Grzeszczyk Wincenty. Postępowanie dowodowe na rozprawie odwoławczej / Wincenty Grzeszczyk // Prokuratura i Prawo. – 2008. – № 3. – S. 16–22.
32. Joecks Wolfgang. Strafprozessordnung. Studienkommentar. 3 Auflage. – München : C.H. Beck, 2011. – 881 s.
33. Jiří Jelínek a kolektiv. Trestní právo procesní. – 2 vydání podle novelizované právní úpravy účinné od 1. 9. 2011. – Praha : Leges, 2011. – 816 s.
34. Jiří Jelínek a kolektiv. Trestní zákoník a trestní řád s poznámkami a judikaturou. 3 vydání. – Praha : Leges, 2012. – 1301 s.
35. Klejnowska Monika. Ograniczenia sądu odwoławczego orzekającego w sprawie karnej po wniesieniu środka zaskarżenia. – Rzeszów : Wydawnictwo Uniwersytetu Rzeszowskiego, 2008. – 735 s.
36. Kodeks postępowania karnego. – Wydanie 10. – Warszawa : Lexis Nexis, 2011. – 347 s.
37. Roxin Claus, Schünemann Bernd. Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch. 27 Auflage. – München : C.H. Beck, 2012. – 568 s.
38. Strafprozessordnung. – 48 Auflage. – München : C.H. Beck, 2012. – 338 s.
39. Strafprozessordnung. StPO 1975. 21 Auflage. – Wien : Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2012. – 537 s.
40. Świecki Dariusz. Apelacja w postępowaniu karnym. – Wydanie 1. Warszawa : Lexis Nexis, 2011. – 351 s.
41. Trestný zákon a Trestný poriadok s príkladmi. – Žilina : Poradca, 2012. – 288 s.

**СОБИРАНИЕ И ИССЛЕДОВАНИЕ
ДОКАЗАТЕЛЬСТВ НА СТАДИИ
АПЕЛЛЯЦИОННОГО ПРОИЗВОДСТВА
ПО УПК УКРАИНЫ*****Бобечко Назар Ростиславович***

Аннотация: Рассмотрены элементы процесса доказывания на стадии апелляционного производства уголовного судопроизводства – собирание и исследование доказательств, которые являются важнейшим условием принятия судом апелляционной инстанции правосудного решения. Анализируя соответствующие нормы УПК Украины и УПК зарубежных государств, позиции, изложенные как в отечественной, так и зарубежной литературе, автор наводит свое видение вопросов, что входят в предмет исследования, вносит предложения по усовершенствованию уголовно-процессуального законодательства Украины.

Ключевые слова: обстоятельства уголовного производства, новые доказательства, собирание доказательств, исследование доказательств, апелляционное производство, участники судебного производства, суд апелляционной инстанции..

**COLLECTION AND EXAMINATION
OF EVIDENCE ON APPEAL STAGE
OF CRIMINAL PROCEDURE
CODE OF UKRAINE*****Bobechko Nazar Rostyslavovych***

Summary: One of the elements of the process of evidence on appeal of criminal proceedings – evidence collection and examination of the evidence, which are crucial for the adoption of the appellate court rightly solutions is considered. Analyzing the relevant rules of the Criminal Procedure Code of Ukraine and the Criminal Procedure Code of foreign countries, the views expressed both in domestic and foreign literature, the author brings his vision of the issues that are outside the scope of research, making suggestions to improve the criminal procedure legislation of Ukraine.

Keywords: the circumstances of the criminal proceedings, new evidence, evidence collection, examination of the evidence, appellate proceedings, the participants of judicial proceedings, the Court of Appeal.