



В.Г. Гончаренко,  
доктор юридичних наук, професор,  
академік Академії правових наук України  
(Академія адвокатури України)

## Opus probandi в контексті процесуальних функцій і етики спілкування

*А потім доведь, що ти не верблюд...  
(мудре народне заперечення порочної  
практики доказування невинуватості)*

**Ключові слова:** доказування, обвинувачення, захист, процесуальні функції, презумпція невинуватості.

Останнім часом, щось років з десять, неприкрито стала набувати сили неприємна тенденція у здійсненні правосуддя та в офіційних і напівофіційних спілкуваннях. Вона полягає у необґрунтованому теоретично і дуже небезпечному практично змішуванні процесуальних функцій учасників судочинства і, що вже зовсім погано, у привласненні права представниками влади, засобів масової інформації, а то і так званими пересічними громадянами вирішувати остаточно і безапеляційно спірні питання по суті та проголошувати свої часом неоконкретні висновки щодо винуватості конкретних осіб, частенько особисто офіційно обзиваючи людей злочинцями і навіть бандитами або доручаючи робити цю ганебність своїм видресированим *instrumentum vocale*. На жаль, ця руйнівна тенденція глибоко зачепила свідомість деяких законодавців і посадовців високого рангу, що вже починає переростати в своєрідну складову державного управління. (До речі, історія нашої країни вже мала таке явище, коли загальні збори трудящих без слідства і суду одноставно визнавали своїх спів-

громадян і товаришів по роботі ворогами народу. Разом із їхніми сім'ями).

І вирішив я до Дня адвокатури 19 грудня, який встановлено Указом Президента України, в жанрі політико-правового есе, не сперечаючись ні з ким конкретно і прямо не підтримуючи нікого, а спираючись в той же час на твори і висловлювання близьких моєму науковому і людському серцю Т.В. Варфоломеєвої, І.В. Вернидубова, Ю.М. Грошевого, П.А. Лупинської, В.Т. Маляренка, В.Т. Нора, Б.Г. Розовського, В.М. Савицького, М.С. Строговича, Г.І. Чангулі, М.Є. Шумила та інших, спробувати поставити крапки над деякими "і", що, сподіваюсь, хоч трохи допоможе в становленні ефективного і справедливого судочинства.

Кримінальний процес за визначенням є процесом обвинувальним, бо він може розпочатись лише за умови офіційного документального оголошення про висунення адресного чи на даний момент знеособленого докору з приводу встановлення певних дій або бездіяльності, що мають ознаки злочину. Зразу ж підкреслимо і ствердимо на всі часи і для всіх абсолютно людей — правовий докір ґрунтується на встановлених *ознаках* злочину, а не на злочині, наявності якого

є лише гіпотезою, що на якомусь етапі дослідження може виявитись і істинною, і хибною, адже *ergare humanum est*. Висловлений офіційно докір матеріалізується в постанові про порушення кримінальної справи, і саме в час її підписання виникає процесуальна функція обвинувачення.

Поява цієї функції є неодмінною умовою (*conditio sine qua non*) і підставою для виникнення функції вирішення справи по суті, наявність і нормальне здійснення якої забезпечує реалізацію обвинувачем своїх претензій і повноважень та досягнення ним передбаченої законом мети — встановлення в суді шляхом подання і аналізу доказів вини конкретної особи у вчиненні певного злочину.

В той же час поява функції обвинувачення детермінує виникнення функції захисту, наявність якої є неодмінною другою, крім обвинувачення, шалькою терезів справедливості, бо дозволяє реалізувати конституційне право кожного на захист, повною мірою забезпечує здійснення принципу змагальності і врешті-решт є гарантією об'єктивності, неупередженості і повноти розгляду справи та прийняття істинного рішення.

Таким чином, лише поєднання і взаємодія названих трьох функцій складають кримінально-процесуальне провадження в його формальному і змістовому сенсах. При цьому поєднання функцій, цілісність процесу полягає в неодмінній наявності одночасно і аж до закінчення справи всіх трьох складових, а взаємодія означає постійний детермінуючий вплив одна на одну, в результаті чого кожна з них найбільш повно і результативно розкриває свої можливості.

Разом з тим, ні за яких обставин не можна ні на йоту допускати змішування означених функцій і тим більше доручати чи дозволяти виконання різних функцій одному якомусь суб'єкту судочинства або іншої офіційної регламентованої процедури.

Щоб було зрозумілішою неприпустимість і навіть згубність такого роду

аномалій, розглянемо коротко сутність і межі кожної з функцій.

Природа обвинувачення, в якій би сфері людського життя воно не виникло, принципово одна — висловлення у будь-якій зрозумілій адресату формі докору про неналежну поведінку. Воно може виникнути в політиці, виробничій діяльності, управлінні, громадському житті, побуті тощо. Проте нас цікавить перш за все і головним чином обвинувачення у вчиненні злочину як найбільш соціально загострене і таке, що може потягти у разі доведення вини кримінальну відповідальність аж до довічного ув'язнення, а тому має особливу передбачену законом процедуру здійснення.

Функція обвинувачення, повторю, здійснюється за визначеними законом правилами процедури, яка полягає у порушенні кримінального процесу, збиранні доказів, пред'явленні обвинувачення, складанні аргументованого обвинувального висновку, передачі справи до суду, підтриманні обвинувачення в суді. Це повинно відбуватися в описаній послідовності з постійним ініціюванням дій щодо доказування провини конкретної особи (осіб) обвинувачем, чийм незаперечним обов'язком і виключним правом є саме це доказування, яке має завершитись чіткою позицією обвинувача, обумовленою системою аргументів і його внутрішнім переконанням. Зрозуміло, що весь тягар доказування лежить на обвинувачеві, а тому всі недоліки здійснення функції обвинувачення залежать саме від якості його роботи. Більше того, законодавець цілком резонно передбачив можливість (і обов'язок!) державного обвинувача відмовитись від підтримання обвинувачення, якщо відсутність достатніх аргументів, сумніви і не усунені протиріччя не дозволяють незаперечно стверджувати винуватість обвинуваченого, бо *nemo qui condemnare potest, absolvere non potest* (кожний, хто може звинуватити, може й виправдати). У цьому випадку обвинувальний процес, за окремими винятками,

не має продовження. Правда, тут виникає багато правових і організаційних питань, але вони складають тему окремої розмови, що не вписується в загальну ідею даного есе.

Дозволю собі лише додати, що функція обвинувачення здійснюється публічно (від імені держави державними ж службовими особами) і приватно (потерпілим у справах приватного обвинувачення), але процесуальний принцип публічності судочинства діє завжди, бо кримінальне правосуддя може бути лише державним і здійснюватись від імені держави. Тому воно повинно проводитись на всіх етапах офіційно, відповідально і без галасу та всяких передчасних висновків і безапеляційних чванькуватих тверджень деяких чиновників, бо за всім цим стоїть авторитет держави (демократичної, соціальної, правової).

А щоб завершити загальний аналіз функції обвинувачення принагідно зауважу, що її здійснення вимагає рішучого удосконалення, бо зараз вона не має єдиного авторитетного і відповідального господаря, оскільки порушувати кримінальні справи (а, отже, і відкривати обвинувальний процес) має право безліч суб'єктів, багато хто з яких і гадки не мають про якийсь там *onus probandi*, відрізняючись феноменальним правовим невіглаством. Їм аби “прокукурікати”, а там хоч не розсвітай. Але ж обвинувачення починається і у таких випадках, і підтримувати його протягом усього процесу повинна мати право (і обов'язок) лише одна особа — прокурор. Тому в плані майбутнього, бажано — без зволікань, законодавства (*de lege ferenda*) необхідно закріпити виключне право порушувати кримінальні справи за прокурором, на якому, єдиному, і буде цілком природно і обґрунтовано лежати дуже тяжкий, але благородний тягар доказування вини певних осіб перед державою і суспільством.

Процесуальна функція захисту, будучи викликаною появою обвинувачення,

діє протягом усього процесу одночасно як реалізація конституційного права громадян на захист, опозиційна до обвинувачення сторона, яка не дає безперешкодно і недостатньо аргументовано домогтися у судовому вирокі обвинувальної тези, а також в гносеологічному сенсі як неодмінний елемент досягнення істини, бо вона народжується в неупередженій оцінці зіткнення інтересів, думок, аргументів. Недаремно основоположний принцип давньоримського судочинства містився у фразі: *audiatur et altera pars!* (нехай буде вислухана й інша сторона!). Захисна функція є абсолютною, а тому захисник, не зважаючи на будь-якого рівня переконливості обвинувачення, не має права відмовитися від здійснення функції захисту.

Захист, як рівноправна сторона, в силу принципу диспозитивності може збирати, подавати докази, що виправдовують або пом'якшують провину підзахисного, і доводити перед судом переконливість цих доказів. В той же час своєрідність становища захисту в сенсі доказування з тих самих давньоримських часів полягає в тому, що доказувати зобов'язаний той, хто стверджує, а не той, хто заперечує, оскільки за природою речей не може бути доказів для заперечення.\*

Отже, у будь-якому випадку тягар доказування лежить на обвинувачеві, і обвинуваченому у разі його невинуватості та його захиснику зовсім не обов'язково доводити, що він не верблюд.\*\* Тут на повну потужність повинна діяти презумпція невинуватості.

Стосовно функції захисту бачу необхідність звернути увагу на формування принципової позиції захисника і відстоювання її ним. Цілком аксіоматичною стала правова доктрина, що позиція захисника, не дивлячись ні на що, не може

\* *ei incumbit probatio, qui dixit, non qui negat, cum per rerum naturam factum, negatis probatio nulla sint.*

\*\* Анекдот про Зайця і Верблюда в 1937 р. на засіданні Політбюро ЦК ВКП(б) розповів М. О. Шолохов, доводячи свою невинуватість.

бути відмінною від позиції підзахисного, бо інакше він перетворився б на супротивника довірителя, що є нонсенс. Проте, якщо для захисника є очевидною самообмова (а це явище досить розповсюджене), він має право, повідомивши про це підзахисного, зайняти відмінну позицію і відстоювати його невинуватість. Думаю, що це правильний шлях застосування функції захисту. Правда, може виникнути сумнів, а чи не переходить у даному разі тягар доказування на захисника, адже він повинен, зайнявши свою позицію, спростовувати обвинувачення і доводити невинуватість підзахисного? Але це лише на перший погляд, бо (α) захисник *має право*, а не обов'язок доводити невинуватість, що, зрештою, лише покращує процес досягнення істини у справі, і (β) захисник цілком може обмежитись вказівкою на суперечливість, неузгодженість доказів обвинувачення, що у разі дійсної невинуватості підзахисного зробити буде неважко, а тому (γ) тягар *доказування винуватості* буде лежати на обвинувачеві, який у такій ситуації обґрунтовано зможе відмовитись від обвинувачення.

Тут є одна цікавинка правового і етичного характеру: як бути захисникові, обвинувачеві, суду, коли підсудний, який себе обмовив, не хоче, щоб його виправдовували? Можливо, ця тема заслуговує на наукове і законодавче вирішення.

Функція вирішення справи по суті належить до виключної компетенції суду. Правда, завершений акт правосуддя у широкому розумінні цього терміна може здійснюватись і в ході досудового слідства, коли справа закривається за відсутністю події злочину взагалі або за відсутністю складу злочину в діях (бездіяльності) обвинуваченого. Але тут мова йде про незаперечне встановлення *невинуватості* особи, і оскільки таке справедливе рішення не порушує чийсь права або законні інтереси, то немає підстав вважати порушеною норму ст. 124 Конституції України, яка передбачає

здійснення правосуддя в Україні виключно судами. До цього варто додати, що факти закриття кримінальних справ на досудовому слідстві за так званими реабілітуючими обставинами повинні оприлюднюватись у засобах масової інформації певного рівня відповідно до створеного справою соціального відлуння.

Здійснення функції вирішення справи по суті судом вимагає граничної неупередженості, рівного сприяння сторонам у виконанні ними своїх функцій. Став уже афористичним правовий вислів — суд не судить, а розсуджує! Тому глибоко теоретично зрілий постулат римського права *iudicus est semper in causis verum sequi* (обов'язок судді — завжди шукати істину) слід добре засвоїти різного рівня і сфери зайнятості діячам, які вишукують способи впливу на суд і намагаються замість принципу правди впроваджувати в діяльність суду сумнівну ідею доцільності, до речі, плутаючи часто останню з поняттям верховенства права.

З огляду на сказане діяльність суду ніяким чином і ні на будь-якому етапі не може пов'язуватись з направленням справи на додаткове розслідування або з наданням йому права давати доручення органам досудового слідства і оперативно-розшуковим структурам під час судового розгляду уточнювати та перевіряти окремі обставини справи, бо це ні що інше, як здобування і збирання доказів *обвинувачення* з автоматичним переходом тягаря доказування на плечі суду, що неприпустимо. Адже ніхто, навіть посміхаючись, не зможе собі уявити, що суд робить ці поки що передбачені законом акції для виявлення *виправдувальних* доказів! Ми ж всі, юристи — обов'язково, добре знаємо про канони, які випливають з презумпції невинуватості: всякий сумнів тлумачиться на користь обвинуваченого, а недоведена законним шляхом винуватість є доведеною невинуватістю, яка є підставою для постановлення судом виправдувального вироку.

У цьому ж плані можна звернути увагу ще на одну несуразність, яка полягає в праві судді порушувати кримінальні справи. Наша вітчизняна практика має вже такі приклади, які, на превеликий жаль, оцінювались деякими відомими юристами з науковими ступенями чи не як героїзм судді, в той час як останній цим актом грубо порушував принцип розподілу процесуальних функцій, брав на себе роль обвинувача разом з тягарем доказування, будучи підсвідомо неспроможним у майбутньому здійснювати неупереджене і незалежне правосуддя та свідомо нехтуючи цими якостями демократичного судочинства. Навіть у справах приватного обвинувачення ні за яких умов не можна доручати судді порушувати кримінальну справу, щодо якої він на заяву потерпілого, що і є актом порушення справи, лише може *відкрити провадження*.

Таким чином, тягар доказування в кримінальному процесі, рівно як і щодо будь-якого обвинувачувального вислову, повинен лежати виключно на обвинувачеві. Саме він і на свою відповідальність перед суспільством повинен доводити своє обвинувачення до кінця, до однозначного завершення збудженого ним соціального конфлікту, а не кидати обвинувачення в повітря. У разі ж не підтвердження законним шляхом висловленого обвинувачем докору, він повинен не притихнути сором'язливо, наче нічого

не сталося, а суворо відповідати згідно з законом дисциплінарно, матеріально, а то й кримінально.

Публічні ж заяви правоохоронців, політиків або чиновників про підозри, а ще більше — про чиїсь *злочини* є неприпустимими, і особи, які їх виголошують, повинні негайно і у примусовому порядку переходити із положення офіційних у стан приватних осіб. Причому, не зволікаючи, в той же день, бо цими заявами найгрубішим чином порушуються права особи на честь, яка є природним правом і гарантується Конституцією, а також загальнолюдські моральні підвалини спілкування людей і непорушний тисячолітній принцип презумпції невинуватості.

На завершення хочу пояснити, що широке використання мною латинських постулатів повинно засвідчити неперехідність Права, необхідність шанобливого і трепетного ставлення до досягнень світової культури і рішучого та принципового відстоювання загальнолюдських правових і моральних цінностей.

Історія багато чому вчить, треба її поважати і прислуховуватись до її порад, бо людство недаремно торувало нам шлях до сього дня. Розумний ніколи не знехтує досвідом поколінь. Ми ні за яких умов і обставин не повинні забувати, що *in favorem vitae, libertatis et innocentiae omnia praesumuntur* (усе презюмується на користь життя, свободи і невинності).

### РЕЗЮМЕ.

В статье рассматриваются вопросы доказывания в уголовном судопроизводстве с учетом четкого распределения функций обвинения, защиты и разрешения дела по существу и возложения бремени доказывания на обвинителя при обязанности суда принимать решение только в русле доказанности обвинения именно обвинителем.

### SUMMARY

In the article the issues of substantiation in the criminal court proceedings are considered taking into account definite distribution of the functions of the prosecution, the defence and absolution of the case on the merits and of placing the burden of proof to the prosecutor while the court is obliged to bring the verdict only on the assumption of the accusation being proved exactly by the prosecutor.

Отримано 12.12.05