# Принцип змагальності на досудовому слідстві у кримінальному судочинстві України

**Ю. М. Середа**
*аспірант кафедри криміналістики юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

*З урахуванням сучасних положень теорії і чинного законодавства розглянуті проблемні аспекти механізму реалізації принципів змагальності та рівності сторін в ході досудового слідства.*
**Ключові слова:** *досудове слідство, змагальність, захист, обвинувачення.*

*С учётом современных положений теории и действующего законодательства рассмотрены проблемные аспекты механизма реализации принципов состязательности и равенства сторон во время досудебного следствия.*
**Ключевые слова:** *досудебное следствие, состязательность, защита, обвинение.*

*Taking into account modern positions of theory and current legislation the problem aspects of mechanism of realization of principles of contentionness and equality of sides during pre-trial investigation are considered.*
**Keywords:** *pre-trial investigation, contentionness, defence, prosecution.*

Однією із конституційних засад судочинства України є змагальність сторін, свобода у наданні ними суду своїх доказів та доведення перед ним їх переконливості. Зазначений принцип закріплений і в ст. ст. 16-1 КПК та 20 проекту КПК України. Наведені положення Конституції та КПК України дають підстави для висновку, що кримінальний процес в Україні змагальний. Водночас системний аналіз чинного кримінально-процесуального законодавства свідчить про те, що судочинство в Україні здійснюється за т. зв. змішаним принципом, згідно з яким досудове слідство є розшуковим, а судовий розгляд – змагальним. Як наслідок, на досудовому слідстві визначальну роль у провадженні справи покладено на слідчого, як представника сторони обвинувачення, а принцип змагальності починає діяти лише в ході судового розгляду. Отже, досудове слідство в Україні продовжує залишатися обвинувальним, що не відповідає сучасним демократичним тенденціям його розвитку і дає підстави для висновку, що в кримінальному процесі продовжують домінувати обвинувальні підходи [3, с. 696]. А якщо так, то означена проблема набуває не тільки правового, а й політичного характеру, оскільки у демократичній державі саме рівень розвитку принципу змагальності у кримінальному судочинстві свідчить про стан захищеності прав і свобод громадян, про рівень незалежності адвокатури, про рівність сторін тощо.

Свої погляди щодо проблем змагальності у кримінальному судочинстві висловлювали такі вчені, як І. Ю. Гловацький, Ю. М. Грошевий, Т. В. Корчева, В. Т. Маляренко, М. М. Михеєнко, В. О. Попелюшко, В. П. Шибіко та ін. Проте й сьогодні ця проблема продовжує залишатися відкритою, оскільки ні Конституція, ні чинний КПК України не містять спеціальної норми, яка б не тільки проголошувала, а й гарантувала здійснення принципу змагальності сторін з моменту порушення кримінальної справи. Адже якщо цей принцип декларується, то для його реалізації мали б бути передбачені певні гарантії і передусім хоча б формальні підстави, що, як уже зазначалося, на стадії досудового слідства відсутні.

Напевно, для виходу з цієї ситуації слід було б скористатися принципом: «дозволено все, що не заборонено законом», який і передбачає право підозрюваного та обвинуваченого отримувати можливість користуватися допомогою професійного захисника. Але якщо так, то цей принцип також мав би бути закріпленим на всіх стадіях процесу в спеціальній нормі КПК України, який би свідчив про те, що для забезпечення реалізації принципу змагальності в кримінальному судочинстві України сторонам надано рівний обсяг можливостей для здійснення своїх прав та законних інтересів.

Отже, вважаємо за доцільне ч. 1 ст. 16-1 чинного КПК України, згідно з якою «розгляд справ у судах відбувається на засадах змагальності», викласти у такій редакції: «Кримінальне судочинство на всіх його стадіях здійснюється на засадах змагальності».

Разом з тим, одним із механізмів забезпечення реальних можливостей підозрюваного, обвинуваченого та їхнього захисника на цих стадіях процесу є не лише закріплення в законі принципу змагальності та рівності сторін у дізнанні й досудовому слідстві, а й реальне розширення прав і можливостей сторони захисту щодо збирання доказів чи оскарження на цих стадіях процесу дій органів дізнання й слідства. Оскільки на сьогодні рівність сторін на цих етапах процесу лише декларативна, що не відповідає Міжнародному пакту про громадянські й політичні права, відповідно до п. 3 ст. 14 якого, принцип змагальності діє на всіх стадіях кримінального процесу й кожному на основі цілковитої рівності як мінімум гарантуються можливості

свого захисту: бути терміново й детально повідомленим про характер і підстави обвинувачення [10].

У юридичній літературі трапляються висновки, що в кримінальному судочинстві з моменту притягнення особи як обвинуваченого виникають елементи засади змагальності. Зокрема, В. М. Тертишник наголошує, що притягнення особи як обвинуваченого «дає початок змагальності кримінального процесу» [19, с. 638]. А на думку П. Д. Біленчука, винесення постанови про притягнення як обвинуваченого «зобов'язує слідчого до реалізації функції обвинувачення у процесуальних формах, визначених законом» [1, с. 20].

Безперечно, саме на цьому етапі стадії досудового слідства проявляються елементи засади змагальності, оскільки з моменту винесення відповідної постанови особа набуває процесуального статусу обвинуваченого, у зв'язку з чим їй надається право на виконання функції захисту, зокрема, можливість захищатися від висунутого їй обвинувачення. Проте однозначно пов'язувати виникнення принципу змагальності лише з притягненням особи як обвинуваченого не варто, оскільки цей принцип мав би знаходити свій прояв і за умови визнання її підозрюваним у справі.

Як відомо, одним із механізмів реалізації принципу змагальності у кримінальному судочинстві є можливість особи користуватися допомогою захисника. Зокрема, згідно з 44 КПК України «захисник допускається до участі в справі в будь-якій стадії процесу», хоча фактично його допуск (а в зв'язку з цим і виникнення функції захисту) пов'язується з моментом визнання особи підозрюваним. Не випадково Ю. М. Грошевий підкреслює, що виникнення функції захисту перебуває в залежності від моменту, коли підозра набуває юридичного оформлення [4, с. 138 – 147].

На думку Н. В. Буланової, засада змагальності у досудових стадіях найбільш повно реалізується саме при розгляді судом подання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, оскільки в цьому випадку функції обвинувачення, захисту й вирішення справи відокремлені одна від одної, сторони обвинувачення та захисту мають рівні процесуальні можливості для обстоювання своєї позиції перед судом [2, с. 103]. Відповідно, з огляду на дію елементів засади змагальності, уповноважені особи повинні не лише обґрунтувати подання про взяття підозрюваного, обвинуваченого під варту, а й спростувати доводи суб'єктів захисту щодо недоцільності обрання цього запобіжного заходу.

Проблема змагальності сторін проявляється і в тому, що законодавець не надав стороні захисту активних прав щодо збирання доказів, зокрема на досудових стадіях процесу. Адже згідно з п. 13 ст. 48 КПК України захисник має право збирати відомості про факти, що можуть використовуватися як докази у справі, в тому числі й одержувати документи чи їх копії від фізичних та юридичних осіб, знайомитися на підприємствах, в установах, організаціях, об'єднаннях громадян з необхідними документами, крім тих, таємниця яких охороняється законом, одержувати письмові висновки фахівців з питань, що вимагають спеціальних знань, опитувати громадян, що й свідчить про певні обмеження щодо реалізації захисником наданого законом права. Зазначену проблему можна було б вирішити наданням адвокату права здійснювати «адвокатське (паралельне) розслідування». На необхідність надання стороні захисту можливості проводити альтернативне розслідування звертається увага в ч. 5 п. 2 розд. IV Концепції вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів, схваленої Указом Президента України від 10.05.2006 р. № 361/2006 [6]. Тому було б доцільно надати захиснику право виконувати альтерна-

тивні слідчі дії. Така думка висловлювалася ще в кінці XIX ст. І. Я. Фойницьким, який наголошував, що захисник може вжити всіх заходів, необхідних для поповнення наявних у нього відомостей у справі [22, с. 72], а О. Р. Михайленко обґрунтовує необхідність надання захиснику права проводити дії неслідчого характеру, які не порушують права та інтереси інших осіб і не суперечать закону [9, с. 317].

Однак пропозиція про запровадження т. зв. адвокатського розслідування вченими сприймається неоднозначно. Як зазначає В. М. Тертишник, ця ідея заманлива, але може бути спотворена, оскільки слідчий буде здійснювати функцію не розслідування (всебічного, повного і об'єктивного дослідження справи, як це вимагає ст. 22 КПК України), а якогось переслідування, а, отже, з самого початку йому має протидіяти паралельне розслідування. Насправді, прибуваючи на місце події, слідчий ще не знає, чи відбувся злочин, чи то був казус. Він має перевіряти всі версії, збирати і досліджувати матеріальну обстановку, будь-які докази. Змагальність сторін має місце тоді, коли з'являються сторони. А до цього має бути об'єктивне неупереджене слідство. Наділивши захисника правом збирати доказову інформацію, законодавець зробив значний крок на шляху реалізації в кримінальному процесі принципу змагальності сторін. При цьому захиснику надані лише найнеобхідніші права, а процесуальна форма їх реалізації законом не регламентована. Пояснюється це тим, що на боці захисника принцип презумпції невинуватості, згідно з яким діє правило: всі сумніви тлумачаться й розв'язуються на користь обвинуваченого. В силу цього захиснику не обов'язково збирати неспростовні докази невинуватості свого підзахисного, а достатньо надати лише такі, які породжують сумніви його вини. Проте, все ж таки, процесуальна форма дій захисника щодо збирання доказів повинна передбачати певні гарантії отримання достовірних фактичних даних. Інакше можливості для того, щоб сіяти сумніви, можуть виявлятися безмежними [18, с. 94].

Але ще випукліше ця проблема простежується на прикладі законів України «Про банки і банківську діяльність» [12], «Про державну таємницю» [13], «Про нотаріат» [15], згідно з якими ускладнюється або навіть і унеможливлюється допуск захисника до інформації, яка може мати значення для справи.

Перешкодою в реалізації принципу рівності сторін у збиранні доказів є й те, що в Законі України «Про адвокатуру» [11] не вказано строк розгляду та виконання запиту адвоката. Звичайно, ця проблема могла б компенсуватися ст. 33 Закону України «Про інформацію» [14]. Однак цей закон прирівнює запит адвоката до категорії інформаційних запитів, граничний строк розгляду яких для надання відповіді на них становить один місяць, що не сприяє оперативному розв'язанню завдань, які виникають в ході розслідування. З огляду на зазначене, вважаємо за доцільне ст. 33 Закону України «Про інформацію» доповнити так: «строк задоволення адвокатського запиту становить не більше десяти днів».

Стаття 302 Цивільного кодексу України також встановлює ряд обмежень щодо збирання, зберігання, використання і поширення інформації про особисте життя фізичної особи, що без її згоди не допускаються, крім випадків, визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини. Не допускається також збирання інформації, яка є державною таємницею або конфіденційною інформацією юридичної особи [20].

З позиції необхідності реального забезпечення принципу змагальності в сфері кримінального судочинства не менш складною є чинна процедура повернення кримінальних справ на додаткове розслідування,

яка також потребує докорінного реформування, оскільки цей інститут, часто, по суті, є альтернативою виправдувальному вироку в суді. Адже «аксіомою правосуддя» є те, що вирок у справі має бути або обвинувальним, або виправдувальним [21] і якщо прокурор неспроможний обґрунтувати обвинувачення, то суд не повинен приходити йому на допомогу і пропонувати додаткове розслідування. Адже така його позиція свідчить про те, що він зорієнтований на винесення лише обвинувального вироку. Отже, повернення справи на додаткове розслідування, замість винесення виправдувального вироку, означає обвинувальну змову між судом і прокурором. А тому очевидна необхідність перегляду повноважень суду щодо направлення справи на додаткове розслідування та надання органам досудового слідства доручення щодо пошуку доказів, в напрямі передбачення обов'язку суду постановляти виправдувальний вирок, у випадках якщо обвинувачення не довело вини особи у вчиненні злочину.

Отже, вважаємо, що п. 6 ч. 1 ст. 244 «Рішення судді за результатами попереднього розгляду справи», ст. 246 «Повернення справи на додаткове розслідування», ч. 2 ст. 277 «Зміна обвинувачення в суді», ст. 281 «Направлення справи на додаткове розслідування» КПК України необхідно переглянути з урахуванням принципу змагальності та рівності сторін у кримінальному процесі.

З огляду на це ст. 244 КПК України доцільно було б сформулювати так: «За результатами попереднього розгляду справи суддя своєю постановою приймає одне з таких рішень: 1) про призначення справи до судового розгляду; 2) про зупинення провадження в справі; 3) про повернення справи прокуророві; 4) про направлення справи за підсудністю; 5) про закриття справи».

Частину 4 статті 327 КПК України «Види вироків» пропонуємо викласти в такій редакції: «Виправдувальний вирок постановляється у випадках, коли не встановлено події злочину, коли в діянні підсудного немає складу злочину, коли не доведено участі підсудного у вчиненні злочину, а також коли обвинувачення не довело вини особи у вчиненні злочину».

Означена проблема простежується і в чинному порядку отримання згоди на обшук, яким передбачено, що документом, який надає право на проведення цієї слідчої дії, зокрема у помешканні або іншому володінні особи, є постанова судді, яка оскарженню не підлягає. Водночас, на постанову судді про відмову в проведенні обшуку протягом трьох діб з дня її винесення прокурором може бути подана апеляція до апеляційного суду. Тобто законодавець, явно порушуючи засади змагальності, не передбачив у цій статті можливості оскарження стороною захисту хоча б уже проведеного обшуку. Саме тому ст. 177 КПК України «Підстави для проведення обшуку та порядок надання згоди на його проведення» необхідно доповнити частиною 7 такого змісту: «Особа, в якої було проведено обшук, у випадках, зазначених в цій статті, самостійно або через свого захисника має право вимагати перевірки судом чи прокурором правомірності його проведення».

В означеному контексті певний інтерес становить і діяльність захисника при призначенні та проведенні експертизи в ході досудового слідства, для проведення якої слідчий зобов'язаний винести мотивовану постанову, чим забезпечується процесуальний порядок її призначення (ст. 130 КПК України і ст. 4 Закону України «Про судову експертизу» [16]).

Крім того, слідчий зобов'язаний ознайомити обвинуваченого з постановою про призначення експертизи і роз'яснити його права, встановлені ст. 197 КПК України, що має бути посвідченим протоколом, складеним із дотриманням вимог ст. 85 КПК України. Що ж стосується захисни-

ка, то стаття 48 КПК України не передбачає його прав при призначенні і проведенні експертизи. Захисник лише має право одержувати письмові висновки спеціалістів з питань, що вимагають спеціальних знань (п. 13 ч. 2 ст. 48 КПК України). Враховуючи це, у КПК України необхідно закріпити права та обов'язки захисника при призначенні судової експертизи. А також, з метою забезпечення справжньої рівності сторін в ході досудового слідства, стороні захисту необхідно надати можливість ставити запитання експерту та призначати альтернативні експертизи. Тому пункт 13 частини 2 статті 48 КПК України «Обов'язки і права захисника» необхідно викласти у такій редакції: «збирати відомості про факти, що можуть використовуватися як докази в справі, в тому числі запитувати і одержувати документи чи їх копії від громадян та юридичних осіб, знайомитися на підприємствах, в установах, організаціях, об'єднаннях громадян з необхідними документами, крім тих, таємниця яких охороняється законом, одержувати письмові висновки фахівців з питань, що вимагають спеціальних знань, призначати альтернативну експертизу та ставити запитання експерту, опитувати громадян».

При призначенні експертизи слідчий може роз'яснити процесуальні права обвинуваченому без участі захисника, що суперечить принципу змагальності. Необхідно визнати обов'язковою участь захисника при оголошенні постанови про призначення експертизи, що буде свідчити про забезпечення права обвинуваченого на захист, а п. 4 ч. 2 ст. 48 КПК України «Обов'язки і права захисника» доцільно сформувати так: «бути присутнім на допитах підозрюваного, обвинуваченого, при оголошенні постанови про призначення експертизи та при виконанні інших слідчих дій, виконуваних з їх участю або за їх клопотанням чи клопотанням самого захисника, а при виконанні інших слідчих дій – з дозволу дізнавача, слідчого».

Статтю 129 КПК України «Розгляд клопотань слідчим» необхідно викласти так: «Клопотання підозрюваного, обвинуваченого, їх захисників, а також потерпілого і його представника, цивільного позивача, цивільного відповідача або їх представників про виконання будь-яких слідчих дій слідчий зобов'язаний розглянути в строк не більше трьох діб і задовольнити їх, якщо обставини, про встановлення яких заявлені клопотання, мають значення для справи.

Про результати розгляду клопотання повідомляються всі учасники процесу. Про повну або часткову відмову в клопотанні складається мотивована постанова».

Врахування зазначених пропозицій могло б сприяти пом'якшенню та реальному забезпеченню принципу змагальності на кожній стадії кримінального процесу, оскільки на сьогодні цей принцип фактично починає діяти лише в його судових стадіях. А це є доказом обвинувального характеру слідства і не відповідає ні демократичним тенденціям розвитку кримінального судочинства, ні Указу Президента України № 311/2008 від 8 квітня 2008 р. [7], яким було затверджено Концепцію реформування кримінальної юстиції України і одним з найважливіших засад якого й було визначено принцип змагальності та необхідність його поширення на всі стадії кримінального процесу, ні Указу Президента України № 361/2006 від 10 травня 2006 р. [6], яким затверджено Концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів, одним із завдань якого, є поширення принципу змагальності на стадію досудового слідства.

Наведене дає підстави для висновку, що реальне запровадження принципу змагальності та поширення його на всі стадії процесу є одним із найважливіших напрямів удосконалення судочинства України.

## Література


1. *Біленчук П. Д.* Процесуальні та криміналістичні проблеми дослідження обвинувачуваного (проблеми комплексного вивчення обвинувачуваного в стадії попереднього слідства) : Монографія. – К : Атіка, 1999. – 352 с.
2. *Буланова Н. В.* Заключение под стражу при предварительном расследовании преступлений. Научно-метод. пособ. / Под ред. М. Е. Токаревой. – М. : Юрлитинформ, 2005. – 256 с.
3. *Грошевий Ю.* Проблеми удосконалення законодавства, що регулює кримінально-процесуальну діяльність // Вісник Академії правових наук України. – 2003. – № 2 (33). – № 3 (34). – С. 686 – 698.
4. *Грошевий Ю. М.* Проблеми нормативного регулювання діяльності органів попереднього розслідування у новому КПК України // Вісник академії правових наук України. – 1995. – № 2. – С. 138 – 147.
5. Конституція України від 28 червня 1996 року // Офіційний сайт Верховної Ради України www.rada.gov.ua
6. Концепція вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів, затверджена Указом Президента України № 361/2006 від 10 травня 2006 р. // Офіційний сайт Верховної Ради України www.rada.gov.ua
7. Концепція реформування кримінальної юстиції України, затверджена Указом Президента України № 311/2008 від 8 квітня 2008 р. // Офіційний сайт Верховної Ради України www.rada.gov.ua
8. Кримінально-процесуальний кодекс України від 28.12.1960 р. № 1001-05 // Офіційний сайт Верховної Ради України www.rada.gov.ua
9. *Михайленко А. Р.* Расследование преступлений: законность и обеспечение прав граждан / Институт адвокатуры при Киевском национальном университете имени Тараса Шевченко. – К. : Юринком Интер, 1999. – 445 с.
10. Міжнародний пакт про громадянські й політичні права, ратифікований Указом Президії Верховної Ради Української РСР № 2148-VIII від 19.10.1973 р. // Офіційний сайт Верховної Ради України www.rada.gov.ua
11. Про адвокатуру: Закон України від 19.12.1992 р. № 2887-XII // Офіційний сайт Верховної Ради України www.rada.gov.ua
12. Про банки і банківську діяльність: Закон України від 07.12.2000 № 2121-III // Офіційний сайт Верховної Ради України www.rada.gov.ua
13. Про державну таємницю: Закон України від 21.01.1994 р. № 3855-XII // Офіційний сайт Верховної Ради України www.rada.gov.ua
14. Про інформацію: Закон України від 02.10.1992 р. № 2657-XII // Офіційний сайт Верховної Ради України www.rada.gov.ua
15. Про нотаріат: Закон України від 02.09.1993 р. № 3425-XII // Офіційний сайт Верховної Ради України www.rada.gov.ua
16. Про судову експертизу: Закон України від 25.02.1994 р. № 4038-XII // Офіційний сайт Верховної Ради України www.rada.gov.ua
17. Проект кримінально-процесуального кодексу України від 13.12.2007 р. № 1233 // Офіційний сайт Верховної Ради України www.rada.gov.ua
18. *Тертишник В. М.* Захист у змагальному кримінальному процесі // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2010. – № 12. – С. 90 – 95.
19. *Тертишник В. М.* Кримінально-процесуальне право України : Підруч. – К. : А.С.К., 2003. – 1120 с.
20. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV // Офіційний сайт Верховної Ради України www.rada.gov.ua
21. *Фаринник В. І.* Досудове слідство у кримінальному судочинстві: стан та перспективи реформування / Наукові записки інституту законодавства Верховної Ради України. – 2010. – Вип. 1 [Електр. ресурс]. – Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua
22. *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства. В 2-х т. – Т. 2 – СПб. : Альфа, 1996. – 607 с.