

І. В. ГЛОВЮК

СУДОВА ДІЯЛЬНІСТЬ
У ДОСУДОВИХ СТАДІЯХ
КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ:
ТЕОРІЯ І ПРАКТИКА

Монографія

Одеса
Фенікс
2010

ББК 67(4Укр)я43
УДК 343.132
Г 29

Рекомендовано до друку Вченою радою Одеської національної
юридичної академії. Протокол № 2 від 28 жовтня 2009 р.

Рецензенти:

Тіщенко В.В. — завідувач кафедри криміналістики Одеської
національної юридичної академії, доктор юридичних наук, професор;

Смоков С.М. — начальник кафедри кримінального процесу
Одеського державного університету внутрішніх справ, кандидат юри-
дичних наук, доцент.

Гловюк І.В. Судова діяльність у досудових стадіях криміналь-
ного процесу: теорія і практика : монографія / І.В. Гловюк. — Одеса :
Фенікс, 2010. — 232 с.

ISBN 978-966-438-243-1

У монографії розглянуто правову природу та напрями реалізації судової діяль-
ності у досудових стадіях кримінального процесу. Розроблено основи концепції функ-
цій суду у досудових стадіях кримінального процесу. Визначено мету, об'єкт, предмет
та межі судової діяльності у досудовому провадженні; розкрито правові засади судової
діяльності із застосування заходів кримінально-процесуального примусу, при наданні
дозволів на провадження процесуальних та оперативно-розшукових дій щодо розгля-
ду скарг на дії, бездіяльність і рішення владних суб'єктів кримінального процесу.

Розраховано на студентів та аспірантів вищих юридичних навчальних за-
кладів, наукових співробітників, викладачів вищих юридичних навчальних закладів і
факультетів, працівників правоохоронних і судових органів, адвокатів.

ISBN 978-966-438-243-1

© Гловюк І.В., 2010

© Оформлення ПП «Фенікс», 2010

*Світлій пам'яті моєї бабусі,
Заваді Галині Федорівні,
присвячую цю книгу*

ВІД АВТОРА

Хочу висловити глибоку подяку людям, яким я завдячую появою цієї книги.

Насамперед — своїм батькам, Світлані Леонтіївні та Василю Володимировичу Гловюк, які завжди і в усьому мені допомагали, направляли мене та завжди підтримували та підтримують.

Особливі слова подяки висловлюю чудовій людині та відомому вченому, людині, яка повірила в мене та в мої наукові здібності, без участі, допомоги та підтримки якого цієї книги ніколи не було б — моему науковому керівнику, доктору юридичних наук, професору Юрію Павловичу Аленіну.

Окремо хочу подякувати чудовій людині, яка завжди мені допомагала на моему творчому та професійному шляху, і без підтримки якої напевно ця книга побачила б світ — кандидату юридичних наук, доценту Миколі Івановичу Пашковському.

Слова глибокої та щирої вдячності висловлюю своїм дорогим друзям, чия підтримка я завжди відчувала та відчуваю, і які завжди поділяють зі мною усі події мого життя.

Окремо глибоку вдячність висловлюю своїм вельмишановним колегам, викладачам кафедри кримінального процесу Одеської національної юридичної академії, за їх підтримку моїх починань.

Окремо висловлюю глибоку вдячність вельмишановним офіційним опонентам при захисті дисертації на здобуття наукового ступеню кандидата юридичних наук — доктору юридичних наук, професору Василю Тимофійовичу Маляренко та кандидату юридичних наук, доценту Івану Івановичу Сливичу.

І насамкінець я хочу подякувати усім тим добрим людям, які мене підтримували та допомагали мені у моему житті.

Велике спасибі вам усім!

Ірина Гловюк

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ

ДДУ ПВП	Державний департамент України з питань виконання покарань
ЄСПЛ	Європейський суд з прав людини
КАС	Кодекс адміністративного судочинства України
КК	Кримінальний кодекс України
КПК	Кримінально-процесуальний кодекс України
КПК РФ	Кримінально-процесуальний кодекс Російської Федерації
МВС	Міністерство внутрішніх справ
П.	Пункт
ПП ВСУ від 25 квітня 2003 р.	Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами запобіжного заходу у вигляді взяття під варту та продовження строків тримання під вартою на стадіях дізнання і досудового слідства» від 25 квітня 2003 р.
ПП ВСУ від 11 лютого 2005 р.	Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про деякі питання, які виникають під час розгляду судами України скарг на постанови органів дізнання, слідчого, прокурора про порушення кримінальної справи» від 11 лютого 2005 р.
ПП ВСУ від 28 березня 2008 р.	Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про деякі питання застосування судами України законодавства при дачі дозволів на тимчасове обмеження окремих конституційних прав і свобод людини і громадянина під час здійснення оперативно-розшукової діяльності, дізнання і досудового слідства» від 28 березня 2008 р.
РФ	Російська Федерація
СНД	Співдружність Незалежних Держав
Ст.	стаття
Ч.	частина

ВСТУП

Охорона прав та законних інтересів учасників кримінального судочинства, швидке і повне розкриття злочинів, викриття винних та забезпечення правильного застосування закону з тим, щоб кожний, хто вчинив злочин, був притягнутий до відповідальності і жоден невинний не був покараний, є основними завданнями кримінального процесу. Враховуючи норму ст. 3 Конституції України, відповідно до якої людина, її життя та здоров'я, недоторканність та безпека визнаються найвищою соціальною цінністю, в умовах реформування кримінального процесу поступово здійснюється перехід правової політики Української держави від системоцентризму до персоноцентризму. За таких умов особливої актуальності набуває завдання реального забезпечення охорони та захисту прав, свобод та законних інтересів осіб, які беруть участь у кримінальному процесі.

Завдання охорони прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального судочинства є спільним для всіх владних суб'єктів кримінального процесу. Однак ЄСПЛ у рішенні «Меріт проти України» звернув увагу на те, що звернення до прокурора зі скаргами не є ефективним заходом правового захисту, оскільки статус прокурора в національному праві та його участь у кримінальному провадженні не дають відповідних гарантій незалежного та безстороннього розгляду скарг. Тому виникає необхідність у наявності ще одного суб'єкта у досудовому провадженні — суду (судді), який у досудовому провадженні посідає особливе місце серед владних суб'єктів процесу. Суд (суддя) є нейтральним арбітром, який не виконує ані процесуальну функцію кримінального переслідування, ані процесуальну функцію захисту. Це підтверджується і міжнародними стандартами у галузі прав людини. У досудовому провадженні лише суд (суддя) відповідає тим вимогам незалежності та безсторонності, які встановлені для носіїв судової влади Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод та прецедентною практикою Європейського Суду з прав людини. Розширення ролі суду (судді) у досудових стадіях кримінального процесу підтверджується даними судової статистики. Так, якщо у 2003 році судами було розглянуто 137,8 тис. подань ор-

ганів досудового слідства з різних питань, 6 тис. скарг на дії органів досудового слідства, то у 2004 році кількість розглянутих судами подань органів досудового слідства з різних питань склала 122,6 тис., скарг на дії органів досудового слідства — 7,5 тис.¹, а у 2005 році судами було розглянуто 142,3 тис. подань органів досудового слідства з різних питань, 10 тис. скарг на дії органів досудового слідства². У 2006 році суди розглянули 143,8 тис. подань органів досудового слідства з різних питань; 11,6 тис. скарг на дії органів досудового слідства³. У 2007 р. кількість розглянутих судами подань органів досудового слідства становила 157,6 тис., та 20,3 тис. скарг на дії органів досудового слідства⁴. У I півріччі 2008 р. кількість розглянутих судами подань органів досудового слідства становила становила 86,7 тис., та 11,4 тис. скарг на дії органів досудового слідства та прокурорів⁵. Тобто наявна стала тенденція до збільшення кількості звернень до суду (судді) як з боку органів дізнання, досудового слідства, прокуратури з різних питань, так і з боку зацікавлених осіб шляхом подання скарг на дії органів дізнання, досудового слідства, прокуратури. Діяльність суду (судді) із вирішення цих подань, скарг потребує належної процесуальної форми. Саме тому дослідження судової діяльності у досудовому провадженні є актуальним.

У теорії кримінального процесу до проблематики судової діяльності у досудових стадіях кримінального процесу, яка зазвичай у літературі охоплюється терміном «судовий контроль», зверталася значна кількість вітчизняних та зарубіжних вчених. В українській юридичній літературі слід відмітити дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук А. Туманянц, В. Ключкова,

¹ Аналіз роботи судів загальної юрисдикції в 2004 р. за даними судової статистики // Вісник Верховного Суду України. — 2005. — № 5. — С. 26

² Аналіз роботи судів загальної юрисдикції в 2005 р. за даними судової статистики // Вісник Верховного Суду України. — 2006. — № 6. — С. 37-38

³ Стан здійснення судочинства судами загальної юрисдикції в 2006 році (за даними судової статистики) // Режим доступу: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/ACABE539B6ED9051C325731E001CDD11?OpenDocument&CollapseView&RestrictToCategory=ACABE539B6ED9051C325731E001CDD11&Count=500&>

⁴ Стан здійснення судочинства судами загальної юрисдикції у 2007 р. // Режим доступу: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/4808955272299287C225748F0025395A?OpenDocument&CollapseView&RestrictToCategory=4808955272299287C225748F0025395A&Count=500&>

⁵ Аналіз роботи судів загальної юрисдикції у I півріччі 2008 р. (за даними судової статистики) // Режим доступу: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/8751F9D3F3F52C90C2257524004AEF84?OpenDocument&CollapseView&RestrictToCategory=8751F9D3F3F52C90C2257524004AEF84&Count=500&>

О. Кондратьєва, О. Тищенко, В. Чорнобука, Ю. Скрипіної, монографічне дослідження Л. Черечукіної «Судебный контроль за досудебным производством» (Луганск: Редакционно-издательский отдел ЛИВД МВД Украины, 1998) та роботи таких вчених та практичних працівників, як В. Аббакумов, В. Бринцев, Ю. Грошевий, М. Гузела, Л. Давиденко, О. Дроздов, В. Зубар, С. Ільченко, О. Капліна, П. Каркач, Л. Кирій, С. Козловський, О. Курило, І. Курільчук, М. Куцин, В. Маляренко, Е. Манівлець, В. Маринів, Т. Марітчак, М. Маркуш, В. Навроцький, В. Назаров, О. Ніколаєв, Г. Омеляненко, П. Пилипчук, В. Півненко, М. Погорецький, Б. Пошва, В. Попелюшко, Б. Романюк, В. Рожнова, М. Сірій, В. Трофименко, О. Чепурний, О. Шило, В. Шишкін, С. Штогун та ін.

Активно досліджується ця проблематика у Російській Федерації такими вченими, як В. Азаров, А. Артамонов, Ф. Багаутдінов, А. Бойко, В. Бозров, А. Верещагіна, А. Гаврилов, В. Галузо, В. Горобець, А. Григорова, А. Гуськова, І. Жеребятєв, О. Ізотова, В. Кальницький, В. Кашепов, Н. Ковтун, М. Колоколов, В. Лазарева, В. Лебедев, Н. Лопаткіна, Р. Магізов, А. Макаркін, Л. Масленникова, А. Машовець, Л. Мірза, Т. Моїсєєва, Н. Муратова, В. Назаренко, В. Нікандров, Є. Никифоров, І. Петрухін, К. Пітулько, М. Пучковська, С. Романов, Вл. Руднев, О. Рябова, В. Семенцов, І. Слепньова, А. Солодилов, І. Таричко, Л. Трунова, М. Устимов, А. Халіулін, О. Хімічева, О. Цоколова, Л. Чулюкін, М. Шалумов та ін.

Однак, незважаючи на значну кількість наукових досліджень, на сформовані в літературі обґрунтування терміна «судовий контроль», його ознак, видів, форм, особливостей здійснення в науці кримінального процесу залишилися багато не вирішених питань щодо сутності судового контролю та його співвідношення із судовою діяльністю, правової природи судової діяльності у досудових стадіях кримінального процесу, її сутності, співвідношення з прокурорським наглядом, меж судової діяльності у досудових стадіях кримінального процесу, суб'єкта здійснення цієї діяльності, напрямів та механізму реалізації цієї діяльності. Теоретична нерозробленість низки питань судової діяльності у досудових стадіях кримінального процесу, наявність труднощів у правозастосовній практиці у цій сфері з урахуванням збільшення кількості судових справ із розгляду подань органів дізнання, досудового слідства, прокуратури та скарг на дії та рішення органів дізнання, досудового слідства, прокуратури обумовили обрання теми дослідження.

ПРАВОВА ПРИРОДА СУДОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ У ДОСУДОВИХ СТАДІЯХ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ

1.1. Поняття, ознаки та напрями (функції) судової діяльності у кримінальному процесі

При пізнанні юридичних явищ, як і при пізнанні взагалі, істинним має бути не тільки результат пізнання, але й шлях до нього. Загальна методологія юридичної науки включає в себе три блоки елементів: блок логіки, концептуальних ідей та концептів теорії; блок методологічних принципів; блок методів⁶. Одним із концептів теорії кримінального процесу є поняття судової діяльності у кримінальному процесі, яке визначає роль суду у кримінальному процесі.

Становище суду у кримінальному процесі можна визначити як його діяльність, яка здійснюється в межах певних повноважень. Судова діяльність у кримінальному процесі є соціальною, юридичною, кримінально-процесуальною діяльністю. Юридична діяльність є різновидом соціальної діяльності, і тому має основні риси, які характерні для будь-якої соціальної діяльності. Юридичною діяльністю є опосередкована правом професійна, трудова, державно-владна діяльність із винесення юридичних рішень компетентних органів, яка націлена на виконання суспільних функцій та завдань (створення законів, здійснення правосуддя, конкретизацію права та ін.) і задоволення тим самим як загальносоціальних, групових, так і індивідуальних потреб та інтересів⁷.

⁶ Методологія юридичної науки: Робоча програма / Укл. Ю. М. Оборотов // Одеська національна юридична академія. — О.: Фенікс, 2005. — С. 6

⁷ Карташов В. Н. Понятие и структура юридической деятельности / В. Н. Карташов // Юридическая деятельность: сущность, структура, виды. — Ярославль, 1989. — С. 12

Судова діяльність у кримінальному процесі має ознаки, характерні для будь-якого із цих видів діяльності, а саме: предметність, планомірність, системність, упорядкованість, спрямованість на досягнення соціально-корисного результату⁸. Судова діяльність у кримінальному процесі є необхідним компонентом кримінально-процесуальної діяльності, під якою розуміється система заснованих на законі дій, що здійснюються як органами держави, так і всіма особами, які беруть участь у провадженні у справі⁹. При цьому судова діяльність має ті якості, які властиві кримінально-процесуальній діяльності, а саме: правовий характер; учасниками цієї діяльності є суб'єкти кримінально-процесуальних прав та обов'язків; кримінально-процесуальні дії зазначених суб'єктів являють собою засіб здійснення їх процесуальних прав та обов'язків; будучи юридично значимою, ця діяльність тягне (або може тягнути) виникнення нових, зміну або припинення раніше виниклих кримінально-процесуальних відносин¹⁰. Судова діяльність у кримінальному процесі являє собою упорядковану систему дій, здійснюваних судом (суддею) на усіх стадіях кримінального процесу. Судова діяльність у кримінальному процесі має специфічні ознаки, а саме: є упорядкованою системою дій; суб'єктом здійснення є суд (суддя); здійснюється у кримінально-процесуальній формі; регламентована нормами кримінально-процесуального права; реалізується виключно у кримінально-процесуальних правовідносинах; має публічно-владний характер; метою є охорона та захист прав, свобод та законних інтересів фізичних та юридичних осіб, держави при провадженні у кримінальній справі.

Таким чином, судова діяльність у кримінальному процесі — це упорядкована система дій, здійснюваних судом (суддею) у кримінально-процесуальній формі з метою охорони та захисту прав, свобод та законних інтересів фізичних та юридичних осіб, держави при провадженні у кримінальній справі.

Судова влада у кримінальному процесі здійснюється виключно шляхом судової діяльності. При цьому до судової діяльності належить не тільки діяльність суду як колегіального органу або судді,

⁸ Рябцева Е. В. Судебная деятельность в уголовном процессе России / Рябцева Е. В. — Ростов-на / Д.: Феникс, 2006. — С. 53

⁹ Уголовно-процесуальное право Российской Федерации / [Отв. ред. П. А. Лупинская]. — М.: Юрист, 2004. — С. 18

¹⁰ Элькин П. С. Сущность советского уголовно-процесуального права / Элькин П. С. — Л.: Издательство Ленинградского университета, 1963. — С. 20

який діє від імені суду, а й судді у межах кримінального процесу. Судова діяльність у кримінальному процесі є родовим поняттям, яке охоплює всі функції судової влади у кримінальному процесі, однією з яких є правосуддя. При цьому реалізовувати ці функції може як суд, так і суддя, який є носієм судової влади. Зміст же конкретної судової діяльності визначається характером та обсягом повноважень суду на різних етапах провадження у справі¹¹.

Відповідно до ст. 124 Конституції України, правосуддя в Україні здійснюється виключно судами. Поняття правосуддя (у кримінальних справах) є ключовим не тільки для визначення того, що здійснює суд у кримінальному судочинстві, а й для вирішення ряду інших питань, перш за все — питання правової природи судової діяльності у досудовому провадженні.

В літературі немає єдиного підходу до поняття правосуддя. У радянській період розвитку кримінально-процесуальної доктрини поняття правосуддя виводилося із діючого законодавства і практично однастайно розумілося як діяльність із застосування матеріального права, яка відповідає на основне питання кримінальної справи. Вважалося, що правосуддя у кримінальних справах не може здійснюватися без вирішення питання про винність або невинуватість у скоєнні злочину особи, притягненої до кримінальної відповідальності, питання про покарання цієї особи у разі доведеності її вини¹². У Курсі радянського кримінального процесу правосуддя (у тій частині, яка стосується кримінального процесу) розглядалося як «державна діяльність, яка здійснюється судом у спеціальній процесуальній формі шляхом розгляду у судових засіданнях кримінальних справ про суспільно небезпечні діяння та інші правопорушення, які тягнуть застосування (або відмову від застосування) шляхом прийняття загальнообов'язкового рішення (акт правосуддя) істотних заходів

¹¹ Мартыняхин Л. Д. О функциях и полномочиях суда в досудебном производстве / Л. Д. Мартыняхин // Российский судья. — 2004. — № 8. — С. 12

¹² Грошевой Ю. М. Правовые свойства приговора — акта социалистического правосудия / Грошевой Ю. М. — Х., 1978 — С. 9; Добровольская Т. Н. Принципы советского уголовного процесса / Добровольская Т. Н. — М.: Юрид. лит., 1971. — С. 141; Петрухин И. Л. Теоретические основы эффективности правосудия / Петрухин И. Л., Батунов Г. П., Морщакова Т. Г. — М.: Наука, 1979. — 392 с. — С. 17; Юридичний словник. — К.: Головна редакція української радянської енциклопедії, 1983. — С. 626

державного примусу...¹³». Таким чином, конститутивними ознаками правосуддя були: вирішення основного питання кримінальної справи та застосування норм матеріального права.

Розуміння правосуддя у кримінальних справах як діяльності із застосування матеріального права та застосування до осіб, які вчинили злочин або суспільно небезпечне діяння, заходів державного примусу активно використовується й у сучасний період розвитку кримінально-процесуальної науки¹⁴. Вдалим є висновок З. З. Зинатулліна та В. В. Зезянова, відповідно до якого «у будь-якій із своїх інтерпретацій правосуддя, так чи інакше, завжди асоціюється із вирішенням судом розглядуваної у судовому засіданні справи по суті «спору про право», який виник між протидіючими представниками сторін правового конфлікту... При цьому відносно сфери кримінально-процесуальних відносин правосуддя може пов'язуватися лише з необхідністю отримання судом відповіді на основне, головне питання усього провадження у кримінальній справі, яким і є питання про винність (невинність) особи у інкримінованому злочині¹⁵».

Існують й інші, більш широкі визначення правосуддя, які не обмежуються розумінням правосуддя лише як діяльності із застосування матеріального права та відповіді на основне питання кримінальної справи. Так, І. Л. Петрухін вважає, що «правосуддя у кримінальному судочинстві — це особливий вид державної (публічної) діяльності, що полягає у тому, що незалежний, неупереджений і

¹³ Курс советского уголовного процесса. Общая часть / [Под ред. А. Д. Бойкова и И. И. Карпеца]. — М., 1989. — С. 26-27

¹⁴ Большой юридический словарь / [Под ред. А. Я. Сухарева, В. Д. Зорькина, В. Е. Крутских]. — М.: Инфра М, 1998. — С. 528; Зинатуллин Т. З. Осуществление правосудия — функция российского уголовного процесса / Т. З. Зинатуллин // Российский судья. — 2001. — №6. — С. 12; Попелюшко В. О. Мала судова реформа та захист прав громадян / Попелюшко В. О. — К.: Кондор, 2006. — С. 16; Рябцева Е. В. Судебная деятельность в уголовном процессе России / Рябцева Е. В. — Ростов-на / Д.: Феникс, 2006. — С. 85; Письменный Д. П. Філін Д. В. Сутність рішення про звільнення особи від кримінальної відповідальності // Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ України. — 2001. — №5. — С. 217; Уголовно-процессуальный кодекс Украины: Научно-практический комментарий / [Аленин Ю. П., Аракелян М. Р., Гидулянова Е. Н., Гловюк И. В. и др.]; под общ. ред. В. Т. Маляренко, Ю. П. Аленина. — [3-е изд.]. — Х.: Одиссей, 2007. — С. 64-65

¹⁵ Зинатуллин З. З. Судебная власть и правосудие по уголовным делам: соотношение с судебным контролем / З. З. Зинатуллин, В. В. Зезянов // Российский судья. — 2005. — № 5. — С. 19

справедливий суд (суди) на підставі закону розглядає кримінальні справи та визнає осіб винними у вчиненні злочинів, призначаючи кримінальні покарання або (за наявності підстав) звільняючи від них, або виправдовує невинних, виносить ухвали (постанови) про направлення душевнохворих, які скоїли суспільно небезпечні діяння, на примусове лікування; достроково звільняє засуджених від кримінального покарання та судимості; розглядає скарги громадян на незаконність та необґрунтованість затримання та арешту; за клопотаннями оперативно-розшукових, слідчих органів та прокуратури приймає судові рішення, які дозволяють прослуховування телефонних переговорів і зняття інформації з інших каналів зв'язку, арешт та огляд поштово-телеграфної кореспонденції, входження у житло всупереч волі проживаючих у ньому осіб¹⁶». Про можливість поширення функції правосуддя і на здійснення судового контролю за законністю діяльності органів кримінального переслідування, дотримання прав учасників попереднього розслідування вказує і В. А. Лазарева¹⁷.

Отже, можна виділити широке і вузьке значення поняття правосуддя у кримінальних справах. У вузькому значенні правосуддя у кримінальних справах — це розгляд і вирішення по суті у судовому засіданні кримінальної справи, застосування заходів державного примусу або звільнення від них. У широкому значенні до правосуддя у кримінальних справах відносяться не тільки розгляд судом кримінальної справи по суті та вирішення питання про кримінальну відповідальність особи, а й деякі інші форми діяльності суду. Слід зазначити, що немає критеріїв, за допомогою яких можливо визначити, яку саме діяльність, крім вирішення кримінальної справи по суті, можна чи не можна відносити до правосуддя (якщо розуміти його у широкому значенні). У декого з фахівців для визначення правосуддя використовується категорія конфлікту, спору, який вирішує суд¹⁸. Однак

¹⁶ Юридическая энциклопедия. — М.: Юрист, 2001. — С. 821

¹⁷ Лазарева В. А. Судебная власть и уголовное судопроизводство / В. А. Лазарева // Государство и право. — 2001. — № 5. — С. 54

¹⁸ Богданов Е. Правосудие как форма осуществления судебной власти / Е. Богданов // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. — 2002. — Спецвипуск 1. — С. 244; Бушуев Г. И. Правосудие в социалистическом обществе / Г. И. Бушуев // Советское государство и право. — 1983. — № 3. — С. 66; Марочкин И. Е. Природа судебной власти / И. Е. Марочкин // Актуальные проблемы государства и права. — 1996. — Вып. 3. — С. 22; Рисін О. Здійснення

вони також не дають відповіді на питання про критерії віднесення певної правової діяльності суду до правосуддя, оскільки конфлікт, який вирішує суд, зокрема, у кримінальному судочинстві, може бути як кримінально-правовим, так і кримінально-процесуальним (наприклад, розгляд судом скарг на рішення, дії та бездіяльність органу дізнання, слідчого, прокурора).

Незважаючи на таке розмаїття визначень правосуддя, в літературі не вирішено питання про його правову природу, у тому числі і в кримінальному судочинстві. Так, правосуддя розуміється як: діяльність суду¹⁹; функція суду або судової влади²⁰; форма державного управління²¹; форма державної діяльності²²; вид державної діяльно-

правосуддя як важливіша конституційна форма реалізації судової влади / О. Рисін // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. — 2002. — Спецвипуск 1. — С. 266; Трунова Л. К. Институт обжалования действий и решений суда и должностных лиц, осуществляющих уголовное судопроизводство / Л. К. Трунова // Современное право. — 2004. — № 4. — С. 35

¹⁹ Курс советского уголовного процесса. Общая часть / [Под ред. А. Д. Бойкова и И. И. Карпеца]. — М., 1989. — С. 26-27; Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса. — Т. 1 / Строгович М. С. — М., 1968. — С. 14; Юридична енциклопедія: у 6 т. / [Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін]. — Т. 5 — К.: Укр. енциклопедія, 2003. — С. 50; Юридическая энциклопедия. — М., 1998. — С. 347

²⁰ Карпечкін П. Судова влада на сучасному етапі / П. Карпечкін // Вісник прокуратури. — 2003. — №5. — С. 57; Полянський А. Г. Проблема співвідношення функцій правосуддя та судового контролю в діяльності судової влади / А. Г. Полянський // Актуальні проблеми політики: зб. наук. праць. — Вип. 13-14. — О.: Юрид. літ., 2002 — С. 575,580; Российская юридическая энциклопедия / [Гл. ред. А. Я. Сухарев]. — М.: Издат. дом Инфра М., 1999. — С. 762; Скитович В. В. Судебная власть как системное образование / В. В. Скитович // Правоведение. — 1997. — №1. — С. 150; Скрипнюк В. Функції правосуддя в структурі державної влади в Україні / В. Скрипнюк // Юридична Україна. — 2005. — №2. — С. 71; Судебная власть / [Под ред. И. Л. Петрухина]. — М.: Проспект, 2003. — С. 22-23; Чарьев М. Р. Правосудие — как одна из основных функций судебной власти в современной России / М. Р. Чарьев // Российский судья. — 2000. — № 4. — С. 8

²¹ Конституционные основы правосудия в СССР / [Под ред. В. М. Савицкого]. — М.: Наука, 1981. — С. 23

²² Гук П. Судопроизводство как способ осуществления правосудия: вопросы теории / П. Гук // Юрист ВУЗА. — 2005. — № 1. — С. 61; Рисін О. Здійснення правосуддя як важливіша конституційна форма реалізації судової влади / О. Рисін // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. — 2002. — Спецвипуск 1. — С. 266; Суд и правосудие в СССР / [Под ред. Б. А. Галкина]. — М.: Юрид. лит., 1981. — С. 12,15; Юридичний словник. — К.: Головна редакція української радянської енциклопедії, 1983. — С. 626

сті²³; форма здійснення владних повноважень²⁴; форма здійснення судової влади²⁵.

Загальним у визначенні правової природи правосуддя є те, що правосуддя є діяльністю суду. Однак не можна задовольнитися таким визначенням правосуддя, оскільки воно не розкриває правової природи правосуддя як правового явища, хоч і є правильним за родовою ознакою. Визначення правосуддя як форми державного управління не є виправданим, оскільки при цьому потрібно виходити із широкого розуміння державного управління як усієї державної діяльності, тобто фактично це визначення правосуддя є не чим іншим, як визначенням правосуддя як форми державної діяльності. Однак і таким розумінням правосуддя не можна задовольнитися, оскільки воно теж не розкриває правової природи правосуддя як правового явища. Те ж стосується і розуміння правосуддя як виду державної діяльності.

Найбільш плідними є визначення правосуддя як функції судової влади та як форми здійснення судової влади. Як правильно зазначається в літературі, «наявність різних підходів до визначення судової влади викликає в теорії суперечності і в тлумаченні інших термінів, зокрема утруднює правильне визначення функцій та форм судової влади²⁶». Виходячи із загальнонаукового розуміння функції як основного напрямку діяльності, який визначає природу, сутність та призначення цієї діяльності, функцією судової влади є такий напрям її діяльності, який визначає її сутність, природу та призначення. Напрямом діяльності судової влади, який визначає її сутність, природу та призначення, є правосуддя.

При визначенні правової природи правосуддя слід враховувати, що правосуддя є виключною функцією судової влади, а більш

²³ Петрухин И. Л. Теоретические основы эффективности правосудия / Петрухин И. Л., Батуров Г. П., Моршак Т. Г. — М.: Наука, 1979. — 392 с. — С. 17; Юридическая энциклопедия. — М.: Юрист, 2001. — С. 821

²⁴ Дмитриев Ю. А. Судебная власть в механизме разделения властей и защита прав и свобод человека / Ю. А. Дмитриев, Г. Г. Черемных // Государство и право. — 1997. — № 8. — С. 48

²⁵ Богданов Е. Правосудие как форма осуществления судебной власти / Е. Богданов // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. — 2002. — Спецвипуск 1. — С. 245; Лазарева В. А. Судебная власть и уголовное судопроизводство / В. А. Лазарева // Государство и право. — 2001. — № 5. — С. 53; Судебная власть / [Под ред. И. Л. Петрухина]. — М.: Проспект, 2003. — С. 85

²⁶ Лазарева В. А. Судебная власть и уголовное судопроизводство / В. А. Лазарева // Государство и право. — 2001. — № 5. — С. 51

широко — державної влади. Правосуддя за своєю природою та соціальним значенням є настільки важливою функцією державної влади, що правосуддя здійснюють спеціалізовані органи — суди. Це зроблено для того, щоб забезпечити вирішення справедливим та неупередженим судом найважливіших питань у суспільстві, яким у кримінальному судочинстві є основне питання кримінальної справи — питання про кримінальну відповідальність (а більш широко — про заходи кримінально-правового впливу), тобто про застосування або незастосування заходів державного примусу, у тому числі й кримінального покарання. Це питання є надзвичайно важливим для людини. Суд при цьому є кінцевою інстанцією, яка, як правило, остаточно вирішує питання про кримінальну відповідальність або звільнення від неї, тобто про застосування або незастосування заходів державного примусу, у тому числі й кримінального покарання (винятком із цього є помилування та амністія). Саме для цього існують спеціальні органи, які здійснюють правосуддя і є незалежними та підкоряються тільки закону, встановлені принципи, згідно з якими здійснюється правосуддя, встановлено процесуальні гарантії прав учасників кримінального судочинства.

При визначенні правосуддя й виявленні його сутності слід звернути увагу на такі моменти. Кінцевим актом правосуддя може бути не тільки вирок (обвинувальний чи виправдувальний) (як на це вказується у деяких наукових працях²⁷), а й постанова суду (судді), якою вирішується по суті пред'явлене обвинувачення. До таких постанов відносяться постанови про закриття справи у зв'язку із звільненням особи від кримінальної відповідальності (за ст. 7, 7¹, 7², 8, 10, 11¹ КПК), а також постанови про закриття кримінальної справи за п. 5, 8 ст. 6 КПК. При винесенні постанови про закриття справи у зв'язку із звільненням особи від кримінальної відповідальності вирішується питання по суті пред'явленого обвинувачення, оскільки ці підстави є nereабілітуючими, при їх застосуванні фактично встановлюється вина обвинуваченого: саме тому передбачений судовий порядок вирішення питання про звільнення від кримінальної відповідальності за nereабілітуючими підставами. Отже, така діяльність суду має всі ознаки правосуддя²⁸. До правосуддя, як уявляється,

²⁷ Васильева А. С. Соотношение судебного контроля и правосудия / А. С. Васильева // Российский судья. — 2006. — № 7. — С. 19

²⁸ На вказується й у літературі: Письменний Д. П. Сутність рішення про звільнення особи від кримінальної відповідальності / Д. П. Письменний, Д. В. Філін //

відноситься і закриття кримінальних справ за п. 1, 2, 5, 8 ст. 6 КПК України у стадії попереднього розгляду справи суддею, оскільки цим самим вирішується питання про долю обвинувачення.

До правосуддя слід відносити і розгляд та вирішення справ про об'єктивно-протиправні діяння, тобто про діяння, які вчинені неосудними особами та особами, які не досягли віку кримінальної відповідальності. Така постановка проблеми стає можливою при врахуванні тенденцій розширення предмета кримінально-правового регулювання²⁹.

Тому правосуддям у кримінальних справах можна і слід вважати таку судову діяльність, яка здійснюється шляхом розгляду і вирішення кримінальних справ про злочини та об'єктивно-протиправні діяння по суті та про застосування або незастосування заходів кримінально-правового впливу і застосування у зв'язку із цим норм матеріального права.

У літературі немає одностайності у тому, у яких стадіях кримінального судочинства суд здійснює правосуддя. Існує думка, що правосуддя у кримінальних справах здійснюється лише при вирішенні кримінальної справи у суді першої інстанції³⁰. На думку колективу авторів наукового видання «Теоретические основы эффективности правосудия», правосуддя здійснюється на всіх судових стадіях процесу і у стадії виконання вироку³¹. На думку Т. Н. Добровольської та деяких інших вчених, правосуддя охоплює сферу діяльності судів першої, касаційної, наглядової інстанцій і органів поновлення справ за нововиявленими обставинами³². П. М. Филиппов до правосуддя

Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ України. — 2001. — №5. — С. 217

²⁹ Горобцов В. О перспективах расширения предмета уголовного права / В. Горобцов // Уголовное право. — 2004. — №3. — С. 21; Чугуніков І. І. Правовідносини та форми їх реалізації у кримінальному праві України: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 «Кримінальне право та криминологія; кримінально-виконавче право» / І. І. Чугуніков. — О., 2001. — С. 7,10

³⁰ Зинатуллин З. З. Уголовно-процессуальные функции / Зинатуллин З. З. — Ижевск, 1996. — С. 61-62; Уголовный процесс / [Под ред. проф. К. Ф. Гуценко]. — М., 2000. — С. 22

³¹ Петрухин И. Л. Теоретические основы эффективности правосудия / Петрухин И. Л., Батуров Г. П., Морщакова Т. Г. — М.: Наука, 1979. — С. 46,47; Юридическая энциклопедия. — М.: Юрист, 2001. — С. 821

³² Добровольская Т. Н. Правосудие, арбитраж и прокурорский надзор в социалистическом общенародном государстве / Добровольская Т. Н., Новиков С. Г., Рагинский М. Ю. — М.: Знание, 1977. — С. 14-15; Курс советского уголовного процесса. Общая часть / [Под ред. А. Д. Бойкова и И. И. Карпеца]. — М., 1989. — С. 26;

зараховує діяльність суду першої, касаційної, наглядової інстанцій у судовому засіданні, а також діяльність суду з підготовки справи до розгляду³³. Деякі автори до правосуддя зараховують діяльність судів вищестоящих інстанцій та не відносять до правосуддя віддання до суду³⁴. Іноді до правосуддя відносять і вирішення судом питань виконання вироку у стадії виконання вироку³⁵. Існує точка зору, що до правосуддя не відноситься діяльність судді при попередньому розгляді справи, при вирішенні питання про перегляд судового рішення в порядку виключного провадження, на стадії виконання вироку, ухвали і постанови суду³⁶. На думку М. Юркевич, закриваючи кримінальну справу або кримінальне переслідування у попередньому слуханні у зв'язку з примиренням сторін або дійовим каяттям, суддя виконує функцію правосуддя³⁷.

Як уявляється, у одній стадії кримінального процесу суд може здійснювати різні види діяльності, різні функції, які реалізуються у відповідних повноваженнях. До правосуддя належить судова діяльність із закриття кримінальної справи при попередньому розгляді справи за ст. 6 п. 1,2 або при звільненні особи від кримінальної відповідальності. До правосуддя, безумовно, належить розгляд справи по суті у суді першої інстанції.

Крім того, ознаки правосуддя має судова перевірка вироку, постанови, ухвали суду, судді в апеляційній та касаційній інстанції,

Химичева О. В. Концептуальные основы процессуального контроля и надзора на досудебных стадиях уголовного судопроизводства: [монография] / Химичева О. В. — М.: ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 2004. — С. 207

³³ Филиппов П. М. Судебная защита и правосудие в СССР / Филиппов П. М. — Саратов, 1987. — С. 36

³⁴ Конституционные основы правосудия в СССР / [Под ред. В. М. Савицкого]. — М.: Наука, 1981. — С. 17,18; Курс советского уголовного процесса. Общая часть / [Под ред. А. Д. Бойкова и И. И. Карпеца]. — М., 1989. — С. 26

³⁵ Матвиенко Е. А. Уголовное судопроизводство по исполнению приговора / Е. А. Матвиенко, В. Н. Бибило. — Минск: Изд-во БГУ им. В. И. Ленина, 1982. — С. 185; Перлов И. Д. Исполнение приговора в советском уголовном процессе / Перлов И. Д. — М.: Юрид. лит., 1963. — С. 19-20; Свиридов М. К. Сущность и предмет стадии исполнения приговора / Свиридов М. К. — Томск: Изд-во Томского университета, 1978. — С. 96-97; Швецов В. И. Исполнение приговора в советском уголовном процессе: [учебное пособие] / Швецов В. И. — М.: ВЮЗИ, 1982. — С. 10

³⁶ Попелюшко В. О. Мала судова реформа та захист прав громадян / Попелюшко В. О. — К.: Кондор, 2006. — С. 17

³⁷ Юркевич Н. К вопросу о характере деятельности судьи при прекращении уголовного дела в предварительном слушании / Н. Юркевич // Уголовное право. — 2003. — № 4. — С. 82.

у порядку виключного провадження. Слід підтримати точку зору П. М. Филиппова, що «якщо припустити, що правосуддя здійснюється тільки в суді першої інстанції, а в наступних ні, то виходить така картина: рішення, винесене при здійсненні правосуддя, скасовується рішенням, винесеним не при здійсненні правосуддя. Таке тлумачення є неприпустимим³⁸». Це підтверджується й позицією законодавця. Так, відповідно до ст. 365 КПК, вирок, ухвала чи постанова суду першої інстанції перевіряється апеляційним судом в межах апеляції. Висновки суду першої інстанції щодо фактичних обставин справи, які не оспарювалися і стосовно яких відповідно до вимог частини першої статті 299 і статті 301¹ КПК докази не досліджувалися, не перевіряються. Якщо розгляд апеляції дає підстави для прийняття рішення на користь осіб, щодо яких апеляції не надійшли, апеляційний суд зобов'язаний прийняти таке рішення. Ст. 395 КПК передбачає, що касаційний суд перевіряє законність та обґрунтованість судового рішення за наявними в справі і додатково поданими матеріалами в тій частині, в якій воно було оскаржене. Суд касаційної інстанції вправі вийти за межі касаційних вимог, якщо цим не погіршується становище засудженого чи виправданого. Якщо задоволення скарги чи подання дає підстави для прийняття рішення на користь інших засуджених, від яких не надійшли скарги або щодо яких не внесено подання, касаційний суд зобов'язаний прийняти таке рішення. Однак, з іншого боку, судова діяльність з перегляду судових рішень не завжди має тільки ознаки правосуддя, оскільки не завжди вирішується кримінальна справа по суті.

Як вірно зазначає Д. Філін, «правосуддя виражає основне призначення суду, є його функцією, хоча й не охоплює всієї процесуальної діяльності останнього, особливо в досудових стадіях кримінального процесу³⁹». Суд здійснює й інші функції як на судових, так і на досудових стадіях кримінального процесу. У літературі до видів судової діяльності, крім правосуддя, зараховують судовий контроль та судові санкціонування як основні види судової діяльності⁴⁰. Для

³⁸ Филиппов П. М. Судебная защита и правосудие в СССР / Филиппов П. М. — Саратов, 1987. — С. 36

³⁹ Філін Д. Функції суду в досудових стадіях кримінального процесу / Д. Філін // Право України. — 2005. — № 1. — С. 63

⁴⁰ Рябцева Е. В. Судебная деятельность в уголовном процессе России / Рябцева Е. В. — Ростов-на / Д.: Феникс, 2006. — С. 90

аналізу цієї точки зору слід визначити, що являє собою функція судового контролю у кримінальному процесі.

В юридичній доктрині, законодавстві⁴¹ та судовій практиці⁴² судова діяльність називається судовим контролем, який, крім того, визнається самостійною організаційно-правовою формою реалізації судової влади⁴³. У доктрині визнається, що судовий контроль за розслідуванням здійснюється у трьох формах: 1) попередній (дозвільний) судовий контроль; 2) подальший у межах стадії розслідування; 3) подальший у судових стадіях процесу⁴⁴.

Будь-яка термінологічна конструкція для її беззаперечного вживання має бути достатньо обґрунтованою, що не можна сказати про судовий контроль. Незважаючи на існуючі доктринальні напрацювання у цій сфері, у тому числі й пояснення вибору термінологічної конструкції «судовий контроль»⁴⁵, судовий контроль не є єдиною термінологічною конструкцією, якою позначається судова діяльність (повністю або частково), зокрема у досудовому провадженні. Існує, наприклад, термінологічна конструкція «судовий нагляд»⁴⁶, яка вживалася і в дореволюційній російській літературі⁴⁷, та конструкція «на-

⁴¹ Про затвердження Тимчасової інструкції з діловодства в місцевому загальному суді: Наказ Державної судової адміністрації України від 17 лютого 2005 р. // Режим доступу до акту: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=z0346-05>

⁴² Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини третьої статті 120, частини шостої статті 234, частини третьої статті 236 Кримінально-процесуального кодексу України (справа про розгляд судом окремих постанов слідчого і прокурора) від 30 січня 2003 року // Вісник Конституційного Суду України. — 2003. — № 1. — С. 24-30.

⁴³ Кузнецова О. Е. Конституционно-правовые основы судебного контроля судов общей юрисдикции / О. Е. Кузнецова // Российский судья. — 2004. — № 5. — С. 5; Чепурнова Н. М. Судебный контроль в Российской Федерации: проблемы методологии теории и государственно-правовой практики / Чепурнова Н. М. — Ростов-на/Д., 1999. — С. 3

⁴⁴ Курільчук І. Г. Поняття та сутність судового контролю в досудових стадіях кримінального процесу / І. Г. Курільчук // Держава і право. — 2006. — Вип. 31. — С. 436; Судебная власть / [Под ред. И. Л. Петрухина]. — М.: Проспект, 2003. — С. 162

⁴⁵ Колоколов Н. А. Судебный контроль в стадии предварительного расследования: реальность, перспективы / Н. А. Колоколов // Государство и право. — 1998. — № 11. — С. 31; Черечукина Л. В. Судебный контроль за досудебным производством / Черечукина Л. В. — Луганск: Редакционно-издательский отдел ЛИВД МВД Украины, 1998. — С. 81

⁴⁶ Бозров В. Контрольная функция суда / В. Бозров // Российская юстиция. — 1996. — №11. — С. 42

⁴⁷ Фойницкий И. Я. Курс уголовного судопроизводства. — Т. 2 / Фойницкий И. Я. — Санкт-Петербург Альфа, 1996. — С. 393

глядів повноваження суду»⁴⁸, вказується на невдаість цього терміна⁴⁹. Крім того, природа судового контролю в доктрині кримінального процесу не визначена. Так, не визначено, чи має ця діяльність родові ознаки контролю у кримінальному судочинстві, щоб мати найменування «судовий контроль». Для визначення поняття та сутності судового контролю у кримінальному процесі необхідно перш за все визначити ознаки контролю як правового явища.

Етимологічне значення контролю — перевірка, а також нагляд з метою перевірки⁵⁰. Сутність контролю в соціальному управлінні полягає у тому, що суб'єкт управління здійснює облік та перевірку того, як об'єкт, який керується, виконує його приписи. Основною його метою є блокування відхилень діяльності об'єкта від заданої управлінської програми, а при виявленні аномалій — приведення системи, яка керується, у стійкий стан за допомогою усіх соціальних регуляторів⁵¹.

Найбільшого розвитку теорія контролю набула в теорії державного управління та адміністративному праві. В адміністративному праві та теорії державного управління контроль (у сфері управління) визначається як спостереження за відповідністю діяльності керованого об'єкта тим приписам, які він отримав від керуючого органу або посадової особи⁵². Контроль завжди припускає наявність суб'єктів та об'єктів контролю. Контроль, як такий, не є первинною діяльністю, він має вторинний характер і саме тому традиційно розуміється як перевірка ходу виконання власного рішення уповноваженого (контролюючого) органу⁵³. Контроль має зовнішній характер, оскільки стосується діяльності, яка вже існує поза ним. Контроль має владний характер, який знаходить свій прояв у повноваженнях: а) давати підконтрольним об'єктам обов'язкові для виконання вка-

⁴⁸ Казинян Г. С. Соотношение прокурорского надзора и судебного контроля в досудебных стадиях судопроизводства по УПК Республики Армения / Г. С. Казинян // Прокурорская и следственная практика. — 1999. — № 3-4. — С. 110

⁴⁹ Никифоров С. Полномочия суда в стадии досудебного производства / С. Никифоров // Законность. — 2003. — №5. — С. 44

⁵⁰ Ожегов С. И. Словарь русского языка / Ожегов С. И. — М., 1964. — С. 285

⁵¹ Горшенев В. М. Контроль как правовая форма деятельности / В. М. Горшенев, И. Б. Шахов. — М.: Юрид. лит., 1987. — С. 23

⁵² Студеникина М. С. Государственный контроль в сфере управления / Студеникина М. С. — М., 1974. — С. 7

⁵³ Бойко А. И. Судебный контроль по уголовным делам в системе государственно-го управления (Ч. 1) / А. И. Бойко // Юрист-Правовед. — 2003. — № 1. — С. 44

зівки про усунення виявлених недоліків; ставити перед компетентними інстанціями питання про притягнення до відповідальності осіб, винних у виявлених порушеннях; в) безпосередньо застосовувати в необхідних випадках заходи державного примусу⁵⁴.

Деякими вченими нагляд розглядається як різновид або форма контролю⁵⁵. Так, на думку В. Авер'янова, поняття «контроль» та «нагляд» потрібно розрізняти таким чином: «родовим поняттям є «контроль», а нагляд є похідним від нього. Нагляд слід розглядати як окремий вид контролю, певну його форму, застосування якої у разі виявлення порушень супроводжується заходами впливу державно-владного характеру»⁵⁶. Незважаючи на це, сталими ознаками контролю (на відміну від нагляду) в адміністративному праві є: можливість контролюючого суб'єкта втручатися в діяльність підконтрольного суб'єкта, скасовувати його акти, а також здійснювати перевірку діяльності підконтрольного суб'єкта як з позицій законності, так і з позицій доцільності⁵⁷. Хоча державний контроль, як правило, пов'язується із публічним управлінням та традиційно відносить до предмета теорії управління та адміністративного права, його значення в системі державної влади є значно ширшою. Про це свідчить становлення нових видів контролю: конституційного контролю, судового контролю у кримінальному судочинстві, а також виокремлен-

⁵⁴ Тарасов А. М. Государственный контроль: сущность, содержание, современное состояние / А. М. Тарасов // Журнал российского права. — 2002. — № 1. — С. 30

⁵⁵ Горшенев В. М. Контроль как правовая форма деятельности / В. М. Горшенев, И. Б. Шахов. — М.: Юрид. лит., 1987. — С. 55; Державне управління: проблеми адміністративно-правової теорії та практики / [За заг. ред. В. Б. Авер'янова]. — К., 2003. — С. 346; Чистяков П. М. Контроль органів державної податкової служби України: властивості та принципи в умовах сьогодення / П. М. Чистяков // Митна справа. — 2004. — № 4. — С. 62

⁵⁶ Державне управління: проблеми адміністративно-правової теорії та практики / [За заг. ред. В. Б. Авер'янова]. — К., 2003. — С. 346

⁵⁷ Беляев В. П. Надзор как форма юридической деятельности / В. П. Беляев // Правоведение. — 2004. — №3. — С. 83-84; Гаращук В. М. Теоретико-правові проблеми контролю та нагляду у державному управлінні: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня доктора юридичних наук: спец. 12.00.07 «Теорія управління; адміністративне право і процес» / В. М. Гаращук. — Харків, 2003. — С. 12-13; Рохлин В. И. Прокурорский надзор и государственный контроль / Рохлин В. И. — Спб.: Юридический центр Пресс, 2003. — С. 180-181, 188; Шалумов М. С. Прокурорский надзор и государственный контроль за исполнением законов: разграничение компетенции и ответственности / М. С. Шалумов // Государство и право. — 1999. — № 1. — С. 83-84; Шемчук В. Співвідношення понять «контроль» та «нагляд» у діяльності прокуратури / В. Шемчук // Право України. — 2007. — №7. — С. 36;

ня у наукових дослідженнях такої гілки влади, як контрольна⁵⁸ або контрольно-наглядова⁵⁹. Тому, враховуючи міжгалузевий характер контролю, його можна розглядати як загальноправову категорію.

Якщо абстрагуватися від адміністративно-правового поняття контролю й спробувати визначити сутність контролю як загально-теоретичної категорії, то концептуально вищевикладена сутність та ознаки контролю у державному управлінні можуть бути застосовані й до характеристики контролю як загальноправового явища. Безумовно, у цьому випадку не завжди існує чітка система «суб'єкт — об'єкт управління», відносини «влада — підпорядкування», цілі не завжди ставляться контролюючим суб'єктом (ці ознаки є характерними для публічного управління та найбільш чітко виявляються в адміністративному контролі). Однак зовнішній характер контролю, його владність, перевірка діяльності підконтрольного суб'єкта з позицій законності та доцільності, можливість втручання в оперативну діяльність підконтрольного суб'єкта, можливість прийняття обов'язкових рішень для підконтрольного суб'єкта та скасування його актів у загальнотеоретичному понятті контролю зберігається.

Одним із інститутів кримінального процесу є процесуальний контроль⁶⁰. О. В. Судакова виокремлює такі ознаки процесуального контролю: забезпечення законності кримінально-процесуальної діяльності у справі у цілому і конкретно у кожній стадії зокрема; об'єкт — права та законні інтереси особистості та кримінально-процесуальна діяльність; предмет — дії та рішення посадових осіб, які здійснюють провадження, що порушують права та законні інтереси суб'єктів; процесуальний контроль діяльності на попередній стадії є обов'язковою умовою для здійснення провадження у наступній стадії, тобто ініці-

⁵⁸ Оборотов Ю. Н. Теория государства и права (прагматический курс) / Оборотов Ю. Н. — О.: Юрид. л-ра, 2004. — С. 156; Сушинський А. І. Теоретико-методологічні засади контролю у сфері публічної влади: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня доктора наук з державного управління: спец. 25.00.01 «Теорія та історія державного управління» / А. І. Сушинський. — К., 2003 — 36 с. // Режим доступу до автореферату: <http://www.nbuv.gov.ua/ard/2003/03soispv.zip>

⁵⁹ Грошевий Ю. М. Органи конституційного контролю та нагляду (Контрольно-наглядова влада) / Ю. М. Грошевий // Актуальные проблемы государства и права. — 1996. — Вып. 3. — С. 3

⁶⁰ Детальніше див.: Гловюк І. В. Процесуальний контроль у кримінальному процесі / І. В. Гловюк // Південноукраїнський правничий часопис. — 2008. — №1. — С. 143 — 145.

юється безпосередньо судом⁶¹. В літературі немає сталого розуміння процесуального контролю. У наукових дослідженнях він розуміється у широкому та вузькому значеннях. При цьому немає єдності у поглядах на зміст широкого та вузького значення поняття процесуального контролю. Так, у широкому значенні процесуальний контроль, на думку Б. Я. Гаврилова, включає судовий контроль, прокурорський нагляд, нагляд начальника слідчого відділу та начальника органу дізнання⁶², а на думку В. М. Тertiшника — контроль начальника слідчого підрозділу та судовий контроль⁶³. Відносять до процесуального контролю контроль органів судової влади і Н. В. Кучмій та М. Г. Шавкун⁶⁴. У вузькому значенні до процесуального контролю відносять не тільки традиційний контроль начальника слідчого відділу (підрозділу), а й контроль начальника органу дізнання⁶⁵, контроль слідчого-методиста та слідчого зонального контролю⁶⁶.

Процесуальний контроль у кримінальному процесі, крім родових ознак контролю, має специфічні ознаки, а саме: здійснюється у межах кримінального процесу; його здійснення має відповідну процесуальну форму; засоби здійснення встановлено у КПК; його здійснення регулюється нормами кримінально-процесуального права; є системним утворенням; засоби здійснення контролю диференціюються відповідно до видів та суб'єктів контролю. Таким чином, процесуальний контроль у кримінальному судочинстві — це процесуальна діяльність

⁶¹ Судакова О. В. Процессуальный контроль в системе гарантий уголовного судопроизводства / О. В. Судакова // Вестник Саратовской государственной академии права. — 2007. — №2. — С. 172

⁶² Гаврилов Б. Я. Обеспечение конституционных прав человека и гражданина в досудебном производстве / Гаврилов Б. Я. — М., 2003. — С. 117

⁶³ Тertiшник В. М. Науково-практичний коментар до Кримінально-процесуального кодексу України / Тertiшник В. М. — К., 2002 — С. 500

⁶⁴ Кучмій Н. В. Шавкун М. Г. Процесуальний контроль органів судової влади: історія і сучасність // Науковий вісник Юридичної академії Міністерства внутрішніх справ. — 2004. — №1. — С. 164-168.

⁶⁵ Гаврилов Б. Я. Обеспечение конституционных прав человека и гражданина в досудебном производстве / Гаврилов Б. Я. — М., 2003. — С. 117; Ивашенко Ю. А. Роль ведомственного контроля на стадии возбуждения уголовного дела в обеспечении быстрого реагирования на преступления / Ю. А. Ивашенко // Российский следователь. — 2005. — № 4. — С. 48; Кирий Л. Сутність, поняття і значення відомчого контролю при вирішенні питання про відмову у порушенні кримінальної справи / Л. Кирий // Право України. — 2005. — № 4. — С. 68

⁶⁶ Танцюра О. В. Проблеми відомчого контролю за попереднім слідством у системі МВС України / О.В. Танцюра, Ю. В. Кутепов // Вісник Університету внутрішніх справ. — 1996. — № 1. — С. 32,33

уповноважених суб'єктів з перевірки кримінально-процесуальної діяльності органу дізнання, особи, яка провадить дізнання, слідчого, прокурора, судді, суду при провадженні у кримінальній справі. З урахуванням наданого визначення процесуального контролю процесуальний контроль включає: судовий контроль; прокурорський нагляд; процесуальний відомчий контроль (контроль начальника слідчого відділу та начальника органу дізнання), які одночасно є видами процесуального контролю у кримінальному судочинстві.

Тепер слід співставити загальні ознаки контролю, у тому числі й у кримінальному судочинстві, з ознаками судової діяльності. Що стосується зовнішнього характеру контролю, то цю ознаку має розгляд судом (суддею) скарг на дії (бездіяльність), рішення органів дізнання, досудового слідства, прокурора та перевірка судом (суддею) законності рішення про провадження слідчої дії (кримінально-процесуальним законодавством України не передбачено; закріплено у КПК РФ), судова діяльність у стадії попереднього розгляду справи суддею, судова діяльність при розгляді справи по суті з оцінки правильності та повноти досудового розслідування (наприклад, при прийнятті рішення про направлення справи на додаткове розслідування), при перевірці в апеляційному, касаційному порядку та порядку виключного провадження судових рішень. Тільки ці види судової діяльності стосуються діяльності, яка вже існує поза контролем, тобто вже існуючих дій (бездіяльності), рішень органів дізнання, досудового слідства, прокурора, судді, суду. Ні розгляд судом (суддею) подань про надання згоди на провадження процесуальних та оперативно-розшукових дій, ні розгляд судом подань про застосування заходів кримінально-процесуального примусу у стадії досудового розслідування такої ознаки не мають, оскільки ще не існує тієї діяльності, яку суд (суддя) міг би контролювати.

Судова діяльність завжди є владною, оскільки суд є органом державної влади, що здійснює свої повноваження від імені держави, а його акти є загальнообов'язковими.

Суд (суддя) при розгляді подань, скарг, перевірці законності прийняття рішення про провадження слідчої дії здійснює перевірку діяльності органів дізнання, досудового слідства, прокурора з позицій законності та обґрунтованості, при цьому обґрунтованість є підставою для визнання подання законним та таким, що підлягає задоволенню, а дій (бездіяльності), рішень органів дізнання, досу-

дового слідства, прокурора — законними, рішення про провадження слідчої дії — законним. З позицій законності та обґрунтованості перевіряються й судові рішення. З позицій доцільності суд (суддя) діяльність органів дізнання, досудового слідства, прокурора не оцінює, оскільки він не може обмежувати процесуальну самостійність слідчого при обранні стратегії та тактики розслідування (час проведення обшуку, виїмки у житлі чи іншому володінні особи; необхідність для розслідування прослуховування переговорів, накладення арешту на кореспонденцію та зняття інформації з каналів зв'язку тощо).

Про можливість втручання в оперативну діяльність органу дізнання, слідчого, прокурора, суду, судді свідчать, зокрема, норми ст. 246, 374, 399 КПК, відповідно до яких при поверненні справи на додаткове розслідування у стадії попереднього розгляду справи суддею у постанові суддя зазначає підстави повернення справи на додаткове розслідування і може вказати, які слідчі дії повинні бути проведені при додатковому розслідуванні; вказівки суду, який розглянув справу в апеляційному порядку, є обов'язковими для органів дізнання і досудового слідства при додатковому розслідуванні і суду першої інстанції при повторному розгляді справи; вказівки суду, який розглянув справу в касаційному порядку, є обов'язковими для органів дізнання чи досудового слідства при додатковому розслідуванні і суду першої чи апеляційної інстанції при повторному розгляді справи.

При розгляді подань, скарг у досудових стадіях кримінального процесу суд (суддя), за загальним правилом, не має можливості втручання в оперативну діяльність органу дізнання, слідчого, прокурора, оскільки роль суду (судді) в досудовому провадженні має епізодичний, ревізійний характер та ініціюється заінтересованими особами: органом дізнання, слідчим, прокурором — при зверненні з поданнями, учасниками процесу та іншими особами — при поданні скарг. Ці ознаки має й діяльність судді при попередньому розгляді справи при розгляді скарг та діяльність суду при розгляді скарги при розгляді справи по суті. При прийнятті рішення за скаргою суд може, наприклад, скасувати постанову про відмову в порушенні кримінальної справи і направити матеріали для додаткової перевірки, однак він не може порушити справу публічного або приватно-публічного обвинувачення. При розгляді скарги на постанову про порушення кримінальної справи суддя може її скасувати. При ска-

суванні постанови про закриття кримінальної справи КПК не надає судді правомочності вказувати, які процесуальні, слідчі дії необхідно провести у кримінальній справі. Безумовно, суддя має повноваження на скасування актів органу дізнання, слідчого, прокурора, і його рішення за результатами розгляду скарг є обов'язковими для виконання. Однак при цьому суддя, як правило, не має можливості приймати такі рішення, тобто давати такі вказівки, які будуть впливати на подальший хід справи: суддя не дає вказівок про провадження процесуальних, слідчих дій. При відновленні досудового слідства після скасування постанови про закриття кримінальної справи можливе її подальше закриття за наявності до того підстав. Тобто обов'язковість судових актів для органів дізнання, слідчого, прокурора має, як правило, ретроспективний характер. Виключенням із цього є можливість судді винести постанову про застосування заходів безпеки або їх скасування в порядку ст. 52⁵ КПК України; передбачене ст. 236⁶ КПК вказування суддею тих обставин, які належить з'ясувати при проведенні досудового слідства після його відновлення при скасуванні постанови про закриття справи, а також вказування тих даних про особу, які необхідно з'ясувати у разі продовження затримання у порядку ч. 8 ст. 165² КПК, однак розгляд цього питання має певну специфіку, про яку буде вказано нижче.

Як зазначалося вище, судова діяльність з перегляду судових рішень не завжди має тільки ознаки правосуддя, оскільки не завжди вирішується кримінальна справа по суті. Ця діяльність є зовнішньою до діяльності органів дізнання, досудового слідства, прокурора, судді, суду. Перевіряється законність та обґрунтованість судового рішення, його правосудність, тобто як діяльність суду (судді) із його винесення, так і діяльність органів дізнання, досудового розслідування, прокурора. Слід погодитися із тим, що «законним може бути лише вирок, постановлений при суворому дотриманні процесуального закону протягом усього кримінального судочинства⁶⁷». Отже, у апеляційному провадженні, касаційному провадженні та виключно-му провадженні судова діяльність має, крім ознак правосуддя, також

⁶⁷ Уголовно-процессуальный кодекс Украины: Научно-практический комментарий / [Аленин Ю. П., Аракелян М. Р., Гидулянова Е. Н., Гловюк И. В. и др.]; под общ. ред. В. Т. Маляренко, Ю. П. Аленина. — [3-е изд.]. — Х.: Одиссей, 2007. — С. 714

ознаки судового контролю. На наявність цих видів судової діяльності у досудовому провадженні вказується в літературі⁶⁸.

Тобто з усієї судової діяльності у досудовому та судовому провадженні контролем (із певними зауваженнями) можна назвати: розгляд судом скарг на дії, бездіяльність, рішення органу дізнання, слідчого, прокурора та перевірку судом законності рішення про провадження слідчої дії (кримінально-процесуальним законодавством України не передбачено; закріплено у КПК РФ); дослідження питань щодо правильності проведеного дізнання та досудового слідства, складання обвинувального висновку при попередньому розгляді справи суддею; дослідження питань щодо правильності та повноти проведеного дізнання та досудового слідства, складання обвинувального висновку при розгляді справи по суті; перевірка в апеляційному, касаційному порядку та порядку виключного провадження судових рішень, оскільки вони мають зовнішній, владний характер, суд має можливість скасування актів органу дізнання, слідчого, прокурора, за законодавством РФ — визнати слідчу дію незаконною, а отримані докази — недопустимими, прийняття тих рішень, які є обов'язковими для органу дізнання, слідчого, прокурора, а також у деяких випадках вказувати на ті обставини, які має бути встановлено у процесі дізнання або досудового слідства.

Таким чином, функцію судового контролю у кримінальному процесі можна визначити як здійснювану у встановленому кримінально-процесуальним законом порядку діяльність суду (судді) із розгляду та вирішення по суті скарг на дії, бездіяльність, рішення органу дізнання, дізнавача, слідчого, начальника слідчого відділу, прокурора, перевірки правильності і повноти досудового провадження та законності та обґрунтованості судових рішень.

Як вірно вказує М. О. Колоколов, основною формою судового контролю за рішеннями та діями органів попереднього розслідування є звичайний (ординарний) відкладений судовий контроль, оскільки

⁶⁸ Муратова Н. Г. Система судебного контроля в уголовном судопроизводстве: вопросы теории, законодательного регулирования и практики: автореф. дис. на соискание ученой степени доктора юрид. наук: спец. 12.00.09 «Уголовный процесс, криминалистика и судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность» / Н. Г. Муратова. — Екатеринбург, 2004 // Режим доступа до автореферату: <http://kalinovskiy-k.narod.ru/b/avtoref/muratova.htm> Рябцева Е. В. Судебная деятельность в уголовном процессе России / Рябцева Е. В. — Ростов-на / Д.: Феникс, 2006. — С. 221-222

ки у даному випадку можливості сторін і суду у дослідженні спірних процесуальних проблем значно ширші⁶⁹.

На думку Є. В. Рябцевої, одним із видів судової діяльності є судове санкціонування, під яким необхідно розуміти розгляд судом клопотань (подань) про провадження визначених процесуальних та інших правових дій та давання дозволу на їх провадження або відмова у їх провадженні⁷⁰. Суд, як уявляється, не здійснює функцію судового санкціонування, оскільки повноваження суду з надання згоди на провадження процесуальних та оперативно-розшукових дій не є санкціонуванням у розумінні санкціонування, яке застосовується в кримінальному процесі. Суд або суддя не затверджує рішення органу дізнання, слідчого, прокурора, керівника або заступника керівника оперативного підрозділу про провадження процесуальної або оперативно-розшукової дії, а дає або відмовляє у наданні дозволу на її провадження. Саме тому цю функцію слід іменувати дозвільною функцією. Тим більше до судового санкціонування не можна віднести функцію застосування заходів кримінально-процесуального примусу, оскільки у цьому випадку суд не дає дозволу на провадження певної процесуальної дії, а сам приймає рішення про застосування заходу кримінально-процесуального примусу.

Тобто в межах досудового провадження слід виокремлювати дозвільну функцію та функцію застосування заходів кримінально-процесуального примусу.

Цими функціями не обмежуються функції судової влади у кримінальному судочинстві.

Як уявляється, суддя у справах приватного обвинувачення здійснює функцію кримінального переслідування. У літературі повноваження судді з порушення кримінальної справи розглядається як елемент обвинувальної діяльності⁷¹, і з цим не можна не погодитися. Дійсно, порушуючи кримінальну справу, суд вже не може бути неупередженим, тому обмежується можливість встановлення у справі

⁶⁹ Колоколов Н. А. Оперативный судебный контроль в уголовном процессе / Н. А. Колоколов. — М.: ИГ Юрист, 2008. — С. 15

⁷⁰ Рябцева Е. В. Судебная деятельность в уголовном процессе России / Рябцева Е. В. — Ростов-на / Д.: Феникс, 2006. — С. 90

⁷¹ Гринюк В. О. Принцип незалежності суддів і підкорення їх тільки закону в кримінальному процесі України: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / В. О. Гринюк. — К., 2004. — С. 14

істини, винесення законного і обґрунтованого судового рішення⁷². У літературі заперечується точка зору про здійснення судом (суддею) кримінального переслідування у справах приватного обвинувачення, оскільки функція кримінального переслідування виникає пізніше моменту порушення кримінальної справи⁷³. Конституційний Суд РФ у своїй постанові від 14 січня 2000 р. (п. 7) зазначив, що «процесуальний інститут провадження у справах приватного обвинувачення у скаргах потерпілих припускає розмежування функції відправлення правосуддя, покладеної на суд, і функції обвинувачення, яка реалізується потерпілим... Передбачене у КПК РСФСР повноваження суду порушувати кримінальні справи цієї категорії, по суті, означає лише його право та обов'язок прийняти до свого розгляду скаргу потерпілого. Порушення судом кримінальних справ приватного обвинувачення за скаргою потерпілого, таким чином, має інший юридичний зміст, ніж порушення кримінальних справ публічного обвинувачення»⁷⁴. Однак це роз'яснення не може вважатися аксіомою, оскільки воно не знімає проблему порушення кримінальної справи. Суддя, хоч і за ініціативою потерпілого, за його скаргою, в якій викладене обвинувачення, порушує кримінальну справу, тобто вбачає у викладених у скарзі приватного обвинувачення фактах наявність підстав до порушення кримінальної справи, і тому суд вже не може бути неупередженим при розгляді цієї кримінальної справи.

Суддя та суд здійснюють функцію закінчення кримінального переслідування у справах публічного обвинувачення у разі закриття кримінальної справи за ст. 6 КПК України при попередньому розгляді справи суддею (крім п. 1,2) та при повній відмові прокурора від підтримання державного обвинувачення у суді. Цю діяльність

⁷² Гринюк В. О. Принцип незалежності суддів і підкорення їх тільки закону в кримінальному процесі України: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / В. О. Гринюк. — К., 2004. — С. 14

⁷³ Чепурний О. О. Кримінально-процесуальні функції на стадії досудового розслідування: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / О. О. Чепурний. — К., 2005. — С. 12

⁷⁴ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации по делу о проверке конституционности отдельных положений Уголовно-процессуального кодекса РСФСР, регулирующих полномочия суда по возбуждению уголовного дела, в связи с жалобой гражданки И. П. Смирновой и запросом Верховного Суда Российской Федерации от 14 января 2000 г. // Режим доступа до акту: http://ksportal.garant.ru:8081/SESSION/S___n53S6onD/PILOT/main.html

не можна віднести до правосуддя, оскільки у постанові судді фактично не вирішується питання про істинність чи доведеність обвинувачення, а констатується наявність обставин, які перешкоджають кримінальному переслідуванню або відсутність волевиявлення компетентного органу на здійснення кримінального переслідування. Суд не може у випадку відмови прокурора від підтримання державного обвинувачення і відмови потерпілого від підтримання державного обвинувачення у раніше пред'явленому обсязі продовжити судовий розгляд, оскільки таке повноваження суду було би проявом обвинувальної діяльності суду.

Суддя при попередньому розгляді справи здійснює чотири групи повноважень: контрольні повноваження; правосуддя; застосування заходів кримінально-процесуального примусу; організаційно-підготовчі повноваження. Контрольні повноваження суддя здійснює при вирішенні скарг учасників процесу та при поверненні кримінальної справи на додаткове розслідування та прокурору. Правосуддя здійснюється при закритті кримінальної справи за п. 1,2 ст. 6 КПК та при звільненні особи від кримінальної відповідальності. Організаційно-підготовчі провадження здійснюються при вирішенні питань про призначення справи до судового розгляду; про зупинення провадження у справі; про направлення справи за підсудністю. Ці повноваження спрямовані на забезпечення підготовки справи до судового розгляду. Організаційно-підготовчі повноваження судді при попередньому розгляді справи є проявом організаційної функції — напряму судової діяльності.

Відповідно до ст. 357, 359 КПК України, апеляційний суд у разі необхідності може провести попередній розгляд справи. Попередній розгляд справи здійснюється в судовому засіданні суддею одноособово з обов'язковою участю прокурора. При попередньому розгляді справи апеляційний суд може прийняти одне з таких рішень: 1) про питання, пов'язані з підготовкою справи до апеляційного розгляду; 2) про відмову в прийнятті апеляції до свого розгляду; 3) про зупинення провадження в справі; 4) про повернення справи суду першої інстанції; 5) про закриття апеляційного розгляду справи. Ці повноваження апеляційного суду є проявом організаційної функції з підготовки справи до апеляційного розгляду. Суддя касаційного суду при вирішенні питання про витребування справи для розгляду касаційної скарги та про порушення питання про перегляд судового рішення у порядку виключного провадження здійснюють організаційну

функцію, яка знаходить свій прояв у підготовці справи до розгляду, вирішенні питання про порушення провадження. Судовий контроль, закінчення кримінального переслідування, організаційна функція до правосуддя не належать, оскільки справа по суті не вирішується, а вирішуються процесуальні питання, пов'язані з підготовкою справи до розгляду або з вирішенням питання про порушення провадження.

У літературі наявні протилежні точки зору щодо правової природи діяльності суду з вирішення питань виконання вироку. На думку В. Н. Бібіло, Е. А. Матвієнка, І. Д. Перлова, М. К. Свиридова, В. І. Швецова, у цій стадії суд здійснює правосуддя⁷⁵. Іншої точки зору дотримується Д. В. Тулянский, на думку якого суд у цій стадії правосуддя не здійснює⁷⁶. Як уявляється, судова діяльність з вирішення питань виконання вироку до правосуддя не відноситься, вона є окремим видом судової діяльності у кримінальному судочинстві. Недивлячись на те, що ця діяльність здійснюється судом або суддею, у судовому засіданні, за участі окремих учасників процесу, з дотриманням процесуальних гарантій, закінчується винесенням постанови, її неможливо віднести до правосуддя. На стадії виконання вироку, ухвали, постанови суду справа по суті вже вирішена, а вирішення потребують лише окремі аспекти виконання вироку у кримінальній справі.

Таким чином, судова діяльність у кримінальному процесі — це упорядкована система дій, здійснюваних судом (суддею) у кримінально-процесуальній формі з метою охорони та захисту прав, свобод та законних інтересів фізичних та юридичних осіб, держави при провадженні у кримінальній справі. До напрямів судової діяльності у кримінальному процесі, які одночасно є функціями судової влади у кримінальному процесі, відносяться: 1) правосуддя; 2) судовий контроль; 3) дозвільна функція; 4) застосування заходів кримінально-процесуального примусу; 5) організаційна функція; 6) кримінальне переслідування; 7) закінчення кримінального переслідування; 8) вирішення питань виконання вироку, ухвали, постанови суду.

⁷⁵ Матвиенко Е. А. Уголовное судопроизводство по исполнению приговора / Е. А. Матвиенко, В. Н. Бибило. — Минск: Изд-во БГУ им. В. И. Ленина, 1982. — С. 185; Перлов И. Д. Исполнение приговора в советском уголовном процессе / Перлов И. Д. — М.: Юрид. лит., 1963. — С. 19-20; Свиридов М. К. Сущность и предмет стадии исполнения приговора / Свиридов М. К. — Томск: Изд-во Томского университета, 1978. — С. 96-97; Швецов В. И. Исполнение приговора в советском уголовном процессе: [учебное пособие] / Швецов В. И. — М.: ВЮЗИ, 1982. — С. 10

⁷⁶ Тулянский Д. В. Осуществляет ли суд правосудие в стадии исполнения приговора? / Д. В. Тулянский // Журнал российского права. — 2001. — № 7. — С. 121

1.2. Судова діяльність у досудових стадіях кримінального процесу: сутність та функції

Суд, як і будь-який інший суб'єкт кримінального процесу, у кримінальному процесі здійснює кримінально-процесуальні функції. Традиційним у доктрині кримінального процесу є виділення трьох кримінально-процесуальних функцій: обвинувачення (або кримінального переслідування), захисту та вирішення справи. У сучасних умовах суд не здійснює функцію обвинувачення, його процесуальною функцією є вирішення справи. Вирішенням справи є така процесуальна діяльність, кінцевим рішенням якої є вирішення питання по суті пред'явленого обвинувачення. Відповідно до ст. 16¹ КПК України, функція розгляду справи покладається на суд. Однак ця норма регулює виключно розгляд справ у судах, і тому немає підстав для однозначного висновку, що функція вирішення справи є виключною функцією суду. Справа може бути вирішена по суті і шляхом її закриття на досудовому слідстві відповідно до п. 1, 2 ст. 6 КПК України органом дізнання, слідчим або прокурором⁷⁷.

На судових стадіях кримінального процесу процесуальна функція вирішення справи, тобто вирішення питання по суті пред'явленого обвинувачення, може здійснюватися виключно судом у формі правосуддя. Закриття справи за ст. 6 КПК України (крім п. 1, 2) не є вирішенням справи по суті, а також не є правосуддям, оскільки питання про істинність обвинувачення не вирішується. У цьому випадку закриття справи є констатацією наявності певних підстав, за наявності яких провадження у кримінальній справі не є можливим. Те ж стосується і закриття кримінальної справи при відмові прокурора від підтримання державного обвинувачення, оскільки у цьому разі відсутня необхідність вирішення основного питання кримінальної справи, тобто взагалі немає питання, яке потребує свого вирішення у судовому розгляді.

Аналіз правових форм діяльності суду свідчить, що суд є поліфункціональним суб'єктом кримінального процесу, тобто його функції не обмежуються здійсненням правосуддя. Суд здійснює й інші функції як у судовому, так й у досудовому провадженні. При цьому досудовим провадженням є провадження з моменту отримання заяви

⁷⁷ Щодо цього питання детальніше див.: Химичева Г. П. Досудебное производство по уголовным делам: концепция совершенствования уголовно-процессуальной деятельности / Химичева Г. П. — М.: Экзамен, 2003. — С. 228-229

чи повідомлення про злочин до направлення прокурором кримінальної справи до суду для розгляду її по суті.

Судову діяльність у досудовому провадженні майже традиційно іменують судовим контролем. У законодавстві, судовій практиці, доктрині кримінального процесу смислове навантаження здійснюється на слові «суд», а не на слові «контроль». Пояснюючи вибір такої термінології, М. О. Колоколов зазначив, що, думається, що слово «контроль» у даному випадку було обрано на противагу сталим поняттям «прокурорський нагляд» та «судових нагляд» вищих судів за діяльністю нижчестоящих⁷⁸. У літературі судовий контроль у досудових стадіях кримінального процесу розглядається як: окрема функція суду⁷⁹, прояв функції правосуддя⁸⁰ або процесуальної функції

⁷⁸ Колоколов Н. А. Судебный контроль в стадии предварительного расследования: реальность, перспективы / Н. А. Колоколов // Государство и право. — 1998. — № 11. — С. 31

⁷⁹ Антонова Е. Е. Функциональная характеристика досудебного производства в российском уголовном процессе: автореф. дис. на соискание ученой степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Уголовный процесс, криминалистика и судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность» / Е. Е. Антонова. — Омск, 2006 // http://www.otamvd.ru/index.php?dir=Diss&new_path=Docs/ch12345&file=diss2.htm
Галузо В. Н. Судебный контроль за законностью и обоснованностью содержания под стражей подозреваемых и обвиняемых на стадии предварительного расследования: автореф. дис. на соискание ученой степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Уголовный процесс, криминалистика и судебная экспертиза» / В. Н. Галузо. — М., 1995 — С. 15; Колоколов Н. А. Судебный контроль в стадии предварительного расследования: реальность, перспективы / Н. А. Колоколов // Государство и право. — 1998. — № 11. — С. 32; Гузела М. Контроль за законністю дій і рішень органів досудового розслідування як самостійна функція суду / М. Гузела // Вісник Львівського університету. — Серія юридична. — 2004. — Вип. 39. — С. 447; Кондратьев О. В. Завдання та форми судового контролю / О. В. Кондратьев // Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності. — 2003. — №3. — С. 191; Кузьмина О. В. Концептуальные основы реформирования уголовного судопроизводства в Российской Федерации / О. В. Кузьмина // Правоведение. — 2004. — № 2. — С. 124; Куцин М. М. Функції суду як органу судової влади у кримінальних справах / М. М. Куцин // Часопис Київського університету права — 2006. — № 1. — С. 151; Францифорова С. Ю. Судебный контроль — гарантия обеспечения прав участников процесса в уголовном судопроизводстве / С. Ю. Францифорова // Уголовное судопроизводство. — 2008. — №4. — С. 22

⁸⁰ Беднарська В. М. Правосуддя на досудових стадіях / В. М. Беднарська // Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності. — 2005. — № 3. — С. 283; Гуськова А. П. К вопросу о судебной защите прав и свобод человека, гражданина в российском уголовном судопроизводстве / А. П. Гуськова // Российский судья. — 2005. — № 6. — С. 14; Гуськова А. П. О практике судебного контроля за законностью и обоснованностью применения заключения под стражу в предварительном расследовании / А. П. Гуськова, В. А. Емельянов // Российский судья. — 2004. — № 4. — С. 12; Жеребятъев И. Некоторые вопросы реализации правосудия в уголовном су-

юстиції (вирішення справи) на попередньому слідстві⁸¹. Однак, як обґрунтовано вище, з усієї судової діяльності у досудовому провадженні контролем (з певними зауваженнями) можна назвати лише розгляд судом скарг на дії, бездіяльність, рішення органу дізнання, слідчого, прокурора та перевірку судом законності рішення про провадження слідчої дії (кримінально-процесуальним законодавством України не передбачено; закріплено у КПК РФ). Ні дозвільна діяльність суду, ні застосування заходів кримінально-процесуального примусу ознак контролю (у його загальноправовому розумінні) не мають.

Слід зазначити, що у наукових дослідженнях діяльність суду у досудовому провадженні не завжди зводиться тільки до судового контролю. Так, існує точка зору, що на досудових стадіях кримінального процесу суд виконує, крім функції судового контролю, функцію забезпечення законності обмеження конституційних прав громадян⁸²; функцію контролю за дотриманням прав людини⁸³; судові санкціонування⁸⁴; судовий нагляд⁸⁵; правозахисну функцію⁸⁶.

допроизводстве / И. Жеребятъев, А. Шамардин // Уголовное право. — 2004. — № 3. — С. 83; Ковтун Н. Н. Судебный контроль в уголовном процессе: понятие, виды, сущность и содержание / Н. Н. Ковтун // Вестник Нижегородского университета им Н. И. Лобачевского. — Сер.: Право. — Н. Новгород: ННГУ, 2001. — Вып. 2(4): Государство и право: итоги XX века. // <http://www.unn.ru/?main=issues&sub=vestnik&num=839> Махоркин И. Л. Полномочия суда и их реализация на стадии предварительного расследования в уголовном процессе России: автореф. дис. на соискание ученой степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Уголовный процесс, криминалистика и судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность» / И.Л.Махоркин.—М.,2009.//http://www.rai.ru/ru/science/theses/present_theses/455.html Мирза Л. С. Соотношение правосудия и судебного контроля / Л. С. Мирза // Дайджест официальных материалов и публикаций периодической печати конституционного правосудия в странах СНГ и Балтии. — 2004. — №5. — Ч. 1. — С. 164

⁸¹ Смирнов А. В. Модели уголовного процесса / Смирнов А. В. — Санкт-Петербург: Наука, 2000 — С. 50-51

⁸² Філін Д. Функції суду в досудових стадіях кримінального процесу / Д. Філін // Право України. — 2005. — № 1. — С. 65; Шило О. Г. Завдання й функції суду в кримінальному судочинстві України / О. Г. Шило // Проблеми законності. — 2008. — Вип. 94. — С. 154

⁸³ Куцин М. М. Функції суду як органу судової влади у кримінальних справах / М. М. Куцин // Часопис Київського університету права — 2006. — № 1. — С. 153

⁸⁴ Рябцева Е. В. Судебная деятельность в уголовном процессе России / Рябцева Е. В. — Ростов-на / Д.: Феникс, 2006. — С. 89-90

⁸⁵ Соловьев А. Б. Законность в досудебных стадиях уголовного процесса России / А. Б. Соловьев, М. Е. Токарева, А. Г. Халиулин, Н. А. Якубович. — М.-Кемерово, 1997. — С. 51

⁸⁶ Тушев А. А. Прокурор в уголовном процессе Российской Федерации / Научн. ред. докт. юрид. наук, проф. И. Ф. Демидов. — Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. — С. 183

Крім того, в літературі вказується, що кримінально-процесуальну функцію суду у досудовому провадженні можна визначити як забезпечення здійснення правосуддя у судовому розгляді⁸⁷. Відзначається, що повноваження судді на досудових стадіях доцільно охарактеризувати як «забезпечення законності та обґрунтованості обмеження конституційних прав і свобод людини на досудовому провадженні по кримінальній справі»⁸⁸. Існує підхід, що повноваження суду у досудових стадіях слід розглядати як прояв повноважень з кримінального переслідування⁸⁹. Кримінально-процесуальна функція слідчих суддів визначається у літературі як «забезпечення законності та обґрунтованості обмеження конституційних прав і свобод людини на досудовому провадженні по кримінальній справі»⁹⁰. Крім того, вказується на здійснення судом у досудових стадіях процесу єдиної функції — забезпечувальної⁹¹.

Судова діяльність у досудовому провадженні є особливим, специфічним видом кримінально-процесуальної діяльності, яка має свою власну, специфічну мету. Метою введення такої діяльності суду в кримінальний процес були саме наміри забезпечити ефективну охорону та захист прав перш за все фізичних осіб, оскільки їх не мог-

⁸⁷ Романов С. В. Уголовно-процессуальные функции суда в судебном разбирательстве и досудебном производстве по уголовным делам / С. В. Романов // Вестник Московского университета. Серия Право. — 2005. — № 5. — С. 110; Савенко М. Є. Процесуальні функції суду у кримінальному судочинстві на стадіях досудового слідства та судового розгляду / М. Є. Савенко // Університетські наукові записки. — 2006. — №2. — С. 284

⁸⁸ Струць О. А. Забезпечення судом законності та обґрунтованості слідчих дій на досудових стадіях провадження у кримінальній справі / О. А. Струць // Судова апеляція. — 2009. — №1. — С. 75

⁸⁹ Рыжих А. Н. Осуществление судом полномочий по уголовному преследованию на досудебных стадиях уголовного процесса / А. Н. Рыжих // Российский юридический журнал. — 2007. — №3. — С. 155; на причетність суду до кримінального переслідування при наданні дозволів на провадження слідчих дій вказують також: Шилов А. В. Судебный контроль на стадии предварительного расследования в уголовном судопроизводстве Российской Федерации / А. В. Шилов, Е. З. Трошкин — Минск: Тесей, 2004. — С. 27, 28

⁹⁰ Скрипіна Ю. В. Слідчий суддя в системі кримінально-процесуальної діяльності (порівняльно-правове дослідження): автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / Ю. В. Скрипіна. — Х., 2008. — С. 9

⁹¹ Рыжих А. Н. Полномочия суда на досудебных стадиях уголовного процесса автореф. дис. на соискание ученой степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Уголовный процесс, криминалистика и судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность» / А. Н. Рыжих. — Екатеринбург, 2008 // <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1276868>

ли ефективно захистити органи дізнання, досудового слідства та прокурор. Адже, як влучно зазначив І. Я. Фойницький, «державна задача судової влади — огороження прав, законом дарованих, від усіх порушників їх. Суд огорожує права державні, суспільні та особисті. Але в основі усіх прав особистості лежить її свобода. Тому природно, що однією з найголовніших функцій судової влади визнається огороження свободи особистості, на варту якої становиться суд для усунення посягань, спрямованих проти неї як злочинними діями приватних осіб, так і розпорядженнями влад сторонніх⁹²». Тому не можна повністю погодитися із твердженнями М. О. Колоколова, що «судовий контроль спрямований, по-перше, на сприяння ефективному здійсненню попереднього слідства, а по-друге, на забезпечення оптимальних умов для здійснення правосуддя⁹³». Завдяки наявності судової діяльності у досудовому провадженні ускладнюється провадження слідчих дій, оскільки на провадження деяких із них необхідно отримати дозвіл суду, ускладнюється застосування деяких заходів процесуального примусу, досудове слідство взагалі може бути зупинено (наприклад, при оскарженні постанови про порушення кримінальної справи). Тому судова діяльність у досудовому провадженні, як видно із нормативно закріплених її напрямів, не сприяє ефективному здійсненню досудового слідства. Що стосується того, що судова діяльність спрямована на забезпечення оптимальних умов для здійснення правосуддя, то це твердження є вірним тільки для надання судових дозволів на провадження процесуальних дій, оскільки у цьому випадку забезпечується дотримання прав та законних інтересів осіб, при порушенні яких докази, отримані в результаті провадження процесуальних дій, можуть бути визнані недопустимими. У зв'язку з цим більш правильним уявляється твердження В. О. Лазаревої, що дотримання прав і свобод учасників кримінального процесу є одним з обов'язкових критеріїв законності попереднього слідства та дізнання, отже, судовий контроль за цією стороною розслідування служить їй засобом забезпечення законності

⁹² Фойницький І. Я. Курс советского уголовного судопроизводства. — Т. 1 / Фойницький І. Я. — Санкт-Петербург: Альфа, 1996. — С. 183-184

⁹³ Колоколов Н. А. Судебный контроль в стадии предварительного расследования: реальность, перспективы / Н. А. Колоколов // Государство и право. — 1998. — № 11. — С. 33

його провадження⁹⁴. На думку О. Є. Антонової, мета судового контролю зводиться до захисту прав, свобод та законних інтересів осіб, залучених у кримінальне судочинство⁹⁵. Отже, метою судової діяльності у досудовому провадженні є охорона та захист прав, свобод та законних інтересів фізичних та юридичних осіб та інтересів держави у досудовому провадженні кримінального процесу. Слід зазначити, що судом у досудовому провадженні охороняються та захищаються, як це не парадоксально, й інтереси держави — як прямо, так і опосередковано. Так, безпосередньо на охорону інтересів держави спрямована судова діяльність із надання дозволу на виїмку документів, що містять державну таємницю. Опосередковано інтереси держави охороняються й при охороні та захисті прав фізичних та юридичних осіб при провадженні у кримінальній справі, оскільки таким чином забезпечується досягнення завдань кримінального судочинства, а саме — охорона прав та законних інтересів фізичних і юридичних осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, а також забезпечення правильного застосування закону для того, щоб кожен, хто вчинив злочин, був притягнутий до відповідальності і жоден невинний не був покараний.

У досудовому провадженні можна виділити три групи дій суду: 1) розгляд та вирішення подань про надання дозволів на здійснення процесуальних та оперативно-розшукових дій; 2) застосування заходів кримінально-процесуального примусу; 3) розгляд скарг суб'єктів кримінального процесу. Як правило, у літературі усі ці дії суду охоплюються поняттям «судовий контроль»⁹⁶; іноді до цих груп

⁹⁴ Лазарева В. А. Судебная деятельность и ее реализация в уголовном процессе / Лазарева В. А. — Самара: Самар. Ун-т, 1999. — С. 73

⁹⁵ Антонова Е. Е. Функциональная характеристика досудебного производства в российском уголовном процессе: автореф. дис. на соискание ученой степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Уголовный процесс, криминалистика и судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность» / Е. Е. Антонова. — Омск, 2006 // http://www.omamvd.ru/index.php?dir=Diss&new_path=Docs/ch12345&file=diss2.htm

⁹⁶ Колоколов Н. А. Судебный контроль в стадии предварительного расследования: реальность, перспективы / Н. А. Колоколов // Государство и право. — 1998. — № 11. — С. 31-39; Кондратьев О. В. Завдання та форми судового контролю / О. В. Кондратьев // Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності. — 2003. — № 3. — С. 189-193; Лазарева В. А. Судебная власть и уголовное судопроизводство / В. А. Лазарева // Государство и право. — 2001. — № 5. — С. 49-56; Лопаткина Н. Судебный контроль в ходе досудебного производства по уголовному делу / Н. Лопаткина // Законность. — 2002. — № 8. — С. 32-33; Магизов Р. Р. Сущность и содержание судебного контроля в уголовном судопроизводстве России / Р. Р. Магизов // Следователь. — 2004. — № 3. — С. 36-37; Маляренко В. Межі судового контролю за додержан-

дій додаються й інші (легалізації даних, зібраних сторонами у ході попереднього розслідування, у якості судових доказів, контролі за пред'явленням первинного обвинувачення на стадії попередньої підготовки, прийнятті за клопотанням обвинувача підсумкового рішення про закінчення попередньої підготовки та направленні провадження у судову стадію⁹⁷). Однак у літературі також розмежовують судову діяльність у досудовому провадженні на різні функції, напрями, види за її правовою природою.

Так, А. І. Бойко на підставі детального аналізу поняття контролю у системі управління зазначає, що передане у відання суду повноваження дозвільного характеру не зовсім коректно іменувати судовим контролем; краще називати нову процесуальну функцію попереднім або досудовим санкціонуванням⁹⁸. Таким чином, автором виділяється окрема функція суду з попереднього або досудового санкціонування, яка не є судовим контролем. І. Жеребят'єв, А. Шамардін вважають, що до предмета судового контролю на досудових стадіях кримінального судочинства відноситься лише діяльність суду, яка здійснюється у порядку ст. 125 КПК РФ (розгляд судом скарг на дії (бездіяльність) та рішення дізнавача, слідчого та прокурора), та ч. 5 ст. 165 КПК РФ (перевірка судом законності здійснених без судового рішення слідчих дій). Що стосується інших повноважень суду на досудових стадіях процесу, то вони є елементами правосуддя, оскільки суд приймає рішення про застосування тих чи інших заходів процесуального примусу та запобіжних заходів, провадження слідчих

ням прав і свобод людини в стадії попереднього розслідування кримінальної справи / В. Маляренко, П. Пилипчук // *Право України*. — 2001. — № 4. — С. 40-44; Петрухин И. Л. Судебная власть и расследование преступлений / И. Л. Петрухин // *Государство и право*. — 1993. — № 7. — С. 81-91; Пошва Б. М. Судовий контроль за дотриманням конституційних прав особи під час досудового розслідування кримінальної справи: практика та проблеми вдосконалення / Б. М. Пошва // *Адвокат*. — 2005. — № 6. — С. 37-43; Сірий М. І. Українська модель здійснення судового контролю на досудових стадіях кримінального процесу / М. І. Сірий // *Адвокат*. — 2005. — № 9. — С. 6-8; Туманянц А. Р. Судовий контроль за законністю і обґрунтованістю процесуальних рішень органів досудового слідства: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / А. Р. Туманянц. — Х., 1998. — 21 с.

⁹⁷ Смирнов А. В. Модели уголовного процесса / Смирнов А. В. — Санкт-Петербург: Наука, 2000 — С. 50-51

⁹⁸ Бойко А. И. Судебный контроль по уголовным делам в системе государственного управления (Часть 1) / А. И. Бойко // *Юрист-Правовед*. — 2003. — № 1. — С. 47

дій, а не контролює їх законність та обґрунтованість⁹⁹. Авторами вірно виділено ті напрями судової діяльності, які відносяться до судового контролю, а саме розгляд судом скарг на дії (бездіяльність) та рішення дізнавача, слідчого та прокурора та перевірка судом законності здійснених без судового рішення слідчих дій. При цьому не можна погодитися із тим твердженням, що інші повноваження суду на досудових стадіях процесу є елементами правосуддя. Сутність судового контролю вбачає у положенні ст. 55 Конституції України, яке гарантує кожному право на оскарження у суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, місцевого самоврядування, посадових і службових осіб, Ю. Оліячук¹⁰⁰.

У літературі висловлена та початково обґрунтована точка зору, що слід розрізняти вид діяльності або функцію судового контролю та вид діяльності або функцію забезпечення судом законності обмеження конституційних прав громадян (судового санкціонування застосування заходів процесуального примусу та здійснення окремих слідчих та інших правових дій¹⁰¹, обмеження конституційних прав громадян, у тому числі у ході досудового провадження¹⁰²). Судовий контроль при цьому розглядається як перевірка судом законності та обґрунтованості дій (бездіяльності), рішень органів, які здійснюють досудове провадження у справі. Як зазначає Л. А. Єкімова, «за своїм змістом діяльність суду з розгляду клопотань органів попереднього розслідування носить скоріше не контрольно-перевірочний, а засвідчувальний та дозвільний характер»¹⁰³. На думку О. А. Струць, повноваження судді на досудових стадіях доцільно охарактеризувати як «забезпечення законності та обґрунтованості обмеження конституційних прав і свобод особи». Ця функція реалізується у: 1) прийнят-

⁹⁹ Жеребятъев И. Некоторые вопросы реализации правосудия в уголовном судопроизводстве / И. Жеребятъев, А. Шамардин // Уголовное право. — 2004. — № 3. — С. 82-83

¹⁰⁰ Оліячук Ю. Співвідношення судового контролю і функцій органів дізнання, досудового слідства та прокуратури / Ю. Оліячук // Вісник прокуратури. — 2003. — № 1. — С. 92

¹⁰¹ Рябцева Е. В. Судебная деятельность в уголовном процессе России / Рябцева Е. В. — Ростов-на / Д.: Феникс, 2006. — С. 93,101

¹⁰² Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / [Под ред. А. Я. Сухарева]. — М.: Норма, 2002. — С. 63

¹⁰³ Екімова Л. А. Судебный контроль — терминологические и уголовно-процессуальные проблемы / Л. А. Екімова // Актуальные проблемы уголовно-процессуального права: Мат-лы междунард. науч.-практ. конф., 30 ноября 2007 г. — Караганда: КарЮИ МВД РК им. Б. Бейсенова, 2007. — С. 44

ті судом у результаті розгляду подання органу дізнання, слідчого рішення про провадження слідчих дій або застосування запобіжних заходів, які обмежують конституційні права та свободи особи; 2) ініційованій учасником процесу перевірки законності та обґрунтованості процесуального рішення, прийнятого органами досудового розслідування¹⁰⁴.

Дослідниками обґрунтовано виділена різна правова природа діяльності суду з розгляду судом скарг на рішення, прийняте органами, що здійснюють досудове провадження у справі, та прийняті судом у результаті розгляду подання органу дізнання, слідчого або прокурора, а також аналізу зібраних у справі доказів судового рішення (санкції) про здійснення процесуальних дій, які обмежують конституційні права громадян. Однак не можна зводити до однієї функції судову діяльність із розгляду подань про здійснення слідчих дій та розгляду подань про взяття під варту, усунення захисника від участі у справі та деяких інших, оскільки, незважаючи на первісну схожість, ця діяльність не є однаковою за своєю правовою природою, що буде обґрунтовано нижче. На думку І. Л. Махоркіна, у залежності від змісту розглядуваних судом питань у стадії попереднього розслідування повноваження суду можна класифікувати: 1) повноваження, пов'язані із запобіжними заходами та іншими заходами процесуального примусу; 2) повноваження із вирішенням питань, пов'язаних із санкціонуванням слідчих дій; 3) повноваження із вирішення питань, пов'язаних із перевіркою діяльності посадових осіб, що здійснюють кримінальне переслідування, за скаргами учасників кримінального процесу¹⁰⁵. О. М. Рижих об'єднує повноваження суду на досудових стадіях у наступні форми діяльності: судовий контроль; застосування заходів процесуального примусу; вирішення судом клопотань слідчого та дізнавача про провадження слідчих дій; винесення судом окремої постанови (ухвали)¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Струць О. А. Забезпечення судом законності та обґрунтованості слідчих дій на досудових стадіях провадження у кримінальній справі / О. А. Струць // Судова апеляція. — 2009. — №1. — С. 75

¹⁰⁵ Махоркин И. Л. Полномочия суда и их реализация на стадии предварительного расследования в уголовном процессе России: автореф. дис. на соискание ученой степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Уголовный процесс, криминалистика и судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность» / И. Л. Махоркин. — М., 2009. // http://www.raj.ru/science/theses/present_theses/455.html

¹⁰⁶ Рижих А. Н. Полномочия суда на досудебных стадиях уголовного процесса автореф. дис. на соискание ученой степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Уголовный

Слід підтримати точку зору про різну правову природу напрямів діяльності суду у досудовому провадженні. Судова діяльність у досудовому провадженні є певною, неоднорідною за своєю правовою природою, діяльністю, яка знаходить свій прояв у декількох напрямках, які є кримінально-процесуальними функціями суду, а саме: дозвільній функції, функції застосування заходів кримінально-процесуального примусу, судовому контролі¹⁰⁷. Необхідність виділення саме трьох процесуальних функцій суду полягає у різній природі напрямів судової діяльності у досудовому провадженні. Так, за поданнями органу дізнання, слідчого, прокурора, керівника або заступника керівника оперативного підрозділу суд може дати дозвіл на провадження певної процесуальної або оперативно-розшукової дії, провадити яку будуть саме орган дізнання, слідчий, прокурор, співробітник оперативного підрозділу. Цю діяльність не можна назвати контролем, оскільки на етапі розгляду та вирішення подання ще не існує тієї діяльності, яку можна контролювати, а контроль, як уявляється, може бути лише наступним, що впливає з ознаки зовнішності контролю. Прийняття процесуальних рішень із застосування заходів кримінально-процесуального примусу має специфіку, яка відрізняє цю функцію від дозвільної функції суду. Адже при здійсненні процесуальних дій, пов'язаних із застосуванням заходів кримінально-процесуального примусу, саме суддя шляхом прийняття рішення за поданням здійснює процесуальні дії, пов'язані з обмеженням конституційних прав та свобод. Незважаючи на те, що фактичне виконання постанови судді може бути покладено на відповідні органи, посадових та службових осіб, процесуальну дію здійснює саме

процесс, криминалистика и судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность» / А. Н. Рыжих. — Екатеринбург, 2008 // <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1276868>

¹⁰⁷ Детальніше див.: Гловюк І. В. Функціональна направленість судової діяльності в досудебному уголовно-процесуальному виробництві // Гражданское общество и правовое государство как факторы модернизации российской правовой системы: Материалы международной научно-теоретической конференции. Санкт-Петербург, 11 — 12 декабря 2009 г. / Под общ. ред. Н. С. Нижник: В 2 ч. Ч. II. СПб.: «Астерион», 2009. — С. 186-188; Гловюк І. В. Правовая природа и функциональная направленность судебной деятельности в досудебном уголовно-процесуальному виробництві // Система отправления правосудия по уголовным делам в современной России как социальное взаимодействие личности и государства: сборник научных статей: в 2 ч. Ч. 1 / редкол.: Т. К. Рябинина (отв. ред.), А. А. Козявин (отв. ред.) [и др.]; Курск. гос. техн. ун-т. Курск, 2009. — С. 163-167.

суд. При здійсненні дозвільної функції суд надає дозвіл на здійснення процесуальної або оперативно-розшукової дії, здійснюють яку компетентні суб'єкти, і процесуальне значення мають саме результати безпосереднього здійснення цієї процесуальної дії; при провадженні слідчої дії складається протокол.

Співвідношення функцій суду у досудовому провадженні та правосуддя є одним із ключових питань при визначенні правової природи діяльності суду у досудовому провадженні.

Сьогодні ні в українській, ні в російській юридичній літературі немає усталеного уявлення про правову природу діяльності суду у досудовому провадженні. Існують три концепції. Відповідно до першої з них, діяльність суду у досудовому провадженні є правосуддям (форма правосуддя, спосіб здійснення правосуддя, реалізація конституційної функції правосуддя, вид реалізації судової влади) (В.М. Беднарська, В.П. Божьев, В.Д. Бринцев, І. Дікар'єв, В. Золотих, А.П. Гуськова, І. Жеребят'єв, В.А. Лазарева, І.Л. Петрухін, В. Півненко, Б. Романюк, А. Шамардин, С. Щербань). Прибічник другої концепції вважає, що діяльність суду у досудовому провадженні є діяльністю, яка примикає до правосуддя (В.П. Кашепов). У межах третьої концепції діяльність суду у досудовому провадженні являє собою не правосуддя, а є особливою контрольною функцією, формою діяльності, діяльністю (В. Галузо, Ю. Гришин, М. Гузела, В.В. Зезянов, З.З. Зинатулін, О.В. Кондратьєв, О.В. Кузьміна, М.М. Куцин, Н.Г. Муратова, К.В. Рябцева, А. Р. Туманянц, Д. Філін, Н.М. Чепурнова, Л.Д. Чулюкін).

Прихильники першої концепції обґрунтовують свою позицію за допомогою різних аргументів. З одного боку, група вчених взагалі заперечує наявність особливої функції суду на досудових стадіях кримінального процесу¹⁰⁸. З іншого боку, окремі вчені вважають, що повноваження суду у досудовому провадженні повністю

¹⁰⁸ Півненко В. Судовий контроль. Чи може він бути самостійною функцією органів судової влади у кримінальному судочинстві? / В. Півненко // Прокуратура. Людина. Держава. — 2004. — № 3. — С. 105; Романюк Б. Прокурорський нагляд, «судовий» та відомчий контроль за діяльністю слідчого / Б. Романюк // Прокуратура. Людина. Держава. — 2004. — № 6. — С. 56; Чепурний О. О. Кримінально-процесуальні функції на стадії досудового розслідування: дис... кандидата юрид. наук: 12.00.09 / Чепурний Олександр Олександрович. — К., 2005. — С. 43; Щербань С. «Судебний контроль» в Україні: проблемные вопросы и пути развития / С. Щербань // Юридичний радник. — 2005. — № 3. — С. 74

охоплюються поняттям правосуддя у кримінальних справах (у тому числі й судовий контроль як особлива форма або спосіб реалізації правосуддя)¹⁰⁹. Крім того, пропонується поширити поняття правосуддя на здійснення судового контролю за законністю діяльності органів кримінального переслідування і дотриманням прав учасників попереднього слідства¹¹⁰. Ця концепція не може вважатися такою, що адекватно визначає природу діяльності суду на досудових стадіях кримінального процесу. Посилання на те, що особливою функцією суду на досудових стадіях кримінального процесу не існує, оскільки ця діяльність є безпосередньою участю судді у розслідуванні справи для створення необхідних передумов для її судового розгляду, а судові рішення — один із засобів підготовки справи до розгляду по суті, хоч і є частково справедливими для провадження окремих слідчих дій при доказуванні, але заперечують самостійний характер стадії досудового розслідування і надзвичайно розширюють поняття правосуддя. У цьому розумінні правосуддя стає «розмитою» функцією, яка включає в себе надзвичайно різні за своєю природою повноваження суду. Крім того, наприклад, вирішення питання про надання дозволу на взяття особи під варту або поміщення неповнолітнього у приймальник-розподільник навряд чи вплине на судовий розгляд кримінальної справи по суті чи усуне перешкоди у цьому. Скасування постанови про порушення кримінальної справи взагалі зробить неможливим подальше, у тому числі й судове, провадження у цій справі. Таким чином, діяльність суду на досудових стадіях кримінального процесу не можна вважати правосуддям.

¹⁰⁹ Беднарська В. М. Правосуддя на досудових стадіях / В. М. Беднарська // Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності. — 2005. — № 3. — С. 283; Гуськова А. П. К вопросу о судебной защите прав и свобод человека, гражданина в российском уголовном судопроизводстве / А. П. Гуськова // Российский судья. — 2005. — № 6. — С. 14; Гуськова А. П. О практике судебного контроля за законностью и обоснованностью применения заключения под стражу в предварительном расследовании / А. П. Гуськова, В. А. Емельянов // Российский судья. — 2004. — № 4. — С. 12; Дикарев И. С. Правосудие и судебный контроль в уголовном процессе: соотношение понятий / И. С. Дикарев // Государство и право. — 2008. — № 2. — С. 51; Жеребятёв И. Некоторые вопросы реализации правосудия в уголовном судопроизводстве / И. Жеребятёв, А. Шамардин // Уголовное право. — 2004. — № 3. — С. 83.

¹¹⁰ Лазарева В. А. Судебная власть и уголовное судопроизводство / В. А. Лазарева // Государство и право. — 2001. — № 5. — С. 54; Юридическая энциклопедия. — М.: Юрист, 2001. — С. 821

Прихильник другої концепції, В. П. Кашепов, зазначає, що «судовий контроль у кримінальному судочинстві — це своєрідна, передбачена законом процесуальна діяльність, яка примикає до правосуддя»¹¹¹. Однак при цьому він не пояснює, яким чином ця діяльність може примикати до правосуддя і які саме ознаки правосуддя вона має або не має.

Прихильники третьої концепції виділяють окрему контрольну функцію, діяльність, форму діяльності. Так, В. Галузо під судовим контролем розуміє самостійну кримінально-процесуальну функцію суду, яка проявляється у перевірці законності та обґрунтованості рішень про затримання, арешт та продовження строків тримання під вартою і застосування заходів до усунення неправомірного позбавлення волі підозрюваних та обвинувачених¹¹². М. О. Колоколов вважає, що за своєю природою судовий контроль у кримінальному судочинстві є окремою функцією судової влади, оскільки він ні характером здійснюваних процесуально-правових дій, ні рішеннями, які приймаються на досудових стадіях кримінального процесу, не пов'язаний із розглядом справи по суті¹¹³. Через специфічні ознаки, які має діяльність суду на досудових стадіях кримінального процесу, її кваліфікують як окрему функцію (функції) і такі дослідники, як М. Гузела, О. В. Кондратьєв, О. В. Кузьміна, М. М. Куцин, А. Р. Туманянц, Д. Філін та інші вчені¹¹⁴.

¹¹¹ Кашепов В. П. Институт судебной защиты прав и свобод граждан и средства ее реализации / В. П. Кашепов // Государство и право. — 1998. — № 2. — С. 70

¹¹² Галузо В. Н. Судебный контроль за законностью и обоснованностью содержания под стражей подозреваемых и обвиняемых на стадии предварительного расследования: автореф. дис. на соискание ученой степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Уголовный процесс, криминалистика и судебная экспертиза» / В. Н. Галузо. — М., 1995 — С. 15

¹¹³ Колоколов Н. А. Судебный контроль в стадии предварительного расследования: реальность, перспективы / Н. А. Колоколов // Государство и право. — 1998. — № 11. — С. 32

¹¹⁴ Гузела М. Контроль за законністю дій і рішень органів досудового розслідування як самостійна функція суду / М. Гузела // Вісник Львівського університету. — Серія юридична. — 2004. — Вип. 39. — С. 447; Кондратьєв О. В. Завдання та форми судового контролю / О. В. Кондратьєв // Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності. — 2003. — №3. — С. 191; Кузьміна О. В. Концептуальные основы реформирования уголовного судопроизводства в Российской Федерации / О. В. Кузьмина // Правоведение. — 2004. — № 2. — С. 124; Куцин М. М. Функції суду як органу судової влади у кримінальних справах / М. М. Куцин // Часопис Київського університету права — 2006. — № 1. — С. 151; Філін Д. Функції суду в

Н. Г. Муратова, Л. Д. Чулюкін зазначають, що судовий контроль є формою судової влади, що впливає з окремих законодавчих формулювань¹¹⁵. З. З. Зинатуллин, В. В. Зезянов називають судовий контроль окремим проявом здійснення судової влади, який не утворює собою правосуддя¹¹⁶. На думку В. М. Тertiшника, «судовий контроль за додержанням законів органами досудового слідства — це окрема форма діяльності суду, що впливає з покладеної на нього функції захисту прав і свобод людини та здійснюється шляхом надання судом дозволу на певні процесуальні дії, пов'язані з обмеженням конституційних прав і свобод громадян та контроль за законністю їх проведення¹¹⁷».

Найбільш прийнятною для визначення правової природи судової діяльності у досудовому провадженні є саме третя концепція. Справедливо зазначає Н. М. Чепурнова, що правосуддя і судовий контроль мають багато спільного: суспільні відносини, які складаються у сфері функціонування судової влади, де найбільш чітко виявлені охоронні та регулятивні функції держави; принципи та особливий процесуальний, суворо регламентований законом порядок здійснення правосуддя та судового контролю; форма реалізації правосуддя і судового контролю — винесення судового рішення; однак між ними є і суттєві відмінності: різні форми державної діяльності, де знаходить свою реалізацію судова влада; неоднакове функціональне призначення¹¹⁸ — і це повною мірою стосується і співвідношення правосуддя і судової діяльності. Дійсно, судова діяльність у досудовому провадженні є специфічною діяльністю, що не являє собою правосуддя, оскільки не відповідає таким його ознакам, як: 1) вирішення по суті кримінальних справ про злочини та об'єктивно-протиправні діяння; 2) здійснення в особливій процесуальній формі — судовому засіданні; 3) вирішення питання про застосування або незастосування заходів

досудових стадіях кримінального процесу / Д. Філін // Право України. — 2005. — № 1. — С. 65

¹¹⁵ Муратова Н. Г. Понятие и правовая природа судебного контроля по уголовным делам / Н. Г. Муратова, Л. Д. Чулюкин // Российский судья. — 2004. — №3. — С. 15

¹¹⁶ Зинатуллин З. З. Судебная власть и правосудие по уголовным делам: соотношение с судебным контролем / З. З. Зинатуллин, В. В. Зезянов // Российский судья. — 2005. — № 5. — С. 19-20

¹¹⁷ Тertiшник В. М. Науково-практичний коментар до Кримінально-процесуального кодексу України / Тertiшник В. М. — К., 2002 — С. 437

¹¹⁸ Чепурнова Н. М. Судебный контроль в Российской Федерации: проблемы методологии теории и государственно-правовой практики / Чепурнова Н. М. — Ростов-на / Д., 1999. — С. 60-61

кримінально-правового впливу; 4) застосування норм матеріального кримінального та цивільного права. Судова діяльність у досудовому провадженні не являє собою якусь одну функцію, вона проявляється у декількох кримінально-процесуальних функціях: дозвільній функції, функції застосування заходів кримінально-процесуального примусу, судовому контролю, що мають специфічні ознаки, які й відрізняють діяльність суду у досудовому провадженні, проявом якої вони є, від правосуддя як основної діяльності суду на судових стадіях кримінального процесу.

У науковій літературі правосуддя та судовий контроль розмежовуються як діяльність за різними критеріями. Так, при розгляді спору у порядку судового контролю суд не торкається питань доведеності обвинувачення, правильності кваліфікації та ін., а вирішує питання законності та обґрунтованості обмеження (чи можливого обмеження) конституційних прав громадян. Рішення, прийняті у порядку судового контролю, несуть допоміжне навантаження, забезпечують для суду можливість винесення правосудного вироку. При розгляді кримінальних справ по суті у змагальному процесі суд відіграє відносно пасивну роль арбітра, тоді як у ході реалізації функції судового контролю діяльність суду має активний характер¹¹⁹. Не можна повністю погодитися із твердженням, що такі рішення забезпечують для суду можливість винесення правосудного вироку. Це твердження повністю прийнятне для дозвільної функції суду, оскільки провадження окремих процесуальних дій без постанови суду може спричинити визнання отриманих доказів недопустимими. Однак таке твердження не буде справедливим, наприклад, для розгляду судом подань про застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, направлення обвинуваченого на стаціонарну експертизу, поміщення неповнолітнього до приймальника-розподільника, оскільки це ніяк не вплине на винесення судом правосудного вироку.

У літературі виділяють різні ознаки судового контролю. Так, до них зараховують: виключність судового рішення про можливість та термін застосування заходів примушування, пов'язаних з обмеженням конституційних прав громадян; всебічність, що характеризує широкий спектр взаємопов'язаних процесуальних заходів, пов'язаних із прийняттям певних судових рішень і покликаних контролювати

¹¹⁹ Азаров В. А. Таричко И. Ю. Функция судебного контроля в истории, теории и практике уголовного процесса России / В. А. Азаров, И. Ю. Таричко. — Омск: Омский гос. ун — т, 2004. — С. 136-137

законність та обґрунтованість застосування заходів примушування, що обмежують конституційні права громадян, на всіх наступних етапах перевірконої діяльності¹²⁰; при здійсненні цієї діяльності не вирішується питання про винність або невинність особи, притягнутої до кримінальної відповідальності; основним предметом цієї діяльності є перевірка правомірності застосування до осіб заходів процесуального примусу, які обмежують конституційний принцип недоторканності особи; суд здійснює перевірку рішень органів досудового слідства, пов'язаних із закінченням провадження у справі¹²¹; сутність складає контроль (перевірка й оцінка) законності та обґрунтованості визначених дій та рішень публічних процесуальних органів; ця діяльність спрямована на (врегулювання) вирішення правового спору (конфлікту) сторін по суті; розгляд цього спору по суті (в силу норми закону або волі сторін) віднесено до компетенції суду; предмет контролю та межі його вирішення судом обмежені волею (нормою) закону або суб'єктивною волею сторін; ініціатива до реалізації тієї чи іншої форми судового контролю виходить не від суду, а від заінтересованих (у вирішенні спору) суб'єктів кримінального судочинства чи інших громадян, втягнутих у процес; результатом контролю є вирішення загальнообов'язкового, забезпеченого примусовою силою держави, судового акта, покликаного до правового вирішення спору сторін¹²². Такі ознаки, як предмет діяльності — перевірка правомірності застосування до осіб заходів процесуального примусу, які обмежують конституційний принцип недоторканності особи; суд здійснює перевірку рішень органів досудового слідства, пов'язаних із закінченням провадження у справі в цілому на досудових стадіях процесу, — є характеристиками окремих напрямів судової діяльності у досудовому провадженні (у термінології авторів — судового контролю), і тому не можуть претендувати на універсальність як ознаки судової діяль-

¹²⁰ Туманянц А. Р. Контрольні функції суду у кримінальному судочинстві / А. Р. Туманянц // Вісник Академії правових наук України. — 1997. — № 3. — С. 140-141

¹²¹ Гузела М. Контроль за законністю дій і рішень органів досудового розслідування як самостійна функція суду / М. Гузела // Вісник Львівського університету. — Серія юридична. — 2004. — Вип. 39. — С. 447; Туманянц А. Р. Судовий контроль за законністю і обґрунтованістю процесуальних рішень органів досудового слідства: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / А. Р. Туманянц. — Х., 1998. — С. 9; Туманянц А. Р. Контрольні функції суду у сфері кримінального судочинства / Туманянц А. Р. — Х.: Основа, 2000. — С. 20

¹²² Магизов Р. Р. Сущность и содержание судебного контроля в уголовном судопроизводстве России / Р. Р. Магизов // Следователь. — 2004. — № 3. — С. 37

ності у досудовому провадженні (у термінології авторів — судового контролю). Ознаки судового контролю, виділені Р. Р. Магізовим, концептуально відображають ознаки діяльності суду у досудовому провадженні. Але автором не визначено концепт, який він використовує при формулюванні ознак процесуального контролю — концепт «правовий спір (конфлікт)». Адже у кримінальному судочинстві можуть бути вирішені два конфлікти: кримінально-правовий та кримінально-процесуальний. При цьому про кримінально-процесуальний конфлікт та його вирішення йдеться тільки при розгляді та вирішенні судом скарг, а не при характеристиці судової діяльності у досудовому провадженні в цілому. Що стосується твердження про те, що предмет контролю та межі його вирішення судом обмежені волею (нормою) закону або суб'єктивною волею сторін, то воно є, як уявляється, помилковим, оскільки воля сторін-учасників досудового провадження може бути реалізована тільки в межах закону, і не воля сторін, а норми закону встановлюють повноваження суду або судді у досудовому провадженні.

Суб'єктами, які беруть участь у здійсненні судової діяльності у досудовому провадженні, можуть бути: підозрюваний, обвинувачений, захисник, законний представник. Крім того, у ній беруть участь потерпілий, представник потерпілого; особа, за заявою якої було порушено справу; цивільний позивач, представник цивільного позивача, цивільний відповідач, представник цивільного відповідача, законний представник (ці особи можуть виступати лише скаргниками або їх представниками); скаргник, представник скаргника, прокурор, слідчий, особа, яка провадить дізнання та ін. Не беруть участь у судовій діяльності в досудовому провадженні особи, які сприяють здійсненню правосуддя (крім секретаря судового засідання).

Оскарження постанов суду (судді) за результатами розгляду та вирішення скарг, подань може відбуватися, як правило, тільки в апеляційному порядку¹²³. КПК України встановлює, по-перше, коло тих постанов, які можуть бути оскаржені, і тих, які не можуть бути

¹²³ Бобечко Н. Р. Особливості касаційного оскарження судових рішень у кримінальному судочинстві України / Н. Р. Бобечко // Бюлетень Міністерства юстиції України. — 2008. — № 2. — С. 73; Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Касьяненко Бориса Павловича щодо офіційного тлумачення положень пункту 8 частини третьої статті 129 Конституції України, частини другої статті 383 Кримінально-процесуального кодексу України від 11 грудня 2007 року // Режим доступу до акту: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=val1p710-07>

оскаржені; по-друге, різні строки оскарження, деякі з яких є скороченими; по-третє, суб'єктів, які мають право на оскарження постанов в апеляційному порядку; по-четверте, що апеляція на ухвалу чи постанову судді, винесену в порядку, передбаченому ст. ст. 52⁵, 165², 165³, 177, 205 КПК, подається безпосередньо до апеляційного суду.

У даний час не можна однозначно стверджувати, хто є суб'єктом здійснення судових повноважень у досудовому провадженні. У Конституції України у ст. 29 стосовно вирішення питання про арешт або тримання під вартою вживається термін «суд». Термін «суд» вживається і у ст. 30 Конституції України стосовно вирішення питання про проникнення до житла чи до іншого володіння особи, проведення в них огляду чи обшуку, та у ст. 31 Конституції України стосовно винятків з таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції. Стаття 55 Конституції передбачає, що кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб. У ст. ст. 106, 165, 177, 178, 236², 236⁶, 236⁸ КПК вживається термін «суддя». У той же час у ст. 14¹, 7³, 205 КПК використовується термін «суд». Стаття 31 Закону України «Про статус депутатів місцевих рад»¹²⁴ передбачає, що запобіжний захід щодо депутата місцевої ради у вигляді підписки про невиїзд або взяття під варту може застосовуватись виключно судом. У рішенні Конституційного Суду України¹²⁵ суб'єктом судового контролю визначено суд. У літературі висловлено думку, що суб'єктом розгляду таких справ у суді першої інстанції слід визнати лише суд в особі судді, який діє від імені суду¹²⁶.

У літературі, як вітчизняній, так і в російській, неодноразово висловлювалися пропозиції щодо необхідності утворення інституту слідчого судді, до повноважень якого має входити розгляд подань органу дізнання, слідчого, прокурора, скарг на дії (бездіяльність),

¹²⁴ Закон України «Про статус депутатів місцевих рад» від 11 липня 2002 р. (із змін та доп.) // Відомості Верховної Ради України. — 2002. — № 40. — ст. 290.

¹²⁵ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини третьої статті 120, частини шостої статті 234, частини третьої статті 236 Кримінально-процесуального кодексу України (справа про розгляд судом окремих постанов слідчого і прокурора) від 30 січня 2003 року // Вісник Конституційного Суду України. — 2003. — № 1. — С. 24-30.

¹²⁶ Попелюшко В. О. Мала судова реформа та захист прав громадян / Попелюшко В. О. — К.: Кондор, 2006. — С. 114

рішення органу дізнання, дізнавача, слідчого, прокурора, однак ці пропозиції по-різному визначають статус слідчого судді¹²⁷. У КПК РФ не сприйнято ідею слідчого судді як спеціального судді, до повноважень якого має відноситися виключно надання дозволів на провадження слідчих дій, застосування заходів примусу, розгляд скарг. У проекті КПК України № 1233 слідчий суддя — суддя місцевого загального суду, призначений головою місцевого загального суду для забезпечення додержання конституційних прав і свобод громадян у стадії досудового провадження. Тобто проектом не сприйнято ідею створення спеціальних посад слідчих суддів. Не вдаючись до полеміки щодо можливого статусу слідчого судді і не розглядаючи детально ідеї, висловлені в літературі щодо сутності цього інституту, ідею введення у кримінальне судочинство слідчого судді слід підтримати¹²⁸. І незалежного від обраного законодавцем його статусу (тобто сприйняття французької моделі слідчого судді або німецької моделі дільничного судді), слідчий суддя повинен мати повноваження з надання дозволів на провадження процесуальних та

¹²⁷ Бринцев В. Досудове слідство: судовий слідчий чи «следственный судья»? / Б. Бринцев // *Право України*. — 1997. — № 7. — С. 9; Бринцев В. Д. Судебный контроль (теория и практика) / В. Д. Бринцев, В. Г. Чернухин. — Х.: 2001. — С. 8-9; Грошевий Ю. М. Проблеми удосконалення законодавства, що регулює кримінально-процесуальну діяльність / Ю. М. Грошевий // *Вісник Академії правових наук України*. — 2003. — № 2-3. — С. 696; Дроздов Г. Судебный контроль за расследованием преступлений / Г. Дроздов // *Советская юстиция*. — 1992. — № 15-16. — С. 12-13; Маляренко В. Головні напрями розбудови кримінального судочинства, структура і зміст майбутнього КПК України / В. Маляренко, П. Пилипчук // *Право України*. — 2000. — № 8. — С. 15; Маркуш М. А. Принцип змагальності у кримінальному процесі України: [монографія] / Маркуш М. А. — Харків, 2007. — С. 91-94; Петрухин И. Л. Судебная власть и расследование преступлений / И. Л. Петрухин // *Государство и право*. — 1993. — № 7. — С. 90; Скрипіна Ю. В. Слідчий суддя в системі кримінально-процесуальної діяльності (порівняльно-правове дослідження): автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / Ю. В. Скрипіна. — Х., 2008. — 20 с.; Тищенко О. І. Проблеми обрання та оскарження запобіжного заходу у вигляді взяття під варту в досудовому провадженні у кримінальній справі: дис. ... кандидата юрид. наук: 12.00.09 / Тищенко Ольга Ігорівна — Х., 2007. — С. 79-80; Чорнобук В. І. Законність та обґрунтованість процесуальних рішень судді в порядку судового контролю в досудових стадіях кримінального процесу: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / В. І. Чорнобук. — О., 2007. — С. 6

¹²⁸ Ідеї автора з цього питання детальніше див.: Гловюк І. В. Слідчий суддя як суб'єкт судової діяльності у досудовому провадженні / І. В. Гловюк // *Актуальні проблеми політики: зб. наук. праць* / Голов. ред. С. В. Ківалов; відп. за вип. Л. І. Кормич. — О.: Фенікс, 2008. — Вип. 33. — С. 184-190.

оперативно-розшукових дій, застосування заходів примусу, розгляду скарг на рішення, дії (бездіяльність) органу дізнання, дізнавача, слідчого, прокурора. Слідчий суддя має бути суддею, який одноособово розглядає справу і діє від імені суду.

У літературі немає єдності як у визначенні видів та форм судового контролю, так і у визначенні того, що є видом судового контролю, а що є його формою.

Поширеним у літературі є виокремлення за часом здійснення (або за режимом перевірки) таких форм судового контролю, як ревізійний, попередній та наступний судовий контроль¹²⁹, а також попереджувальний та відновлювальний контроль¹³⁰. Однак попередній та подальший (або попереджувальний та наступний) судовий контроль називаються також видами судового контролю¹³¹. За характером ініціації судового контролю виокремлюють його статутну та дис-

¹²⁹ Кириї Л. М. Відомчий, судовий контроль та прокурорський нагляд за дотриманням процесуального порядку відмови в порушенні кримінальної справи: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / Л. М. Кириї. — Київ, 2007. // Режим доступу до автореферату: <http://www.nbuv.gov.ua/ard/2007/07klmpks.zip> Лазарева В. А. Судебная власть и уголовное судопроизводство / В. А. Лазарева // Государство и право. — 2001. — № 5. — С. 55; Судебная власть / [Под ред. И. Л. Петрухина]. — М.: Проспект, 2003. — С. 162

¹³⁰ Антонова Е. Е. Функциональная характеристика досудебного производства в российском уголовном процессе: автореф. дис. на соискание ученой степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Уголовный процесс, криминалистика и судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность» / Е. Е. Антонова. — Омск, 2006 // http://www.omamvd.ru/index.php?dir=Diss&new_path=Docs/ch12345&file=diss2.htm Ковтун Н. Н. Судебный контроль в уголовном процессе: понятие, виды, сущность и содержание / Н. Н. Ковтун // Вестник Нижегородского университета им. Н. И. Лобачевского. — Сер.: Право. — Н. Новгород: ННГУ, 2001. — Вып. 2 (4): Государство и право: итоги XX века. // <http://www.unn.ru/?main=issues&sub=vestnik&anum=839>

¹³¹ Адвокат в уголовном процессе / [Под ред. В. И. Сергеева]. — М.: Закон и право, 2004. — С. 40; Кондратьев О. В. Організаційно-правові проблеми судового контролю: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.10 «судоустрій; прокуратура та адвокатура» / О. В. Кондратьев. — Х, 2005. — 19 с. — Режим доступу до автореферату: <http://www.nbuv.gov.ua/ard/2005/05kovpsk.zip> Курільчук І. Г. Поняття та сутність судового контролю в досудових стадіях кримінального процесу / І. Г. Курільчук // Держава і право. — 2006. — Вип. 31. — С. 437; Яблоков В. А. Реализация судебной власти на досудебных стадиях уголовного процесса России: автореф. дис. на соискание ученой степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Уголовный процесс, криминалистика и судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность» / В. А. Яблоков. — Самара, 2001. — С. 11-12

позитивну форми¹³². Крім того, при характеристиці форм судового контролю в літературі надається більш детальне їх розмежування та визначення; зокрема, як форми судового контролю (за змістом діяльності) виокремлюються: надання судом дозволу на провадження слідчих дій, пов'язаних з обмеженням конституційних прав особистості; перевірка судом законності прийняття рішення про провадження огляду житла, обшуку та виїмки у житлі, а також особистого обшуку, коли ці слідчі дії провадяться у невідкладних випадках на підставі постанови слідчого з наступним повідомленням судді; розгляд скарг на рішення, дії (або бездіяльність), які можуть завдати шкоди конституційним правам та свободам учасників слідчих дій¹³³; судовий контроль за законністю та обґрунтованістю застосування заходів процесуального примусу; судовий контроль за законністю та обґрунтованістю дій та рішень органів кримінального переслідування, які обмежують конституційні права та свободи громадян; судовий контроль за законністю та обґрунтованістю слідчих дій, які обмежують конституційні права та свободи громадян¹³⁴. Ці класифікації засновані на нормативному розмежуванні повноважень суду у досудовому провадженні за КПК України та КПК РФ. Схожий критерій обирається і при розмежуванні судового контролю на види¹³⁵.

Попередній та подальший (або попереджувальний та наступний) судовий контроль називаються також видами судового контролю¹³⁶.

¹³² Магизов Р. Р. Сущность и содержание судебного контроля в уголовном судопроизводстве России / Р. Р. Магизов // Следователь. — 2004. — № 3. — С. 36-37.

¹³³ Лопаткина Н. А. Становление института судебного контроля в УПК РФ: его преимущества и недостатки / Н. А. Лопаткина // УПК РФ: проблемы практической реализации: материалы Всерос. научно-практ. конференции (г. Сочи, 11 — 12 октября 2002 г.). — Краснодар, 2002. — С. 165-169. — С. 165; Семенцов В. А. Судебный контроль при производстве следственных действий / В. А. Семенцов // Российский судья. — 2005. — № 12. — С. 28

¹³⁴ Ковтун Н. Н. Судебный контроль в уголовном судопроизводстве России / Ковтун Н. Н. — Н. Новгород, 2002. — С. 143-151; Магизов Р. Р. Судебный контроль в уголовном процессе России: понятие, виды и процессуальные формы / Р. Р. Магизов // Следователь. — 2004. — № 4. — С. 23-24.

¹³⁵ Устинов М. А. Судебный контроль на стадии предварительного расследования: автореф. дис. на соискание ученой степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Уголовный процесс, криминалистика и судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность» / М. А. Устинов. — Саранск, 1999. — С. 7-8

¹³⁶ Адвокат в уголовном процессе / [Под ред. В. И. Сергеева]. — М.: Закон и право, 2004. — С. 40; Кондратьев О. В. Организационно-правовые проблемы судебного контроля: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.10 «судоустрій; прокуратура та адвокатура» / О. В. Кондратьев. — Х, 2005. — 19 с.

На види судовий контроль поділяється і за компетенцією ініціатора судово-контрольного провадження¹³⁷ та за змістом діяльності¹³⁸, за видом конституційного права, правомірність обмеження якого перевіряється судом, за характером підконтрольного акта, за можливістю повторної перевірки¹³⁹.

Крім того, у літературі виділяється загальний, попередній та виключний судовий контроль¹⁴⁰.

Необхідно чітко розмежовувати види та форми судової діяльності у досудовому провадженні. Судова діяльність у досудовому провадженні може класифікуватися на види за різними ознаками. За ознакою змісту діяльності судова діяльність у досудовому провадженні може бути класифікована на: розгляд подань та постанов; розгляд скарг. За часом здійснення можливо виділити попередню та наступну судову діяльність; попередня судова діяльність охоплює собою розгляд та вирішення подань та постанов про давання дозволів на провадження слідчих та оперативно-розшукових дій та прийняття рішень про обмеження найважливіших прав осіб, а наступна судова діяльність — розгляд та вирішення скарг. За суб'єктом ініціації судова діяльність поділяється на: судову діяльність, що ініціюється владними суб'єктами кримінального процесу; судову діяльність, що ініціюється

— Режим доступу до автореферату: <http://www.nbuv.gov.ua/ard/2005/05kovpsk.zip> Курільчук І. Г. Поняття та сутність судового контролю в досудових стадіях кримінального процесу / І. Г. Курільчук // Держава і право. — 2006. — Вип. 31. — С. 437; Химичева О. В. Концептуальные основы процессуального контроля и надзора на досудебных стадиях уголовного судопроизводства: [монография] / Химичева О. В. — М.: ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 2004. — С. 213; Яблоков В. А. Реализация судебной власти на досудебных стадиях уголовного процесса России: автореф. дис. на соискание ученой степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Уголовный процесс, криминалистика и судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность» / В. А. Яблоков. — Самара, 2001. — С. 11-12

¹³⁷ Адвокат в уголовном процессе / [Под ред. В. И. Сергеева]. — М.: Закон и право, 2004. — С. 40

¹³⁸ Адвокат в уголовном процессе / [Под ред. В. И. Сергеева]. — М.: Закон и право, 2004. — С. 40-41; Назаров А. Д. Влияние следственных ошибок на ошибки суда / Назаров А. Д. — Спб.: Юридический Центр Пресс, 2003. — С. 207,213,215

¹³⁹ Яблоков В. А. Реализация судебной власти на досудебных стадиях уголовного процесса России: автореф. дис. на соискание ученой степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Уголовный процесс, криминалистика и судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность» / В. А. Яблоков. — Самара, 2001. — С. 11-12

¹⁴⁰ Назаров В. В. Обмеження конституційних прав людини в кримінальному провадженні: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня докт. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / В. В. Назаров. — Дніпропетровськ, 2009. — С. 19

учасниками кримінального процесу. Залежно від виду конституційного права, правомірність обмеження якого перевіряється судом, судова діяльність може бути класифікована на судову діяльність щодо недоторканності особи, недоторканності житла та іншого володіння особи тощо. Залежно від стадії судова діяльність у досудовому провадженні може бути класифікована на судову діяльність при порушенні кримінальної справи, у стадії досудового розслідування, при перевірці прокурором кримінальної справи, яка надійшла до нього.

Що стосується форм судової діяльності¹⁴¹, то для визначення форм судової діяльності при їх характеристиці необхідно використати позицію М. О. Колоколова щодо форм судового контролю як форм процесуальної реалізації судового контролю¹⁴². Тому до форм судової діяльності з урахуванням позиції М. О. Колоколова можна віднести: відкритий змагальний процес; закритий змагальний процес; закритий незмагальний процес¹⁴³. Діючий КПК встановлює різні процедури розгляду подань органів дізнання, слідчого, прокурора, скарг. До форм процесуальної реалізації судової діяльності у досудовому провадженні можна віднести змагальну (розгляд подань про обрання заходів примусу та скарг) та незмагальну форми (розгляд подань про провадження процесуальних та оперативно-розшукових дій).

Таким чином, судова діяльність у досудовому провадженні — це упорядкована система дій, здійснюваних судом (суддею) у кримінально-процесуальній формі з метою охорони та захисту прав, свобод та законних інтересів фізичних та юридичних осіб, держави у досудовому провадженні шляхом розгляду та вирішення подань про надання дозволів на провадження процесуальних та оперативно-розшукових дій, про застосування заходів кримінально-процесуального примусу, скарг на дії, бездіяльність, рішення владних суб'єктів кримінального процесу. До ознак судової діяльності у досудовому провадженні належать:

1). При її здійсненні не вирішується справа по суті. Суд (суддя) в досудовому провадженні не розглядає і не вирішує кримінальної справи по суті, тобто не виконує процесуальну функцію вирішення

¹⁴¹ Детальніше див.: Гловюк І. Форми судової діяльності у досудовому провадженні / І. Гловюк // Сучасний вимір держави та права: збірник наукових праць / За ред. В. І. Терентьева, О. В. Козаченка. — Миколаїв: Вид-во Іліон, 2008. — С. 235-237.

¹⁴² Адвокат в уголовном процессе / [Под ред. В. И. Сергеева]. — М.: Закон и право, 2004. — С. 40,42

¹⁴³ Адвокат в уголовном процессе / [Под ред. В. И. Сергеева]. — М.: Закон и право, 2004. — С. 42

справи. Деякою мірою ці акти мають додатковий характер, їх метою є вирішення питань, безпосередньо не пов'язаних із вирішенням справи по суті.

2). Ініціаційний характер судової діяльності у досудовому провадженні. Ця діяльність може ініціюватися визначеним у законі колом суб'єктів. Ініціація діяльності суду у досудовому провадженні залежить, по-перше, від відповідних повноважень та суб'єктивних прав суб'єктів, по-друге, від необхідності їх реалізації у конкретній кримінальній справі. Суд (суддя) права на таку ініціацію не має. При цьому у конкретній кримінальній справі може й не бути потреби у вирішенні окремих питань судом. Тобто діяльність суду (судді) у досудовому провадженні є певною мірою факультативною (необов'язковою).

3). Судова діяльність у досудовому провадженні має особливий об'єкт та предмет.

4). У межах судової діяльності у досудовому провадженні наявні окремі, що відрізняються за правовою природою, сутністю та метою, напрями діяльності, які можна вважати функціями суду: дозвільна функція, функція застосування заходів кримінально-процесуального примусу, судовий контроль.

5). Повноваження суду (судді) мають специфічний характер. Суд (суддя) приймає постанову, в якій вирішує питання, що розглядається. При розгляді подань суд (суддя) може їх задовольнити або відмовити у їх задоволенні, дозволити або не дозволити провадження процесуальної дії, здійснити або відмовити у здійсненні окремої процесуальної дії. При розгляді скарг суддя своєю постановою може їх задовольнити чи відмовити у їх задоволенні. При цьому суддя не має стосовно кримінальної справи тих повноважень, які має прокурор, орган дізнання, слідчий. Суддя не може порушити кримінальну справу у разі скасування постанови про відмову у її порушенні, не може відновити дізнання або досудове слідство у разі скасування постанови про закриття справи, не може закрити справу у разі скасування постанови про її порушення. Однак по результатах розгляду скарги на відмову у застосуванні заходів безпеки або їх скасування суддя може винести постанову про застосування заходів безпеки.

6). Особливі процедури розгляду матеріалів (встановлені ст.ст. 61¹, 165², 165³, 177, 187, 236², 236⁶, 236⁸ КПК).

7). Визначене коло суб'єктів, які беруть участь у здійсненні судової діяльності у досудовому провадженні.

8). Порядок виконання постанов. По результатах розгляду подань, скарг виносяться постанови. У своїй постанові суд (суддя) вказує, на кого (на який саме орган або службову особу) покладається виконання постанови у кожному конкретному випадку.

9). Особливий порядок оскарження постанов.

1.3. Проблеми співвідношення судової діяльності та прокурорського нагляду у досудових стадіях кримінального процесу та деякі шляхи їх вирішення

Однією з найбільш дискусійних проблем у теорії судового контролю у кримінальному процесі є співвідношення судового контролю та прокурорського нагляду. Ця проблема досліджувалася у ряді наукових робіт¹⁴⁴, однак питання необхідності прокурорського нагляду у зв'язку з підвищенням ролі суду у досудовому провадженні, обсягу прокурорського нагляду, характеру повноважень прокурора залишилися невирішеними.

Прокурорський нагляд як правова категорія та процесуальна функція був і є предметом дослідження багатьох учених. Існують

¹⁴⁴ Буянский С. Г. Прокуратура и судебная власть: статус и соотношение компетенции / Буянский С. Г. // Российский судья. — 2005. — №5. — С. 25-29; Гаврилов Б. Я. Обеспечение конституционных прав человека и гражданина в досудебном производстве / Гаврилов Б. Я. — М., 2003. — 368 с.; Казинян Г. С. Соотношение прокурорского надзора и судебного контроля в досудебных стадиях судопроизводства по УПК Республики Армения / Г. С. Казинян // Прокурорская и следственная практика. — 1999. — № 3-4. — С. 106-115; Кирий Л. М. Відомчий, судовий контроль та прокурорський нагляд за дотриманням процесуального порядку відмови в порушенні кримінальної справи: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / Л. М. Кирий. — Київ, 2007. // Режим доступу до автореферату: <http://www.pbuv.gov.ua/ard/2007/07klmpks.zip> Мичко М. Щодо взаємодії прокуратури з судовою владою / М. Мичко // Право України. — 1999. — № 12. — С. 53-55; Романюк Б. Прокурорський нагляд, «судовий» та відомчий контроль за діяльністю слідчого / Б. Романюк // Прокуратура. Людина. Держава. — 2004. — № 6. — С. 51-59; Толочко О. Теоретичні проблеми співвідношення судового контролю та прокурорського нагляду на досудовому провадженні у кримінальних справах / О. Толочко // Вісник Академії прокуратури України. — 2007. — № 3. — С. 22-26; Чепурний О. Розмежування функцій судового контролю та прокурорського нагляду на досудових стадіях кримінального процесу / О. Чепурний // Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності. — 2003. — № 3. — С. 204-208; Шалумов М. Судебный контроль и прокурорский надзор: не междоусобица, а взаимодействие / М. Шалумов // Российская юстиция. — 2001. — № 4. — С. 15-16.

дві базові точки зору на співвідношення прокурорського нагляду та державного контролю: прокурорський нагляд є формою, різновидом державного контролю¹⁴⁵; прокурорський нагляд є самостійним видом діяльності, який не можна ототожнювати з державним контролем¹⁴⁶.

На розмежування державного контролю та прокурорського нагляду вказував В. І. Ленін: «Необхідно пам'ятати, що на відміну від будь-якої адміністративної влади прокурорський нагляд ніякої адміністративної влади не має і вирішальним голосом із жодного адміністративного питання не користується... Єдине право та обов'язок прокурора — передати справи на вирішення суду... Рабкрин судить не тільки з точки зору законності, а й з точки зору доцільності. Прокурор відповідає за те, щоб жодне рішення жодної місцевої влади не розходилося із законом, і тільки з цієї точки зору прокурор зобов'язаний опротестовувати будь-яке незаконне рішення, причому прокурор не вправі зупиняти рішення, а зобов'язаний тільки вжити заходів для того, щоб розуміння законності встановилося абсолютно однакове в усій республіці¹⁴⁷». Ці критерії розмежування державного контролю та прокурорського нагляду використовуються і в сучасній юриспруденції.

Сталими ознаками прокурорського нагляду, які відрізняють його від державного контролю, є: оцінка діяльності піднаглядних суб'єктів з позицій законності; при здійсненні прокурорського нагляду прокуратура не втручається в оперативно-господарську та організаційну діяльність піднаглядних суб'єктів, не приймає обов'язкових рішень з питань оперативно-господарської та організаційної діяльності; прокуратура не може скасовувати акти піднаглядних суб'єктів, а може лише ставити питання про усунення порушень закону за допомогою актів прокурорського реагування; прокурор не має адміністратив-

¹⁴⁵ Горшенев В. М. Контроль как правовая форма деятельности / В. М. Горшенев, И. Б. Шахов. — М.: Юрид. лит., 1987. — С. 55; Шорина Е. В. Контроль за деятельностью органов государственного управления в СССР / Шорина Е. В. — М., 1981. — С. 110

¹⁴⁶ Беляев В. П. Сущность контроля и надзора, их сходство и различия / В. П. Беляев // Государство и право. — 2006. — № 7. — С. 42; Бородушко И. В. Институт контроля в Российской Федерации: организационно-правовые основы и система контролирующих органов / Бородушко И. В. — СПб., 2002. — С. 122-127; Руденко М. Про співвідношення державного контролю і прокурорського нагляду (концептуальні зауваження на перехідний період) / М Руденко // Право України. — 1997. — № 5. — С. 29-30

¹⁴⁷ Ленин В. И. О «двойном» подчинении и законности / Ленин В. И. // Советская прокуратура: Сб. документов. — М., 1981. — С. 38

них, управлінських повноважень; прокуратура не може накладати на піднаглядні суб'єкти адміністративні стягнення¹⁴⁸.

У кримінальному процесі прокурорський нагляд за дотримання законів органами, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність, дізнання, досудове слідство, має специфічні ознаки, які відрізняють його від інших галузей прокурорського нагляду (наприклад, нагляду за дотриманням та застосуванням законів, тобто так званого загального нагляду). Це викликало багаторічну дискусію щодо ролі прокурора у кримінальному судочинстві та правової природи тих владно-розпорядчих повноважень, які він має у кримінальному судочинстві¹⁴⁹.

Найбільш вдалою, як уявляється, є концепція процесуального керівництва за досудовим розслідуванням. Прокурорський нагляд у кримінальному судочинстві дійсно має значну специфіку, яка відрізняє його від інших галузей нагляду, і перш за все від нагляду за додержанням та застосуванням законів. Повноваження прокурора у кримінальному процесі мають владно-розпорядчий характер¹⁵⁰, а деякі з них — також і організаційний характер¹⁵¹. Ці повноваження і дають можливість стверджувати про процесуальне керівництво

¹⁴⁸ Беляев В. П. Сущность контроля и надзора, их сходство и различия / В. П. Беляев // Государство и право. — 2006. — № 7. — С. 42; Боннер А. Т. Судебный контроль в области государственного управления: Учебное пособие / А. Т. Боннер, В. Т. Квиткин. — М.: Изд. — во Моск. ун. — та, 1973. — С. 16; Буянский С. Г. Прокуратура и судебная власть: статус и соотношение компетенции / Буянский С. Г. // Российский судья. — 2005. — №5. — С. 26; Новиков С. Г. Прокуратура в системе советского государственного аппарата / С. Г. Новиков, М. Ю. Рагинский // Правоведение. — 1974. — № 3. — С. 45,46; Рохлин В. И. Прокурорский надзор и государственный контроль / Рохлин В. И. — Спб.: Юридический центр Пресс, 2003. — 303 с. — С. 168,180-181,188; Шалумов М. С. Прокурорский надзор и государственный контроль за исполнением законов: разграничение компетенции и ответственности / М. С. Шалумов // Государство и право. — 1999. — № 1. — С. 80,81,83

¹⁴⁹ Детальніше див.: Ларин А. М. Расследование по уголовному делу: процессуальные функции / Ларин А. М. — М.: Юрид. лит., 1986. — С. 131-132; Таджиев Х. С. Прокурорский надзор и ведомственный контроль за расследованием преступлений / Таджиев Х. С. — Ташкент, Издательство ФАН Узбекской ССР, 1985. — С. 13-14

¹⁵⁰ Прокурорський нагляд в Україні / [За ред. проф. В. Т. Нора]. — Львів: Тріада, 2002. — С. 138; Скаредов Г. И. Участие прокурора в следственных действиях / Скаредов Г. И. — М.: Юрид. лит., 1987. — С. 37; Соловьев А. Б. Прокурорский надзор за исполнением законов при расследовании преступлений / Соловьев А. Б., Токарева М. Е., Халиулин А. Г. — М.: Юрлитинформ, 2000. — С. 64

¹⁵¹ Скаредов Г. И. Участие прокурора в следственных действиях / Скаредов Г. И. — М.: Юрид. лит., 1987. — С. 37,38

прокурора розслідуванням. Прокурор керує слідством, оскільки має владно-розпорядчі та організаційні повноваження по оперативному впливу на розслідування, що найбільш явно виражаються у можливості давати обов'язкові вказівки слідчому та органу дізнання, перевіряти кримінальні справи, скасовувати процесуальні акти слідчого та органу дізнання, вилучати від органу дізнання та передавати слідчому будь-яку справу, передавати справу від одного органу досудового слідства іншому, а також від одного слідчого іншому з метою забезпечення найбільш повного і об'єктивного розслідування, усувати особу, яка провадить дізнання, або слідчого від дальшого ведення дізнання або досудового слідства. Тобто, як вірно зазначає В. М. Савицький, прокурорський нагляд за розслідуванням завдяки специфіці цієї галузі нагляду органічно включає в себе оперативне (процесуальне) керівництво слідством. Тобто з точки зору сутності і на стадії попереднього слідства прокурор є органом нагляду, але з точки зору процесуального положення прокурор є керівником розслідування¹⁵². Процесуальне керівництво розслідуванням з боку прокурора має постійний, безперервний характер. Не можна погодитися із тим, що чинне законодавство України не покладає на прокурора функцію керівництва розслідуванням і не надає йому відповідних повноважень¹⁵³.

З приводу співвідношення прокурорського нагляду та судової діяльності у досудовому провадженні (яку автори називають судовим контролем) у літературі висловлені різні думки, які мають полярний характер: від визнання того, що питання, віднесені законом до відання суду, не пов'язані із виконанням функції правосуддя й об'єктивно віднесених до функції прокурорського нагляду¹⁵⁴ — до того, що слід не тільки розширити сферу судового контролю за досудовим слідством, але й повністю ліквідувати прокурорський нагляд

¹⁵² Савицький В. М. Очерк теории прокурорского надзора в уголовном судопроизводстве / Савицький В. М. — М.: Наука, 1975. — С. 195, 196-197

¹⁵³ Трагнюк Р. Р. Прокурорський нагляд за додержанням законів, що забезпечують права обвинуваченого: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / Р. Р. Трагнюк. — Х., 2003. — 19 с. // Режим доступу до автореферату: <http://www.nbuv.gov.ua/ard/2003/03trrzpo.zip>

¹⁵⁴ Рудейчук В. До питання про прокурорську владу / В. Рудейчук // Вісник прокуратури. — 2003. — № 12. — С. 33

у цій сфері¹⁵⁵ (однак далі вчений зазначає, що ніхто не збирається ліквідувати прокурорський нагляд повністю — він залишається становно тих слідчих дій, що проводяться без судового рішення¹⁵⁶).

Ряд вчених більш помірковано виступають за поєднання цих функцій. Як зазначає М. Мичко, прокурорський нагляд та судовий контроль на досудових стадіях кримінального судочинства ніякою мірою не підміняють один одного¹⁵⁷. На це вказують й інші вчені¹⁵⁸. А. Д. Бойков, аналізуючи доводи проти заміни прокурорського нагляду судовим контролем і за розширення судового контролю, дійшов висновку, що мова повинна йти не про усунення прокурорського нагляду за застосуванням заходів процесуального примусу й заміну його судовим наглядом, а про поєднання цих функцій прокурора й суду в інтересах забезпечення як кримінального переслідування, так і захисту прав громадян¹⁵⁹. Необхідність поєднання цих функцій підтримується в юридичній літературі¹⁶⁰. Безумовно, слід підтримати

¹⁵⁵ Петрухин И. Л. Частная жизнь (правовые аспекты) / И. Л. Петрухин // Государство и право. — 1999. — № 1. — С. 72

¹⁵⁶ Петрухин И. Л. Частная жизнь (правовые аспекты) / И. Л. Петрухин // Государство и право. — 1999. — № 1. — С. 72

¹⁵⁷ Мичко М. Щодо взаємодії прокуратури з судовою владою / М. Мичко // Право України. — 1999. — № 12. — С. 54

¹⁵⁸ Бессарабов В. Г. Судебный контроль. Прокурорский надзор (состояние и перспективы) / В. Г. Бессарабов // Право и политика. — 2001. — № 8. — С. 51; Буянский С. Г. Прокуратура и судебная власть: статус и соотношение компетенции / Буянский С. Г. // Российский судья. — 2005. — №5. — С. 28; Маляренко В. Т. Про межі судового контролю за додержанням прав і свобод людини в стадії попереднього розслідування кримінальної справи / В. Маляренко, П. Пилипчук // Вісник Верховного Суду України. — 2001. — № 2. — С. 41; Толочко О. Теоретичні проблеми співвідношення судового контролю та прокурорського нагляду на досудовому провадженні у кримінальних справах / О. Толочко // Вісник Академії прокуратури України. — 2007. — № 3. — С. 25; Чепурний О. Розмежування функцій судового контролю та прокурорського нагляду на досудових стадіях кримінального процесу / О. Чепурний // Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності. — 2003. — № 3. — С. 206-207; Шалумов М. Судебный контроль и прокурорский надзор: не междоусобица, а взаимодействие / М. Шалумов // Российская юстиция. — 2001. — № 4. — С. 15

¹⁵⁹ Бойков А. Д. Третья власть в России / Бойков А. Д. — М., 1997. — С. 226-227

¹⁶⁰ Соловьев А. Б. Прокурорский надзор за исполнением законов при расследовании преступлений / Соловьев А. Б., Токарева М. Е., Халиулин А. Г. — М.: Юрлитинформ, 2000. — С. 37; Трагнюк Р. Р. Прокурорський нагляд за додержанням законів, що забезпечують права обвинуваченого: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / Р. Р. Трагнюк. — Х., 2003. — 19 с. // Режим доступу до автореферату: <http://www.nbuv.gov.ua/ard/2003/03trrzpo.zip> Халиулин А. От прокурорского

другу позицію. Прокурорський нагляд у кримінальному судочинстві є так само необхідним, як і судова діяльність у досудовому провадженні, і вони повинні не дублювати один одного, а взаємодіяти, оскільки і прокурорський нагляд, і судова діяльність мають кожен свої переваги, про які буде сказано нижче, і тому їх здійснення повинне поєднуватися у кримінальному процесі.

Співвідношення судової діяльності у досудовому провадженні та прокурорського нагляду у досудовому провадженні проявляється у їх єдності, відмінностях та взаємодії.

Відповідно до ст. 29 Закону України «Про прокуратуру» в редакції від 12.07.2001 р., нагляд за додержанням законів органами, які проводять оперативно-розшукову діяльність, дізнання, досудове слідство, має своїм завданням сприяти захисту особи, її прав, свобод, запобіганню незаконному притягненню особи до кримінальної відповідальності; охороні прав і законних інтересів громадян, які перебувають під слідством. Метою ж судової діяльності у досудовому провадженні є охорона та захист прав та законних інтересів фізичних та юридичних осіб та інтересів держави у кримінальному судочинстві. Таким чином, вони мають спільну мету — охорону та захист прав та законних інтересів фізичних та юридичних осіб та інтересів держави у кримінальному судочинстві. І хоча охорона та захист прав юридичних осіб не виділені як завдання саме нагляду за додержанням законів органами, які проводять оперативно-розшукову діяльність, дізнання, досудове слідство, такі завдання прокурорського нагляду у цій сфері впливають із загальних завдань діяльності органів прокуратури та завдань кримінального судочинства, передбачених у ст. 2 КПК України. Не можна повністю погодитися із Р. Р. Трагнюком у тому, що «мета судового контролю та прокурорського нагляду на досудових етапах кримінального судочинства — це загальна превенція у сфері захисту прав обвинуваченого, так само, як і прав будь-якого учасника процесу ¹⁶¹». По-перше, метою є як превенція у сфері захисту прав, яка проявляється в охороні прав,

надзора к судебному контролю / А. Халиулин, В. Назаренко // Законность. — 2004. — № 1. — С. 28

¹⁶¹ Трагнюк Р. Р. Прокурорський нагляд за додержанням законів, що забезпечують права обвинуваченого: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / Р. Р. Трагнюк. — Х., 2003. — 19 с. // Режим доступу до автореферату: <http://www.nbuv.gov.ua/ard/2003/03trrzpo.zip>

так і захист вже порушених прав. По-друге, метою і судової діяльності у досудовому провадженні, і прокурорського нагляду є захист прав не тільки учасника процесу, тобто особи, яка має інтерес у процесі, але й інших суб'єктів, зокрема осіб, які сприяють веденню кримінального процесу, а також інших осіб, які не є суб'єктами, але залучаються до кримінального провадження — особа, у будинку якої провадиться обшук, установа, в якій знімається інформація з каналів зв'язку тощо. Для суду у досудовому провадженні ця мета є єдиною, а для прокуратури — однією із декількох, передбачених КПК та галузевим законом. Тобто, як вірно зазначає О. В. Кондратьєв, «завданням суду і прокурора у процесі контрольно-наглядової діяльності є захист прав людини на стадії досудового слідства, однак поряд із цим прокурор здійснює кримінальне переслідування осіб, які вчинили злочин»¹⁶². У зв'язку із цим прокурор не може бути повністю об'єктивним та неупередженим при здійсненні прокурорського нагляду у кримінальній справі, на що вказав ЄСПЛ у справі «Меріт проти України»¹⁶³. Частина сфери компетенції прокурора та суду у досудовому провадженні співпадає. Це стосується випадків надання згоди прокурором на звернення до суду з поданням, розгляду прокурором скарг на постанови про порушення кримінальної справи, відмову у порушенні кримінальної справи, закриття кримінальної справи.

Спільними є й окремі форми здійснення судового контролю та прокурорського нагляду. Так, і прокурор, і суддя розглядають скарги на дії та рішення органів дізнання, слідчих. За результатами розгляду скарг на постанову про порушення кримінальної справи, відмову у порушенні кримінальної справи, закриття кримінальної справи вони можуть залишити скаргу без задоволення або, задовольнивши скаргу, скасувати відповідну постанову.

Судова діяльність у досудовому провадженні та прокурорський нагляд у досудовому провадженні відрізняються за сферою діяльності. Частина сфери прокурорського нагляду та судової діяльності співпадає, однак, з іншого боку, сфера прокурорського нагляду є значно

¹⁶² Кондратьєв О. В. Організаційно-правові проблеми судового контролю: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.10 «судоустрій; прокуратура та адвокатура» / О. В. Кондратьєв. — Х, 2005. — 19 с. — Режим доступу до автореферату: <http://www.nbuv.gov.ua/ard/2005/05kovpsk.zip>

¹⁶³ Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Меріт проти України» від 30 березня 2004 року // Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі. — 2004. — № 2. — С. 113-136.

ширшою за сферу судової діяльності у досудовому провадженні. Так, як вірно зазначає А. Халіков, «нагляд прокурора здійснюється за усією процесуальною діяльністю органів дізнання та попереднього слідства. Немає тієї сфери попереднього розслідування, куди був би не вправі втрутитися прокурор, змінивши чи скасувавши будь-які рішення досудового провадження. Суд же у цьому випадку обмежений лише поданням йому офіційної скарги, і, відповідно, може перевіряти тільки ті дії органів розслідування, які зазначені у скарзі¹⁶⁴». Суд у досудовому провадженні має право прийняти до розгляду лише ті подання органу дізнання, слідчого, прокурора, і для розгляду в окремому провадженні лише ті скарги, які визначені у КПК. При цьому предмет його дослідження обмежений тими обставинами, які вказані у поданні або скарзі. Слід погодитися і в тому, що «прокурорський нагляд здійснюється як стосовно діяльності органів попереднього розслідування з метою дотримання законності, так і стосовно учасників судочинства. Судовий контроль здійснюється не за діяльністю, а лише відносно учасників кримінального судочинства, коли цією діяльністю може бути завдана реальна шкода конституційним правам окремих громадян — учасників кримінального судочинства¹⁶⁵». Тобто метою судової діяльності не є забезпечення законності або доцільності усієї діяльності органів досудового розслідування — а лише забезпечення дотримання прав осіб при провадженні у кримінальній справі.

Здійснюючи прокурорський нагляд, прокурор, як орган нагляду, діє постійно і безперервно¹⁶⁶. Прокурорський нагляд має постійний характер, він здійснюється безперервно протягом усього досудового провадження незалежно він звернень заінтересованих осіб до прокурора. Судова ж діяльність може здійснюватися лише за зверненнями владних суб'єктів при направленні до суду подань або інших суб'єктів при зверненні зі скаргами. Сам суд ініціювати судову діяльність у досудовому провадженні не може. У зв'язку із цим, на відміну від про-

¹⁶⁴ Халіков А. К вопросу о соотношении судебного контроля и прокурорского надзора в досудебном производстве / А. Халіков // Уголовное право. — 2004. — № 3. — С. 138

¹⁶⁵ Халіков А. К вопросу о соотношении судебного контроля и прокурорского надзора в досудебном производстве / А. Халіков // Уголовное право. — 2004. — № 3. — С. 138

¹⁶⁶ Кондратьев О. В. Організаційно-правові проблеми судового контролю: дис.... кандидата юрид. наук: 12.00.10 / Кондратьев Олександр Васильович. — Х., 2005. — С. 71; Мичко М. Щодо взаємодії прокуратури з судовою владою / М. Мичко // Право України. — 1999. — № 12. — С. 54

курорського нагляду, вона має епізодичний та факультативний характер. Тобто, як вірно зазначають Н. Чепурнова та С. Смольников, прокурорський нагляд за формою його здійснення має активний характер, тоді як судовий контроль завжди є пасивним¹⁶⁷.

Судова діяльність та прокурорський нагляд відрізняються формами та методами діяльності. Так, суд (суддя) не має таких повноважень, як скасування за власною ініціативою незаконних і необґрунтованих постанов слідчих та осіб, які провадять дізнання (за винятком постанови про порушення кримінальної справи, постанови про відмову в порушенні кримінальної справи, постанови про закриття кримінальної справи); участь у провадженні дізнання і досудового слідства й особисте провадження окремих слідчих дій або розслідування у повному обсязі по будь-якій справі; давання письмових вказівок про розслідування злочинів, про обрання, зміну або скасування запобіжного заходу, кваліфікацію злочину, проведення окремих слідчих дій та розшук осіб, які вчинили злочини. Прокурор, на відміну від судді, може самостійно, за власною ініціативою скасувати будь-яку постанову органу дізнання, слідчого. Суддя таких повноважень не має, оскільки є перелік скарг, які можуть розглядатися у порядку окремого провадження. Розгляд судом скарг відбувається в іншому процесуальному порядку, ніж розгляд скарг прокурором, тобто застосовуються різні методи діяльності. Суд не має повноважень і на давання вказівок органу дізнання, слідчому протягом досудового розслідування, які спрямовані на встановлення істини у справі¹⁶⁸. Винятком є обов'язок судді вказати, які обставини належить з'ясувати при проведенні досудового розслідування при скасуванні постанови про закриття кримінальної справи. Суддя шляхом вказання цих обставин фактично вказує на недоліки досудового розслідування. Тому таке повноваження судді не змінює загального правила про те, що суд не має повноважень на давання вказівок органу дізнання, слідчому протягом досудового розслідування, які спрямовані на встановлення істини у справі.

Прокурорський нагляд у досудовому провадженні відрізняється від судової діяльності оперативністю реагування, у тому числі й на порушення прав, свобод та законних інтересів.

¹⁶⁷ Чепурнова Н. Судебный контроль и прокурорский надзор / Н. Чепурнова, С. Смольников // Законность. — 2007. — № 5. — С. 17

¹⁶⁸ Халиулин А. От прокурорского надзора к судебному контролю / А. Халиулин, В. Назаренко // Законность. — 2004. — № 1. — С. 27

У той же час повноваження суду з контролю за законністю мають імперативний характер. Крім того, з ряду питань судовий контроль за законністю має виключний характер¹⁶⁹.

При вирішенні такого завдання кримінального судочинства, як охорона прав та законних інтересів фізичних і юридичних осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, судова діяльність та прокурорський нагляд повинні поєднуватися для забезпечення ефективної охорони та захисту прав та законних інтересів фізичних та юридичних осіб. В. Т. Маляренко та П. П. Пилипчук пропонують три варіанти співвідношення судового контролю та прокурорського нагляду: 1) прокурор здійснює нагляд лише за тими діями та процесуальними рішеннями дізнавача, слідчого, на які не поширюються контрольні повноваження суду, а якщо є потреба вирішити питання, віднесене до компетенції суду, дізнавач, слідчий безпосередньо звертаються до останнього з відповідним поданням і підтримують його у суді; 2) дізнавач, слідчий безпосередньо звертаються до суду з поданням про вирішення питань, віднесених до компетенції останнього, але завжди про таке звернення повідомляє прокурора і той на свій розсуд бере чи не бере участь у судовому розгляді; 3) дізнавач, слідчий ініціюють перед прокурором питання про звернення до суду, але безпосередньо до суду з поданням про вирішення питань, віднесених до компетенції останнього, звертається прокурор, якій і підтримує подання в суді¹⁷⁰. Уявляється, жоден із цих варіантів не можна визнати оптимальним.

За діючим КПК прокурор дає згоду або подає до суду подання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, а також про продовження строку тримання під вартою, на постанову про поміщення неповнолітнього до приймальника-розподільника, на подання про огляд, обшук житла чи іншого володіння особи, примусову виїмку з житла чи іншого володіння особи, виїмку документа виконавчого провадження, накладення арешту на кореспонденцію та зняття інформації з каналів зв'язку, направлення обвинуваченого на стаціонарну судово-медичну або судово-психіатричну експертизу.

¹⁶⁹ Соловьева Н. А. Современное законодательство о судебном контроле и прокурорском надзоре в досудебном производстве / Н. А. Соловьева, В. К. Соловьев. — Волгоград: ВолГУ, 2005. — С. 20

¹⁷⁰ Маляренко В. Головні напрями розбудови кримінального судочинства, структура і зміст майбутнього КПК України / В. Маляренко, П. Пилипчук // Право України. — 2000. — № 8. — С. 16

Однак подання до суду про розкриття інформації, що містить банківську таємницю, виїмку документів, що містять державну або банківську таємницю, усунення захисника від участі у справі не потребує згоди прокурора. Усі потенційні обмеження найважливіших, у першу чергу — конституційних прав осіб повинні підлягати прокурорському нагляду. Прокурор у кримінальному судочинстві здійснює конституційну функцію прокурорського нагляду за дотриманням законів органами, які провадять дізнання, досудове слідство. Враховуючи, що суд надає дозвіл на здійснення тих процесуальних дій, які, як вважає законодавець, найбільш обмежують конституційні права та свободи, є необхідним двоступеневий порядок отримання дозволу на здійснення цих процесуальних дій. Прокурор може не допустити внесення до суду необґрунтованого подання. Тим самим він сприяє охороні прав та законних інтересів осіб і, крім того, зменшує кількість подань, які направляються до суду, виключаючи з них завідомо незаконні та (або) необґрунтовані. Суду немає необхідності розглядати подання з метою охорони прав особи, якщо прокурор вважає, що немає необхідності у їх обмеженні. Не можна погодитися із тим, щоб дізнавач, слідчий самостійно зверталися до суду із поданням, оскільки у цьому випадку прокурор як орган прокурорського нагляду усувається від вирішення найважливіших питань у кримінальній справі — від вирішення питань про обмеження конституційних прав осіб. Таким чином, прокурор не виконує завдання та не реалізує функцію, поставлену перед ними Конституцією України та Законом України «Про прокуратуру». Не можна визнати правильним і варіант, за якого дізнавач, слідчий безпосередньо звертаються до суду з поданням про вирішення питань, віднесених до компетенції останнього, але завжди про таке звернення повідомляє прокурора і той на свій розсуд бере чи не бере участь у судовому розгляді¹⁷¹. По-перше, як уже зазначалося, прокурор повинен попередньо вирішувати питання про законність та обґрунтованість подання для недопущення до суду незаконних та необґрунтованих подань. По-друге, участь прокурора у судовому розгляді, за загальним правилом, повинна бути обов'язковою, якщо тільки за згодою прокурора окремі подання не буде підтримувати дізнавач або слідчий, зокрема подання про проведення слідчих дій. Саме прокурор, який здійснює нагляд за розслідуванням, повинен

¹⁷¹ Маляренко В. Головні напрями розбудови кримінального судочинства, структура і зміст майбутнього КПК України / В. Маляренко, П. Пилипчук // Право України. — 2000. — № 8. — С. 16

довести необхідність саме цього заходу процесуального примусу або слідчої дії, оскільки саме він контролює законність розслідування, і саме він затверджуватиме обвинувальний висновок (а за проектом КПК № 1233 — і складатиме). Однак прокурор не повинен, як правило, самостійно звертатися з поданням, якщо ініціатива застосування заходу процесуального примусу або проведення слідчої дії виходить від дізнавача, слідчого. Це недоцільно, оскільки прокурор є органом нагляду, і незважаючи на його організаційно-розпорядчі повноваження, він не повинен здійснювати повноваження дізнавача або слідчого замість них. Недоцільно це і з точки зору оперативності підготовки подань та звернення із ними. Достатнім буде вивчення прокурором подання, його узгодження і підтримання у суді. Саме тому той двоступеневий порядок надання згоди на обмеження найважливіших прав осіб є найбільш доцільним.

Однак з позиції дослідження проблем правового регулювання співвідношення прокурорського нагляду та судової діяльності діюче законодавство потребує окремих доповнень для забезпечення оптимального поєднання судової діяльності та прокурорського нагляду. Так, потребує доповнення ч. 3 ст. 61¹ КПК, ч. 3 ст. 178 КПК вказівкою на необхідність узгодження подання із прокурором. А ч. 5 ст. 14¹ КПК після слів «рішенням суду» слід доповнити словами «винесеного за поданням органу дізнання, слідчого зі згоди прокурора, за поданням прокурора».

У літературі пропонується звузити межі судового контролю, тобто судовий контроль повинен обмежуватися перевіркою скарг стосовно законності санкціонування прокурором дій та рішень слідчого, які обмежують конституційні права та свободи учасників кримінального процесу¹⁷². Така пропозиція для кримінального процесу України не є можливою. Санкція прокурора за своєю природою є дозволом на провадження певної дії, при цьому цей дозвіл дається органом, який, крім інших функцій, здійснює функцію державного обвинувачення. Тобто при розгляді питань про обмеження найважливіших конституційних прав прокурор не зможе забезпечити таку об'єктивність та неупередженість, яку в змозі забезпечити суд. На це вказав і ЄСПЛ у рішенні «Меріт проти України», зазначивши, що «прокурори виконують слідчі функції та функції обвинувачення, а

¹⁷² Казинян Г. С. Соотношение прокурорского надзора и судебного контроля в досудебных стадиях судопроизводства по УПК Республики Армения / Г. С. Казинян // Прокурорская и следственная практика. — 1999. — № 3-4. — С. 110

отже, їхній статус у кримінальному провадженні, як передбачалося законом у відповідний час, зокрема положеннями Закону «Про прокуратуру» (розділи I, II) та Кримінально-процесуального кодексу України (статті 22, 25 і 32), має розглядатися як статус сторони у цьому провадженні¹⁷³. Крім того, за реалізації такої пропозиції суд зможе лише контролювати законність санкціонованої дії після її провадження, але не попереджувати можливі порушення або незаконні обмеження конституційних прав. Превентивна роль суду буде зведена нанівець. А судовий контроль слідчої дії не завжди може відновити порушені права осіб.

Таким чином, співвідношення судової діяльності та прокурорського нагляду у досудовому провадженні проявляється у їх єдності, відмінностях та взаємодії. Взаємодія судової діяльності у досудовому провадженні та прокурорського нагляду повинна являти собою двоступеневий порядок обмеження найважливіших прав та свобод фізичних та юридичних осіб. При цьому судова діяльність не може підміняти собою прокурорський нагляд, оскільки вони відрізняються за сферою діяльності, порядком діяльності, формами та методами діяльності. І судова діяльність, і прокурорський нагляд у досудовому провадженні повинні бути гарантією його законності та дотримання прав фізичних та юридичних осіб, забезпечення інтересів держави.

1.4. Об'єкт та предмет судової діяльності у досудових стадіях кримінального процесу

Однією з ознак діяльності суду в досудовому провадженні є її особливий об'єкт та предмет. Слід зазначити, що в доктрині кримінального процесу немає єдиного терміна для найменування того, на що поширюється судова діяльність у досудовому провадженні. Так, існують найменування: об'єкт судового контролю¹⁷⁴; предмет су-

¹⁷³ Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Меріт проти України» від 30 березня 2004 року // Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі. — 2004. — № 2. — С. 113-136.

¹⁷⁴ Кашепов В. П. Институт судебной защиты прав и свобод граждан и средства ее реализации / В. П. Кашепов // Государство и право. — 1998. — № 2. — С. 71; Колоколов Н. А. Судебный контроль в стадии предварительного расследования: реальность, перспективы / Н. А. Колоколов // Государство и право. — 1998. — № 11. — С. 35

дового контролю¹⁷⁵; моменти судового контролю¹⁷⁶; форми судового контролю¹⁷⁷; напрями судового контролю¹⁷⁸. Однак по суті усі ці найменування визначають те, на що поширюється судова діяльність у досудовому провадженні та ті сфери діяльності, в межах яких вона здійснюється.

Найбільш сталими найменуваннями у доктрині кримінального процесу є об'єкт судового контролю та предмет судового контролю. В науці немає чіткого визначення об'єкта та предмета судового контролю, як і визначення різниці між ними. Одні автори стверджують, що об'єкт і предмет у науці та практиці поняття ідентичні. Інші розглядають ці поняття як відносно самостійні, однак не прослідковують їх взаємообумовленість. Крім того, є позиція, що слід говорити про об'єкт чи про предмет. Не можна змішувати терміни «об'єкт» та «предмет», оскільки вони не є тотожними. У філософії об'єкт — це те, на що спрямована активність (реальна і пізнавальна) суб'єкта, а предмет — категорія, що означає деяку цілісність, що виділена зі світу об'єктів у процесі людської діяльності та пізнання¹⁷⁹, ті властивості та характеристики об'єкта, на які спрямована діяльність або які використовуються в діяльності в якості її засобу¹⁸⁰. Таким чином, предмет є частиною об'єкта, на яку безпосередньо спрямована предметно-практична або пізнавальна діяльність суб'єкта.

¹⁷⁵ Жеребят'єв І. Некоторые вопросы реализации правосудия в уголовном судопроизводстве / И. Жеребят'єв, А. Шамардин // Уголовное право. — 2004. — № 3. — С. 83; Королев Г. Н. Предмет судебного контроля за предварительным расследованием: понятие и содержание // Вестник Нижегородского университета им. Н. И. Лобачевского. — Сер.: Право. — Н. Новгород: ННГУ, 2001. -Вып. 2 (4): Государство и право: итоги XX века. — С. 125-131. // [http://www.unn.ru/? main= issues&sub=vestnik&num=841](http://www.unn.ru/?main=issues&sub=vestnik&num=841) Маркуш М. А. Принцип змалювальності у кримінальному процесі України: [монографія] / Маркуш М. А. — Харків, 2007. — С. 83

¹⁷⁶ Туманянц А. Р. Судовий контроль за законністю і обґрунтованістю процесуальних рішень органів досудового слідства: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / А. Р. Туманянц. — Х., 1998. — С. 4

¹⁷⁷ Муратова Н. Г. Понятие и правовая природа судебного контроля по уголовным делам / Н. Г. Муратова, Л. Д. Чулюкин // Российский судья. — 2004. — №3. — С. 16

¹⁷⁸ Журавлев А. В. К вопросу о практике судебного контроля за законностью предварительного расследования / А. В. Журавлев // Правовая политика и правовая жизнь. — 2004. — № 3. — С. 88; Маляренко В. Межі судового контролю за додержанням прав і свобод людини в стадії попереднього розслідування кримінальної справи / В. Маляренко, П. Пилипчук // Право України. — 2001. — № 4. — С. 41

¹⁷⁹ Новая философская энциклопедия: в 4 т. — Т. 3. — М.: Мысль, 2001. — С. 136,329

¹⁸⁰ Философская энциклопедия. — М.: Советская энциклопедия, 1967. — С. 357

Об'єктом судового контролю в літературі називають: розгляд матеріалів, скарг¹⁸¹; рішення та дії відповідних органів та посадових осіб¹⁸²; рішення органів досудового розслідування¹⁸³; органи попереднього розслідування та їх посадові особи¹⁸⁴; конкретне конституційне право чи свобода особи, порушені (які підлягають обмеженню) в рамках кримінального судочинства, у ході конкретної процесуальної дії чи рішення органу кримінального переслідування¹⁸⁵.

Предметом судового контролю в літературі визначають діяльність суду з розгляду скарг та перевірки законності здійснених без судового рішення слідчих дій¹⁸⁶; питання, віднесені до виключної компетенції суду, внаслідок чого контроль має попередній характер та виражається у дозволенні чи недозволенні здійснення оперативно-розшуковими або слідчими органами дій, які обмежують конституційні права громадян¹⁸⁷; конкретна процесуальна дія (система дій) або рішення слідчих органів, об'єктивоване в процесуальних документах, яке порушує конкретне конституційне право особи¹⁸⁸, рішення, дії (бездіяльність) посадових осіб, які проваджують кримінальне судочинство¹⁸⁹; дотримання прав і свобод людини і громадянина, а

¹⁸¹ Колоколов Н. А. Судебный контроль в стадии предварительного расследования: реальность, перспективы / Н. А. Колоколов // Государство и право. — 1998. — № 11. — С. 35

¹⁸² Дорошков В. Судебный контроль за деятельностью органов предварительного расследования / В. Дорошков // Российская юстиция. — 1999. — № 7. — С. 26

¹⁸³ Чорнобук В. І. Законність та обгрунтованість процесуальних рішень судді в порядку судового контролю в досудових стадіях кримінального процесу: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / В. І. Чорнобук. — О., 2007. — С. 7

¹⁸⁴ Шалумов М. Судебный контроль и прокурорский надзор за законностью оперативно-розыскной деятельности и расследования уголовных дел / М. Шалумов // Уголовное право. — 2001. — № 1. — С. 56

¹⁸⁵ Магизов Р. Р. Предмет и пределы судебного контроля в уголовном процессе / Р. Р. Магизов // Следователь. — 2004. — №5. — С. 23

¹⁸⁶ Жеребятьев И. Некоторые вопросы реализации правосудия в уголовном судопроизводстве / И. Жеребятьев, А. Шамардин // Уголовное право. — 2004. — № 3. — С. 83

¹⁸⁷ Шалумов М. Судебный контроль и прокурорский надзор за законностью оперативно-розыскной деятельности и расследования уголовных дел / М. Шалумов // Уголовное право. — 2001. — № 1. — С. 56

¹⁸⁸ Магизов Р. Р. Предмет и пределы судебного контроля в уголовном процессе / Р. Р. Магизов // Следователь. — 2004. — №5. — С. 23

¹⁸⁹ Кондратьев О. В. Організаційно-правові проблеми судового контролю: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.10 «судострой; прокуратура та адвокатура» / О. В. Кондратьев. — Х, 2005. — 19 с. — Режим доступа до автореферату: <http://www.nbu.gov.ua/ard/2005/05kovpsk.zip>;

також законність та обґрунтованість рішень, що приймаються органом дізнання, слідчим, прокурором¹⁹⁰. Як видно, нерідко об'єкт та предмет судового контролю змішуються, не розмежовуються сутності об'єкта та предмета судового контролю.

При вирішенні проблеми об'єкта та предмета судової діяльності у досудовому провадженні слід виходити з таких позицій. Предмет є частиною об'єкта, на яку безпосередньо спрямована предметно-практична або пізнавальна діяльність суб'єкта. Саме тому не є ні об'єктом, ні предметом судової діяльності у досудовому провадженні органи розслідування та їх посадові особи, оскільки судова діяльність не спрямована на їх оцінку як інституціональних утворень. Розгляд матеріалів, скарг судом також не може бути ні об'єктом, ні предметом судової діяльності у досудовому провадженні, оскільки він сам є проявом, напрямом судової діяльності. Це ж стосується і точки зору про діяльність суду з розгляду скарг та перевірки законності здійснених без судового рішення слідчих дій як предмет судового контролю; він не є і не може бути предметом судової діяльності.

Судова діяльність у досудовому провадженні своєю метою має охорону та захист прав, свобод і законних інтересів фізичних та юридичних осіб та інтересів держави у кримінальному судочинстві. Однак ці права та інтереси можуть відноситися до різних груп суспільних відносин, у тому числі й у кримінальному судочинстві: найважливіші права фізичних та юридичних осіб; права фізичних осіб при здійсненні службової або іншої діяльності; права та законні інтереси фізичних та юридичних осіб, інтереси держави у зв'язку з існуванням інформації, яка належить до передбачених законодавством таємниць.

Найважливіші права включають в себе як права фізичних осіб (конституційні права та права, які закріплені міжнародними актами з прав людини), так і права юридичних осіб, які можуть бути порушені та обмежені у процесі провадження у кримінальній справі. Сутність судової діяльності полягає в охороні та захисті найважливіших прав

Химичева О. В. Концептуальные основы процессуального контроля и надзора на досудебных стадиях уголовного судопроизводства: [монография] / Химичева О. В. — М.: ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 2004. — С. 222, 227

¹⁹⁰ Королев Г. Н. Предмет судебного контроля за предварительным расследованием: понятие и содержание / Г. Н. Королев // Вестник Нижегородского университета им. Н. И. Лобачевского. — Сер.: Право. — Н. Новгород: ННГУ, 2001. -Вып. 2 (4): Государство и право: итоги XX века. — С. 125-131. // <http://www.unn.ru/?main=issues&sub=vestnik&anum=841>

особи, як суб'єкта кримінального процесу, так і не суб'єкта, однак права якої порушені при провадженні у кримінальній справі. Охорона прав особи знаходить свій прояв тоді, коли права можуть бути обмежені при провадженні процесуальних та оперативно-розшукових дій та застосуванні заходів процесуального примусу. Захисту підлягає вже порушене у процесі розслідування право: захист прав особи реалізується при судовому контролі. Критерієм віднесення дій, бездіяльності та рішень суб'єктів, які ведуть кримінальний процес, до тих, на які має поширюватися судова діяльність у досудовому провадженні, є порушення чи можливість обмеження найважливіших прав фізичних та юридичних осіб при провадженні у кримінальній справі при тому, що інших ефективних засобів охорони та захисту найважливіших прав фізичних та юридичних осіб у кримінальному судочинстві не існує.

Права фізичних осіб при здійсненні службової або іншої діяльності, пов'язані з наявністю у певних категорій осіб (Президент, народні депутати, Уповноважений з прав людини, голова Рахункової палати, його заступники, Головні контролери, секретар Рахункової палати, судді, адвокати, депутати місцевих рад) так званих імунітетів, пов'язаних із їх службовою або громадською діяльністю. На думку С. Г. Волкотруб, імунітет у кримінальному судочинстві — це функціональний правовий інститут, виключні норми якого передбачають звільнення певних суб'єктів від процесуальних обов'язків та особливий порядок притягнення до кримінальної відповідальності та застосування заходів процесуального примусу¹⁹¹. Поняття імунітету у кримінальному судочинстві слід доповнити вказівкою на те, що це інститут, норми якого передбачають особливий порядок провадження процесуальних дій за участі осіб, які наділені імунітетом. У літературі вірно зазначається, що поряд зі спільними ознаками, характерними в однаковій мірі для привілеїв, пільг та імунітетів, є низка своєрідних, специфічних ознак, які свідчать про самостійну природу імунітетів і дозволяють виділити їх як самостійну категорію. По-перше, імунітети розраховані на певну групу суб'єктів, у той час як пільги спрямовані на достатньо широке коло суб'єктів; по-друге, в кримінально-процесуальному законодавстві поняття

¹⁹¹ Волкотруб С. Г. Імунітет і проблеми його захисту в кримінальному судочинстві: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / С. Г. Волкотруб. — Х., 2003. — С. 7

«імунітет» розуміється як звільнення від виконання процесуальних обов'язків і відповідальності (право не давати свідчення, не притягатися до кримінальної відповідальності тощо); по-третє, у будь-якому разі в ідеалі кінцевою метою імунітету є забезпечення ефективного виконання офіційних професійних функцій певними суб'єктами; по-четверте, коло осіб, на яких поширюється імунітет, повинно бути чітко закріплене у міжнародних актах, конституціях і законах, тоді як носії інших пільг та привілеїв не завжди повно і конкретно зазначені у законодавстві¹⁹².

Як роз'яснив Конституційний Суд України у рішенні у справі про гарантії депутатської недоторканності¹⁹³, депутатська недоторканність як елемент статусу народного депутата України є конституційною гарантією безперешкодного та ефективного здійснення народним депутатом України своїх повноважень і передбачає звільнення його від юридичної відповідальності у визначених Конституцією України випадках та особливий порядок притягнення народного депутата України до кримінальної відповідальності, його затримання, арешту, а також застосування інших заходів, пов'язаних з обмеженням його особистих прав і свобод. Для певних категорій осіб у законодавстві встановлені особливий порядок обрання запобіжного заходу та провадження окремих слідчих дій. Цей порядок у даний час у КПК не урегульовано, він передбачений спеціальними законами: Законом України «Про статус народного депутата України» (ч. 2 ст. 27)¹⁹⁴, окремі положення якого розтлумачені Конституційним

¹⁹² Бабій І. В. Досудове провадження у кримінальних справах щодо окремих службових осіб, які обіймають особливо відповідальне становище: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» [Електронний ресурс] / І. В. Бабій. — Київ, 2009. // Режим доступу до автореферату: <http://www.nbuv.gov.ua/ard/2009/09bivovs.zip>

¹⁹³ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 56 народних депутатів України про офіційне тлумачення положень частин першої, третьої статті 80 Конституції України, частини першої статті 26, частин першої, другої, третьої статті 27 Закону України «Про статус народного депутата України» та за конституційним поданням Міністерства внутрішніх справ України про офіційне тлумачення положення частини третьої статті 80 Конституції України стосовно затримання народного депутата України (справа про гарантії депутатської недоторканності) від 26 червня 2003 року // Офіційний Вісник України. — 2003. — № 28. — Ст. 1381.

¹⁹⁴ Закон України «Про статус народного депутата України» в редакції від 22 березня 2001 р. (із змінами та доповненнями) // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 42. — Ст. 212.

Судом України¹⁹⁵; Законом України «Про статус суддів» (ст. 13)¹⁹⁶; Законом України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини» (ст. 20)¹⁹⁷; Законом України «Про статус депутатів місцевих рад» (ст. 31)¹⁹⁸.

Спеціальними законами передбачені такі особливості застосування заходів процесуального примусу: згода певного органу на застосування заходу процесуального примусу; розширення кола заходів процесуального примусу, які застосовуються судом. Спеціальними законами передбачені такі особливості провадження слідчих дій: згода певного органу на провадження слідчої дії; наявність додаткових умов надання судового дозволу на провадження слідчої дії; розширення переліку слідчих дій, на провадження яких повинен бути отриманий судовий дозвіл. Проект КПК № 1233 має окрему главу 49 «Особливий порядок провадження у кримінальних справах щодо окремої категорії осіб», у якій урегульовано питання застосування заходів кримінально-процесуального примусу та провадження слідчих дій щодо окремих категорій суб'єктів.

Права та законні інтереси фізичних та юридичних осіб, інтереси держави у зв'язку з існуванням інформації, яка належить до передбачених законодавством таємниць, можуть бути порушені та обмежені у зв'язку з тим, що при провадженні у кримінальній справі може бути отримано інформацію, яка належить до таємної (інформація про особисте життя осіб, отримана при обшуку житла), може виникнути необхідність розкриття інформації, яка містить передбачену законом таємницю (банківська таємниця, страхова таємниця, нотаріаль-

¹⁹⁵ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 56 народних депутатів України про офіційне тлумачення положень частин першої, третьої статті 80 Конституції України, частини першої статті 26, частин першої, другої, третьої статті 27 Закону України «Про статус народного депутата України» та за конституційним поданням Міністерства внутрішніх справ України про офіційне тлумачення положення частини третьої статті 80 Конституції України стосовно затримання народного депутата України (справа про гарантії депутатської недоторканності) від 26 червня 2003 року // Офіційний Вісник України. — 2003. — № 28. — Ст. 1381.

¹⁹⁶ Закон України «Про статус суддів» від 15 грудня 1992 р. (із змін. та доп.) // Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 8. — Ст. 56.

¹⁹⁷ Закон України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини» від 23 грудня 1997 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1998. — № 20. — Ст. 99.

¹⁹⁸ Закон України «Про статус депутатів місцевих рад» від 11 липня 2002 р. (із змін. та доп.) // Відомості Верховної Ради України. — 2002. — № 40. — ст. 290.

на таємниця, державна таємниця, таємниця усиновлення, лікарська таємниця тощо). У літературі пропонується така система таємниць: 1) таємниці особистого і сімейного життя громадян — особисті (недовірені) та професійні (довірені) таємниці; 2) таємниці у сфері підприємницької діяльності; 3) державна та службова таємниці; 4) таємниці слідства і судочинства; 5) конфіденційні відомості про хід розгляду окремих категорій справ¹⁹⁹. Поширення такої інформації може негативно вплинути на осіб, чиї права та інтереси пов'язані з цією інформацією, і саме тому в КПК та інших нормативних актах встановлено особливий порядок розкриття такої інформації, а в проекті КПК № 1233 встановлено особливості провадження у справах, які містять державну та іншу охоронювану законом таємницю. Повноваження суду з надання дозволу на розкриття такої інформації пов'язані із тим, що суд може неупереджено перевірити, чи дійсно розкриття такої інформації нагально необхідно для ефективного розслідування кримінальної справи, чи передбачено таке розкриття в законодавстві, чи буде розкриття такої інформації за своїми результатами співмірне із шкодою, якої воно завдасть заінтересованим особам.

Статтями 14¹, 178 КПК України передбачений судовий дозвіл на провадження процесуальних дій із інформацією, що містить банківську таємницю²⁰⁰. Банківську таємницю, крім суто таємниці у сфері підприємницької діяльності та службової таємниці (для працівників банку) можна розглядати і як необхідну складову права на приватність²⁰¹. Банківська таємниця обґрунтовано розглядається в літературі як засіб захисту особистості клієнта, охорони ділової конфіденційної інформації та зміцнення довіри до національної бан-

¹⁹⁹ Король В. В. Засада гласності та її обмеження у кримінальному судочинстві України: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / В. В. Король. — К., 2002. — С. 11

²⁰⁰ Детальніше щодо цього питання див.: Гловюк І. Дозвіл суду на здійснення процесуальних дій, пов'язаних з інформацією, яка містить банківську таємницю / І. Гловюк // Юридична Україна. — 2006. — № 10. — С. 71-74; цій проблемі присвячено дисертаційне дослідження: Шаповалова А. О. Забезпечення охорони банківської таємниці у кримінальному процесі України: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» [Електронний ресурс] / А. О. Шаповалова; Київ. нац. ун-т внутр. справ. — К., 2009. — 19 с. // Режим доступу до автореферату: <http://www.nbuv.gov.ua/ard/2009/09saokpu.zip>

²⁰¹ Користін О. Банківська таємниця та легалізація злочинних доходів / О. Користін // Підприємництво, господарство і право. — 2005. — № 7. — С. 41

ківської системи України²⁰². Саме тому вимога судового дозволу на провадження процесуальних дій з інформацією, що містить банківську таємницю, є виправданою. Інколи судами допускаються помилки при визначенні судової юрисдикції при розгляді справ про виїмку документів, що становлять банківську таємницю. Так, у постанові № 4-238/08 від 25 липня 2008 р.²⁰³, яку було винесено за поданням Старшого слідчого з ОВС відділення розслідування кримінальних справ слідчого відділу податкової міліції ДПА у Кіровоградській області майор податкової міліції Потоцького А. А. про надання дозволу на розкриття банківської таємниці та проведення виїмки в Кіровоградській філії АКБ «Східно-Європейський банк» (МФО № 383006 м. Кіровоград, проспект Комуністичний 6/5) документів, що становлять банківську таємницю відносно клієнта банку приватного підприємства «Агромобекс» (код ЄДРПОУ 33878251, м. Кіровоград, вул. Тімірязєва 75/56), що внесено в зв'язку із розслідуванням кримінальної справи № 11-1859 відносно директора ПП «Перший торговий альянс «Юнімікс» ОСОБА_1 за фактом умисного ухилення від сплати податків в особливо великих розмірах, за ознаками злочину передбаченого ч. 3 ст. 212 КК України, вказано, що «процедура розкриття інформації, яка містить банківську таємницю детально обумовлена Цивільно-процесуальним кодексом України (глава 12, статті 287—290). Відповідно до такої процедури суд розглядає заяву заінтересованої особи в п'ятиденний строк в присутності заявника, банку та особи, щодо якої вимагається інформація. Тобто, такий вид справ підвідомчий місцевим судам та розглядається не за нормами КПК України, а за правилами ЦПК України». Однак таких підхід не можна визнати правильним. ЦПК України регулює розкриття банківської таємниці у межах цивільно-правових відносин, до яких виїмка як слідча дія у кримінальній справі аж ніяк не відноситься.

Об'єктом судової діяльності у досудовому провадженні є найважливіші права фізичних та юридичних осіб; права фізичних осіб при здійсненні службової або іншої діяльності; права та законні інтереси фізичних та юридичних осіб, інтереси держави у зв'язку з існуванням інформації, яка належить до передбачених законодав-

²⁰² Король В. Таємниця банківського (грошового) вкладу громадян та її правова охорона у сфері кримінального судочинства України / В. Король // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: матеріали IX регіональної науково-практичної конференції (13 — 14 лютого 2003 р.). — Львів, 2003. — С. 416

²⁰³ Режим доступу: www.reyestr.court.gov.ua

ством таємниць. Вони можуть бути обмежені або порушені в процесі кримінально-процесуальної діяльності або бездіяльності суб'єктів, які ведуть кримінальний процес, та оперативно-розшукової діяльності підрозділів, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність. Саме тому предметом судової діяльності у досудовому провадженні є дотримання у кримінально-процесуальній діяльності (змістом якої є процесуальні дії та процесуальні рішення) та бездіяльності суб'єктів, які ведуть кримінальний процес, та оперативно-розшуковій діяльності підрозділів, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність, цих прав та законних інтересів.

Предмет судової діяльності у досудовому провадженні не слід обмежувати лише кримінально-процесуальною діяльністю (а конкретніше — процесуальними діями та процесуальними рішеннями, які є її змістом), оскільки КПК України передбачає можливість здійснення оперативно-розшукових дій в межах кримінального процесу: при перевірці заяв та повідомлень про злочини, при збиранні доказів. Відповідно до ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність»²⁰⁴, негласне проникнення до житла або іншого володіння особи, зняття інформації з каналів зв'язку, контроль за листуванням, телефонними розмовами, телеграфною та іншою кореспонденцією, застосування інших технічних засобів одержання інформації проводяться за рішенням суду. Саме тому підрозділи, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність у межах кримінального процесу, є суб'єктами, які беруть участь у здійсненні судової діяльності у досудовому провадженні.

У літературі існують різні концепції того, на що має поширюватися судовий контроль у досудовому провадженні; при цьому використовуються найменування: «об'єкт судового контролю»²⁰⁵, «моменти судового контролю»²⁰⁶, «предмет судового контролю»²⁰⁷,

²⁰⁴ Закон України «Про оперативно-розшукову діяльність» від 18 лютого 1992 р. (із змін. та доп.) // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 22. — Ст. 303.

²⁰⁵ Колоколов Н. А. Судебный контроль в стадии предварительного расследования: реальность, перспективы / Н. А. Колоколов // Государство и право. — 1998. — № 11. — С. 35; Магизов Р. Р. Предмет и пределы судебного контроля в уголовном процессе / Р. Р. Магизов // Следователь. — 2004. — № 5. — С. 23

²⁰⁶ Туманянц А. Р. Судовий контроль за законністю і обґрунтованістю процесуальних рішень органів досудового слідства: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / А. Р. Туманянц. — Х., 1998. — С. 4

²⁰⁷ Жеребятъев И. Некоторые вопросы реализации правосудия в уголовном судопроизводстве / И. Жеребятъев, А. Шамардин // Уголовное право. — 2004. — № 3.

«напрями судового контролю»²⁰⁸, «функції слідчих суддів»²⁰⁹. Ці концепції дають відповіді й на питання, на дотримання яких прав фізичних та юридичних осіб має бути спрямована судова діяльність саме у досудовому провадженні, якими процесуальними засобами суд має забезпечувати дотримання і те, якими діями, бездіяльністю та рішеннями суб'єктів, які ведуть процес, вони потенційно можуть бути порушені.

Концепція безпрогальності судової діяльності у досудовому провадженні, або концепція щоденного втручання суду передбачає, що суд зобов'язаний розглядати не тільки питання застосування тримання під вартою, питання про дозволи окремих слідчих та інших процесуальних дій, але й розглянути й вирішити по суті будь-яку скаргу на дії дізнавача, слідчого, прокурора; вона відстоюється у працях таких вчених, як І. Ф. Демидов, М. А. Маркуш, Л. В. Черечукіна²¹⁰.

Відповідно до концепції обмеженої судової діяльності у досудовому провадженні, суд розглядає питання обмеження конституційних прав громадян та скарги на дії (бездіяльність) та рішення органів кримінального переслідування, однак право на оскарження дій та рішень у досудовому провадженні повинно бути обмеженим²¹¹. Пропонуються три способи обмеження права на оскарження дій та рішень у досудовому провадженні: повинні існувати ті дії та рішення, які не можна оскаржити в суді у досудових стадіях²¹², повинен існувати чіткий перелік тих дій та рішень, які можна оскаржити у

— С. 83

²⁰⁸ Журавлев А. В. К вопросу о практике судебного контроля за законностью предварительного расследования / А. В. Журавлев // Правовая политика и правовая жизнь. — 2004. — № 3. — С. 88; Маляренко В. Межі судового контролю за додержанням прав і свобод людини в стадії попереднього розслідування кримінальної справи / В. Маляренко, П. Пилипчук // Право України. — 2001. — № 4. — С. 41

²⁰⁹ Брынцев В. Д. Судебный контроль (теория и практика) / В. Д. Брынцев, В. Г. Чернухин. — Х.: 2001. — С. 8-9.

²¹⁰ Демидов И. Ф. Проблемы прав человека в Российском уголовном процессе (концептуальные положения) / Демидов И. Ф. — М., 1996. — 126 с. Маркуш М. А. Принцип змагальності у кримінальному процесі України: [монографія] / Маркуш М. А. — Харків, 2007. — 208 с. Черечукина Л. В. Судебный контроль за досудебным производством / Черечукина Л. В. — Луганск: Редакционно-издательский отдел ЛИВД МВД Украины, 1998. — 124 с.

²¹¹ Токарева М. Е. О разработке гарантий законности в досудебных стадиях уголовного процесса / М. Е. Токарева // Прокуратура и правосудие в условиях судебнo-правовой реформы: сборник научных трудов. — М., 1997. — С. 148,151

²¹² Багаутдинов Ф. Н. О содержании судебного контроля на предварительном следствии / Ф. Н. Багаутдинов // Журнал российского права. — 2002. — № 12. — С. 52;

досудовому провадженні²¹³, повинні існувати певні критерії, які допускають оскарження дій та рішень у досудовому провадженні²¹⁴.

Концепція відсутності необхідності судової діяльності у досудовому провадженні полягає у тому, що судова діяльність у досудовому провадженні є втручанням суду в досудове слідство, паралізує його; впливає на незалежність суду при розгляді справи по суті, оскільки судді будуть пов'язані своїми рішеннями у досудовому провадженні (підтримується у працях таких вчених, як А. Барабаш, С. Єфімичев, В. Маєвський, В. Рудейчук²¹⁵).

Таким чином, ці концепції є однаково прийнятними одночасно як для визначення змісту об'єкта судової діяльності, так і для предмета судової діяльності. І об'єкт, і предмет судової діяльності у досудовому провадженні є тим, на що поширюється судова діяльність у досудовому провадженні, тобто у своїй єдності вони являють собою сферу судової діяльності у досудовому провадженні.

Як уявляється, концепція відсутності необхідності судової діяльності у досудовому провадженні є хибною. Суд (суддя) не втручається у досудове слідство, оскільки він не має права ініціації судової діяльності у досудовому провадженні, він не втручається в оперативну діяльність органу дізнання, слідчого, прокурора, не встановлює тактику розслідування. Суд (суддя) дає дозвіл на обмеження найбільш важливих для особи прав та свобод і розглядає та вирішує скарги на дії (бездіяльність), рішення органу дізнання, слідчого, про-

Кашепов В. П. О преобразовании статуса суда в уголовном судопроизводстве / В. П. Кашепов // Журнал российского права. — 2002. — № 12. — С. 28

²¹³ Лазарева В. А. Судебная защита в уголовном процессе РФ: проблемы теории и практики: автореф. дис. на соискание ученой степени доктора юрид. наук: спец. 12.00.09 «Уголовный процесс, криминалистика и судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность» / В. А. Лазарева. — М., 2000. — С. 9-10

²¹⁴ Мирза Л. С. Доступ к правосудию в процессе обжалования в суд действий и решений органов, ведущих расследование / Л. С. Мирза // Российский судья. — 2004. — № 2. — С. 25; Судебная власть / [Под ред. И. Л. Петрухина]. — М.: Проспект, 2003. — С. 178-179

²¹⁵ Барабаш А. С. Природа российского уголовного процесса, цели уголовно-процессуальной деятельности и их установление / Барабаш А. С. — СПб.: Юридический центр Пресс, 2005. — 257 с. Ефимичев С. П. Разделение властей и проблемы борьбы с преступностью / С. П. Ефимичев // Проблемы совершенствования прокурорского надзора (К 275-летию Российской прокуратуры): материалы науч.-практ. конф. — М., 1997. — С. 176-183. Маевский В. Страсти по судебной реформе / В. Маевский // Российская юстиция. — 2001. — № 11. — С. 18-21. Рудейчук В. До питання про прокурорську владу / В. Рудейчук // Вісник прокуратури. — 2003. — № 12. — С. 30-35.

курора. Слід зазначити, що концептуально віддання таких повноважень суду є справедливим.

Суд за своєю державно-правовою природою є незалежним органом самостійної гілки влади — судової, він не відноситься до сторони обвинувачення і не здійснює функцію обвинувачення. Кримінальний процес, у порівнянні, наприклад, з процесом цивільним, має, крім судових стадій, стадії досудові, на яких і здійснюється основний обсяг діяльності з доказування й первісно на яких застосовуються заходи процесуального примусу, обмежуються права та свободи людини, втягненої до орбіти кримінального процесу. Судова охорона та захист у цьому випадку є найбільш прийнятними та доцільними, оскільки суд є неупередженим арбітром, на відміну, наприклад, від прокурора, який у тому числі й на досудових стадіях представляє сторону обвинувачення, і звернення до якого зі скаргами не є ефективним заходом правового захисту, оскільки статус прокурора в національному праві та його участь у кримінальному провадженні не надають відповідних гарантій незалежного та безстороннього розгляду скарг²¹⁶. Прокурор, незважаючи на необхідність, доцільність прокурорського нагляду і попереджувальні та інші його можливості при нагляді за провадженням дізнання та досудового слідства, у кримінальному процесі залишається органом кримінального переслідування, державним обвинувачем, і він заінтересований у якнайшвидшому та ефективному розкритті злочину, що може вплинути (і нерідко впливає) на його об'єктивність як при санкціонуванні дій та рішень, так і при розгляді скарг на дії та рішення органу дізнання, слідчого, прокурора. Але при розгляді питань про обмеження найважливіших прав фізичних та юридичних осіб, скарг щодо порушення прав та законних інтересів осіб необхідний неупереджений арбітр, який може розглянути та вирішити кримінально-процесуальний спір між особою та органом дізнання, слідчим, прокурором. І цим арбітром має бути суд. Що стосується посилань на те, що при розгляді справи по суті судді будуть пов'язані своїми рішеннями у досудовому провадженні, то такі побоювання у певних випадках є обґрунтованими. Однак для того, щоб судді не були пов'язані при розгляді справи по суті своїми рішеннями у досудовому провадженні, існує інститут відводів. Крім

²¹⁶ Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Меріт проти України» від 30 березня 2004 року // Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі. — 2004. — № 2. — С. 113-136.

того, ЄСПЛ у деяких своїх рішеннях зазначив, що прийняття суддею певних рішень у досудовому провадженні не завжди свідчить про те, що є підстави сумніватися у безсторонності судді²¹⁷. Таким чином, немає сумнівів, що судова діяльність у досудовому провадженні є необхідною.

Виходячи з того, що судова діяльність у досудовому провадженні необхідна, виникає питання про те, що має входити до її сфери, тобто чи необхідно підтримати концепцію безпрогальності судової діяльності у досудовому провадженні, чи концепцію обмеженої судової діяльності у досудовому провадженні. Як уявляється, суд повинен: приймати рішення про обмеження найважливіших прав особи у досудовому провадженні при застосуванні заходів процесуального примусу, а також про давання дозволів на провадження окремих слідчих та інших процесуальних та оперативно-розшукових дій, а також розглядати скарги на дії (бездіяльність), рішення владних суб'єктів кримінального процесу. Необхідність таких повноважень суду, за деякими винятками²¹⁸, вченими та практиками не заперечується. Проблема полягає у визначенні: а) на обмеження яких найважливіших прав фізичних та юридичних осіб має надавати дозвіл суд (суддя) — відповідно, виникає необхідність визначення кола тих процесуальних та оперативно-розшукових дій, дозвіл на провадження яких має надавати суд (суддя); б) які найважливіші права фізичних та юридичних осіб мають обмежуватися саме судом (суддею), відповідно, виникає необхідність визначення кола тих заходів процесуального примусу, які мають застосовуватися тільки судом (суддею); в) скарги на порушення яких прав мають розглядатися в порядку окремого провадження, а саме у досудовому провадженні.

У літературі, відповідно до тієї концепції сфери судової діяльності у досудовому провадженні, якої дотримується дослідник, по-різному визначається та сфера, на яку має поширюватися судова діяльність (судовий контроль у розумінні судової діяльності) у досу-

²¹⁷ Детальніше див.: Іваницький С. О. Право особи на розгляд її справи незалежним і безстороннім судом у світлі рішень Європейського Суду з прав людини / С. О. Іваницький // Вісник Верховного Суду України. — 2005. — № 12. — С. 21-23. Моисеева Т. В. Судебный контроль за предварительным следствием и беспристрастность судей / Т. В. Моисеева // Адвокат. — 2004. — № 10. — С. 58-62.

²¹⁸ Казинян Г. С. Соотношение прокурорского надзора и судебного контроля в досудебных стадиях судопроизводства по УПК Республики Армения / Г. С. Казинян // Прокурорская и следственная практика. — 1999. — № 3-4. — С. 110

довому провадженні, тобто визначається об'єкт судового контролю²¹⁹; моменти судового контролю²²⁰; напрями судового контролю²²¹; форми судового контролю²²²; формулюються функції слідчих суддів²²³; групи судового контролю²²⁴.

Аналіз точок зору М.О. Колоколова, В.П. Кашепова, А.Р. Туманянц, В.Т. Маляренка, П.П. Пилипчука, І. Курільчук, А.В. Журавльова, І. Л. Петрухіна, Р.Р. Магізова, В.Д. Бринцева, В.О. Попелюшко, О. В. Смирнова дозволяє виділити ті права, забезпечувати дотримання яких повинен суд (суддя) саме у досудовому провадженні. Ними практично одностайно визнаються конституційні права людини або громадянина. Однак, як уже зазначалося вище, об'єкт судової діяльності у досудовому провадженні є дещо іншим. По-перше, особами, права яких можуть бути порушені при провадженні у кримінальній справі, є як фізичні, так і юридичні особи; по-друге, про конституційні права можна говорити тільки як про права фізичних осіб, а особами, права яких можуть бути порушені при провадженні у кримінальній справі, є як фізичні, так і юридичні особи; по-третє, судом у досудовому провадженні мають бути забезпечені права осіб, які можуть бути і не закріплені в Конституції, а закріплені Конвенцією

²¹⁹ Кашепов В. П. Институт судебной защиты прав и свобод граждан и средства ее реализации / В. П. Кашепов // Государство и право. — 1998. — № 2. — С. 71; Колоколов Н. А. Судебный контроль в стадии предварительного расследования: реальность, перспективы / Н. А. Колоколов // Государство и право. — 1998. — № 11. — С. 35

²²⁰ Туманянц А. Р. Судовий контроль за законністю і обґрунтованістю процесуальних рішень органів досудового слідства: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / А. Р. Туманянц. — Х., 1998. — С. 4

²²¹ Журавлев А. В. К вопросу о практике судебного контроля за законностью предварительного расследования / А. В. Журавлев // Правовая политика и правовая жизнь. — 2004. — № 3. — С. 88; Курільчук І. Межі судового контролю в досудових стадіях кримінального процесу / І. Курільчук // Право України. — 2006. — № 4. — С. 119; Маляренко В. Межі судового контролю за додержанням прав і свобод людини в стадії попереднього розслідування кримінальної справи / В. Маляренко, П. Пилипчук // Право України. — 2001. — № 4. — С. 41; Петрухин И. Л. Судебная власть и расследование преступлений / И. Л. Петрухин // Государство и право. — 1993. — № 7. — С. 81-90;

²²² Муратова Н. Г. Понятие и правовая природа судебного контроля по уголовным делам / Н. Г. Муратова, Л. Д. Чулюкин // Российский судья. — 2004. — №3. — С. 16

²²³ Брынцев В. Д. Судебный контроль (теория и практика) / В. Д. Брынцев, В. Г. Чернухин. — Х.: 2001. — С. 8-9

²²⁴ Попелюшко В. О. Мала судова реформа та захист прав громадян / Попелюшко В. О. — К.: Кондор, 2006. — С. 125-126

про захист прав людини і основоположних свобод, у кримінально-процесуальному та іншому галузевому законодавстві (наприклад, право на охорону банківської таємниці). Це належить до сфери державного. А у сфері існуючого не всі права та свободи, які у досудовому провадженні охороняються судом, дорівнюють за своєю важливістю конституційним правам²²⁵.

Об'єктом судової діяльності у досудовому провадженні мають бути такі найважливіші права фізичних та юридичних осіб: право на свободу та особисту недоторканність, право на безпеку, право на недоторканність житла чи іншого володіння особи, право на повагу особистого життя, право на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції, право на захист, право на володіння, користування та розпорядження своєю власністю, право на працю, право на доступ до правосуддя. Виходячи із цього, суд (суддя) повинен надавати дозволи на провадження процесуальних та оперативно-розшукових дій, які пов'язані з обмеженням цих прав, та тільки суд (суддя) може застосувати до особи заходи кримінально-процесуального примусу, якими обмежуються ці права, а скарги на порушення цих прав мають бути вирішені в порядку окремого провадження.

При формуванні концепції судової діяльності у досудовому провадженні найбільше спорів викликає не те, на які процесуальні дії суд (суддя) повинен надавати дозволи та не те, які заходи кримінально-процесуального примусу мають застосовуватися саме судом, а те, які скарги заінтересованих осіб мають розглядатися та вирішуватися саме у досудовому провадженні. І саме вирішення цього питання визначає характер концепції: концепція безпрогальності судової діяльності у досудовому провадженні або концепція обмеженої судової діяльності у досудовому провадженні. Використання концепції безпрогальності судової діяльності у нормотворчості та правозастосовній практиці не є доцільним. Слід погодитися із В. Т. Маляренко та П. П. Пилипчуком, що прийняття судами до розгляду і розгляд скарг на процесуальні дії (бездіяльність) чи рішення органу дізнання, слідчого, прокурора у конкретній справі неминуче призведе до обмеження процесуальної незалежності слідчого, зробить непотріб-

²²⁵ Детальніше приклад див.: Глов'юк І. Віймка документа виконавчого провадження. Аналіз новел законодавства / І. Глов'юк // Вісник прокуратури. — 2007. — № 6. — С. 96-99

ними відомчий контроль за розслідуванням справи з боку керівника слідчого відділу та прокурорський нагляд²²⁶. Це може паралізувати досудове слідство, коли справа буде не розслідуватися, а обростати скаргами, постановами суддів за скаргами, апеляційними скаргами, ухвалами тощо, що зведе нанівець принцип швидкості та оперативності досудового розслідування та право особи на ефективне відновлення її прав. Як вірно зазначив із цього приводу В. Вознюк, якби всі рішення, дії або бездіяльність підлягали негайному судовому контролю, то по-перше, це перетворило б суд на слідчий орган, по-друге, порушило б принцип неупередженості суду²²⁷.

Однак особа (навіть не суб'єкт кримінального процесу) повинна мати право на оскарження всіх дій, бездіяльності та рішень органів дізнання, слідчого, прокурора: нормативно це закріплено у ст. 55 Конституції України, ст. 110, 234, 236 КПК України, і це є проявом права на доступ до суду. Тому повинні існувати ті дії (бездіяльність), рішення органу дізнання, слідчого, прокурора, скарги на які можуть бути подані у досудовому провадженні, однак розглядатися будуть при попередньому розгляді справи суддею або при розгляді справи по суті. Це не буде обмеженням права на оскарження дій, бездіяльності, рішень органу дізнання, слідчого, прокурора та не суперечитиме ст. 55 Конституції України, оскільки в особи буде право подати скаргу та вона буде розглянута та вирішена по суті, однак не в досудовому провадженні, а в судовому (якщо справа дійде до судових стадій). Тим більше, що ст. 55 Конституції України не встановлює порядку та часу розгляду скарг на рішення, дії та бездіяльність органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових та службових осіб. Тому слід підтримати концепцію обмеженої судової діяльності у досудовому провадженні. При вирішенні питання про обмеження невідкладності судового контролю, слід визначити ті права, порушення (об'єктивне чи суб'єктивне) яких дає право на невідкладний судовий контроль.

Втягнення особи до орбіти кримінального процесу безумовно передбачає обмеження її прав, виходячи з самої природи кримі-

²²⁶ Маляренко В. Т. Про межі судового контролю за додержанням прав і свобод людини в стадії попереднього розслідування кримінальної справи / В. Маляренко, П. Пилипчук // Вісник Верховного Суду України. — 2001. — № 2. — С. 41

²²⁷ Оскарження дій органів досудового слідства // Юридичний вісник України. — 2002. — 23-29 березня. — С. 7

нального процесу. Деякі з цих прав охороняються при здійсненні дозвільної функції суду та застосуванні судом заходів кримінально-процесуального примусу. Тому доцільно допустити невідкладний судовий контроль порушення тільки тих прав, які не охороняються при здійсненні інших функцій суду у досудовому провадженні, тобто тих прав, дозвіл на обмеження яких не дається судом (суддею) або тих прав, які не обмежуються при застосуванні судом (суддею) заходів кримінально-процесуального примусу. Це такі права, як право на свободу та особисту недоторканність (при процесуальному затриманні особи, незвільненні її після закінчення строку затримання чи тримання під вартою), право на безпеку (при відмові у застосуванні або скасуванні заходів безпеки), право на захист (при відмові у допуску захисника, ненаданні або обмеженні зустрічей із захисником), право на доступ до правосуддя. Інститут оскарження процесуальних рішень, дій та бездіяльності органів дізнання, слідчого та прокурора є ефективним механізмом захисту прав людини, але в той же час може використовуватися і з метою затягування досудового провадження у кримінальній справі. Якщо допустити розгляд та вирішення судом у досудовому провадженні усіх скарг, кримінальна справа буде не розслідуватися, а наповнюватися скаргами, протоколами судових засідань, постановами, апеляційними скаргами, рішеннями за скаргами тощо, що зведе нанівець принцип швидкості та оперативності дізнання та досудового слідства, як і змусить сумніватися у наявності самої стадії досудового розслідування.

Таким чином, об'єктом судової діяльності у досудовому провадженні є найважливіші права фізичних та юридичних осіб; права фізичних осіб при здійсненні службової або іншої діяльності; права та законні інтереси фізичних та юридичних осіб, інтереси держави у зв'язку з існуванням інформації, яка належить до передбачених законодавством таємниць, які можуть бути порушені або обмежені у кримінально-процесуальній діяльності та бездіяльності суб'єктів, які ведуть кримінальний процес, та оперативно-розшуковій діяльності підрозділів, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність. Предметом же судової діяльності у досудовому провадженні є їх дотримання у кримінально-процесуальній діяльності та бездіяльності суб'єктів, які ведуть кримінальний процес, та оперативно-розшуковій діяльності підрозділів, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність.

1.5. Межі судової діяльності у досудових стадіях кримінального процесу

Питання про межі судової діяльності у досудовому провадженні висвітлені в літературі недостатньо. У існуючих розробках цієї проблеми немає усталеної концепції меж судової діяльності у досудовому провадженні. Так, межі судового контролю пов'язуються із тими діями та рішеннями дізнавача, слідчого, прокурора, які може контролювати суд (суддя)²²⁸; із напрямками судового контролю²²⁹; з повноваженнями суду, наявністю у нього реальних можливостей в умовах недопустимості провадження судового слідства, використовуючи які він може перевірити законність та обґрунтованість рішень і дій, які викликають заперечення учасників процесу²³⁰; із неможливістю заздалегідь вирішувати питання, які можуть стати предметом судового розгляду по суті кримінальної справи²³¹; із предметом дослідження у судово-контрольній діяльності²³²; із діями, рішеннями (бездіяльністю), які можуть бути оскаржені до суду на досудових стадіях²³³.

Такі підходи до визначення меж судової діяльності у досудовому провадженні є занадто вузькими, оскільки судова діяльність не обмежується лише тими діями чи рішеннями, які суд може контролювати або дозволити на провадження яких він може надавати. Це є лише одним з аспектів меж судової діяльності у досудовому провадженні.

Існують і більш розширені підходи до визначення меж судового контролю у досудовому провадженні, коли виділяються кри-

²²⁸ Оліяничук Ю. Співвідношення судового контролю і функцій органів дізнання, досудового слідства та прокуратури / Ю. Оліяничук // Вісник прокуратури. — 2003. — № 1. — С. 95;

²²⁹ Курільчук І. Межі судового контролю в досудових стадіях кримінального процесу / І. Курільчук // Право України. — 2006. — № 4. — С. 119

²³⁰ Кашепов В. П. Институт судебной защиты прав и свобод граждан и средства ее реализации / В. П. Кашепов // Государство и право. — 1998. — № 2. — С. 70-71

²³¹ Гуськова А. П. Проблемы судебного контроля по уголовным делам / А. П. Гуськова, Н. Г. Муратова // Российский юридический журнал. — 2005. — № 2. — С. 103

²³² Колоколов Н. А. Судебный контроль в стадии предварительного расследования: реальность, перспективы / Н. А. Колоколов // Государство и право. — 1998. — № 11. — С. 36

²³³ Адвокат в уголовном процессе / [Под ред. В. И. Сергеева]. — М.: Закон и право, 2004. — С. 43-45

терії меж судового контролю²³⁴; сформульовано інституціонально-функціональний підхід для позначення меж судового контролю²³⁵.

Найбільш розробленою проблема меж судової діяльності у досудовому провадженні є у працях В. Г. Ключкова та Р. Р. Магізова. В. Г. Ключков зазначає, що межі судового контролю охоплюють такі критерії: суб'єктів, у відношенні яких здійснюється перевірка; процесуальні акти, які стали підставою для перевірки; процесуальні рішення, законність та обґрунтованість яких перевіряє суд; сукупність фактичних даних, на підставі яких здійснюється перевірка та приймається судові рішення²³⁶. Р. Р. Магізов вважає, що проблема меж судового контролю може бути розглянута, як мінімум, у трьох аспектах: а) у плані визначення етапів (у тому числі стадій), на які можлива реалізація повноважень судової влади у формі судового контролю; б) визначення кола дій та рішень органів та осіб, які ведуть процес, які підлягають контролю; в) визначення меж (об'єму) пізнання фактів, які стали підставою для обмеження прав громадян у межах оспорюваної сторонами процедури²³⁷.

Таким чином, можна стверджувати, що межі судової діяльності у досудовому провадженні — це границі кримінально-процесуальної діяльності суду в досудовому провадженні, які визначаються певними критеріями. Кількість та характер критеріїв відрізняються у наукових дослідженнях одне від одного. З урахуванням позицій В. Г. Ключкова та Р. Р. Магізова можна виділити такі критерії визначення меж судової діяльності у досудовому провадженні: 1) сфера судової діяльності у досудовому провадженні; 2) дії, на провадження яких суд (суддя)

²³⁴ Химичева О. В. Концептуальные основы процессуального контроля и надзора на досудебных стадиях уголовного судопроизводства: [монография] / Химичева О. В. — М.: ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 2004. — С. 214

²³⁵ Кондратьев О. В. Організаційно-правові проблеми судового контролю: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.10 «судоустрій; прокуратура та адвокатура» / О. В. Кондратьев. — Х., 2005. — 19 с. — Режим доступу до автореферату: <http://www.nbuv.gov.ua/ard/2005/05kovpsk.zip>
Манівлець Е. Є. Реалізація конституційних прав та свобод громадян при проведенні невідкладних слідчих дій: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / Е. Є. Манівлець. — Х., 2005. — 18 с. — Режим доступу до автореферату: <http://www.nbuv.gov.ua/ard/2005/05meensd.zip>

²³⁶ Ключков В. Г. Судебный контроль за соблюдением законности и обоснованности применения меры пресечения — заключения под стражу / Ключков В. Г. — К.: НВТ Правник, 1998. — С. 19-20

²³⁷ Магізов Р. Р. Предмет и пределы судебного контроля в уголовном процессе / Р. Р. Магізов // Следователь. — 2004. — №5. — С. 23-24

може дати дозвіл; 3) заходи кримінально-процесуального примусу, які може застосувати суд (суддя) за поданнями органів та осіб, які ведуть процес; 4) особи, дії, бездіяльність, рішення яких можуть бути оскаржені в порядку окремого провадження; 5) дії, бездіяльність, рішення, які можуть бути оскаржені в порядку окремого провадження; 6) повноваження суду (судді) у досудовому провадженні, а саме рішення, які можуть бути прийняті судом (суддею) при розгляді подань чи скарг; 7) предмет судового дослідження у досудовому провадженні.

Варто детальніше розглянути критерії судової діяльності у досудовому провадженні.

1. Питання сфери судової діяльності у досудовому провадженні вже були розглянуті у попередньому підрозділі.

2. За діючим кримінально-процесуальним законодавством, перелік процесуальних та оперативно-розшукових дій, які здійснюються за постановою судді або суду, включає в себе: прослуховування телефонних та інших переговорів; розкриття інформації, яка містить банківську таємницю; негласне проникнення до житла або іншого володіння особи; огляд житла чи іншого володіння особи; обшук житла чи іншого володіння особи; примусова виїмка з житла чи іншого володіння особи; виїмка документів, які містять державну або банківську таємницю; виїмка документу виконавчого провадження; накладення арешту на кореспонденцію; контроль за листуванням, телефонними розмовами, телеграфною та іншою кореспонденцією; зняття інформації з каналів зв'язку; застосування інших технічних засобів одержання інформації. У випадках, передбачених пунктом 4 частини першої статті 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність»²³⁸, пунктом 5 частини другої статті 7 Закону України «Про контррозвідувальну діяльність»²³⁹, за рішенням суду можуть бути витребувані документи та дані, що характеризують діяльність підприємств, установ, організацій, а також спосіб життя окремих осіб, підозрюваних у підготовці або вчиненні злочину, джерело та розміри їх доходів.

Відповідно до ст. 26 проекту КПК № 1233, виключно за рішенням суду може бути: проведено огляд в житлі чи іншому воло-

²³⁸ Закон України «Про оперативно-розшукову діяльність» від 18 лютого 1992 р. (із змін. та доп.) // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — №22. — Ст. 303.

²³⁹ Закон України «Про контррозвідувальну діяльність» від 26 грудня 2002 р. // Режим доступу до акту: <http://zakon1rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=374-15>

дінні особи, крім випадків, передбачених Кодексом; проведено обшук у житлі чи іншому володінні особи, крім випадків, передбачених Кодексом; здійснено виїмку документів, що містять відомості про належні підозрюваному, обвинуваченому, підсудному вклади та рахунки в установах банків; накладено арешт на кореспонденцію та здійснено виїмку її в установах зв'язку; застосовано технічні засоби отримання інформації.

Необхідність судового дозволу на провадження окремих процесуальних та оперативно-розшукових дій впливає із того, що суд є неупередженим арбітром і, на відміну від прокурора, не здійснює функцію кримінального переслідування, у зв'язку з чим він може об'єктивно та неупереджено встановити наявність підстав для провадження окремих процесуальних та оперативно-розшукових дій. При цьому не є обов'язковою змагальна процедура.

Судовий порядок отримання дозволу на огляд житла чи іншого володіння особи, обшук у житлі чи іншому володінні особи²⁴⁰ передбачений Конституцією України, КПК України, і це є цілком обґрунтованим. Примусова виїмка із житла чи іншого володіння особи, хоч і не передбачена у Конституції як та дія, яка потребує дозволу суду, закріплена як така у КПК України, що також є цілком виправданим. Відповідно до ст. 8 Конвенції про захист прав особи і основоположних свобод, кожна людина має право на повагу до її особистого і сімейного життя, житла і таємниці листування. Держава не може втручатися у здійснення цього права інакше ніж згідно із законом та у випадках, необхідних у демократичному суспільстві в інтересах національної та громадської безпеки або економічного добробуту країни, з метою запобігання заворушенням і злочинам, для захисту здоров'я або моралі чи з метою захисту прав і свобод інших людей. Провадження слідчих та оперативно-розшукових дій у житлі є дуже вразливим для людини, адже вона зазнає посягання на недоторканість свого житла, яке є її «фортецею». Судовий порядок отримання дозволу на провадження процесуальних та оперативно-розшукових дій у житлі передбачено й зарубіжним законодавством. У Франції слідчі дії провадяться слідчим суддею, посада якого відноситься до

²⁴⁰ Перелік об'єктів, що відносяться до житла та іншого володіння, вказано у п. 11 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про деякі питання застосування судами України законодавства при дачі дозволів на тимчасове обмеження окремих конституційних прав і свобод людини і громадянина під час здійснення оперативно-розшукової діяльності, дізнання і досудового слідства» від 28 березня 2008 року.

судової влади. За КПК ФРН, виїмка та обшук здійснюються за рішенням суду. У Великій Британії суддя видає дозвіл на проведення обшуку та виїмки.

Необхідність обмеження права на недоторканність житла чи іншого володіння особи може виникнути не тільки при провадженні огляду, обшуку чи виїмки, а й при провадженні інших процесуальних та оперативно-розшукових дій: при перевірці показань на місці та слідчому експерименті, проникненні до житла чи іншого володіння для накладення арешту на майно та його вилучення, а також проникненні до житла чи іншого володіння особи для виконання постанови про привід. Ні Конституція України, ні КПК не встановлюють необхідності отримання судового дозволу на ці дії. Однак такі слідчі дії також обмежують недоторканність житла чи іншого володіння особи, і тому незрозуміло, чому в наявності подвійний підхід при забезпеченні недоторканності житла та іншого володіння особи. Виходячи з конституційного права на недоторканність житла та іншого володіння особи, усі процесуальні дії у житлі чи іншому володінні особи повинні здійснюватися за згодою володільця або за рішенням суду, за виключенням невідкладних випадків, перелік яких має бути передбачено у КПК. При формуванні цього переліку слід врахувати, що про виключність випадку повинна свідчити реальна можливість виникнення негативних наслідків²⁴¹.

Накладення арешту на кореспонденцію та зняття інформації з каналів зв'язку також розглядаються у доктрині як дії, які мають здійснюватися за судовим дозволом²⁴². Конституція України у ст. 31 передбачає, що кожному гарантується таємниця листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції. Винятки можуть бути встановлені лише судом у випадках, передбачених законом, з метою запобігти злочинів чи з'ясувати істину під час розслідування кримінальної справи, якщо іншими способами одержати інформацію неможливо. Судовий дозвіл на здійснення таких процесуальних дій передбачено й зарубіжним законодавством та практикою

²⁴¹ Шилов А. В. Судебный контроль на стадии предварительного расследования в уголовном судопроизводстве Российской Федерации / А. В. Шилов, Е. З. Трошкин — Минск: Тесей, 2004. — С. 102-103

²⁴² Брынцев В. Д. Судебный контроль (теория и практика) / В. Д. Брынцев, В. Г. Чернухин. — Х.: 2001. — С. 9; Петрухин И. Л. Судебная власть и расследование преступлений / И. Л. Петрухин // Государство и право. — 1993. — № 7. — С. 86

Європейського Суду з прав людини²⁴³. Однак особа може добровільно погодитися на таке обмеження права на таємницю листування, телефонних переговорів, телеграфної та іншої кореспонденції, на повагу до таємниці листування з метою, наприклад, забезпечення своєї безпеки. Тому цілком обґрунтована встановлена у ст. 14¹ КПК норма, відповідно до якої прослуховування телефонних та інших розмов може бути здійснено за письмової згоди чи письмової заяви особи у разі наявності загрози вчинення насильства або інших протиправних дій щодо осіб, взятих під захист. У КПК України прослуховування телефонних та інших розмов виділено як окрему процесуальну дію, хоча вона охоплюється такою дією, як зняття інформації з каналів зв'язку. Це має бути враховано при розробці нового КПК.

Конституція України, Цивільний кодекс України²⁴⁴, КПК України передбачають обмеження права таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції на підставі волевиявлення особи за її згоди та за рішенням суду. При цьому КПК не встановлює обмежень категорій злочинів, при розслідуванні яких може бути здійснено накладення арешту на кореспонденцію та зняття інформації з каналів зв'язку; не встановлює строки, протягом яких може здійснюватися накладення арешту на кореспонденцію та зняття інформації з каналів зв'язку. Таким чином, провадження цієї слідчої дії можливе при розслідуванні будь-якого злочину, але якщо іншими засобами одержати інформацію неможливо. Строк здійснення слідчої дії встановлюється суддею за його розсудом. Таке правове регулювання накладення арешту на кореспонденцію у рішенні «Волохи проти України» від 2 листопада 2006 року було визнано таким, що не визначає з достатньою чіткістю межі та умови здійснення органами влади своїх дискреційних повноважень у цій сфері²⁴⁵.

²⁴³ Детальніше див.: Каткова Т. В. Прослушивание телефонных переговоров в законодательстве зарубежных стран и проекте УПК Украины / Т. В. Каткова // Актуальні проблеми держави та права: зб. наук. праць. — 2001. — Вип. 10. — С. 62-68. Погорецький М. Прослуховування телефонних розмов: європейські стандарти / М. Погорецький // Вісник прокуратури. — 2003. — № 9. — С. 45-51. Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Класс та інші проти Німеччини» від 6 вересня 1978 року // Практика Європейського Суду з прав людини. Рішення. Коментарі. — 2002. — № 4. — С. 93-122.

²⁴⁴ Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року // Офіційний вісник України. — 2003. — № 11. — Ст. 461.

²⁴⁵ Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Волохи проти України» від 2 листопада 2006 року // Режим доступу до акту: <http://www.minjust.gov.ua/0/19612> Детальніше див.: Гловюк І. Судовий дозвіл щодо накладення арешту на

У КПК РФ передбачені такі слідчі дії, як накладення арешту на поштово-телеграфну кореспонденцію, її огляд і виїмка та контроль та запис переговорів. Контроль та запис телефонних та інших переговорів допускається при провадженні у кримінальних справах про тяжкі та особливо тяжкі злочини на строк до 6 місяців. Стосовно прослуховування телефонних розмов у законодавстві деяких держав встановлено особливі умови. Так, у Франції, ФРН, Великій Британії, РФ встановлено чіткі строки, протягом яких може здійснюватися прослуховування. В Італії, ФРН, Великій Британії встановлено коло злочинів, при розслідуванні яких може бути дозволено прослуховування телефонних розмов. У Франції ці правила поширюються на прослуховування (перехоплення) усіх видів повідомлень, які передаються за допомогою технічних засобів (телекомунікації), а не тільки на прослуховування телефонних розмов.

У проекті КПК України № 1233 передбачені такі слідчі дії, як накладення арешту на кореспонденцію та застосування технічних засобів отримання інформації. Зараз застосування інших технічних засобів отримання інформації є оперативно-розшуковою дією, яка здійснюється у межах кримінального процесу. Відповідно до ст. 267 проекту, арешт на кореспонденцію і застосування технічних засобів отримання інформації може бути здійснено лише за наявності достатніх підстав вважати, що в кореспонденції підозрюваного чи обвинуваченого іншим особам або інших осіб підозрюваному чи обвинуваченому, а також у інформації, якою вони обмінюються між собою, містяться дані про вчинений злочин середньої тяжкості чи більш тяжкий або документи і предмети, що можуть бути доказами вчинення такого злочину, і якщо в інший спосіб отримати їх неможливо. Суддею визначається термін арешту на кореспонденцію чи застосування технічних засобів отримання інформації на строк до двох місяців. При закінченні встановленого строку може бути внесено нове подання. Що стосується встановлення визначеного строку арешту на кореспонденцію чи застосування технічних засобів отримання інформації, то із цим слід погодитися. Однак встановлення таких обмеження категорії злочинів накладення арешту на кореспонденцію та застосування технічних засобів отримання інформації навіть при

кореспонденцію (в аспекті Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Волохи проти України») / І. Гловюк // Актуальні проблеми європейської інтеграції: зб. статей з питань європейської інтеграції та права / За ред. Д. В. Ягунова. — Вип. 4. — О.: Фенікс, 2008. — С. 267 — 273.

тому, що вони закріплені у зарубіжному законодавстві, у національному кримінально-процесуальному законодавстві є зайвими. Суд має надавати дозвіл на накладення арешту та застосування технічних засобів отримання інформації, що є гарантією законності обмеження права людини на таємницю листування, телефонних переговорів, телеграфної та іншої кореспонденції, на повагу до таємниці листування. Обмеження цього права, відповідно до ст. 31 Конституції України, можливе за рішенням суду за умови, що при розслідуванні кримінальної справи іншими засобами отримати інформацію неможливо. За відсутності цієї умови отримати дозвіл на здійснення цих дій не є можливим. Крім того, незрозуміло, чому право на недоторканність житла має охоронятися менше, ніж право на таємницю листування, телефонних переговорів, телеграфної та іншої кореспонденції. Зрозуміло, що розробниками проекту використано зарубіжний досвід; але при перейманні зарубіжного досвіду необхідно враховувати як національні правові традиції, так і практику реалізації права та правозастосування, вимоги доцільності. Право людини на таємницю листування, телефонних переговорів, телеграфної та іншої кореспонденції достатньо охороняється тим, що його обмеження можливе за судовим дозволом за умови, що при розслідуванні кримінальної справи іншими засобами отримати інформацію неможливо при тому, що суддя обов'язково встановлює строк обмеження цього права. Все інше повинне встановлюватися при розслідуванні конкретного злочину з урахуванням конкретної процесуальної ситуації. Тим більше, що при розгляді подання необхідно буде довести судді, що іншими засобами отримати інформацію неможливо.

Особистий обшук та примусова виїмка в особи предметів та документів, за загальним правилом, повинні проводитися за рішенням суду. Однак необхідно встановити виключні випадки, коли його здійснення буде можливим за постановою слідчого з можливістю подальшого оскарження цієї слідчої дії. Це можуть бути такі випадки: при фізичному захопленні підозрюваного уповноваженими на те особами, якщо є достатні підстави вважати, що затриманий має при собі зброю або інші предмети, які становлять загрозу для оточуючих, чи намагається звільнитися від доказів, які викривають його чи інших осіб у вчиненні злочину; при затриманні підозрюваного; при взятті підозрюваного, обвинуваченого під варту; за наявності достатніх підстав вважати, що особа, яка знаходиться у приміщенні, де прово-

диться обшук чи примусова виїмка, приховує при собі предмети або документи, які мають значення для встановлення істини у справі або підлягають вилученню у відповідності до постанови про проведення виїмки чи обшуку.

У кримінальному судочинстві право на особисту недоторканість може бути обмежено також при освідуванні особи, яке, як уявляється, у примусовому порядку також повинне провадитися за рішенням суду. Однак необхідно встановити виключні випадки, коли його здійснення буде можливим за постановою слідчого з можливістю подальшого оскарження цієї слідчої дії.

Таким чином, суд (суддя) повинен надавати дозволи на: негласне проникнення до житла чи до іншого володіння особи; огляд житла чи іншого володіння особи, крім невідкладних випадків; обшук житла чи іншого володіння особи, крім невідкладних випадків; примусову виїмку з житла чи іншого володіння особи, крім невідкладних випадків; перевірку показань на місці у житлі чи іншому володінні особи; слідчий експеримент у житлі чи іншому володінні особи; проникнення до житла чи іншого володіння для накладення арешту на майно та його вилучення, крім невідкладних випадків; особистий обшук, крім невідкладних випадків; примусову виїмку в особи предметів та документів, крім невідкладних випадків; примусове освідування, крім невідкладних випадків; накладення арешту на кореспонденцію; застосування технічних засобів отримання інформації.

3. За діючим законодавством, судом (суддею) може бути застосовано такі заходи кримінально-процесуального примусу: взяття під варту та продовження строків тримання під вартою; поміщення неповнолітнього до приймального-розподільника; направлення обвинуваченого на стаціонарну експертизу; усунення захисника від участі у справі; накладення арешту на вклади обвинуваченого чи підозрюваного, осіб, які несуть за законом цивільно-правову відповідальність за його дії.

Взяття під варту є обмеженням природного права людини на свободу. Саме тому міжнародні стандарти з прав людини, Модельний КПК для держав-учасниць СНД²⁴⁶ передбачають необхідність участі суду у вирішенні питання про взяття особи під варту. Це може

²⁴⁶ Модельный уголовно-процессуальный кодекс для государств-участников СНГ: принят на седьмом пленарном заседании Межпарламентской ассамблеи государств-участников Содружества независимых государств 17 февраля 1996 года. — М., 1996. — 327 с.

бути здійснено у двох формах: шляхом припровадження особи до судді чи до іншої службової особи, якій належить за законом право здійснювати судову владу для вирішення питання про продовження тримання під вартою та шляхом оскарження особою свого затримання до суду²⁴⁷.

У рішенні *Brogan and Others v. the United Kingdom* ЄСПЛ зазначив, що судовий контроль за подібним втручанням виконавчої влади є важливим елементом гарантії, що міститься в частині 3 статті 5, яка має на меті звести до мінімуму загрозу свавілля. Судовий контроль впливає з принципу верховенства права — «одного з основних принципів демократичного суспільства... на який вказується у преамбулі Конвенції»²⁴⁸. Необхідність судової діяльності у цьому випадку викликана тим, що суд є безстороннім, неупередженим арбітром, який не виконує функцію обвинувачення чи захисту. Судовою доктриною ЄСПЛ сформульовано висновок, що надання прокуророві права на вирішення питання про тримання особи під вартою не відповідає п. 3 ст. 5 Конвенції. Основна проблема полягає в тому, що прокурор є стороною у провадженні, і не можна очікувати від особи, яка відіграє таку роль, безсторонності при виконанні судової функції в тій самій справі²⁴⁹. Це повністю відповідає і правовому статусу прокурора у кримінальному судочинстві України. Це визнав і ЄСПЛ, який у рішенні *Merit v. Ukraine* (п. 63) зазначив, що прокурори виконують слідчі функції та функції обвинувачення, а отже їхній статус у кримінальному провадженні має розглядатися як статус сторони у цьому провадженні²⁵⁰. Саме тому вимога Конституції та КПК України про необхідність рішення суду для обрання запобіжного заходу у вигляді

²⁴⁷ МакБрайд Джеремі Практика Європейського суду з прав людини з питань застосування положень Європейської конвенції з прав людини, які стосуються запобіжного ув'язнення / МакБрайд Джеремі // Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі. — 2003. — № 4. — С. 212-213, 216-217

²⁴⁸ Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Броган та інші проти Сполученого Королівства» від 28 жовтня 1988 року // Режим доступу до акту: <http://echr-base.ru/brogan.jsp>

²⁴⁹ МакБрайд Джеремі Практика Європейського суду з прав людини з питань застосування положень Європейської конвенції з прав людини, які стосуються запобіжного ув'язнення / МакБрайд Джеремі // Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі. — 2003. — № 4. — С. 214

²⁵⁰ Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Меріт проти України» від 30 березня 2004 року // Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі. — 2004. — № 2. — С. 113-136.

взяття під варту є обґрунтованою з позицій природного права людини на свободу, відповідає міжнародним стандартам із прав людини.

КПК України передбачає можливість продовження строку тримання під вартою у разі, якщо немає підстав для його зміни на інший запобіжний захід. Це, в принципі, відповідає ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Однак, як вказав ЄСПЛ, перше, про що мають дбати національні судові органи — щоб строк досудового тримання під вартою обвинуваченої особи не перевищував розумного часу. Із цією метою вони повинні вивчити всі факти «за» і «проти», щоб оцінити реальну необхідність ув'язнення підозрюваного, з урахуванням інтересів громадськості та керуючись принципом презумпції невинуватості²⁵¹. У судовій практиці ЄСПЛ сформульовано вимогу про періодичний перегляд наявності підстав для тримання під вартою, оскільки обставини можуть змінюватися, і тому підстави, які на початковому етапі розслідування виправдовували тримання особи під вартою, надалі вже не можуть бути невідворотними²⁵². Так, у справі *Tomasi v. France* ЄСПЛ зазначив, що доведення допустимої підозри, що заарештована людина вчинила злочин, є умова *sine qua non* законності тривалого тримання, але після певного періоду часу цього вже не досить; Суд має встановити, чи підстави, надані органами судової влади, достатні для подальшого позбавлення волі. За наявності «відповідних» та достатніх підстав суд має також упевнитися, що компетентні органи виявили «особливу ретельність» у веденні процедури²⁵³. В іншому своєму рішенні ЄСПЛ вказав, що кожне відхилення від принципу особистої недоторканності людини на користь її ув'язнення має бути докладно обґрунтоване у відповідних рішеннях стосовно клопотань заявника про звільнення²⁵⁴.

²⁵¹ Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Летельєр проти Франції» від 26 червня 1991 року // Практика Європейського Суду з прав людини. Рішення. Коментарі. — 2001. — № 2. — С. 157-176.

²⁵² МакБрайд Джеремі Практика Європейського суду з прав людини з питань застосування положень Європейської конвенції з прав людини, які стосуються запобіжного ув'язнення / МакБрайд Джеремі // Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі. — 2003. — № 4. — С. 230-231

²⁵³ Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Томасі проти Франції» від 27 серпня 1992 року // Режим доступу до акту: <http://echr-base.ru/tomasi.jsp>

²⁵⁴ Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Летельєр проти Франції» від 26 червня 1991 року // Практика Європейського Суду з прав людини. Рішення. Коментарі. — 2001. — № 2. — С. 157-176.

Однак, слід зазначити, що формулювання ст. 156 КПК України не відповідає правовим позиціям ЄСПЛ із тих міркувань, що, по-перше, встановлено занадто довгі строки, на які продовжується тримання під вартою, по-друге, не встановлено періодичність перегляду наявності підстав тримання під вартою; по-третє, не встановлено права обвинуваченого на ініціацію судового перегляду наявності підстав подальшого тримання під вартою. Це має бути враховано при розробці нового КПК України, на що вже вказувалося у наукових дослідженнях²⁵⁵.

Обмеженням права на свободу людини є й поміщення неповнолітнього до приймальника-розподільника. Стаття 16 Модельного КПК для держав-учасниць СНД передбачає, що примусове поміщення особи у виховну установу допускається лише за рішенням суду. Відповідно до ст. 7³ КПК України, особу, яка вчинила у віці від одинадцяти до чотирнадцяти років суспільно небезпечне діяння, що підпадає під ознаки діяння, за яке Кримінальним кодексом України передбачене покарання у виді позбавлення волі понад п'ять років за вмотивованим рішенням суду може бути поміщено у приймальник-розподільник для дітей на строк до 30 діб. Тобто до неповнолітнього, який досяг 14 років, але не досяг віку кримінальної відповідальності, цей захід процесуального примусу застосований бути не може, навіть за нагальної необхідності його ізолювати. Тому слід сприйняти пропозицію, висловлену в літературі, щодо внесення змін до ст. 7³ КПК в частині віку осіб, за якого можливо поміщення до приймальника-розподільника²⁵⁶, і передбачити, що можливо поміщення особи до приймальника-розподільника до досягнення нею 16 років.

У літературі пропонується у перспективному законодавстві продовжити строк поміщення у приймальник-розподільник для дітей до двох місяців²⁵⁷. Ця пропозиція є обґрунтованою. Строк досудового

²⁵⁵ Чорнобук В. І. Законність та обґрунтованість процесуальних рішень судді в порядку судового контролю в досудових стадіях кримінального процесу: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / В. І. Чорнобук. — О., 2007. — С. 9.

²⁵⁶ Карпенко М. О. Особливості провадження в справах про злочини неповнолітніх: дис. ... кандидата юрид. наук: 12.00.09 / Карпенко Михайло Олегович. — Х, 2004. — С. 93

²⁵⁷ Голубов А. Є. Процесуальне становище в кримінальному судочинстві України неповнолітнього, який скоїв злочин або суспільно небезпечне діяння: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / А. Є. Голубов. — Х., 2005 — 20 с. // Режим доступу до автореферату: <http://www.nbuv.gov.ua/ard/2005/05gaesnd/zip>

слідства суспільно-небезпечного діяння, вчиненого особою, яка не досягла віку кримінальної відповідальності, є загальним. Поміщення до приймальника-розподільника необхідно для забезпечення участі неповнолітнього у процесі протягом строку досудового розслідування. Інших ізоляційних заходів для забезпечення його участі у кримінальному судочинстві немає. Тому для забезпечення належної поведінки неповнолітнього КПК має бути передбачена можливість поміщення його у приймальник-розподільник на 2 місяці — тобто на загальний строк досудового слідства. При цьому, як уявляється, строк поміщення у приймальник-розподільник не може бути продовжений, оскільки його продовження на довший строк може призвести до втрати неповнолітнім необхідного психологічного зв'язку із його мікросередовищем, втрати подальшої можливості виховного впливу на неповнолітнього з боку його батьків або осіб, які їх замінюють.

21 червня 2001 р. до ст. 205 КПК України було внесено зміни, відповідно до яких направлення обвинуваченого на стаціонарну експертизу було віднесено до компетенції суду (що пропонувалося в юридичній літературі і раніше²⁵⁸). Це передбачено й Модельним КПК для держав-учасниць СНД. Слід зазначити, що поміщення обвинуваченого у медичний заклад для проведення експертизи обмежує його конституційне право на свободу, і його можна навіть порівняти із таким запобіжним заходом, як взяття під варту. Однак, як вірно зазначається у літературі, особливність направлення обвинуваченого на стаціонарну експертизу полягає перш за все у тому, що позбавлення волі на цей період здійснюється стосовно особи, яка не може усвідомлювати свої дії та керувати ними²⁵⁹, тобто ця особа є більш вразливою, порівняно з іншими. Саме тому обґрунтованим є віднесення питання про застосування цього заходу процесуального при-

²⁵⁸ Кашепов В.П. Институт судебной защиты прав и свобод граждан и средства ее реализации / В.П. Кашепов // Государство и право. — 1998. — № 2. — С. 71; Петрухин И. Л. Судебная власть и расследование преступлений / И.Л. Петрухин // Государство и право. — 1993. — № 7. — С. 86; Туманянц А.Р. Судовий контроль за законністю і обґрунтованістю процесуальних рішень органів досудового слідства: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / А.Р. Туманянц. — Х., 1998. — С. 4

²⁵⁹ Черечукина Л.В. Судебный контроль за досудебным производством / Черечукина Л.В. — Луганск: Редакционно-издательский отдел ЛИВД МВД Украины, 1998. — 124 с. — С. 52

мусу саме до компетенції суду²⁶⁰. При цьому недоліком ст. 205 КПК України є те, що в ній не вказаний строк, на який обвинувачений може бути направлений на стаціонарну експертизу. У літературі запропоновані відповідні зміни до КПК в частині встановлення строку не більше одного місяця²⁶¹; стосовно психіатричної лікарні — не більше шести тижнів²⁶². Слід внести доповнення до КПК в частині встановлення строку, на який обвинувачений може бути направлений на стаціонарну експертизу, в один місяць, і передбачити право слідчого, прокурора звернутися із поданням про його продовження, але не більше, ніж на шість тижнів, у разі складності дослідження, за наявності відповідного клопотання експерта (експертів).

Усунення захисника від участі у справі є заходом процесуального примусу, спрямованим на забезпечення несуміщення процесуальних функцій та на забезпечення належного порядку при провадженні дізнання та досудового слідства (хоча в літературі до переліку заходів процесуального примусу усунення захисника від участі у справі, як правило, не належить²⁶³, хоча існує і позиція щодо примусової природи цього заходу²⁶⁴). Ця новела КПК була по-різному оцінена у літературі: як недопустиме втручання посадових осіб у стосунки між адвокатом і громадянином, які існують у зв'язку з укладеним

²⁶⁰ Це підтримується і у останніх наукових дослідженнях: Курдюков В. В. Теоретичні засади та критерії обов'язкового призначення судових експертиз в кримінальному процесі України: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / В. В. Курдюков. — К., 2009. — С. 11-12

²⁶¹ Рожнова В. В. Застосування заходів процесуального примусу, пов'язаних з ізоляцією особи: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / В. В. Рожнова. — К., 2003. — С. 12

²⁶² Молдован А. В. Забезпечення обвинуваченому права на захист у кримінальному процесі Федеративної Республіки Німеччина та України (порівняльно-правове дослідження): автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / А. В. Молдован. — К., 2003. — С. 8

²⁶³ Рожнова В. В. Застосування заходів процесуального примусу, пов'язаних з ізоляцією особи: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / В. В. Рожнова. — К., 2003. — С. 9

²⁶⁴ Благодир А. Класифікація заходів кримінально-процесуального примусу // Підприємництво, господарство і право. — 2008. — №12. — С. 180; Крикунов О. В. Усунення захисника від участі у кримінальній справі / О. В. Крикунов // Часопис Академії адвокатури України. — 2008. — № 1. — Режим доступу: <http://www.aau.edu.ua/e-journal/2008-1/08kovuks.pdf>.

договором на надання правової допомоги²⁶⁵; вказано на абсурдність підстави усунення (перешкоджання встановленню істини у справі), коли ще сам дізнавач чи слідчий її не встановили, оскільки ще розслідують справу²⁶⁶; хоча і був зроблений висновок, що добре, що розв'язання цього питання віднесено до компетенції судді, а не слідчого й прокурора²⁶⁷. А. В. Арбатський вірно звернув увагу на те, що новий закон дозволяє усунути захисника у справі у тих випадках, коли він заявляє справедливий клопотання, за допомогою яких він здійснює свої обов'язки із захисту інтересів свого підзахисного, які органами розслідування можуть сприйматися як такі, що затягують слідство²⁶⁸.

Усунення конкретного захисника від участі у справі є обмеженням права обвинуваченого на захист, оскільки особа позбавляється, як правило, обраного нею захисника, на професійну допомогу якого вона розраховує, а для заміни захисника потрібен час, потрібен час і на встановлення із ним робочого психологічного контакту. У законодавстві іноземних держав також передбачено можливість відсторонення захисника від участі у справі²⁶⁹.

КПК України до компетенції судді з усунення захисника від участі у справі у стадії досудового розслідування віднесено тільки дві підстави, за яких особа не може бути захисником: якщо особа є свідком і в зв'язку з цим допитувалась або підлягає допиту, або якщо особа, зловживаючи своїми правами, перешкоджає встановленню істини в справі, затягує розслідування чи судовий розгляд справи. На нашу думку, це є обґрунтованим. Інші підстави, за яких особа не може бути захисником, точно сформульовані у КПК і не допускають подвійного тлумачення та не допускають розсуду при вирішенні питання про наявність цих підстав. Хоча у літерату-

²⁶⁵ Варфоломеева Т. Процесуальні, криміналістичні та етичні аспекти захисту / Т. В. Варфоломеева // Вісник Академії правових наук України. — 2002. — № 3. — С. 144

²⁶⁶ Попелюшко В. О. Мала судова реформа та захист прав громадян / Попелюшко В. О. — К.: Кондор, 2006. — С. 124

²⁶⁷ Зейкан Я. П. Захист у кримінальній справі / Зейкан Я. П. — К.: Вища шк., 2002. — С. 7 Крикунов О. В. Усунення захисника від участі у кримінальній справі / О. В. Крикунов // Часопис Академії адвокатури України. — 2008. — № 1. — Режим доступу: <http://www.aau.edu.ua/e-journal/2008-1/08kovuks.pdf>.

²⁶⁸ Арбатский А. В. Ожидали — веселились, прочитали — прослезались / А. В. Арбатский // Юридическая практика. — 2001. — №33 (191).

²⁶⁹ Гуценко К. Ф. Уголовный процесс западных государств / Гуценко К.Ф., Головкин Л.В., Филимонов Б. А. — М., 2001. — С. 100-101, 396-397

рі зверталася увага на те, що ані порушення кримінальної справи, ані притягнення особи як обвинуваченого не можуть бути підставою для усунення захисника від участі у справі, вказані процесуальні рішення містять лише попередні висновки слідчого чи прокурора. Відповідну підставу для усунення захисника слід виключити з КПК України як неконституційну²⁷⁰.

Що стосується підстав, передбачених п. 2 ч. 1 або ч. 4 ст. 61 КПК України, то про них цього сказати не можна²⁷¹. Саме тому, якщо особу допущено до участі у справі як захисника, питання про те, чи дійсно вона є свідком і підлягає допиту як свідок, має вирішувати суд.

Частина 4 ст. 61¹ КПК України сформульована за допомогою оцінних термінологічних конструкцій, що «значно знижує її інформаційне і ціннісно-орієнтуюче значення, припускає можливість необмеженого розсуду в процесі правозастосування, що може призвести до свавілля з боку правозастосовувачів, наділених владними повноваженнями, порушення принципу законності²⁷²». Справа у тому, що категорія зловживання правом недостатньо досліджена і у межах загальної теорії права, і у межах кримінального процесу, недивлячись на наявні наукові дослідження з цієї проблематики²⁷³.

У літературі запропоновані дії, вчинення яких можна віднести до зловживання правом: дії захисника, спрямовані на те, щоб схи-

²⁷⁰ Крикунов О. В. Усунення захисника від участі у кримінальній справі / О. В. Крикунов // Часопис Академії адвокатури України. — 2008. — № 1. — Режим доступу: <http://www.aau.edu.ua/e-journal/2008-1/08kovuks.pdf>.

²⁷¹ Детальніше див. Шелепа А. П. Помста / А. П. Шелепа // Адвокат. — 2006. — № 7. — С. 32-39.

²⁷² Капліна О. Проблеми забезпечення адекватності тлумачення частини 4 статті 61 Кримінально-процесуального кодексу України про усунення захисника від участі у справі / О. Капліна // Юридична Україна. — 2005. — № 8. — С. 59

²⁷³ Иванюк И. Д. Злоупотребление процессуальными правами со стороны защитника в уголовно-процессуальном праве Украины / И. Д. Иванюк // Материалы докладов XV Международной конференции студентов, аспирантов и молодых ученых «Ломоносов» / Отв. ред. И. А. Алешковский, П. Н. Костылев, А. И. Андреев. [Электронный ресурс] — М.: Издательство МГУ; СП МЫСЛЬ, 2008. — 1 электрон. опт. диск (CD-ROM); 12 см. [Адрес ресурса в сети интернет: <http://www.lomonosov-msu.ru/2008/>.] Капліна О. Проблеми забезпечення адекватності тлумачення частини 4 статті 61 Кримінально-процесуального кодексу України про усунення захисника від участі у справі / О. Капліна // Юридична Україна. — 2005. — № 8. — С. 59-63. Хабло О. Ю. Зловживання у сфері кримінального процесу: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / О. Ю. Хабло. — Київ, 2008. — 20 с.

лити свідка, потерпілого, підозрюваного, обвинуваченого до відмови від дачі або надання неправдивих показань (вчинені як з власної ініціативи, так і на прохання підзахисного), а так само спрямовані на схилення експерта до відмови від дачі висновку і дачі неправдивого висновку; фальсифікація доказів, тобто умисне представлення неправдивих доказів, неправдивих документів з метою перешкодити встановленню істини; неодноразове грубе порушення порядку в залі судового засідання, невиконання розпоряджень головуєчого; неодноразове нез'явлення за викликом слідчого для участі у провадженні слідчих та інших процесуальних дій без поважної причини; умисне порушення захисником режиму місця ув'язнення; протиправне втручання в хід проведення слідчих дій з участю підзахисного, яке порушує порядок його провадження, а також процесуальну самостійність слідчого; розголошення даних досудового слідства або дізнання, адвокатської таємниці; умисне вчинення інших дій, що порушують вимоги КПК, Закону «Про адвокатуру», інших законодавчих актів, які регулюють процесуальне положення захисника в кримінальному судочинстві²⁷⁴; вплив захисника на спеціаліста з метою схилити до несумлінного виконання своїх обов'язків або до відмови від виконання таких; схилення обвинуваченого до відмови від визнання вини; схилення обвинуваченого до зміни правдивих показань на недостовірні відносно співучасників злочину; використання інформації, що стала відома, в результаті участі в слідчій дії або в процесі ознайомлення з відповідними матеріалами справи, для створення тиску на учасників процесу, їх родичів, членів сім'ї, а також надання такої інформації іншим особам з тією ж метою; ухилення від явки для участі в процесуальних (в т. ч. — слідчих) діях; нез'явлення для участі у провадженні процесуальних дій, в яких участь захисника обов'язкова; затягуванні строку ознайомлення з матеріалами справи²⁷⁵.

Саме тому поведінку захисника та відповідність її вимогам КПК можуть по-різному оцінити слідчий, прокурор та захисник, оскільки вони є «процесуальними противниками», що зумовлено характером виконуваних ними функцій. Так, наприклад, у поданні слідчого про

²⁷⁴ Капліна О. Проблеми забезпечення адекватності тлумачення частини 4 статті 61 Кримінально-процесуального кодексу України про усунення захисника від участі у справі / О. Капліна // Юридична Україна. — 2005. — № 8. — С. 62-63

²⁷⁵ Уголовно-процессуальный кодекс Украины: Научно-практический комментарий / [Аленин Ю. П., Аракелян М. Р., Гидулянова Е. Н., Гловюк И. В. и др.]; под общ. ред. В. Т. Маляренко, Ю. П. Аленина. — [3-е изд.]. — Х.: Одиссей, 2007. — С. 220-221

усунення захисника від участі у справі зазначалося, що незважаючи на те, що адвокату відомо місцеперебування обвинуваченої, її адреса, номер телефону, протягом 12 днів ці відомості приховуються від слідства і суду; вона неодноразово порушує вимоги ч. 6 ст. 48 КПК України²⁷⁶. Суддя ж у своїй постанові відмовив у задоволенні подання, зазначивши, що відсутні дані, що адвокат зловживає своїми правами захисника, перешкоджає встановленню істини у справі і затягує розслідування чи судовий розгляд справи. Так, слідством не подано доказів того, що з вини адвоката зірвано проведення будь-яких слідчих дій з обвинуваченою, не подано відомостей про те, які слідчі дії планувалося провести, і що обвинувачений сповіщалося про це, однак вона не з'являлася. Крім того, покладання обов'язку щодо забезпечення явки обвинуваченого на адвоката законом не передбачено²⁷⁷. Таким чином, КПК обґрунтовано встановлено випадки, за яких вирішувати питання про усунення захисника від участі у справі має суддя.

Окремими процесуальними діями та рішеннями може бути порушено право фізичної та юридичної особи на вільне володіння, користування та розпорядження своїм майном. Це можливо, за діючим КПК, у разі накладення арешту на майно та вилучення майна, на яке накладено арешт. При цьому накладення арешту на вклади обвинуваченого чи підозрюваного, осіб, які несуть за законом цивільно-правову відповідальність за його дії здійснюється виключно за рішенням суду. У проекті КПК № 1233 диференційовано порядок накладення арешту у залежності від місцезнаходження майна, а саме, за загальним правилом, накладення арешту на майно підозрюваного, обвинуваченого, підсудного або осіб, які несуть за законом майнову відповідальність за його дії чи дії неосудного, проводиться за вмотивованою постановою особи, яка здійснює дізнання, слідчого, за винятком тих випадків, коли майно, на яке накладається арешт, знаходиться у житлі чи іншому володінні особи. Накладення арешту на майно підозрюваного, обвинуваченого, яке знаходиться у житлі чи іншому володінні особи, проводиться лише за вмотивованою постановою слідчого судді. Арешт на майно або кошти банку, що знаходяться на його рахунках, арешт на кошти та інші цінності юридичних або фізичних осіб, що знаходяться в банку, а також звільнення

²⁷⁶ Подання про відсторонення захисника від участі у справі // Адвокат. — 2003. — № 3. — С. 43.

²⁷⁷ Постанова // Адвокат. — 2003. — № 3. — С. 44.

такого майна з-під арешту здійснюються виключно за рішенням суду. Тобто проект КПК виділяє двох суб'єктів здійснення повноваження щодо накладення арешту на майно — слідчого суддю та суд. Слід зазначити, що ст. 18 Модельного КПК для держав-учасниць СНД передбачено, що накладення арешту на вклади осіб у банках та інше майно може здійснюватися лише за рішенням суду, крім виключних випадків. Право власності є конституційним правом фізичної особи та одним з основних прав юридичної особи. Незаконний та необґрунтований арешт майна та коштів не тільки підозрюваного й обвинуваченого, але й інших учасників кримінального процесу може завдати їм значної шкоди. Особливо це стосується юридичних осіб, на майно й кошти яких накладаються арешти при тому, що вони не є учасниками у конкретній кримінальній справі, чим унеможлиблюється їх господарська діяльність. Тому у проекті КПК України слід передбачити, що накладення арешту на майно, кошти, рахунки, вклади обвинуваченого чи підозрюваного або осіб, які несуть цивільно-правову відповідальність за його дії у кримінальному судочинстві здійснюється за постановою судді, яка підлягає негайному виконанню, однак може бути оскаржена в апеляційному порядку. При цьому вилучення майна, на яке накладено арешт, може бути здійснене за постановою дізнавача, слідчого, прокурора. У новому КПК України слід використати норму ч. 2 ст. 322 Модельного КПК для держав-учасниць СНД, яка встановлює, що накладення арешту на майно може бути здійснено без рішення суду за постановою дізнавача, слідчого, прокурора у невідкладних випадках, коли існує реальна небезпека втрати, зіпсування, відчуження цього майна. Ці ж правила слід поширити і на вилучення майна, на яке накладено арешт. Однак автоматичний судовий контроль цієї дії є недоцільним, і тому особа, на майно якої накладено арешт, повинна мати можливість оскарження постанови дізнавача, слідчого, прокурора до суду в порядку окремого провадження.

Таким чином, судом (суддею) повинні застосовуватися такі заходи кримінально-процесуального примусу: взяття під варту; продовження строків тримання під вартою; поміщення малолітнього у приймальник-розподільник для дітей; поміщення обвинуваченого до медичної установи для проведення судово-медичної або судово-психіатричної експертизи; усунення захисника; накладення арешту на майно, кошти, вклади та рахунки, крім невідкладних випадків; привід, пов'язаний із проникненням до житла чи іншого володіння особи.

4. Суддя повинен розглядати та вирішувати скарги на дії (бездіяльність), рішення органів дізнання, дізнавача, слідчого, начальника слідчого відділу, прокурора та деяких інших посадових (службових) осіб. Порушення прав та законних інтересів фізичних та юридичних осіб може здійснюватися як внаслідок діяльності суб'єктів, які ведуть кримінальний процес, так і їх бездіяльністю, внаслідок якої не забезпечується ефективне розслідування справи, не забезпечуються права та законні інтереси учасників кримінального процесу. Таким чином, бездіяльність суб'єктів, які ведуть кримінальний процес, також зашкоджує правам та законним інтересам. У доктрині визнається можливість оскарження бездіяльності органів дізнання, слідчого, прокурора²⁷⁸, незважаючи на те, що у діючому кримінально-процесуальному законодавстві такої можливості не передбачено. Оскарження бездіяльності суб'єктів, які ведуть кримінальний процес, можливе на підставі ст. 55 Конституції України у кримінально-процесуальному порядку із застосуванням аналогії кримінально-процесуального закону²⁷⁹.

Окремим суб'єктом, у результаті діяльності або бездіяльності якого можуть бути порушені або обмежені найважливіші права фізичних та юридичних осіб, які є суб'єктами кримінального процесу, можна вважати особу, яка провадить дізнання (дізнавача). КПК України не передбачає можливість оскарження рішень, дій чи бездіяльності особи, яка провадить дізнання (дізнавача), ст. 110 КПК України передбачає можливість оскарження дій та постанов органу дізнання, яким є керівник державного органу, установи, передбачених у ст. 101 КПК України або сам орган, установа в особі керівника. Водночас таке оскарження є можливим на підставі ст. 55 Конституції України. Це можна пояснити тим, що КПК України взагалі не передбачає такої можливості, але це суперечить ст. 55 Конституції України. Відповідно до ч. 3 ст. 8 Конституції України, норми Конституції України є нормами прямої дії. Конституційні права та свободи людини не можуть бути обмежені. Неможливість тако-

²⁷⁸ Маляренко В. Т. Про оскарження дій (бездіяльності) та процесуальних рішень органів дізнання, слідчого і прокурора / В. Т. Маляренко // Вісник Верховного Суду України. — 2001. — № 6. — С. 53

²⁷⁹ Білоусов Ю. В. Судова юрисдикція у справах, що впливають із оскарження дій та рішень органів дізнання та досудового слідства / Ю. В. Білоусов // Університетські наукові записки. Вісник Хмельницького університету управління та права. — 2005. — № 1-2. — С. 101

го оскарження унеможливилює доступ особи до правосуддя, що є неприйнятним. Таким чином, суд на підставі норм Конституції України та пп. 2 п. 2 Постанови Пленуму Верховного суду України «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» від 1 листопада 1996 р.²⁸⁰ зобов'язаний прийняти та розглянути таку скаргу. Однак він повинен прийняти та розглянути скаргу на рішення, дії чи бездіяльність особи, яка провадить дізнання (дізнавача) у порядку, передбаченому КПК України, тобто тільки у кримінально-процесуальному порядку, використовуючи аналогію закону. Норми Конституції України у такому випадку застосовуються лише тому, що КПК України взагалі не передбачає можливість оскарження рішень, дій чи бездіяльності особи, яка провадить дізнання (дізнавача). У проекті КПК України № 1233 передбачено право на оскарження рішень, дій та бездіяльності окремо начальника органу дізнання та особи, яка здійснює дізнання. У даний час КПК України не виділяє окремо такого суб'єкта оскарження, як начальник органу дізнання, оскільки за діючим кримінально-процесуальним законодавством орган дізнання — це керівник державного органу, установи або сам орган, установа в особі керівника.

Начальник слідчого відділу є посадовою особою, яка здійснює контроль за своєчасністю дій слідчих по розкриттю злочинів і запобіганню їм, вживає заходів до найбільш повного, всебічного і об'єктивного провадження досудового слідства у кримінальних справах. Він є процесуальним керівником на досудовому слідстві і тому може впливати на якість розслідування конкретної кримінальної справи, вживати заходів щодо найбільш повного, всебічного й об'єктивного провадження досудового слідства у кримінальних справах, що може вплинути на права та законні інтереси учасників кримінального процесу. Незважаючи на те, що діюче кримінально-процесуальне законодавство не передбачає можливості оскарження його дій фізичними та юридичними особами, які є суб'єктами кримінального процесу, це є можливим відповідно до ст. 55 Конституції України у кримінально-процесуальному порядку, що аргументується тими ж аргументами, що й оскарження рішень, дій чи бездіяльності особи, яка провадить дізнання (дізнавача).

²⁸⁰ Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» від 1 листопада 1996 р. // Збірник Постанов Пленуму Верховного Суду України у кримінальних справах. — Х.: Одиссей, 2003. — С. 386-393.

Окремим суб'єктом оскарження має бути начальник місця досудового ув'язнення. Це пов'язано із тими випадками, коли начальник місця досудового ув'язнення не звільняє особу після закінчення строку затримання або тримання під вартою. Відповідно до ч. 11 ст. 106 КПК України, якщо у встановлений законом строк затримання постановою судді про застосування до затриманої особи запобіжного заходу у вигляді взяття під варту або постановою про звільнення затриманого не надійшла до установи для досудового ув'язнення, начальник місця досудового ув'язнення звільняє цю особу, про що складає протокол і направляє повідомлення про це посадовій особі чи органу, який здійснював затримання. Частина 11 ст. 156 КПК України передбачає, що начальник місця досудового ув'язнення зобов'язаний негайно звільнити з-під варти обвинуваченого, щодо якого постановою судді про продовження строку тримання під вартою на день закінчення строків тримання під вартою, передбачених частинами першою, другою і шостою цієї статті, не надійшла. Таким чином, у цих двох випадках обов'язок звільнення особи покладено саме на начальника місця попереднього (досудового) ув'язнення, і саме він несе відповідальність за незаконне позбавлення волі у разі утримання особи під вартою більше за встановлені строки. Оскарження його дій у цьому випадку має бути здійснено саме у кримінально-процесуальному порядку, оскільки ті правовідносини, що виникають між ним та особою, яка утримується під вартою, є кримінально-процесуальними, і обов'язок звільнення особи є кримінально-процесуальним, оскільки прямо передбачений КПК України. Через те, що діючий КПК взагалі не передбачає порядку оскарження незвільнення особи, заінтересовані особи пред'являють позови в порядку адміністративного судочинства про визнання незаконними дій прокуратури та слідчого ізолятора. Так, наприклад, задовольняючи такий позов, суд зобов'язав прокуратуру вирішити питання про перебування особи під вартою у встановленому законом порядку протягом п'яти днів після набрання рішенням законної сили²⁸¹. Однак розгляд таких скарг у порядку адміністративного судочинства не є правильним, і це здійснюється через те, що відповідний порядок не встановлений у КПК.

Адміністрація місця попереднього ув'язнення також має бути суб'єктом оскарження у порядку невідкладного судового контролю.

²⁸¹ Ухвала судової колегії в цивільних справах Верховного Суду України від 14 червня 2000 року (витяг) // Вісник Верховного Суду України. — 2000. — № 4. — С. 4-5.

Відповідно до ст. 12 Закону України «Про попереднє ув'язнення»²⁸², особа, взята під варту, має право на побачення з захисником наодинці, без обмеження кількості побачень та їх тривалості, з моменту допуску захисника до участі у справі, підтвердженого письмовим повідомленням особи або органу, в провадженні яких знаходиться справа, у вільний від виконання слідчих дій час. Суб'єктом позитивного обов'язку надання побачень із захисником наодинці, без обмеження кількості та тривалості, з моменту допуску захисника до участі у справі є, відповідно до Закону України «Про попереднє ув'язнення», саме адміністрація місця попереднього ув'язнення. Оскарження таких дій адміністрації має здійснюватися саме у кримінально-процесуальному порядку, оскільки відносини із надання побачень із захисником є кримінально-процесуальними, а ненадання побачень, обмеження їх кількості, тривалості та конфіденційності є обмеженням права обвинуваченого на захист від пред'явленого йому обвинувачення у вчиненні злочину. Однак у даний час у зв'язку з відсутністю чітко урегульованого порядку кримінально-процесуального оскарження таких дій оскарження таких дій адміністрації здійснюється у порядку судово-адміністративного провадження. Так, адвокатом П. О. Дубровіним було подано скаргу у порядку ст. 55 Конституції України до Малиновського районного суду м. Одеси про визнання дій Одеського слідчого ізолятора № 21 Державного департаменту України з питань виконання покарань, виражених у необґрунтованій відмові його посадовими особами від надання заявникові 12 червня 2003 року побачення із підзахисним. Рішенням суду від 25 червня 2003 р. позов задоволено, дії посадових осіб адміністрації Одеського слідчого ізолятора № 21 УДДУ ПВП в Одеській області, що відмовили у наданні 12 і 23 червня 2003 р. побачення адвокату Дубровіну Павлові Олександровичу з підзахисним визнано неправомірними²⁸³.

5. Відповідно до концепції обмеженої судової діяльності у досудовому провадженні, слід виділити те коло дій, бездіяльності та рішень, скарги на які можуть бути розглянуті у порядку окремого провадження.

Стаття 331 Модельного КПК для держав-учасниць СНД критерієм оскарження рішень і дій органів дізнання, слідчого, прокурора,

²⁸² Закон України «Про попереднє ув'язнення» від 30 червня 1993 р. (із змін. та доп.) // Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 35. — ст. 360.

²⁸³ Скарга у порядку ст. 55 Конституції України // Адвокат. — 2003. — № 5. — С. 35-36.

органів, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність визначає порушення прав та законних інтересів учасників кримінального судочинства та інших осіб²⁸⁴. Стаття 125 КПК РФ передбачає можливість оскарження у досудовому провадженні не всіх рішень, дій (бездіяльності), а лише тих, які можуть завдати шкоди конституційним правам та свободам учасників кримінального судочинства або утруднити доступ громадян до правосуддя. При цьому, на відміну від Модельного КПК для держав-учасниць СНД, не обов'язковим є те, щоб шкоди було завдано — достатньо можливості її завдання. Пленум Верховного Суду РФ зазначив, що до рішень та дій (бездіяльності), які можуть завдати шкоди конституційним правам та свободам учасників кримінального судочинства, слід відносити, наприклад, постанову дізнавача, слідчого і керівника слідчого органу про порушення кримінальної справи щодо конкретної особи, про здійснення виплат чи поверненні майна реабілітованому, про відмову у призначенні захисника, в допуску законного представника, про обрання і застосування до підозрюваного, обвинуваченого заходів процесуального примусу, за виключенням застави, домашнього арешту та взяття під варту, які застосовуються за рішенням суду. До таких, що утруднюють доступ громадян до правосуддя, слід віднести такі дії (бездіяльність) або рішення посадових осіб, що обмежують право громадян на участь у досудовому провадженні у кримінальній справі, які створюють громадянину перешкоди для подальшого звернення за судовим захистом порушеного права. До них відносяться, наприклад, відмова у визнанні особи потерпілим, відмова у прийнятті повідомлення про злочин або бездіяльність при перевірці цих повідомлень, постанова про зупинення попереднього слідства та інші²⁸⁵.

У літературі немає єдності з проблеми визначення кола дій, бездіяльності та рішень, скарги на які можуть бути розглянуті у порядку окремого провадження. Одними авторами визначаються конкретні дії, бездіяльність, рішення²⁸⁶; іншими — певні критерії, за якими слід

²⁸⁴ Детальніше див.: Гловюк И. Международное модельное регулирование функции судебного контроля в досудебном уголовно-процессуальном производстве / И. Гловюк // Мировой судья. — 2009. — №11. — С. 18-22.

²⁸⁵ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации №1 «О практике рассмотрения судами жалоб в порядке статьи 125 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» от 10 февраля 2009 года (п. 2) // Бюллетень Верховного суда Российской Федерации. — 2009. — №4. — С. 2-6

²⁸⁶ Артамонов А. Н. Обжалование действий и решений органов расследования в досудебных стадиях российского уголовного процесса: автореф. дис. на соискание

визначати можливість розгляду скарги в порядку окремого провадження²⁸⁷; деякі вчені комбінують критерій із переліком рішень²⁸⁸.

Як вказувалося вище, доцільно допустити невідкладний судовий контроль порушення тільки тих прав, які не охороняються при здійсненні інших функцій суду у досудовому провадженні: право на свободу та особисту недоторканність (при процесуальному затриманні особи, незвільненні її після закінчення строку затримання чи тримання під вартою), право на безпеку (при відмові у застосуванні або скасуванні заходів безпеки), право на захист (при відмові у допуску захисника, ненаданні або обмеженні зустрічей із захисником), право на доступ до правосуддя.

Визначивши права, необхідно визначити, який правовий засіб або які правові засоби доцільно використовувати при визначенні кола дій, рішень та бездіяльності, які підлягають оскарженню у порядку окремого провадження. І критерій як засіб визначення кола дій, рішень та бездіяльності, які підлягають оскарженню у порядку окремого провадження, і встановлення переліку рішень, дій та бездіяльності, що підлягають оскарженню, і встановлення переліку рішень, дій та бездіяльності, що не підлягають оскарженню мають свої переваги та недоліки.

Як уявляється, при концептуальному визначенні тих прав, скарги на порушення яких мають підлягати невідкладному судовому контролю, можливе визначення закритого переліку тих дій, бездіяльності та рішень, які підлягають невідкладному судовому контролю.

ученой степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Уголовный процесс, криминалистика и судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность» / А. Н. Артамонов. — Омск, 2003. — С. 3; Багаутдинов Ф. Н. О содержании судебного контроля на предварительном следствии / Ф. Н. Багаутдинов // Журнал российского права. — 2002. — № 12. — С. 52

²⁸⁷ Оскарження дій органів досудового слідства // Юридичний вісник України. — 2002. — 23-29 березня. — С. 7; Трунова Л. К. Институт обжалования действий и решений суда и должностных лиц, осуществляющих уголовное судопроизводство / Л. К. Трунова // Современное право. — 2004. — № 4. — С. 31; Фоков А. Судебный контроль в проекте УПК РФ / А. Фоков // Российская юстиция. — 2000. — № 9. — С. 44; Шило О. Проблеми реалізації права на судовий захист у ході досудового провадження по кримінальній справі / О. Шило // Вісник Академії правових наук України. — 2005. — № 1. — С. 165-166

²⁸⁸ Никифоров Е. Н. Пределы судебного обжалования решений и действий (бездействия) дознавателя, следователя и прокурора в ходе досудебного производства / Е. Н. Никифоров // Российский судья. — 2005. — № 5. — С. 23-24; Судебная власть / [Под ред. И. Л. Петрухина]. — М.: Проспект, 2003. — С. 177-179

При цьому концептуальне визначення тих прав, скарги на порушення яких мають підлягати невідкладному судовому контролю може бути здійснено тільки на підставі певних критеріїв, які закріплені у судовій практиці²⁸⁹ та запропоновані у доктрині²⁹⁰.

Таким чином, критеріями встановлення невідкладного судового контролю у КПК України мають бути: порушення найважливіших прав фізичних та юридичних осіб, дозвіл на обмеження яких не дається судом, а також тих прав, які не обмежуються при застосуванні судом заходів процесуального примусу; завдання такої шкоди цим правам, що їх ефективно поновлення на подальших стадіях кримінального процесу буде неможливим або надзвичайно утрудненим; перевірка законності та обґрунтованості дій (бездіяльності), рішень суб'єктів, які ведуть кримінальний процес, не повинна мати прямого зв'язку із тими питаннями, які вирішуються при розгляді справи по суті та постановленні акту правосуддя.

Незважаючи на визнання у юридичній літературі того, що скарги на порушення права на доступ до правосуддя повинні розглядатися в порядку окремого провадження, серед дослідників немає одностайності у визначенні змісту кримінально-процесуальної діяльності

²⁸⁹ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 23 марта 1999 г. по делу о проверке конституционности положений статьи 133, части первой статьи 218 и статьи 220 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобами граждан В. К. Борисова, Б. А. Кехмана, В. И. Монастырецкого, Д. И. Фуфлыгина и Общества с ограниченной ответственностью «Моноком» // Возможности защиты в рамках нового УПК России. — М.: ЛексЭст, 2004. — С. 185-194; Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини третьої статті 120, частини шостої статті 234, частини третьої статті 236 Кримінально-процесуального кодексу України (справа про розгляд судом окремих постанов слідчого і прокурора) від 30 січня 2003 року // Вісник Конституційного Суду України. — 2003. — № 1. — С. 24-30.

²⁹⁰ Никифоров Е. Н. Пределы судебного обжалования решений и действий (бездействия) дознавателя, следователя и прокурора в ходе досудебного производства / Е. Н. Никифоров // Российский судья. — 2005. — №5. — С. 23-24; Оскарження дій органів досудового слідства // Юридичний вісник України. — 2002. — 23-29 березня. — С. 7; Судебная власть / [Под ред. И. Л. Петрухина]. — М.: Проспект, 2003. — С. 177-179; Трунова Л. К. Институт обжалования действий и решений суда и должностных лиц, осуществляющих уголовное судопроизводство / Л. К. Трунова // Современное право. — 2004. — № 4. — С. 31; Фоков А. Судебный контроль в проекте УПК РФ / А. Фоков // Российская юстиция. — 2000. — № 9. — С. 44; Шило О. Проблеми реалізації права на судовий захист у ході досудового провадження по кримінальній справі / О. Шило // Вісник Академії правових наук України. — 2005. — № 1. — С. 165-166

у цьому випадку та виду рішення, яке приймається суб'єктом, який має владні повноваження²⁹¹.

Слід підтримати думку про те, що право на доступ до правосуддя може бути порушене як діями, бездіяльністю, так і рішеннями суб'єктів, які ведуть процес. За загальним правилом, це, безумовно, процесуальні рішення, а саме рішення про відмову в порушенні кримінальної справи та закриття кримінальної справи, які унеможливають доступ до правосуддя. Однак право на доступ до правосуддя може бути порушено і шляхом дії — відмовою у прийнятті заяви або повідомлення про злочин. У цьому випадку особа позбавляється можливості ініціювати кримінальний процес. Як наслідок, особа позбавлена можливості доступу до правосуддя, оскільки, якщо не вирішено питання навіть про порушення кримінальної справи, то, зрозуміло, не може йти мова про те, що справа потрапить до суду.

При неприйнятті у 3(10)-денний строк жодного з рішень за заявою та повідомленням про злочин виникає проблема кримінально-процесуальної бездіяльності, яка порушує право особи на доступ до правосуддя. Особа опиняється у невизначеному становищі: не порушено кримінальну справу і їй не надано процесуального статусу; не відмовлено у порушенні кримінальної справи, що вона могла б оскаржити у суді.

Існує одне кримінально-процесуальне рішення, яким утруднюється доступ до правосуддя — рішення про зупинення провадження у справі²⁹². Відповідно до ст. 125 КПК РФ, у порядку окремого провадження можуть бути розглянуті та вирішені скарги на рішення та дії (бездіяльність), які можуть утруднити доступ громадян до право-

²⁹¹ Кашепов В. П. Институт судебной защиты прав и свобод граждан и средства ее реализации / В. П. Кашепов // Государство и право. — 1998. — № 2. — С. 71; Колоколов Н. А. Судебный контроль в стадии предварительного расследования: реальность, перспективы / Н. А. Колоколов // Государство и право. — 1998. — № 11. — С. 35; Маляренко В. Межі судового контролю за додержанням прав і свобод людини в стадії попереднього розслідування кримінальної справи / В. Маляренко, П. Пилипчук // Право України. — 2001. — № 4. — С. 41; Туманянц А. Р. Судовий контроль за законністю і обґрунтованістю процесуальних рішень органів досудового слідства: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / А. Р. Туманянц. — Х., 1998. — С. 4

²⁹² Детальніше див.: Гловюк І. В. Право на доступ до правосуддя та оскарження до суду процесуальних рішень органу дізнання, слідчого, прокурора на досудових стадіях кримінального процесу / І. В. Гловюк // Боротьба зі злочинністю та права людини: зб. наук. статей / За ред. М. П. Орзіха, В. М. Дрьоміна. — Б-ка журн. «Юридичний вісник». — О.: Фенікс, 2006. — С. 105-108.

суддя. Слід зазначити, що у російській юридичній літературі немає однастайності щодо визначення цього поняття²⁹³. Слід погодитися з Є. Н. Никифоровим у тій частині, що представляється вірним розуміти під утрудненням доступу громадян до правосуддя такі обставини, які не дозволяють своєчасно реалізувати конституційне право на судовий захист²⁹⁴. Пленум Верховного Суду Російської Федерації роз'яснив, що до таких, що утруднюють доступ громадян до правосуддя, слід віднести такі дії (бездіяльність) або рішення посадових осіб, що обмежують право громадян на участь у досудовому провадженні у кримінальній справі, які створюють громадянину перешкоди для подальшого звернення за судовим захистом порушеного права. До них відносяться, наприклад, відмова у визнанні особи потерпілим, відмова у прийнятті повідомлення про злочин або бездіяльність при перевірці цих повідомлень, постанова про зупинення попереднього слідства та інші²⁹⁵.

Однак право на доступ до правосуддя може бути порушено не тільки цими діями, бездіяльністю та рішеннями. Воно може бути порушено також шляхом відмови у наданні особі процесуального статусу учасника кримінального процесу, а саме потерпілого та цивільного позивача. За такої відмови особа позбавлена можливості отримати процесуальний статус та реалізувати свої права протягом провадження у кримінальній справі, що унеможливорює ефективний захист її прав протягом досудового провадження. Поновлення її прав на подальших стадіях процесу є утрудненим. Це ж стосується і необґрунтованого зволікання із визнанням особи потерпілим або цивільним позивачем. У зв'язку з цим Пленум Верховного Суду України у Постанові Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами законодавства, яким передбачені права потерпілих від злочинів» від 2 липня 2004 р. (п. 5) зобов'язав суди реагувати на виявлені факти необґрунтованого зволікання з визнанням особи потерпілим (при очевидності заподіяння злочином шко-

²⁹³ Макаров А. Л. Процедура судебного обжалования действий следователя / А. Л. Макаров // Возможности защиты в рамках нового УПК России. — М.: ЛексЭст, 2004. — С. С. 154

²⁹⁴ Никифоров Е. Н. Пределы судебного обжалования решений и действий (бездействия) дознавателя, следователя и прокурора в ходе досудебного производства / Е. Н. Никифоров // Российский судья. — 2005. — №5. — С. 21

²⁹⁵ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации №1 «О практике рассмотрения судами жалоб в порядке статьи 125 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» от 10 февраля 2009 года (п. 2) // Бюллетень Верховного суда Российской Федерации. — 2009. — №4. — С. 2-6

ди), допущені органами дізнання та досудового слідства, окремими ухвалами (постановами)²⁹⁶. Але проблема надання процесуального статусу ускладнена тим, що чинним кримінально-процесуальним законодавством не передбачені строки визнання особи потерпілим або цивільним позивачем. Тому при вирішенні питання про своєчасність надання процесуального статусу, слід встановити строк розгляду заяви про визнання потерпілим або цивільним позивачем. Цей строк може складати 3 доби (аналогічно строку розгляду та вирішення клопотань учасників процесу). У разі неприйняття вирішення у цей строк (кримінально-процесуальна бездіяльність) або відмови у визнанні потерпілим або цивільним позивачем (процесуальне рішення) особа повинна мати право оскаржити цю бездіяльність або процесуальне рішення до суду в порядку невідкладного судового контролю.

У процесі провадження у кримінальній справі може бути порушено і право на свободу та особисту недоторканність, а саме при незаконному процесуальному затриманні особи, тобто затриманні, здійсненому із порушенням визначених ст. 29 Конституції України, ст. 106 КПК України, ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод підстав, умов та порядку або особою, яка не має на це повноважень. Незаконне процесуальне затримання людини порушує її право як на свободу, так і на особисту недоторканність, оскільки при затриманні людини можливий її особистий обшук без постанови слідчого та санкції прокурора, без постанови судді. У той же час отримати попередній дозвіл суду (судді) у випадках нагальної необхідності запобігти злочині чи перепинити його, якщо є розумні підстави вважати за необхідне запобігти втечі підозрюваного після вчинення злочину, а також при обґрунтованій підозрі у вчиненні підозрюваним злочину чи іншого суспільно небезпечного діяння не є можливим. Саме тому ефективним засобом правового захисту прав людини у випадку незаконного процесуального затримання буде саме оскарження цього затримання до суду в порядку окремого провадження.

Право особи на свободу може бути порушено й при незаконному незвільненні її після закінчення строку затримання або встановленого судом строку тримання під вартою. Відповідно до ч. ч. 7,8 ст. 156 КПК України, у разі закінчення строку тримання під вартою

²⁹⁶ Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами законодавства, яким передбачені права потерпілих від злочинів» від 2 липня 2004 р. // Вісник Верховного Суду України. — 2004. — № 8. — С. 6-10.

як запобіжного заходу, передбаченого частинами першою і другою ст. 156 КПК, якщо цей строк не продовжено у встановленому КПК порядку, орган дізнання, слідчий, прокурор зобов'язаний негайно звільнити особу з-під варти. Начальник місця досудового ув'язнення зобов'язаний негайно звільнити з-під варти обвинуваченого, щодо якого постанова судді про продовження строку тримання під вартою на день закінчення строків тримання під вартою, передбачених частинами першою, другою і шостою цієї статті, не надійшла. Однак цим нормам суперечить ч. 3 ст. 165 КПК України, відповідно до якої у випадку закриття справи, закінчення строку тримання під вартою, якщо цей строк не продовжено у встановленому законом порядку, та в інших випадках звільнення особи з-під варти на стадії досудового розслідування здійснюється на підставі постанови органу дізнання або слідчого, які провадять досудове розслідування, або прокурора, про що вони негайно повідомляють суд, який обрав запобіжний захід. Незвільнення особи після закінчення строку затримання або тримання під вартою є незаконним позбавленням особи волі, що є злочином, відповідальність за який передбачена ст. 146 КПК України. Саме тому особа повинна мати право оскаржити таке позбавлення волі в порядку окремого провадження, що необхідно передбачити у КПК України.

Право особи на безпеку, яке передбачено ст. 3 Конституції України, може бути потенційно порушене шляхом відмови у застосуванні заходів безпеки або шляхом їх скасування. У таких випадках особа позбавляється можливості забезпечити свою безпеку за участі у кримінальному судочинстві. Враховуючи те, що відмова у застосуванні заходів безпеки або їх скасування за наявності реальної загрози життю або здоров'ю особи, її родичів може призвести до невідомих наслідків (вбивства, завдання тілесних ушкоджень, викрадення тощо), обґрунтованим є встановлення невідкладного судового контролю відмови у застосуванні заходів безпеки або їх скасування.

Відповідно до ст. 44 КПК України, питання про допуск конкретного захисника у справу вирішує особа, яка провадить дізнання, слідчий, прокурор, суд шляхом винесення постанови або ухвали. Таким чином, ці особи можуть як допустити захисника до участі у справі, так і відмовити у допуску. Крім того, КПК не встановлено строк винесення постанови про допуск захисника до участі у справі чи відмову у цьому. Відмова у допуску захисника, якого запросив підозрюваний, обвинувачений або інші особи за його проханням або згодою, затягування із винесенням такої постанови порушує право

підозрюваного, обвинуваченого на захист, оскільки він позбавляється можливості отримати правову допомогу того захисника, якого він обрав сам або який був обраний за його проханням або згодою. Саме тому у КПК України необхідно встановити, строк винесення відповідної постанови. Слід погодитися із Я. Зейканом, що така постанова може виноситися негайно, але не пізніше 24 годин з моменту звернення захисника²⁹⁷, оскільки такий строк вирішення цього питання забезпечить своєчасність захисту підозрюваного або обвинуваченого. Крім того, слід встановити невідкладний судовий контроль постанови про відмову у допуску захисника до участі у справі, оскільки недопуск обраного підозрюваним, обвинуваченим захисника є істотним порушенням його права на захист, оскільки, відповідно до ст. 59 Конституції України, кожен є вільним у виборі захисника своїх прав.

Для забезпечення ефективного захисту підозрюваного, обвинуваченого, які позбавлені волі, КПК України та Законом України «Про попереднє ув'язнення» передбачено право на конфіденційні побачення підозрюваного, обвинуваченого із захисником. Право підозрюваного, обвинуваченого на захист може бути обмежено у разі: обмеження кількості побачень; обмеження часу побачень; обмеження конфіденційності зустрічей. Відповідно до ст. 12 Закону України «Про попереднє ув'язнення»²⁹⁸, особа, взята під варту, має право на побачення з захисником наодинці, без обмеження кількості побачень та їх тривалості, з моменту допуску захисника до участі у справі, підтвердженого письмовим повідомленням особи або органу, в провадженні яких знаходиться справа, у вільний від виконання слідчих дій час. Адміністрація установи повинна забезпечити умови для проведення побачень, у тому числі які виключають при побаченні із захисником можливість третіх осіб мати доступ до інформації, що надається в процесі побачення. Діюче законодавство не містить обмежень кількості зустрічей підозрюваного, обвинуваченого із захисником. У разі перешкоджання адміністрації місця попереднього ув'язнення таким зустрічам, підозрюваний, обвинувачений або його захисник повинні мати можливість оскарження таких дій в порядку окремого провадження, оскільки неможливість побачень із захисником суттєво порушує право обвинувачено, який знаходиться під

²⁹⁷ Зейкан Я. П. Захист у кримінальній справі / Зейкан Я. П. — К.: Вища шк., 2002. — С. 11

²⁹⁸ Закон України «Про попереднє ув'язнення» від 30 червня 1993 р. (із змін. та доп.) // Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 35. — ст. 360.

вартою, на захист, без законної підстави. Враховуючи те, що законом на даний час не передбачено можливості обмеження кількості, часу або конфіденційності зустрічей з захисником, підозрюваний, обвинувачений, його захисник повинні мати право оскаржити в порядку невідкладного судового контролю дії адміністрації місця попереднього ув'язнення у разі обмеження кількості, часу або конфіденційності зустрічей з захисником.

Відповідно до ст. 147 КПК України, у разі притягнення посадової особи до кримінальної відповідальності за посадовий злочин, а так само, якщо ця особа притягається до кримінальної відповідальності за інший злочин і може негативно впливати на хід досудового чи судового слідства, слідчий зобов'язаний відсторонити її від посади. Таким чином, обмежується конституційне право особи на працю. КПК РФ передбачає судовий порядок відсторонення від посади. Такий підхід до вирішення питання про відсторонення обвинуваченого від посади пропонується й у науковій літературі²⁹⁹. Це, як правило, мотивується тим, що відстороненням особи від посади обмежуються конституційне право особи на працю³⁰⁰. Слід, безумовно, погодитися із тим, що при відстороненні особи від посади обмежується її право на працю. Однак судовий дозвіл на відсторонення від посади не є єдиним можливим засобом захисту права людини на працю. Так, у цьому випадку ефективним буде й судовий контроль законності та обґрунтованості відсторонення від посади. Так, необ-

²⁹⁹ Казинян Г. С. Соотношение прокурорского надзора и судебного контроля в досудебных стадиях судопроизводства по УПК Республики Армения / Г. С. Казинян // Прокурорская и следственная практика. — 1999. — № 3-4. — С. 110; Кашепов В. П. Институт судебной защиты прав и свобод граждан и средства ее реализации / В. П. Кашепов // Государство и право. — 1998. — № 2. — С. 71; Маляренко В. Головні напрями розбудови кримінального судочинства, структура і зміст майбутнього КПК України / В. Маляренко, П. Пилипчук // Право України. — 2000. — № 8. — С. 14; Петрухин И. Л. Судебная власть и расследование преступлений / И. Л. Петрухин // Государство и право. — 1993. — № 7. — С. 86; Романюк Б. Прокурорський нагляд, «судовий» та відомчий контроль за діяльністю слідчого / Б. Романюк // Прокуратура. Людина. Держава. — 2004. — № 6. — С. 56; Туманянц А. Р. Судовий контроль за законністю і обґрунтованістю процесуальних рішень органів досудового слідства: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / А. Р. Туманянц. — Х., 1998. — С. 4

³⁰⁰ Маляренко В. Головні напрями розбудови кримінального судочинства, структура і зміст майбутнього КПК України / В. Маляренко, П. Пилипчук // Право України. — 2000. — № 8. — С. 14; Романюк Б. Прокурорський нагляд, «судовий» та відомчий контроль за діяльністю слідчого / Б. Романюк // Прокуратура. Людина. Держава. — 2004. — № 6. — С. 56

хідність відсторонення від посади може мати терміновий характер у разі, якщо особа своїми діями на посаді може значно зашкодити досудовому розслідуванню. Тому слід зберегти існуючий порядок відсторонення від посади за постановою слідчого, санкціонованою прокурором. Особа, яка відсторонена від посади, буде мати право оскаржити відсторонення до суду в порядку окремого провадження, й у разі незаконності її буде допущено до посади, що буде ефективним засобом захисту та відновлення її прав.

Таким чином, суд (суддя) повинен розглядати скарги в порядку окремого провадження на: відмову в порушенні кримінальної справи; відмову у прийнятті заяви або повідомлення про злочин; неприйняття рішення за заявою або повідомленням про злочин у встановлений строк; зупинення провадження у справі; закриття кримінальної справи; відмову у визнанні потерпілим; відмову у визнанні цивільним позивачем; бездіяльність у прийнятті рішення з визнання потерпілим або відмові у цьому; бездіяльність у прийнятті рішення з визнання цивільним позивачем або відмові у цьому; затримання особи; незвільнення після закінчення строку затримання або тримання під вартою; відмову у застосуванні заходів безпеки; скасування заходів безпеки; відмову у допуску особи як захисника; бездіяльність у прийнятті рішення з допуску особи як захисника або відмові у цьому; відмову у наданні побачень підозрюваному, обвинуваченому, який перебуває під вартою, із захисником; обмеження кількості побачень підозрюваного, обвинуваченого, який перебуває під вартою, із захисником; обмеження часу побачень підозрюваного, обвинуваченого, який перебуває під вартою, із захисником; обмеження конфіденційності побачень підозрюваного, обвинуваченого, який перебуває під вартою, із захисником; відсторонення обвинуваченого від посади; огляд, обшук, примусову виїмку із житла чи іншого володіння особи, здійснені у невідкладних випадках; проникнення до житла чи іншого володіння для накладення арешту на майно та його вилучення, здійснені у невідкладних випадках; особистий обшук, примусову виїмку в особи предметів та документів, здійснені у невідкладних випадках; примусове освідування особи, здійснене у невідкладних випадках; накладення арешту та вилучення майна, здійснене у невідкладних випадках.

Повноваження суду (судді) у досудовому провадженні та предмет судового дослідження у досудовому провадженні будуть детально розглянуті у розділі 2.

РОЗДІЛ 2

ХАРАКТЕРИСТИКА ФУНКЦІЙ СУДУ У ДОСУДОВИХ СТАДІЯХ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ

2.1. Дозвільна функція суду у досудових стадіях кримінального процесу: сутність та порядок реалізації

Однією з функцій суду в досудовому провадженні є дозвільна функція³⁰¹. Слід зазначити, що в літературі саме як функція цей напрям діяльності виділяється досить рідко; так, її виділяє А. І. Бойко (під назвою попереднє або досудове санкціонування)³⁰². Частіше в літературі виділяються дозвільні повноваження суду³⁰³ та форма судового контролю, яка полягає у наданні дозволів на провадження слідчих дій³⁰⁴, або розглядається як підвид судово-санкціонуючої діяльності³⁰⁵. Слід зазначити, що окрім терміна «дозвіл» на здійснення

³⁰¹ Детальніше див.: Гловюк І. В. Дозвільна функція суду у досудовому провадженні: порядок реалізації // Часопис Академії адвокатури України. — 2009. — №1. / І. В. Гловюк // <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/Chaaui/2009-1/09givprp.pdf>

³⁰² Бойко А. И. Судебный контроль по уголовным делам в системе государственного управления (Часть 1) / А. И. Бойко // Юрист-Правовед. — 2003. — № 1. — С. 47

³⁰³ Гаврилов Б. Я. Обеспечение конституционных прав человека и гражданина в досудебном производстве / Гаврилов Б. Я. — М., 2003. — С. 118

³⁰⁴ Вапнярчук В. В. Процесуальне становище особи, яка провадить дізнання: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / В. В. Вапнярчук. — Х., 2000 — С. 16; Дорошков В. Судебный контроль за деятельностью органов предварительного расследования / В. Дорошков // Российская юстиция. — 1999. — № 7. — С. 26; Кузьмина О. В. Концептуальные основы реформирования уголовного судопроизводства в Российской Федерации / О. В. Кузьмина // Правоведение. — 2004. — № 2. — С. 124; Семенцов В. А. Судебный контроль при производстве следственных действий / В. А. Семенцов // Российский судья. — 2005. — № 12. — С. 28

³⁰⁵ Рябцева Е. В. Судебная деятельность в уголовном процессе России / Рябцева Е. В. — Ростов-на / Д.: Феникс, 2006. — С. 93

певних процесуальних дій, у літературі періоду початку — середини 1990 рр. був досить вживаним термін «санкція» суду³⁰⁶. Цей термін для позначення дозволу суду був запозичений із прокурорського нагляду, оскільки санкціонування певних рішень органу дізнання, слідчого прокурором було і є одним із повноважень прокурора, і саме деякі із санкційних повноважень прокурора перейшли до суду. Однак не можна вважати, що використання терміна «санкція» для дозволу суду є неправильним, оскільки одне із значень терміна «санкція» є саме дозвіл. Така термінологія для характеристики дозвільної діяльності суду інколи використовується й зараз³⁰⁷. Але при цьому в аспекті дозвільної діяльності суду слід враховувати також те, що поняття «рішення» є ширшим за поняття «санкція» (дозвіл), оскільки санкція припускає дозвіл, а результатом рішення може бути й заборона на провадження тих чи інших дій³⁰⁸.

Змістом дозвільної функції суду є надання дозволу слідчому, прокурору, керівнику або заступнику керівника оперативного підрозділу на проведення певної процесуальної або оперативно-розшукової дії. Дозвільною цю функцію можна назвати тому, що суд або суддя сам не здійснює процесуальні дії, дозвіл на здійснення яких він дає, а в постанові доручає її виконання, тобто безпосереднє її здійснення, певним органам, посадовим, службовим особам. Отримання судового дозволу необхідно, як правило, для здійснення процесуальної або оперативно-розшукової дії, завдяки здійсненню якої будуть отримані докази. При цьому доказове значення мають результати дій саме цих органів, посадових, службових осіб, а не суду. Дозвіл при цьому дається на здійснення саме процесуальних або оперативно-розшукових дій, оскільки суд дає дозвіл на провадження не тільки слідчих дій,

³⁰⁶ Бринцев В. Поєднання одноособової та колегіальної форм правосуддя у кримінальному процесі / В. Бринцев // Право України. — 1995. — № 7. — С. 25; Грошевий Ю. М. Проблеми моралі у сфері кримінально-процесуальної діяльності / Ю. М. Грошевий // Вісник Академії правових наук України. — 1996. — № 6. — С. 36; Петрухин И. Л. Судебная власть и расследование преступлений / И. Л. Петрухин // Государство и право. — 1993. — № 7. — С. 86

³⁰⁷ Бойко А. И. Судебный контроль по уголовным делам в системе государственного управления (Часть 1) / А. И. Бойко // Юрист-Правовед. — 2003. — № 1. — С. 47; Рябцева Е. В. Судебная деятельность в уголовном процессе России / Рябцева Е. В. — Ростов-на / Д.: Феникс, 2006. — С. 89-90; Філін Д. Функції суду в досудових стадіях кримінального процесу / Д. Філін // Право України. — 2005. — № 1. — С. 64

³⁰⁸ Шилов А. В. Судебный контроль на стадии предварительного расследования в уголовном судопроизводстве Российской Федерации / А. В. Шилов, Е. З. Трошкин — Минск: Тесей, 2004. — С. 25.

але й дій, які такими не є (за діючим законодавством це розкриття інформації, яка містить банківську таємницю). У літературі досить поширеною є точка зору, що існує попередня форма (вид) судового контролю, змістом якої і є надання судом дозволу на провадження певних слідчих дій³⁰⁹. Ця точка зору підтримується не всіма вченими, і, як уявляється, правильною є точка зору, що надання судом дозволу на здійснення процесуальних дій не є контролем³¹⁰. Цю діяльність не можна назвати контролем, оскільки контроль, на нашу думку, може бути лише наступним, що впливає із ознаки зовнішності контролю та його змісту, який полягає у спостереженні за функціонуванням підконтрольного суб'єкта, аналізі зібраної інформації, прийнятті заходів щодо запобігання порушенню законності або відновлення порушених прав та законних інтересів. Контроль може існувати лише тоді, коли вже існує дія (бездіяльність), рішення, яке підлягає перевірці у порядку контролю. При здійсненні дозвільної функції суду таких дії (бездіяльності), рішення ще не існує. Крім того, дозвільна функція суду не має таких ознак контролю, як перевірка діяльності підконтрольного суб'єкта з позицій законності та доцільності (оскільки взагалі ще немає діяльності, яка могла би бути перевірена); можливість втручання в оперативну діяльність підконтрольного суб'єкта; можливість скасування актів підконтрольного суб'єкта.

Вичерпний перелік процесуальних та оперативно-розшукових дій, які здійснюються за постановою судді або суду, встановлено КПК України, Законом України «Про оперативно-розшукову діяльність» та іншими законами. Він включає в себе: прослуховування телефонних та інших переговорів; розкриття інформації, яка містить банківську таємницю; негласне проникнення до житла або іншого володіння; огляд житла чи іншого володіння особи; обшук житла чи іншого володіння особи; примусова виїмка з житла чи іншого володіння особи; виїмка документів, які містять державну або банківську таємницю; виїмка документу виконавчого провадження;

³⁰⁹ Верещагіна А. В. Новеллы Уголовно-процессуального кодекса РФ: концептуальный аспект / А. В. Верещагіна // Журнал российского права. — 2003. — № 10. — С. 27; Масленникова Л. Судебный контроль: от Конституции до УПК / Л. Масленникова // Российская юстиция. — 1995. — № 8. — С. 45; Судебная власть / [Под ред. И. Л. Петрухина]. — М.: Проспект, 2003. — С. 162; Туманянц А. Р. Контрольні функції суду у кримінальному судочинстві / А. Р. Туманянц // Вісник Академії правових наук України. — 1997. — № 3. — С. 140

³¹⁰ Філін Д. Функції суду в досудових стадіях кримінального процесу / Д. Філін // Право України. — 2005. — № 1. — С. 64-65

накладення арешту на кореспонденцію; контроль за листуванням, телефонними розмовами, телеграфною та іншою кореспонденцією; зняття інформації з каналів зв'язку; застосування інших технічних засобів одержання інформації. У випадках, передбачених пунктом 4 частини першої статті 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», пунктом 5 частини другої статті 7 Закону України «Про контррозвідувальну діяльність», за рішенням суду можуть бути вилучені документи та дані, що характеризують діяльність підприємств, установ, організацій, а також спосіб життя окремих осіб, підозрюваних у підготовці або вчиненні злочину, джерело та розміри їх доходів. Відповідно до Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо посилення правового захисту громадян та запровадження механізмів реалізації конституційних прав громадян на підприємницьку діяльність, особисту недоторканність, безпеку, повагу до гідності особи, правову допомогу, захист)» від 12 січня 2005 р., позапланова виїзна ревізія або перевірка може здійснюватися лише на підставі рішення суду³¹¹.

За постановою судді здійснюється накладення арешту на кореспонденцію та зняття інформації з каналів зв'язку, за постановою суду — контроль за листуванням, телефонними розмовами, телеграфною та іншою кореспонденцією, застосування інших технічних засобів одержання інформації. На перший погляд може здатися, що ці дії не належать до дозвільної функції суду, оскільки саме суддя приймає рішення про накладення арешту на кореспонденцію та зняття інформації з каналів зв'язку. Однак, незважаючи на те, що суддя своєю постановою приймає рішення про накладення арешту на кореспонденцію та зняття інформації з каналів зв'язку, суд — про контроль за листуванням, телефонними розмовами, телеграфною та іншою кореспонденцією, застосування інших технічних засобів одержання інформації, процесуальне значення має огляд кореспонденції та її виїмка, що засвідчується протоколом, а при знятті інформації з каналів зв'язку — її прослуховування чи інше вивчення, що засвідчується протоколом, та визнання носія знятої інформації доказом і

³¹¹ Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо посилення правового захисту громадян та запровадження механізмів реалізації конституційних прав громадян на підприємницьку діяльність, особисту недоторканність, безпеку, повагу до гідності особи, правову допомогу, захист)» від 12 січня 2005 р. // Режим доступу до акту: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2322-15>

приєднання його до справи. І накладення арешту на кореспонденцію, і зняття інформації з каналів зв'язку є слідчою дією, тобто дією, яка направлена на збирання та перевірку доказів. Саме тому розгляд подань про накладення арешту на кореспонденцію та зняття інформації з каналів зв'язку, а також розгляд подань про контроль за листуванням, телефонними розмовами, телеграфною та іншою кореспонденцією, застосування інших технічних засобів одержання інформації є проявом дозвільної функції суду.

Діючий КПК встановлює процедуру звернення з поданням про здійснення слідчої дії до судді у двох статтях: ст. 177, яка регулює порядок обшуку у житлі чи іншому володінні особи, та статті 187, яка регулює накладення арешту на кореспонденцію та зняття інформації з каналів зв'язку. Відповідно до ст. 177 КПК України, при необхідності провести обшук слідчий за погодженням з прокурором звертається з поданням до судді за місцем провадження слідства. Суддя негайно розглядає подання і матеріали справи, а у разі необхідності вислуховує слідчого, прокурора і за наявності підстав виносить постанову про проведення обшуку чи постанову про відмову в проведенні обшуку. У такому ж порядку розглядаються подання про примусову виїмку у житлі чи іншому володінні особи та про огляд житла чи іншого володіння особи, про виїмку документу виконавчого провадження. Відповідно до ст. 187 КПК, за наявності підстав, передбачених частиною першою статті 187, слідчий за погодженням з прокурором звертається з поданням до голови апеляційного суду за місцем провадження слідства про накладення арешту на кореспонденцію чи зняття інформації з каналів зв'язку. Голова суду чи його заступник розглядає подання, вивчає матеріали справи, при необхідності вислуховує слідчого, вислуховує думку прокурора, після чого залежно від підстав для прийняття такого рішення виносить постанову про накладення арешту на кореспонденцію чи зняття інформації з каналів зв'язку або про відмову в цьому. Постанова виноситься в режимі, який забезпечує нерозголошення даних досудового слідства або оперативно-розшукової діяльності.

Проект КПК № 1233 встановлює судовий порядок отримання дозволу на провадження слідчих дій. Відповідно до ст. 228 проекту, слідчий у випадках, передбачених частиною третьою статті 254, частиною третьою статті 261, частиною третьою статті 262, статтею 267, частиною четвертою статті 270 Кодексу, за погодженням із про-

курором порушує перед судом клопотання про виконання слідчої дії, про що виносить постанову. Клопотання про виконання слідчої дії підлягає розгляду слідчим суддею за місцем провадження досудового слідства або провадження слідчої дії не пізніше двадцяти чотирьох годин із моменту надходження вказаного клопотання. У судовому засіданні обов'язково бере участь прокурор, за необхідності — слідчий, а у випадках, визначених Кодексом, — інші заінтересовані особи. Розглянувши клопотання про провадження слідчої дії, слідчий суддя виносить мотивовану постанову про дозвіл на її провадження або про відмову в провадженні слідчої дії.

З урахуванням встановлених КПК та проектом КПК порядку звернення із поданнями до судді та їх розгляду, доктринальних напрацювань³¹² можна виділити деякі загальні етапи: 1) підготовка та звернення з поданням до судді місцевого суду, голови апеляційного суду; 2) розгляд подання; 3) прийняття рішення за поданням.

Етап 1. Орган дізнання, слідчий, прокурор, керівник відповідного оперативного підрозділу або його заступник за необхідності отримання судового дозволу повинен підготувати відповідне подання та звернутися з ним до суду, судді місцевого суду, голови апеляційного суду за місцем провадження досудового слідства або за місцем провадження оперативно-розшукової діяльності. При цьому подання про отримання дозволу суду на здійснення заходів, які тимчасово обмежують права людини, зокрема на негласне проникнення до житла чи іншого володіння особи, застосування технічних засобів добування інформації, зняття її інформації з каналів зв'язку, установлення контролю за листуванням, телефонними розмовами, телеграфною та іншою кореспонденцією особи, вноситься на розгляд голови апеляційного суду, мм. Києва та Севастополя, Апеляційного суду Автономної Республіки Крим або уповноваженого ним заступника за місцем провадження справи³¹³. У літературі висловлена думка, що процесуальна форма подання у таких випадках не відповідає приро-

³¹² Подольский М. А. Судебные решения в досудебном производстве по уголовному делу (вопросы теории и практики): автореф. дис. на соискание ученой степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Уголовный процесс, криминалистика и судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность» / М. А. Подольский. — Екатеринбург, 2007. — 26 с.

³¹³ П. 6 Порядку отримання дозволу суду на здійснення заходів, які тимчасово обмежують права людини, та використання добутої інформації, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 26 вересня 2007 р. № 1169 // Режим доступу до акту: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=1169-2007-%EF>

ді та функціональному призначенню цього процесуального рішення: такі процесуальні рішення повинні втілюватися у формі постанови³¹⁴. Погоджуючись із противниками такої точки зору³¹⁵, слід зазначити, що у формі постанови можуть бути викладені тільки остаточні, безальтернативні, обов'язкові для виконання рішення слідчого та прокурора. Однак остаточне рішення за поданням приймає суддя, а орган дізнання, слідчий, прокурор, керівник оперативного підрозділу — просить (клопоче) про його прийняття. Тому рішення органу дізнання, слідчого, прокурора, керівника або заступника керівника оперативного підрозділу про надання дозволу на здійснення процесуальної або оперативно-розшукової дії не може бути викладене у формі постанови. Саме тому у проектах КПК такі процесуальні рішення про звернення до суду з проханням надати дозвіл на здійснення процесуальної дії слід називати поданнями.

Форма подання органу дізнання, слідчого, прокурора, керівника або заступника керівника оперативного підрозділу у КПК не визначена. Однак, враховуючи те, що подання органу дізнання, слідчого, прокурора, керівника або заступника керівника оперативного підрозділу є процесуальним рішенням, воно має відповідати тим загальним вимогам, які пред'являються до процесуальних рішень. Аналіз норм КПК дозволяє стверджувати, що будь-яке процесуальне рішення має складатися із трьох частин: вступної, описово-мотивувальної, резолютивної та містити: назву органу, ім'я та посаду посадової, службової особи, яка його прийняла; дату прийняття; назву та номер справи, в якій провадиться слідство; статтю закону, якою керується слідчий, прокурор; сутність рішення. Слід зазначити, що КПК також передбачає, що рішення має містити мотиви (наприклад, ст. 8 КПК та ін.) та обґрунтування (ст. 130 КПК).

Процесуальне рішення має бути законним та обґрунтованим. Процесуальне рішення має містити мотивування, що є проявом його обґрунтованості, оскільки обґрунтованість — це властивість рішення, але не його структурна частина. При цьому КПК має встановити, який вид мотивування має використовуватися у конкретних

³¹⁴ Глинська Н. В. Обґрунтування рішень у кримінальному процесі: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / Н. В. Глинська. — Х., 2003. — С. 8

³¹⁵ Чорнобук В. І. Процесуальна форма подання слідчого про прийняття рішень в порядку судового контролю / В. І. Чорнобук // Актуальні проблеми політики: зб. наук. праць. — Вип. 22. — О.: Юрид. л-ра, 2004. — С. 266-267

процесуальних рішеннях: наведення фактичних обставин; наведення встановлених обставин та доказів; наведення фактичних підстав рішення, мотивів тощо. Таким чином, подання про здійснення певної процесуальної або оперативно-розшукової дії обов'язково має відповідати загальним вимогам до процесуальних рішень, тобто складатися із трьох частин: вступної, описово-мотивувальної, резолютивної та містити: назву органу, ім'я та посаду посадової, службової особи, що його склала; дату складання; назву та номер справи, в якій провадиться слідство, або оперативно-розшукової справи; статтю закону, якою керується особа, яка його склала; сутність рішення, який прийняв орган дізнання, слідчий, прокурор, керівник або заступник керівника оперативного підрозділу. Однак подання є специфічним процесуальним рішенням і використання тільки загальних вимог не є достатнім для формування моделі його нормативної форми та змісту.

У доктрині кримінального процесу, як українській, так і російській, є пропозиції щодо форми подання на надання судом дозволу на проведення певних процесуальних дій. Однак в існуючих доктринальних розробках не завжди розмежовуються подання щодо надання дозволу на здійснення процесуальних дій та щодо застосування заходів процесуального примусу, оскільки домінуючим є погляд на ці функції як на єдину функцію судового контролю. Тому деякі пропозиції щодо форм подань є загальними. Так, Л. Масленникова вважає, що у кримінально-процесуальне законодавство необхідно внести положення, що визначають зміст клопотання про обмеження того чи іншого конституційного права, а саме: «1) ім'я, прізвище, посадове становище співробітника правозастосовного органу, який просить дозволу; 2) ім'я, прізвище, посадове становище особи, яка санкціонує це клопотання; 3) факти та обставини, які є підставою для отримання дозволу: а) кваліфікація злочину, у зв'язку з розслідуванням якого необхідний дозвіл; б) місце провадження даної дії; в) характер припущених відомостей, які можливо будуть отримані; г) дані, які є про людину або людей, причетних до розслідуваного злочину й стосовно яких необхідно здійснити дії, які потребують дозволу; аргументи, які підтверджують необхідність обмеження того чи іншого конституційного права (у тому числі: а) інформація про засоби отримання доказів, використаних раніше, які виявилися безрезультатними; б) вказівка причин, за якими інші засоби, крім дій, на які випрошується дозвіл, є недостатніми для отримання доказів

у справі); період, протягом якого припускається обмеження того чи іншого конституційного права; інформацію про те, чи заявлялося раніше якомусь судді клопотання на дозвіл обмеження того чи іншого конституційного права стосовно тих же осіб, та яким був результат такого клопотання; викладення результатів раніше здійснюваного обмеження конституційного права»³¹⁶. Не можна погодитися із тим, що клопотання щодо надання дозволу на здійснення процесуальної дії обов'язково як окрему структурну частину повинне містити особливі аргументи, які підтверджують необхідність обмеження того чи іншого конституційного права. Ці вимоги можуть бути виконані не в усіх випадках. Кримінальний процес у будь-якому разі є обмеженням певних прав особи, які можна звести до конституційних прав. Безумовно, клопотання про надання дозволу на здійснення процесуальної або оперативно-розшукової дії має бути законним та обґрунтованим та як структурну частину включати мотивувальну частину. Але встановлення жорстких рамок мотивування клопотання особливими аргументами, які підтверджують необхідність обмеження того чи іншого конституційного права, є недоцільним, оскільки необхідність здійснення процесуальної дії може ґрунтуватися як на процесуальних, так і на непроцесуальних даних. Здійснення процесуальної дії може бути виправдане з позицій криміналістичної тактики розслідування конкретного злочину. У деяких випадках за рекомендаціями криміналістичної тактики та за обставинами події дії, які обмежують конституційні права особи, можуть бути невідкладними слідчими діями, коли ще невідомі обставини події, ще не збиралися докази та немає альтернативних засобів отримання доказів, крім провадження слідчої дії, якою обмежуються конституційні права особи, особливо якщо вони провадяться до порушення кримінальної справи. Крім того, розслідування злочину є складним процесом, і передбачити усі випадки, за яких може бути виправдана необхідність обмеження конституційного права при розслідуванні злочину, є взагалі неможливим. В. І. Чорнобук також пропонує єдину форму подання слідчого в порядку судового контролю. «Подання повинне складатися з трьох частин: вступної, описово-мотивувальної та резолютивної. В вступній частині подання має бути зазначено: на ім'я якого судді направляється подання; назва документа (подання про винесення

³¹⁶ Масленникова Л. Судебный контроль: от Конституции до УПК / Л. Масленникова // Российская юстиция. — 1995. — № 8. — С. 46

якого клопоче слідчий); дата та місце складання подання; хто склав подання по якій справі; стаття кримінального закону, по якій розслідується справа. Описова-мотивувальна частина подання відокремлюється від вступної словами «встановив». В цій частині подання мають бути наведені обставини розслідуваного злочину, мотив необхідності прийняття суддею відповідного рішення та докази, що обґрунтовують клопотання слідчого. Докази мають бути наведені у логічній послідовності з посиланням на матеріали кримінальної справи. Якщо подання виноситься відповідно конкретної особи, то необхідно вказати її процесуальне становище (підозрюваний, обвинувачений, затриманий тощо) та навести її анкетні дані. Закінчується описова-мотивувальна частина подання посиланням на відповідні статті КПК та словом «прошу» або «клопочуся». Резолютивна частина подання має містити конкретне сформульоване рішення, на прийнятті якого слідчий наполягає. Після резолютивної частини і підпису слідчого має бути зазначено про погодження подання з відповідним прокурором, який здійснює нагляд³¹⁷. Ці пропозиції можна використати при формулюванні вимог до подання на здійснення процесуальних дій як окремого виду процесуального рішення, хоча ця модель вимог до подання має певні недоліки. Так, вимога про вказування судді, на ім'я якого направляється подання, є недоцільною та зайвою, оскільки особа, яка звертається з поданням, не завжди знає, який суддя буде розглядати її подання. Ця вимога є виправданою тільки в випадках, коли у поданні ставиться питання про накладення арешту на кореспонденцію та зняття інформації з каналів зв'язку, які адресуються виключно голові апеляційного суду. Зайвою є окрема вимога про вказування у вступній частині подання статті кримінального закону, по якій розслідується справа, оскільки стаття КК вже зазначається при вказуванні, по якій справі складено подання. А вимога стосовно того, що якщо подання виноситься відповідно конкретної особи, то необхідно вказати її процесуальне становище (підозрюваний, обвинувачений, затриманий тощо) та навести її анкетні дані, має спеціальний характер, оскільки може бути використано лише при поданнях щодо прийняття процесуальних рішень, пов'язаних із застосуванням заходів процесуального примусу.

³¹⁷ Чорнобук В. І. Процесуальна форма подання слідчого про прийняття рішень в порядку судового контролю / В. І. Чорнобук // Актуальні проблеми політики: зб. наук. праць. — Вип. 22. — О.: Юрид. л-ра, 2004. — С. 267-268

На думку А. О. Струць, подання про проведення слідчої дії повинно містити: 1) відомості про обставини вчинення злочину; 2) посилення на фактичні підстави проведення даної слідчої дії; 3) вказівку на житло чи інше володіння особи, у якому проводитиметься дана слідча дія; 4) індивідуальні ознаки предметів чи документів, а також відомості про осіб, трупи чи тварини, які планується відшукати; 5) їх значення для встановлення істини в кримінальній справі³¹⁸

Модельний КПК для держав-учасниць СНД встановлює, що у мотивувальній частині постанови мають бути наведені дані про злочин, з приводу якого намічено проведення відповідної слідчої або оперативно-розшукової дії, які дані повинні бути отримані в результаті таких дій, строк провадження, місце провадження, безпосередні виконавці, спосіб фіксування результатів, а також інші дані, необхідні для прийняття судом законного та обґрунтованого рішення. Такі вимоги до мотивувальної частини постанови не можуть бути визнані повністю прийнятними. Так, не є можливим вказати, які саме дані повинні бути отримані в результаті слідчих дій: можна лише вказати, які дані можуть бути отримані в результаті слідчої дії. Крім того, зайвим є вказання у постанові про способи фіксування, оскільки вибір способів фіксування ходу та результатів слідчої дії є повноваженням слідчого та окремо не обмежує прав людини, оскільки суд вже дав дозвіл на обмеження конкретного права людини. Провадження слідчої дії презюмує, що можуть бути використані всі технічно можливі та не заборонені законом засоби фіксації. Неможливо також передбачити, в яких обставинах буде проходити слідча дія, які результати будуть отримані, і, як наслідок, які засоби фіксації можуть бути необхідними. До реквізитів постанови слідчого також відносять: число та місце складання клопотання; найменування органу попереднього слідства; прізвище та ініціали особи, яка склала клопотання, його звання чи класний чин, а також назва органу прокуратури; вказання на конкретну кримінальну справу; назва та мета слідчої дії; підстави, за яких необхідно здійснити дану слідчу дію; заплановані результати та їх використання у доказуванні у кримінальній справі³¹⁹. Однак не

³¹⁸ Струць О. А. Забезпечення судом законності та обґрунтованості слідчих дій на досудових стадіях провадження у кримінальній справі / О. А. Струць // Судова апеляція. — 2009. — №1. — С. 76

³¹⁹ Шилов А. В. Судебный контроль на стадии предварительного расследования в уголовном судопроизводстве Российской Федерации / А. В. Шилов, Е. З. Трошкин — Минск: Тесей, 2004. — С. 104

є можливим вказати у постанові, які результати заплановані та їх використання у доказуванні у кримінальній справі: можна лише вказати, які дані можуть бути отримані в результаті слідчої дії.

Як уявляється, подання органу дізнання, слідчого, прокурора, керівника або заступника керівника оперативного підрозділу про надання судом дозволу на здійснення процесуальної або оперативно-розшукової дії має складатися із вступної, описово-мотивувальної та резолютивної частин. У вступній частині подання має бути зазначено: до якого суду направляється подання; дата та місце складання подання; прізвище, ім'я, по-батькові, посада особи, яка склала подання, назва процесуальної або оперативно-розшукової дії, про дозвіл на здійснення якої клопоче орган дізнання, слідчий, прокурор, керівник або заступник керівника оперативного підрозділу; справа, по якій складено подання. В описово-мотивувальній частині мають бути наведені основні обставини розслідуваного злочину. Саме ця частина має містити мотивування необхідності отримання судового дозволу, яке має включати: фактичні підстави для отримання судового дозволу, тобто підстави, які підтверджують необхідність здійснення процесуальної або оперативно-розшукової дії; юридичні підстави для отримання судового дозволу; мотив необхідності отримання дозволу, тобто вказування тих обставин, фактів, якими керувався слідчий, прокурор при прийнятті рішення про необхідність здійснення процесуальної дії, на здійснення якої необхідний судовий дозвіл. Ця частина має містити посилання на докази, що обґрунтовують подання. Резолютивна частина має містити чітко сформульоване прохання органу дізнання, слідчого, прокурора, керівника або заступника керівника оперативного підрозділу про надання дозволу на здійснення конкретної процесуальної або оперативно-розшукової дії.

ПП ВСУ від 28 березня 2008 р.³²⁰ встановлює вимоги до окремих видів подань. Так, суди повинні вимагати, щоб у поданні зазначалася назва посади, звання чи класний чин, прізвище та ініціали особи, яка вносить подання, дані про погодження його з прокурором, дані про те, коли і проти кого порушено кримінальну справу, дані про особу підозрюваного (обвинуваченого). Так, у поданні про прове-

³²⁰ Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про деякі питання застосування судами України законодавства при дачі дозволів на тимчасове обмеження окремих конституційних прав і свобод людини і громадянина під час здійснення оперативно-розшукової діяльності, дізнання і досудового слідства» від 28 березня 2008 р. // Вісник Верховного Суду України. — 2008. — № 4. — С. 4-8.

дення обшуку, огляду чи виїмки має бути зазначено адресу житла чи іншого володіння особи, де планується провести ці дії, дані про те, що знаряддя злочину, речі чи цінності, здобуті злочинним шляхом, а також інші предмети та документи, сліди злочину та інші речові докази, які можуть мати значення для справи, знаходяться у цьому житлі чи іншому володінні особи.

У проекті КПК України слід встановити загальну форму подання органу дізнання, слідчого, прокурора, керівника або заступника керівника оперативного підрозділу, яка буде встановлювати загальні вимоги до подання про здійснення будь-якої процесуальної та оперативно-розшукової дії. При цьому можна у постанові Пленуму Верховного Суду роз'яснити, якою повинна бути форма подання залежно від процесуальної або оперативно-розшукової дії, про дозвіл на провадження якої клопоче орган дізнання, слідчий, прокурор, керівник або заступник керівника оперативного підрозділу.

Ні законодавство, ні судова практика не встановлюють вимог до того, чи мають бути надані копії матеріалів кримінальної та оперативно-розшукової справи, і які саме, як додатки до подання органу дізнання, слідчого, прокурора, керівника або заступника керівника оперативного підрозділу. 100% із досліджених справ (було досліджено 99 постанов про обшук житла чи іншого володіння особи, примусову виїмку із житла чи іншого володіння особи, розкриття інформації, що містить банківську таємницю, виїмку інформації в установах зв'язку, виїмку документів, які містять банківську таємницю) свідчать, що такі подання подаються взагалі без додатків³²¹. Але це є неправильним, оскільки справа з розгляду подання про надання дозволу на здійснення процесуальної або оперативно-розшукової дії, якою обмежуються конституційні права особи, не може складатися з 2 — 4 аркушів. М. О. Колоколов стосовно російської правової практики зазначив, що до клопотання в обов'язковому порядку додаються ксерокопії: постанови про порушення кримінальної справи (за необхідності — постанов про прийняття її до провадження, про провадження попереднього слідства слідчою групою); процесуальні до-

³²¹ Це характерно і для інших судів України: див., наприклад: Судова практика. — 2005. — №1 (1). — С. 77; 82, 3% опитаних слідчих зазначили, що не подавали інших процесуальних документів до суду з поданням про провадження слідчої дії // Струць О. А. Забезпечення судом законності та обґрунтованості слідчих дій на досудових стадіях провадження у кримінальній справі / О. А. Струць // Судова апеляція. — 2009. — №1. — С. 74

кументи, які обґрунтовують необхідність їх проведення. До їх числа можуть входити протоколи допитів потерпілих, свідків, впізнання, очних ставок, висновки експертиз та інші документи, перелічені у ст. 74 КПК РФ³²². Такий підхід є виправданим. У додатках до подання повинні міститися документи, які стали підставою для його направлення до суду, тобто для клопотання про дозвіл на здійснення процесуальної або оперативно-розшукової дії. Якщо кримінальна справа вже порушена, то обов'язково має додаватися копія постанови про порушення кримінальної справи. КПК повинен містити норму про те, що до подання мають бути додані матеріали, які стали підставою для його направлення до суду, тобто ті матеріали, які містять фактичні дані, на підставі яких орган дізнання, слідчий, прокурор, керівник або заступник керівника оперативного підрозділу вважає за необхідне здійснити певну процесуальну або оперативно-розшукову дію. Крім того, якщо кримінальна справа вже порушена, то обов'язково має додаватися копія постанови про порушення кримінальної справи. Однак у КПК не слід встановлювати чіткого, вичерпного переліку тих матеріалів, які мають додаватися до подання, оскільки це взагалі не є можливим та доцільним: фактичні дані, які є фактичною підставою для здійснення процесуальної дії, можуть міститися в найрізноманітніших джерелах, як процесуальних, так і непроцесуальних, точний перелік яких сформулювати неможливо. У ПП ВСУ від 28 березня 2008 р. питання щодо додатків до подань також не визначено.

За загальним правилом, орган дізнання, слідчий звертається з поданням до судді за згодою прокурора, і це є абсолютно обґрунтованим та доцільним, оскільки прокурор здійснює нагляд за досудовим слідством: це є конституційною функцією прокуратури. Однак КПК не вимагає згоди прокурора на звернення з поданням про розкриття інформації, яка містить банківську таємницю, виїмку документів, які містять державну або банківську таємницю. І це фактично повністю виключає досудовий прокурорський нагляд за поданням на отримання дозволу на провадження цих процесуальних дій. Такий підхід до врегулювання порядку отримання судового дозволу на розкриття інформації, яка містить банківську таємницю, виїмку документів, які містять державну або банківську таємницю, не є доцільним, оскільки необхідний двоступеневий порядок отримання дозволу на здійснення

³²² Адвокат в уголовном процессе / [Под ред. В. И. Сергеева]. — М.: Закон и право, 2004. — С. 81

цих процесуальних дій, тому що судова діяльність у кримінальному судочинстві не повинна повністю виключати та замінити прокурорський нагляд.

Стаття 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» суперечить ст. 97 КПК України стосовно необхідності згоди прокурора із поданням керівника або заступника керівника оперативного підрозділу. Так, відповідно до ч. 2 ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», негласне проникнення до житла чи іншого володіння особи, зняття інформації з каналів зв'язку, контроль за листуванням, телефонними розмовами, телеграфною та іншою кореспонденцією, застосування інших технічних засобів одержання інформації проводяться за рішенням суду, прийнятим за поданням керівника відповідного оперативного підрозділу або його заступника. Однак ст. 97 КПК передбачає, що проведення визначених у законодавчих актах України окремих оперативно-розшукових заходів проводиться з дозволу суду за погодженням з прокурором поданням керівника відповідного оперативного підрозділу або його заступника. При цьому, як вірно зазначається в літературі, термін «прокурор» не несе необхідного інформаційного навантаження, оскільки використовується тут як родове поняття і через те не відповідає на запитання, з яким саме прокурором необхідно передчасно узгодити подання про давання згоди на проведення дій, що обмежують конституційні права громадян: з тим, котрий провадить нагляд за додержанням законів органами, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, чи з тим, котрий здійснює аналогічний нагляд за органами, що провадять дізнання чи досудове слідство?³²³ Слід погодитися із тим, що цим прокурором має бути прокурор, який наглядає за додержанням законів при проведенні дізнання й досудового слідства, оскільки такі оперативно-розшукові заходи, як негласне проникнення до житла чи до іншого володіння особи, зняття інформації з каналів зв'язку, контроль за листуванням, телефонними розмовами, телеграфною та іншою кореспонденцією, застосування інших технічних засобів здійснюються або в інтересах кримінального судочинства (з метою запобігання злочину), або з метою з'ясування істини під час розслідування кримінальної справи, якщо іншим способом одержати інформацію неможливо, а за їх результатами складається протокол

³²³ Шиманський Ф. В. Судовий захист прав людини при провадженні оперативно-розшукових заходів / Ф. В. Шиманський // Актуальні проблеми політики: зб. наук. праць. — Вип. 13-14. — О.: Юрид. л-ра, 2002. — С. 457

з відповідними додатками, який підлягає використанню як джерело доказів у кримінальному судочинстві.

Слід погодитися із тими дослідниками, які відмічають нелогічність того, що оперативно-розшукові підрозділи обминають прокурора як головного носія функції обвинувачення (переслідування), беруть дозвіл на проведення оперативно-розшукових заходів самостійно у суді³²⁴, та вважають, що при отриманні дозволу на обмеження окремих конституційних прав громадян у межах оперативно-розшукової діяльності необхідний попередній прокурорський нагляд, тобто попереднє узгодження із прокурором подання на проведення оперативно-розшукових заходів, що пов'язані з обмеженням прав громадян³²⁵. Таким чином, слід внести зміни до ч. 2 ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», виклавши її у такій редакції:

«Негласне проникнення до житла чи до іншого володіння особи, зняття інформації з каналів зв'язку, контроль за листуванням, телефонними розмовами, телеграфною та іншою кореспонденцією, застосування інших технічних засобів одержання інформації проводяться за рішенням суду, прийнятим за поданням керівника відповідного оперативного підрозділу або його заступника, узгодженим із прокурором, який здійснює нагляд за додержанням законів при проведенні дізнання та досудового слідства. Застосування цих заходів проводиться виключно з метою запобігти злочинів чи з'ясувати істину під час розслідування кримінальної справи, якщо іншим способом одержати інформацію неможливо. За результатами здійснення зазначених оперативно-розшукових заходів складається протокол з відповідними додатками, який підлягає використанню як джерело доказів у кримінальному судочинстві.»

У КПК не визначено, як має діяти слідчий, якщо прокурор не дав згоди на внесення подання до суду. У літературі відстоюється право слідчого на самостійне внесення подання³²⁶. Як уявляється, з

³²⁴ Погорецький М. А. Судовий контроль та прокурорський нагляд за використанням протоколів оперативно-розшукової діяльності в кримінальному процесі / М. А. Погорецький // Вісник Верховного Суду України. — 2003. — №2. — С. 38

³²⁵ Єськов С. Деякі питання вдосконалення процедури надання судового дозволу на негласні оперативно-розшукові заходи / С. Єськов // Вісник Академії правових наук України. — 2006. — № 3. — С. 241

³²⁶ Чорнобук В. І. Процесуальна форма подання слідчого про прийняття рішень в порядку судового контролю / В. І. Чорнобук // Актуальні проблеми політики: зб. наук. праць. — Вип. 22. — О.: Юрид. л-ра, 2004. — С. 268

чим погодитися не можна. Прокурор у кримінальному судочинстві здійснює конституційну функцію прокурорського нагляду за дотриманням законів органами, які провадять дізнання, досудове слідство. Враховуючи те, що суд (суддя) надає дозвіл на здійснення тих процесуальних та оперативно-розшукових дій, які, як вважає законодавець, найбільш обмежують конституційні права та свободи, то є необхідним двоступеневий порядок отримання дозволу на здійснення цих процесуальних дій. Прокурор може не допустити внесення до суду необґрунтованого подання. Суддя ж не повинен бути арбітром при вирішенні суперечок між слідчим та прокурором. У випадку відмови прокурора дати згоду на внесення слідчим подання до суду, слідчий не повинен його вносити, а у разі його внесення суддя повинен не брати таке подання до провадження. ПП ВСУ від 28 березня 2008 р. передбачає, що у разі надходження до суду подання, яке повинно бути погоджено з прокурором, але з ним не погоджено, суд має відмовити у його розгляді, про що виноситься мотивована постанова. Із цим роз'ясненням можна повністю погодитися.

У зв'язку із цим постає питання, чи має право слідчий оскаржити відмову у дачі згоди прокурором на внесення подання до суду. Стосовно оскарження відмови у дачі згоди прокурором на звернення до суду із поданням про застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту є точка зору, що слідчий має право у порядку, передбаченому ст. 114 КПК оскаржити її вищестоящому прокурору. Не призупиняючи слідство за кримінальною справою, слідчий має право подати справу вищестоящому прокурору з письмовим викладом своїх заперечень. Рішення останнього є остаточним³²⁷. Така точка зору не ґрунтується на нормах КПК. У ст. 114, ч. 3 ст. 227 КПК мова йде про оскарження вказівок прокурора, а не його відмови дати згоду на звернення до суду із поданням. Ці повноваження є різними за своєю природою, оскільки вказівки прокурора, як правило, спрямовані на забезпечення законності та ефективності розслідування, а давання ним згоди на звернення із поданням до суду є типово наглядовим повноваженням для забезпечення законності та обґрунтованості подань, у разі задоволення яких будуть обмежені конституційні права осіб. Різну правову природу цих повноважень підтверджує й те, що вони закріплені у різних пунктах ч. 1 ст. 227 КПК. Таким чином, по-

³²⁷ Кондратьев А. В. Прокурорский надзор и судебный контроль в стадии досудебного следствия за законностью применения мер процессуального принуждения / Кондратьев А. В., Давыденко Л. М. Каркач П. М. — Донецк, 2003. — С. 31-32

рядок, передбачений ст. 114 та 227 КПК, не може застосовуватися для оскарження відмови прокурора у наданні згоди на звернення слідчого з поданням до суду. Однак у КПК має бути передбачений окремий порядок оскарження відмови у дачі згоди прокурором на звернення до суду із поданням.

Етап 2. Після надходження до суду подання реєструється у канцелярії, на нього заводиться обліково-статистична картка. Після цього подання направляється до судді на розгляд (за графіком або за розподілом).

КПК України передбачає, що суддя негайно розглядає подання. Чіткого строку розгляду подання КПК не встановлює. Але негайний розгляд подання не завжди є можливим³²⁸. Суддя може бути зайнятий у розгляді справи, перебувати у нарадчій кімнаті тощо. Крім того, з огляду на «негайність», розгляд подання про надання судового дозволу на здійснення процесуальної або оперативно-розшукової дії може перетворитися на суто формальну процедуру. У зв'язку із цим більш прийнятним є рішення російського законодавця, яким встановлено строк розгляду постанови слідчого про провадження слідчої дії — не пізніше 24 годин з моменту надходження клопотання (цей строк передбачений й у проекті КПК № 1233). За цей строк суддя має можливість ознайомитися з матеріалами справи, заслухати пояснення, у належному обсязі встановити ті обставини, які є фактичною підставою для провадження слідчої дії. За таких обставин розгляд подання буде не формальною процедурою, яку необхідно «невідкладно» здійснити, а дійсно розглядом суддею подання та встановленням необхідних для надання дозволу або відмови у його наданні обставин.

Розгляд подання здійснюється суддею одноособово. Слід зазначити, що розгляд подань про накладення арешту на кореспонденцію та зняття інформації з каналів зв'язку розглядається лише головою апеляційного суду або його заступником. Як вже зазначалося у юридичній літературі, це не є доцільним³²⁹. Тому слід підтримати точку зору про те, що повноваження на надання дозволу на накладення арешту на кореспонденцію та зняття інформації з каналів зв'язку

³²⁸ На це вже зверталася увага у літературі: Філатов В. М. Обмеження конституційних прав і свобод людини та громадянина: складні питання та шляхи удосконалення законодавства / В. М. Філатов, С. А. Солоткий // Вісник Верховного Суду України. — 2008. — №8. — С. 44

³²⁹ Маляренко В. Т. Перебудова кримінального процесу України в контексті європейських стандартів / Маляренко В. Т. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — С. 151

має бути передано суддям місцевих судів. Це є доцільним і тому, що є можливість передбачити апеляційне оскарження винесеної суддею місцевого суду постанови.

Суддя розглядає подання одноособово за участі у разі необхідності слідчого та прокурора. Голова апеляційного суду або його заступник обов'язково заслуховує думку прокурора, а за необхідності — слідчого. ПП ВСУ від 28 березня 2008 р. у п. 8 передбачає, що суддя за необхідності вислуховує суб'єкта внесення подання. Однак таке роз'яснення суперечить ст. 177 КПК, відповідно до якої у разі необхідності вислуховує слідчого, *прокурора* (курсив наш — І. Г.) Таким чином, при розгляді подань змагальність повністю виключена. У КПК не передбачено загальної процедури розгляду подань керівника або заступника керівника оперативного підрозділу та учасників цього розгляду (хоча ст. 97 КПК передбачає, що проведення визначених у законодавчих актах України окремих оперативно-розшукових заходів проводиться з дозволу суду за погодженням з прокурором поданням керівника відповідного оперативного підрозділу або його заступника. Постанова судді про надання такого дозволу виноситься і на неї може бути принесена апеляція з додержанням порядку і у випадках, передбачених статтями 177, 178 і 190 КПК). У проекті КПК України, з урахуванням запропонованих змін до Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», слід передбачити обов'язкову участь прокурора у розгляді подання. При цьому обов'язок підтримання подання має бути покладено саме на прокурора. Крім того, слід передбачити участь працівника підрозділу, який здійснює оперативно-розшукову діяльність.

У КПК стосовно процесуальної форми розгляду подань не вказується на судове засідання, тобто розгляд подання здійснюється в особливому порядку, який не тотожний судовому засіданню. У зв'язку із цим неможливо погодитися з твердженням О. В. Кондратьєва, що «виходячи з того, що за результатами розгляду подання слідчого суд зобов'язаний винести постанову про проведення обшуку чи про відмову в проведенні обшуку, слід зробити висновок про те, що подання слідчого про проведення обшуку в житловому приміщенні повинно розглядатися в судовому засіданні, оскільки поза рамками судового засідання суддя не вправі приймати подібне рішення»³³⁰.

³³⁰ Кондратьев О. В. Організаційно-правові проблеми судового контролю: дис.... кандидата юрид. наук: 12.00.10 / Кондратьев Олександр Васильович. — Х., 2005. — С. 130

Відповідно до ст. 187 КПК, постанова про накладення арешту на кореспонденцію або про зняття інформації з каналів зв'язку виноситься в режимі, який забезпечує нерозголошення даних досудового слідства або оперативно-розшукової діяльності. На відміну від КПК України, Модельний КПК для держав-учасниць СНД, КПК РФ та проекти КПК України № 3456д, № 1233 передбачають розгляд клопотань про провадження слідчої дії у судовому засіданні. Модельний КПК для держав-учасниць СНД передбачає, що судові засідання має бути закритим, а у КПК РФ та проектах КПК України № 3456д, № 1233 не вказується, чи є таке засідання закритим чи відкритим, чи повинен у цьому судовому засіданні вестися протокол судового засідання. Як уявляється, враховуючи те, що при розгляді подання змагальність повністю виключена, недоцільно розглядати подання у судовому засіданні та фіксувати його перебіг протоколом судового засідання. Для можливої перевірки постанови апеляційним судом у постанові достатньо викласти зміст пояснень слідчого та прокурора, які давалися ними при розгляді подання. Доцільним та прийнятним є той порядок, який встановлений у КПК України щодо винесення постанов про накладення арешту на кореспонденцію або про зняття інформації з каналів зв'язку, який слід поширити на порядок розгляду та вирішення усіх подань про надання судового дозволу на здійснення процесуальних дій. ПП ВСУ від 28 березня 2008 р. передбачено, що розгляд подань, внесених у порядку, передбаченому частиною п'ятою статті 97 та частиною третьою статті 187 КПК, частиною другою статті 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», статтею 15 Закону України «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю», статтею 7 Закону України «Про контррозвідувальну діяльність», здійснюється суддею невідкладно в режимі, що забезпечує нерозголошення даних, які містяться у них та відповідних матеріалах справи. У даному випадку ведення протоколу судового засідання законом не передбачено.

При розгляді подання про надання судового дозволу на здійснення процесуальної дії судді обов'язково мають бути надані матеріали кримінальної справи. Ця вимога КПК (ст. ст. 177, 187 КПК) абсолютно обґрунтована, оскільки неможливо визначити, чи є фактичні та юридичні підстави для здійснення процесуальної дії, без вивчення усієї кримінальної справи. У зв'язку з цим не досить вдалим є формулювання п. 8 ПП ВСУ від 28 березня 2008 р., який передбачає, що обсяги надання матеріалів визначаються суддею.

КПК не встановлює, що має робити суддя у разі відмови надати йому усі матеріали кримінальної справи. Як уявляється, у КПК має бути норма про те, що у цьому разі суддя своєю постановою залишає подання без розгляду у зв'язку із ненаданням йому матеріалів кримінальної справи для вивчення. І не можна погодитися з роз'ясненням ПП ВСУ від 28 березня 2008 р., п. 8 який зазначає, що невиконання законних вимог судді щодо надання матеріалів може бути підставою для відмови в задоволенні подання. У разі ненадання матеріалів суддя не може вирішити його по суті, оскільки у нього відсутні відповідні джерела інформації. У зв'язку з цим доцільніше передбачити, що у цьому випадку суддя своєю постановою залишає подання без розгляду у зв'язку з ненаданням йому матеріалів кримінальної справи для вивчення. Слід зазначити, що КПК РФ та проект КПК № 1233 прямо не передбачають обов'язку слідчого надати судді для вивчення усі матеріали кримінальної справи. Це є прогалиною у правовому регулюванні розгляду подання, оскільки неможливо визначити, чи є фактичні та юридичні підстави для здійснення процесуальної дії, без вивчення усієї кримінальної справи.

КПК не встановлює обов'язку надання судді матеріалів оперативно-розшукової справи, і це є прогалиною у правовому регулюванні (однак це передбачено ПП ВСУ від 28 березня 2008 р. у п. 8). У проекті КПК України має бути встановлено обов'язок надання судді для ознайомлення матеріалів оперативно-розшукової справи. У літературі висловлено думку, що такий підхід спричинить певні ускладнення для оперативно-розшукових підрозділів, а також може вплинути на додержання конспірації в їх діяльності. У практиці оперативно-розшукових підрозділів результати оперативної розробки часто фіксуються в багатотомних справах, де, крім відомостей, що стосуються фактичних підстав для проведення заходів, міститься інша інформація, не потрібна судді для виваженого рішення про надання дозволу, у зв'язку із цим пропонується подавати судді на розгляд лише частину матеріалів³³¹. Із цією точкою зору можливо погодитися лише частково. На додержання конспірації в діяльності оперативно-розшукових підрозділів може вплинути лише поширення інформації про осіб, упроваджених у злочинні групи, штатних негласних працівників або осіб, які співпрацюють з оперативно-

³³¹ Єськов С. Деякі питання вдосконалення процедури надання судового дозволу на негласні оперативно-розшукові заходи / С. Єськов // Вісник Академії правових наук України. — 2006. — № 3. — С. 239,240

розшуковим підрозділом на конфіденційних засадах. І тому слід погодитися із тим, що ці відомості не потрібні судді для прийняття рішення за поданням і вони не повинні йому надаватися³³². Решта з матеріалів оперативно-розшукової справи повинна надаватися судді, оскільки неможливо визначити, чи є фактичні та юридичні підстави для здійснення оперативно-розшукової дії, без вивчення оперативно-розшукової справи.

Модельний КПК для держав-учасниць СНД передбачає, що при розгляді клопотань про провадження слідчих дій суддя вправі викликати та допитати осіб, показання яких обґрунтовують або спростовують клопотання, витребувати документи та речові докази, необхідні для перевірки обґрунтованості клопотання. Як уявляється, право судді викликати та допитати осіб, показання яких обґрунтовують або спростовують клопотання, суперечить принципу недопустимості розголошення даних дізнання та досудового слідства, оскільки шляхом таких дій заінтересованим особам може стати відомо про перспективу провадження певної слідчої дії, що може бути використано для знищення доказів тощо. Однак у новому КПК України слід передбачити право судді при розгляді подання витребувати документи та речові докази, необхідні для перевірки обґрунтованості подання.

ПП ВСУ від 28 березня 2008 р. у п. 8 фрагментарно роз'яснено порядок розгляду подань: при розгляді подання про тимчасове обмеження конституційних прав і свобод людини і громадянина суддя перевіряє, чи відображено в ньому всі необхідні дані для їх розгляду, чи підписане воно повноваженою службовою особою і чи погоджене воно у визначених законом випадках з прокурором, вивчає матеріали оперативно-розшукової, контррозвідувальної або кримінальної справи, за необхідності вислуховує суб'єкта внесення подання і виносить умотивовану постанову про задоволення подання або відмову в такому задоволенні. Обсяги надання матеріалів справи визначаються суддею. Невиконання законних вимог судді може бути підставою для відмови в задоволенні подання. При розгляді подань суди повинні

³³² Єськов С. Деякі питання вдосконалення процедури надання судового дозволу на негласні оперативно-розшукові заходи / С. Єськов // Вісник Академії правових наук України. — 2006. — № 3. — С. 240; Шиманський Ф. В. Судовий захист прав людини при провадженні оперативно-розшукових заходів / Ф. В. Шиманський // Актуальні проблеми політики: зб. наук. праць. — Вип. 13-14. — О.: Юрид. л-ра, 2002. — С. 457

звертати особливу увагу на строки, протягом яких планується обмежити права людини. У будь-якому разі ці строки не можуть перевищувати строки ведення конкретної оперативно-розшукової справи (стаття 9¹ Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність»).

У випадках, коли слідчий подає до суду декілька подань про проведення декількох слідчих дій або подань щодо однієї і тієї ж особи по одній кримінальній справі, задля оперативності розгляду суд вправі об'єднати такі подання і розглянути їх в одному провадженні при умові, що це не може негативно відбитися на всебічності, повноті та об'єктивності дослідження і вирішення справи³³³.

Проблему сутності розгляду та вирішення подань судом у судовому провадженні влучно визначив М. О. Колоколов: «поки що незрозуміло, зведеться судово-контрольна функція у стадії попереднього розслідування до формальної перевірки тих деяких даних, які правоохоронні органи захочуть надати у суди, або ж органи судової влади будуть обґрунтовувати свої рішення, які приймаються на досудових стадіях кримінального процесу, зібраними у справі до цього моменту доказами»³³⁴. При розгляді та вирішенні подання по суті суддя зобов'язаний встановити, чи існують юридичні та фактичні підстави для здійснення процесуальної або оперативно-розшукової дії, про дозвіл на здійснення якої клопочуться³³⁵. Таким чином, предметом дослідження при розгляді подання про надання дозволу на здійснення процесуальної дії є фактичні дані по кримінальній справі та процесуальні рішення. Як влучно зазначив С. А. Шейфер, у таких випадках предметом розгляду є наявність не тільки формальних, а й фактичних підстав для прийняття процесуального рішення³³⁶.

³³³ Дроздов О. М. Щодо проблеми ефективності надання дозволів судом на обмеження прав людини у кримінальному судочинстві / О. М. Дроздов // Правові засади підвищення ефективності боротьби зі злочинністю в Україні: Матеріали наук. конф., 15 трав. 2008 р. / Ред. кол.: В. І. Борисов (голов. ред.) та ін. — Х.: Право, 2008. — С. 115

³³⁴ Колоколов Н. А. Судебный контроль в стадии предварительного расследования: реальность, перспективы / Н. А. Колоколов // Государство и право. — 1998. — № 11. — С. 36

³³⁵ Детальніше щодо предмету судового дослідження див.: Пінчук М. Г. Предмет судового дослідження та проблеми підвищення ефективності застосування законодавства про проведення обшуку, огляду чи виїмки з житла чи іншого володіння особи / М. Г. Пінчук // Правові засади підвищення ефективності боротьби зі злочинністю в Україні: Матеріали наук. конф., 15 трав. 2008 р. / Ред. кол.: В. І. Борисов (голов. ред.) та ін. — Х.: Право, 2008. — С. 117-120

³³⁶ Шейфер С. А. Следственные действия. Основания, процессуальный порядок и доказательственное значение / Шейфер С. А. — Самара, 2004. — С. 188

Предметом дослідження є фактичні дані, які можуть бути як доказами, так і мати характер непроцесуальної інформації. При цьому ці дані можуть бути й помилковими: наприклад, коли при обшуку житла не буде виявлено доказів вчинення злочину, тобто факту знаходження певних речей у певному житловому приміщенні може й не бути. Крім того, елементом предмета дослідження є й процесуальні рішення (наприклад, постанова про порушення кримінальної справи), оскільки її відсутність у деяких випадках свідчить про відсутність юридичної підстави для здійснення слідчої дії. Обґрунтуванню у постанові судді підлягають фактичні та юридичні підстави для провадження процесуальної дії на підставі досліджених фактичних даних та процесуальних рішень. Фактичними підставами для провадження слідчої дії є фактичні дані, які дозволяють зробити висновок про необхідність провадження в інтересах розслідування конкретної слідчої дії³³⁷. Це визначення є прийнятним і для фактичних підстав провадження процесуальної дії. Юридичними підставами для провадження процесуальної або оперативно-розшукової дії є передбачені нормами КПК та Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» правові вимоги, за наявності яких є можливим прийняття рішення про провадження процесуальної або оперативно-розшукової дії (наявність в особи компетенції на провадження процесуальної або оперативно-розшукової дії, наявність порушеної кримінальної або оперативно-розшукової справи (не в усіх випадках), наявність в особи процесуального статусу (не в усіх випадках).

Як вірно вказує О. М. Дроздов, суддя, розглядаючи подання, зобов'язаний перевірити наявність нескасованої постанови про порушення кримінальної справи. Якщо ж кримінальна справа порушена однією особою, а з поданням звернулася інша особа, то необхідно перевірити, чи перебуває кримінальна справа у провадженні останньої. У випадку, коли провадження здійснюється слідчою групою, необхідно отримати постанову про створення цієї групи та пересвідчитися в тому, що дана особа діє у складі слідчої групи³³⁸.

³³⁷ Аленин Ю. П. Процессуальные особенности производства следственных действий / Аленин Ю. П. — К-д, Центрально-Украинское изд — во, 2002. — С. 30

³³⁸ Дроздов О. М. Щодо проблеми ефективності надання дозволів судом на обмеження прав людини у кримінальному судочинстві / О. М. Дроздов // Правові засади підвищення ефективності боротьби зі злочинністю в Україні: Матеріали наук. конф., 15 трав. 2008 р. / Ред. кол.: В. І. Борисов (голов. ред.) та ін. — Х.: Право, 2008. — С. 114

Предметом судового дослідження мають бути дані про порушення кримінальної справи, особу, стосовно якої її порушено, із зазначенням кримінально-правової кваліфікації злочину, а також точні дані про заплановане місце проведення відповідних слідчих дій. За необхідності встановлюється і джерело обізнаності органів дізнання та досудового слідства про те, що предмети знаходяться у конкретному володінні (помешканні) певної особи³³⁹.

Відповідно до п. 13 ПП ВСУ від 28 березня 2008 р., під час вивчення оперативно-розшукової справи (контррозвідувальної справи), судді необхідно переконатися і у наявності постанови про заведення оперативно-розшукової справи щодо конкретної особи, стосовно якої плануються заходи, які потребують дозволу суду; наявності оперативних даних про те, що особа вчинила чи планує вчинити тяжкий або особливо тяжкий злочин (злочини); наявності доручення на здійснення оперативно-розшукової діяльності органу дізнання, слідчого, прокурора чи суду, інших передбачених частиною другою статті 6 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» осіб, органів чи організацій; чи відповідає подання матеріалам оперативно-розшукової справи; чи не закінчилися строки ведення оперативно-розшукової справи чи продовжені вони в передбаченому законом порядку; чи є дані про продовження особою злочинної діяльності або вона готує тяжкий чи особливо тяжкий злочин (для випадків, коли кримінальну справу не порушено); чи відповідають назви оперативних заходів чинному законодавству, законність заведення оперативно-розшукової справи. Підлягають дослідженню суддею дані про фактичне використання житла чи іншого володіння, каналу зв'язку або належність конкретній особі, кримінально-правову кваліфікацію злочину тощо.

Етап 3. Розглянувши подання, суддя або суд, відповідно до КПК України, своєю постановою може: 1) задовольнити подання, винести постанову про надання дозволу на здійснення процесуальної або оперативно-розшукової дії; 2) відмовити у задоволенні подання. Аналогічний результат розгляду передбачений і КПК РФ, і проектом КПК № 1233.

Як показує практика, основними причинами залишення подань про проведення обшуку житла та іншого володіння особи без за-

³³⁹ Філатов В. М. Обмеження конституційних прав і свобод людини та громадянина: складні питання та шляхи удосконалення законодавства / В. М. Філатов, С. А. Солоткий // Вісник Верховного Суду України. — 2008. — №8. — С. 45

доволення є: недоказаність причетності обвинуваченого до злочину; недоказаність того, що за даною адресою можуть бути виявлені речі, що мають значення для розгляду кримінальної справи³⁴⁰

Однак у судовій практиці є випадки, за яких необхідно прийняти й інше рішення. Так, наприклад, слідчий або прокурор можуть відкликати подання до початку його розгляду (це, наприклад, прямо передбачено Модельним КПК для держав-учасниць СНД щодо прокурора (ст. 325)); прокурор може відмовитися від підтримання подання у суді — законом це не заборонено. Яке рішення у цьому випадку приймати судді або суду, КПК не встановлює. Як уявляється, у разі відкликання подання до судового розгляду суддя зобов'язаний залишити його без розгляду, що не заважає органу дізнання, слідчому, прокурору, керівнику або заступнику керівника оперативного підрозділу повторно у разі необхідності звернутися із аналогічним поданням. Суддя не може у цьому випадку вирішувати подання по суті, оскільки у цьому випадку він фактично буде здійснювати функцію обвинувачення, а не забезпечувати дотримання прав осіб при провадженні у кримінальній справі. Судова діяльність у досудовому провадженні має ініціаційний характер: у разі втрати інтересу у сторони обвинувачення до провадження процесуальної або оперативно-розшукової дії суддя не має права виявляти ініціативу та надавати дозвіл на здійснення цієї дії. У разі відмови від підтримання подання у суді суддя, використовуючи аналогію закону, повинен своєю постановою закрити провадження із розгляду подання.

КПК України окремо регулює форму постанови тільки стосовно накладення арешту на кореспонденцію та зняття інформації з каналів зв'язку. Відповідно до ст. 187 КПК, у постанові про накладення арешту на кореспонденцію зазначаються кримінальна справа і підстави, з яких буде провадитись ця слідча дія, прізвище, ім'я та по батькові особи, кореспонденція якої має затримуватися, точна адреса цієї особи, види поштово-телеграфних відправлень, на які накладається арешт, термін, протягом якого зберігається арешт, назва установи зв'язку, на яку покладається обов'язок затримувати кореспонденцію і повідомляти про це слідчого. У постанові про зняття інформації з каналів зв'язку зазначаються кримінальна справа і підстави, з яких буде провадитись ця слідча дія, прізвище, ім'я та по батькові особи, з каналів зв'язку якої має зніматись інформація, точ-

³⁴⁰ Судова практика. — 2005. — №1 (1). — С. 77

на адреса цієї особи, види цих каналів, термін, протягом якого знімається інформація, назва установи, на яку покладається обов'язок знімати інформацію і повідомляти про це слідчого. Загальних вимог до форми постанови судді при наданні дозволу на здійснення процесуальної дії КПК не встановлює.

Модельний КПК для держав-учасниць СНД передбачає, що у судовому рішенні повинні бути вказані: дата та місце його складання; прізвище судді; посадова особа або орган, які звернулися з клопотанням; розпорядження про провадження слідчої чи оперативно-розшукової дії з точною вказівкою, що являє собою ця дія та на кого поширюється; строк дії рішення; посадова особа або орган, уповноважені виконати рішення; підпис судді, завірений печаткою суду.

Л. Масленникова вважає, що судові рішення на обмеження того чи іншого конституційного права крім звичайних реквізитів повинні містити: коротку інформацію про характер розслідуваної події; дані про особу, чие право має бути обмежене; дані про вид та місце проведення дії, на здійснення якої прохається дозвіл; характер інформації, яка можливо буде отримана шляхом обмеження конституційного права; вказівку на те, якому саме правозастосовному органу приписується здійснення дії щодо обмеження конституційного права та яка саме посадова особа дала дозвіл; строк дії судового рішення та вказівка на те, чи повинне здійснюване обмеження бути припинене відразу після того, як буде отримана очікувана інформація чи відпадуть підстави для здійснення застосованої дії з інших причин³⁴¹. Слід зазначити, що не з усіма викладеними пропозиціями можна погодитися. Не є доцільним вказувати, яка інформація, можливо, буде отримана при провадженні процесуальної дії. По-перше, це ще може бути й невідомо, по-друге, КПК не встановлює та не повинен встановлювати вимогу про те, що підставою для провадження процесуальної дії є передбачення інформації, яка може бути отримана. Підставою для провадження процесуальної дії є наявність достатніх підстав вважати, що в результаті провадження процесуальної дії будуть отримані фактичні дані, які можуть бути доказами у кримінальній справі. Але навіть і це має характер можливого, але не обов'язкового; цих даних може й не бути. Характер інформації, яка буде отримана, можна за допомогою криміналістичних методів при-

³⁴¹ Масленникова Л. Судебный контроль: от Конституции до УПК / Л. Масленникова // Российская юстиция. — 1995. — № 8. — С. 46

близко передбачити — але прогнози слідчого, прокурора не можуть бути встановлені та закріплені постановою судді. Крім того, незрозумілою є вимога про вказування посадової особи, яка дозволила здійснення слідчої дії — адже дозволяє її здійснення суд. Що стосується вимоги про вказування про те, чи повинне здійснюване обмеження буди припинене відразу після того, як буде отримана очікувана інформація чи відпадуть підстави для здійснення застосованої дії з інших причин, то вона має факультативний характер, адже продовжуваний дозвіл дається лише на накладення арешту на кореспонденцію та зняття інформації з каналів зв'язку. Є доктринальні пропозиції і щодо постанови про надання дозволу на обшук житла чи іншого володіння особи³⁴².

Відповідно до п. 15 ПП ВСУ від 28 березня 2008 р., постанова судді про накладення арешту на кореспонденцію або зняття інформації з каналів зв'язку повинна бути вмотивована відповідно до вимог статті 187 КПК. Початок перебігу строку дії дозволу, наданого судом, обчислюється з моменту підписання постанови суддею. У постанові необхідно зазначити: орган, який звернувся з поданням; зміст подання, при цьому обов'язково зазначається дата заведення оперативно-розшукової справи щодо особи (контррозвідувальної справи); дані про особу; стаття КК України, якою передбачено кримінальну відповідальність за діяння, вчинене собою, чи до якого вона готується; назва заходу, який планується здійснити за дозволом суду; номер каналу зв'язку; адреса житла чи іншого володіння особи, його належність чи задокументовані дані (у тому числі оперативні) про фактичне використання особою житла чи іншого володіння, каналу зв'язку; підстави надання дозволу, як вони передбачені Конституцією України та законами (з посиланням на них); точну назву заходу, як він передбачений чинним законодавством, і лише того, який зазначено в поданні; особа, щодо якої застосовуватиметься захід; термін застосування та його обґрунтування; орган, який буде здійснювати оперативно-розшукові заходи. У постанові про проведення обшуку повинно бути зазначено назву і склад суду, який розглянув подання; дані про особу, яка внесла подання; відомості про особу, в житлі чи іншому володінні якої необхідно провести обшук; точну адресу житла чи іншого володіння, якщо це автомобіль, то необхідно вказати

³⁴² Кондратьев О. В. Організаційно-правові проблеми судового контролю: дис.... кандидата юрид. наук: 12.00.10 / Кондратьев Олександр Васильович. — Х., 2005. — С. 131

марку автомобіля та державний реєстраційний номер; а також дані, на підставі яких суд дійшов висновку про необхідність проведення обшуку в житлі чи іншому володінні конкретної особи. У постанові про проведення примусової виїмки з житла чи іншого володіння особи мають бути зазначені точні дані про предмети, які підлягають вилученню, зокрема їх опис та характеристика. Якщо ці предмети мають номери чи інші дані (наприклад, технічний паспорт), про це суд також має зазначити в постанові. Крім того, постанова має містити конкретний перелік предметів (речей, документів), що підлягають вилученню. Не допускається при цьому таке формулювання постанови, що допускає її розширювальне тлумачення.

Як уявляється, постанова повинна складатися із трьох частин: вступної, описово-мотивувальної та резолютивної. У вступній частині повинні бути зазначені: дата прийняття постанови, прізвище, ім'я, по-батькові судді, який розглядав подання, найменування подання, вказання особи або органу, яка його подала. Описово-мотивувальна частина відокремлюється від вступної словом «Встановив». У цій частині повинен бути викладений зміст подання, пояснення особи, яка провадить дізнання, слідчого, прокурора, працівника підрозділу, який здійснює оперативно-розшукову діяльність, якщо суддя вислуховував їх пояснення, наявність або відсутність фактичних та юридичних підстав для здійснення процесуальної або оперативно-розшукової дії, мотиви, за яких суддя дійшов висновку про необхідність задоволення подання, відмови у його задоволенні, залишення без розгляду, посилення на докази, якими обґрунтовується постанова. У цій же частині постанови повинні бути зазначені норми права, якими керувався суддя при прийнятті постанови. Резолютивна частина постанови повинна містити назву справи, у межах якої направлено подання та зміст рішення: дозволити здійснення процесуальної або оперативно-розшукової дії, відмовити у наданні дозволу на здійснення процесуальної або оперативно-розшукової дії, залишити подання без розгляду, закрити провадження із розгляду подання. У разі задоволення подання має бути вказана особа або орган, якому доручається виконання постанови.

У літературі існують пропозиції стосовно того, що у постанові про надання дозволу на проникнення до житла або іншого володіння особи доцільно вказати строк, протягом якого можливе виконання

цієї слідчої дії³⁴³. Існує й протилежна точка зору³⁴⁴. Однак у постанові про надання дозволу на проведення слідчих дій у житлі недоцільно вказувати строк, протягом якого можливе їх проведення, оскільки необхідність проведення слідчих дій у житлі залежить від конкретної слідчої ситуації, яка може змінюватися. Право людини на недоторканність житла чи іншого володіння охороняється необхідністю отримання судового дозволу, а момент, коли проведення слідчої дії буде найбільш процесуально вигідним, має визначати слідчий. Резолютивна частина постанови буде мати певні особливості залежно від виду наданого дозволу: так, при наданні дозволу на обшук чи огляд житла повинна бути зазначена точна адреса, а якщо це домоволодіння — зазначення, дозволяються обшук чи огляд тільки будинку або усього володіння. В одній постанові із досліджених 43 постанов про надання дозволу на обшук житла та іншого володіння особи було вказано особистий автомобіль. У постанові про накладення арешту на кореспонденцію зазначаються прізвище, ім'я та по-батькові особи, кореспонденція якої має затримуватися, точна адреса цієї особи, види поштово-телеграфних відправлень, на які накладається арешт, термін, протягом якого зберігається арешт, назва установи зв'язку, на яку покладається обов'язок затримувати кореспонденцію і повідомляти про це слідчого, а у постанові про зняття інформації з каналів зв'язку зазначаються прізвище, ім'я та по-батькові особи, з каналів зв'язку якої має зніматись інформація, точна адреса цієї особи, види цих каналів, термін, протягом якого знімається інформація, назва установи, на яку покладається обов'язок знімати інформацію і повідомляти про це слідчого.

У постанові також має бути зазначено про можливість або неможливість її оскарження, і якщо оскарження передбачено нормами діючого кримінально-процесуального права — порядок такого оскарження.

³⁴³ Маринів В. І. Принцип особистої недоторканності у кримінальному процесі України: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук.: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / В. І. Маринів. — Х., 1999. — С. 12

³⁴⁴ Філатов В. М. Обмеження конституційних прав і свобод людини та громадянина: складні питання та шляхи удосконалення законодавства / В. М. Філатов, С. А. Солоткий // Вісник Верховного Суду України. — 2008. — №8. — С. 46; Шило О. Обшук житла чи іншого володіння особи: проблеми правової регламентації / О. Шило, О. Капліна // Вісник Академії правових наук України. — 2005. — № 2. — С. 199

2.2. Судовий контроль: поняття та реалізація у досудових стадіях кримінального процесу

Судовий контроль у розумінні діяльності з розгляду та вирішення скарг у кримінальному судочинстві є однією із функцій суду у досудовому провадженні. В юридичній літературі визнається контрольний характер повноважень суду із розгляду та вирішення скарг³⁴⁵. Так, наприклад, Д. Філін вважає, що окрема (самостійна) функція контролю полягає у перевірці за скаргами учасників процесу процесуальних дій та рішень осіб, які здійснюють провадження у справі³⁴⁶. К. В. Рябцева визначає судовий контроль як перевірку, що здійснюється судом для встановлення законності та обґрунтованості дій (бездіяльності) та рішень органу дізнання, дізнавача, слідчого, прокурора, нижчестоящего суду у встановленому законом процесуальному порядку та яка ініціюється не органом, який перевіряється, а іншими учасниками кримінального процесу³⁴⁷. За сутнісними ознаками судового контролю із цим визначенням можна погодитися, однак воно не повністю може бути використано для визначення судового контролю у досудовому провадженні. Судовий контроль у досудовому провадженні не є контролем за нижчестоящим судом, а лише за органом дізнання, дізнавачем, слідчим, начальником слідчого відділу, прокурором та іншими владними суб'єктами кримінального процесу. Судовий контроль у досудовому провадженні є діяльністю суду (судді) з розгляду та вирішення по суті скарг на дії, бездіяльність, рішення органу дізнання, дізнавача, слідчого, начальника слідчого відділу, прокурора та інших владних суб'єктів кримінального процесу.

У зв'язку із цим необхідно визначити поняття скарги та оскарження у кримінальному судочинстві. У літературі найбільш пошире-

³⁴⁵ Жеребятъев И. Некоторые вопросы реализации правосудия в уголовном судопроизводстве / И. Жеребятъев, А. Шамардин // Уголовное право. — 2004. — № 3. — С. 82-83; Муратова Н. Г. Понятие и правовая природа судебного контроля по уголовным делам / Н. Г. Муратова, Л. Д. Чулюкин // Российский судья. — 2004. — № 3. — С. 16; Оліяничук Ю. Співвідношення судового контролю і функцій органів дізнання, досудового слідства та прокуратури / Ю. Оліяничук // Вісник прокуратури. — 2003. — № 1. — С. 92; Рябцева Е. В. Судебная деятельность в уголовном процессе России / Рябцева Е. В. — Ростов-на / Д.: Феникс, 2006. — С. 88

³⁴⁶ Філін Д. Функції суду в досудових стадіях кримінального процесу / Д. Філін // Право України. — 2005. — № 1. — С. 64

³⁴⁷ Рябцева Е. В. Судебная деятельность в уголовном процессе России / Рябцева Е. В. — Ростов-на / Д.: Феникс, 2006. — С. 88

ним є розуміння скарги як юридичної дії, спрямованої на захист порушеного права чи законного інтересу³⁴⁸. У загальному вигляді вірно вказано сутність скарги, але для кримінального процесу визначення скарги потребує більшої деталізації. Так, В. І. Летучих вважає, що скарга у кримінальному процесі — це засноване на законі звернення громадян, які беруть участь у кримінальному процесі, до органу державної влади, уповноваженого на її прийом та вирішення, з приводу припущеного чи дійсного порушення особистих прав чи законних інтересів, допущеного посадовою особою при порушенні і розслідуванні кримінальної справи, з вимогою про його усунення³⁴⁹. Однак у кримінальному процесі подавати скарги можуть не лише громадяни, а й особи без громадянства, іноземні громадяни, юридичні особи та навіть службові та посадові особи. Крім того, порушеними можуть бути не тільки особисті, а й інші права та законні інтереси, обмежено свободи. В. Л. Будніков визначає скаргу у кримінальному судочинстві як викладене у письмовій формі або виражене усно звернення учасника процесу до належного прокурора, в якому вказується на дійсне чи припущене порушення слідчим його суб'єктивних прав та законних інтересів, а також міститься прохання або вимога щодо усунення відміченого порушення³⁵⁰. Визначення В. Л. Буднікова надано стосовно оскарження лише дій слідчого з урахуванням чинного на той час законодавства. П. А. Лупинська визначає скаргу як звернення до посадової особи, яка веде кримінальне судочинство, чи до суду з приводу порушення прав та законних інтересів суб'єктів кримінального процесу чи іншої особи, чиї права та інтереси порушені рішенням чи дією посадової особи чи суду³⁵¹. О. В. Кондратьєв пропонує визначення скарги як засноване на законі звернення учасника кримінального процесу до органу державної влади з вимогою про усунення порушення прав особи, допущеного органами чи посадовцями, які здій-

³⁴⁸ Козлов Ю. М. Прием и рассмотрение жалоб и заявлений трудящихся в органах советского государственного управления / Козлов Ю. М. — М.: Госюриздат, 1959 — С. 13; Мальков В. В. Советское законодательство о жалобах и заявлениях / Мальков В. В. — М.: Изд-во МГУ, 1967. — С. 16-17; Ремнев В. И. Право жалобы в СССР / Ремнев В. И. — М.: Юрид. лит., 1964. — С. 29

³⁴⁹ Летучих В. И. Конституционный принцип обжалования в досудебных стадиях советского уголовного процесса / Летучих В. И. — Омск, 1981. — С. 9-10

³⁵⁰ Будников В. Л. Обжалование действий и решений следователя / Будников В. Л. — Волгоград, 1990. — С. 7

³⁵¹ Уголовно-процессуальное право Российской Федерации / [Отв. ред. П. А. Лупинская]. — М.: Юристъ, 2004. — С. 323

снюють кримінальне судочинство³⁵². На думку І. О. Мостової, скарга — це процесуальна форма звернення суб'єкта кримінального процесу, у якому вказується на дійсне або передбачуване порушення діями (бездіяльністю) або рішеннями з боку органів чи посадових осіб, які безпосередньо здійснюють кримінально-процесуальне провадження, його прав і законних інтересів з проханням про їх поновлення й захист, і подане у порядку, встановленому кримінально-процесуальним законом, до органів та посадових осіб, уповноважених на їх вирішення³⁵³. Із критичним урахуванням вищевикладених визначень поняття скарги в літературі скаргу можна визначити як засноване на законі звернення суб'єкта кримінального процесу до органу державної влади, службової, посадової особи, уповноваженої на її прийом та вирішення, з приводу припущеного або дійсного порушення прав чи законних інтересів, обмеження свобод, допущеного при провадженні у кримінальній справі, з вимогою про його усунення та відновлення порушених чи обмежених прав, свобод чи законних інтересів. Подання скарги реалізується шляхом оскарження. Оскарженням у кримінальному процесі є діяльність заінтересованої особи щодо реалізації права на скаргу. Оскарження дій органів дізнання та досудового слідства, прокурора є правом учасників процесу та суб'єктів, які сприяють веденню процесу. Це процесуальне право впливає із ст. 55 Конституції України, відповідно до якої кожному гарантується право на оскарження у суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових та службових осіб. Оскарження дій, бездіяльності та рішень у кримінальному процесі поділяється на два види: невідкладне оскарження (скарга розглядається судом та вирішується по суті на стадії досудового розслідування) та відстрочене оскарження (скарга розглядається при попередньому розгляді справи суддею чи при розгляді її по суті). У порядку окремого провадження (невідкладне оскарження) розглядаються та вирішуються скарги на постанову про порушення кримінальної справи, на постанову про відмову у порушенні кримі-

³⁵² Кондратьєв О. В. Організаційно-правові проблеми судового контролю: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.10 «судоустрій; прокуратура та адвокатура» / О. В. Кондратьєв. — Х, 2005. — 19 с. — Режим доступу до автореферату: <http://www.nbuv.gov.ua/ard/2005/05kovpsk.zip>

³⁵³ Мостова І. О. Предмет скарги у досудовому провадженні / І. О. Мостова // Моделі та стратегії євроінтеграції України: економічний і правовий аспекти: Збірник матеріалів IX Міжнародної науково-практичної конференції, 30 травня 2006 р. — К.: УАЗТ, 2006. — С. 118.

нальної справи, на постанову про закриття кримінальної справи, на затримання особи у порядку ст. 106 КПК, на постанову про відмову у застосуванні заходів безпеки або їх скасування.

У літературі тривалий час було і залишається дискусійним питання, чи можливий судовий захист прав та інтересів особи у кримінальній справі тільки у порядку кримінального судочинства чи також і в порядку цивільного чи судово-адміністративного судочинства³⁵⁴. Постановою ПП ВСУ від 11 лютого 2005 р. у п. 6³⁵⁵, яка на даний час скасована³⁵⁶, було роз'яснено, що бездіяльність органу дізнання, слідчого, прокурора, що полягала у неприйнятті за заявою про злочин жодного з рішень, передбачених ч. 2 ст. 97 КПК, може бути оскаржена в порядку, встановленому в гл. 31-А Цивільного процесуального кодексу України (зараз цей порядок встановлено Кодексом адміністративного судочинства України). Такий підхід наявний і в судовій практиці³⁵⁷. Так, наприклад, Вищим адміністративним судом України 29 листопада 2005 року була розглянута касаційна скарга громадянина К. на рішення Бердичівського міськрайонного суду від 10 червня 2005 року та ухвалу апеляційного суду Житомирської області від 18 серпня 2005 року на неправомірні дії службових осіб Бердичівського міськрайонного відділу внутрішніх справ УМВС України в Житомирській області. Заявник оскаржував, крім іншо-

³⁵⁴ Бойко П. Оскарження постанови про порушення кримінальної справи / П. Бойко // Юридична Україна. — 2003. — № 7. — С. 75,76; Навроцький В. О. Про судовий захист прав людини в ході досудового слідства / В. О. Навроцький // Актуальні проблеми політики. — 2002. — Вип. 13— 14. — С. 52; детальніше щодо цього питання див.: Аленін Ю. Гловюк І. Щодо судової юрисдикції скарг на рішення, дії, бездіяльність органів дізнання, досудового слідства, прокуратури / Ю. Аленін, І. Гловюк // Право України. — 2008. — №8. — С. 98-103.

³⁵⁵ Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про деякі питання, які виникають під час розгляду судами України скарг на постанови органів дізнання, слідчого, прокурора про порушення кримінальної справи» від 11 лютого 2005 р. // Вісник Верховного Суду України. — 2005. — № 2. — С. 15-16.

³⁵⁶ Постанова Пленуму Верховного Суду України від 21.12.2007 р. «Про визнання такою, що втратила чинність, постанови Пленуму Верховного Суду України від 11 лютого 2005 р. N 1 «Про деякі питання, що виникають під час розгляду судами України скарг на постанови органів дізнання, слідчого, прокурора про порушення кримінальної справи»» // Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v0012700-07>

³⁵⁷ Постанова Президії Київського міського суду від 6 травня 1997 р. (витяг) // Рішення Верховного Суду України. — 1998. — С. 132-133; Ухвала Військової колегії Верховного Суду України від 17 квітня 2001 року (витяг) // Вісник Верховного Суду України. — 2002. — № 5. — С. 28

го, бездіяльність Бердичівського міськрайонного відділу внутрішніх справ УМВС України в Житомирській області, яка, на його думку, полягала у несвоечасній реєстрації поданої заяви про злочин.

У правозастосовній практиці аналогічно вирішується питання і щодо оскарження бездіяльності процесуальних органів із прийняття і реєстрації заяв про злочини або щодо відмови у прийнятті відповідної заяви. Так, Верховним Судом України було скасовано ухвалу Вишого адміністративного суду України від 27 червня 2006 року, а справу направлено на новий розгляд до цього суду. Верховним Судом України було вказано, що за заявою фізичної особи про порушення кримінальної справи, жодної постанови згідно з КК України прийнято не було. Така бездіяльність суб'єкта владних повноважень оскаржується у порядку адміністративного судочинства³⁵⁸.

Як уявляється, такий підхід є хибним. Не можна погодитися із аргументами В. О. Навроцького про те, що Рішенням Конституційного Суду України від 23 травня 2001 року відкрито шлях до використання судового порядку розгляду скарг на дії прокурора в ході проведення досудового слідства³⁵⁹. Недивлячись на те, що у Рішенні Конституційного Суду України від 23 травня 2001 р. вказано на те, що «захист прав і свобод людини не може бути надійним без надання їй можливості при розслідуванні кримінальної справи оскаржити до суду окремі процесуальні акти, дії чи бездіяльність органів дізнання, попереднього слідства і прокуратури», Рішення передбачає, що «таке оскарження може здійснюватись у порядку, встановленому КПК України, оскільки діяльність посадових осіб, як і діяльність суду, має свої особливості, не належить до сфери управлінської і не може бути предметом оскарження в порядку, визначеному главою 31-А ЦПК України»³⁶⁰. Тобто Рішення виключило можливість оскар-

³⁵⁸ Приклад наведено: Прасов О. Оскарження рішень, дій чи бездіяльності органів прокуратури або їх посадових осіб у порядку адміністративного судочинства: теоретичні та практичні питання / О. Прасов // Вісник Національної академії прокуратури України. — 2008. — №4. — С. 74

³⁵⁹ Навроцький В. О. Про судовий захист прав людини в ході досудового слідства / В. О. Навроцький // Актуальні проблеми політики. — 2002. — Вип. 13–14. — С. 52

³⁶⁰ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень абзаців третього, четвертого, п'ятого статті 248-3 Цивільного процесуального кодексу України та за конституційними зверненнями громадян Будинської Світлани Олександрівни і Ковриги Сергія Володимировича щодо офіційного тлумачення положення абзацу четвертого

ження дій прокурора в порядку цивільного судочинства. І такий підхід є правильним. Слід погодитися із В. Маляренко, П. Пилипчуком, що «кримінально-процесуальна діяльність — специфічна діяльність компетентних органів по розслідуванню і судовому розгляду справ. У силу цієї специфіки закон детально регламентував усі процедури розслідування та судового розгляду справи, які, з одного боку, є самою суттю кримінального процесу, а, з другого — гарантією захисту прав осіб, котрі потрапили у сферу кримінального судочинства. Відступ від цих процедур, навіть на користь одних учасників процесу, неминуче потягне порушення прав інших його учасників. Саме тому оскарження всіх рішень, процесуальних дій (бездіяльності) органів дізнання, слідчого, прокурора у конкретній справі повинно здійснюватися виключно в порядку, передбаченому кримінально-процесуальним законодавством³⁶¹». Тому виключається розгляд скарг на дії, рішення, бездіяльність в порядку судово-адміністративного судочинства (яке замінило цивільне судочинство в порядку глави 31-А ЦПК України) та в порядку цивільного судочинства. Як вірно зазначає Ю. В. Білоусов, «справедливо не визначено можливості розгляду у порядку цивільного судочинства справ, які виникають з кримінальних та кримінально-процесуальних відносин, оскільки вони не підвідомчі і не повинні бути підвідомчі цивільному суду. Такі справи мають розглядатися виключно у порядку, передбаченому кримінально-процесуальним законодавством. І, навіть, якщо кримінально-процесуальними нормами не передбачено можливості судового оскарження рішень, дій чи бездіяльності органів дізнання, досудового слідства чи прокуратури до суду, та на реалізацію згаданого положення ст. 124 Конституції України слід використовувати положення Конституції як норми прямої дії, при цьому використовувати для розгляду і вирішення такої справи слід не норми глави 31-А ЦПК 1963 року..., відповідний процесуальний порядок, визначений кримінально-процесуальним законом. І, якщо, не передбачено конкретного порядку судового оскарження актів кримінальної юрис-

статті 248-3 Цивільного процесуального кодексу України (справа щодо конституційності статті 248-3 ЦПК України) від 23 травня 2001 року // Офіційний вісник України. — 2001. — № 22. — Ст. 1004.

³⁶¹ Маляренко В. Межі судового контролю за додержанням прав і свобод людини в стадії попереднього розслідування кримінальної справи / В. Маляренко, П. Пилипчук // Право України. — 2001. — № 4. — С. 40-44.

дикції, то застосовувати аналогію закону, але закону кримінально-процесуального³⁶²».

Незважаючи на те, що КПК не встановлює порядку розгляду скарг на бездіяльність суб'єктів, які ведуть процес, вона має оскаржуватися у кримінально-процесуальному порядку, а не в порядку адміністративного судочинства. За своєю правовою природою ця бездіяльність є кримінально-процесуальною, оскільки виникає у сфері кримінально-процесуальних відносин. Загальновизнаним і таким, що ґрунтується на положеннях теорії права, є визначення кримінально-процесуальних відносин як відносин, урегульованих нормами права, що виникають, розвиваються і припиняються у сфері кримінального процесу. Правовідносини, фактичний зміст яких і складає діяльність з прийняття та реєстрації заяв про злочини, врегульовані нормами КПК України, а тому є процесуальними. Разом з тим, слід зазначити, що КПК покладає на процесуальні органи обов'язок з вчинення дій з прийняття та реєстрації заяв про злочини, детальний порядок здійснення вказаних дій регулюється вже підзаконними нормативно-правовими актами, які містять норми вже не лише процесуального, але й адміністративно-правового характеру, положення організаційно-правового характеру, тактичні рекомендації, що разом з тим, не позбавляє дії з прийняття і реєстрації заяв про злочини процесуальної природи³⁶³.

Судовий контроль у кримінальному процесі має кримінально-процесуальну природу, і тому дії, рішення, бездіяльність владних суб'єктів процесу можуть бути оскаржені лише в кримінально-процесуальному порядку. Кримінально-процесуальний конфлікт між скаргником та владним суб'єктом виникає у сфері кримінально-процесуальних відносин. Ці відносини є публічними, але на цьому їх спільність з адміністративними відносинами, які входять до предмета адміністративної юрисдикції, закінчується. Кримінально-процесуальні відносини мають певні ознаки, завдяки яким і встановлено особливий — кримінально-процесуальний порядок провадження

³⁶² Білоусов Ю. В. Судова юрисдикція у справах, що впливають із оскарження дій та рішень органів дізнання та досудового слідства / Ю. В. Білоусов // Університетські наукові записки. Вісник Хмельницького університету управління та права. — 2005. — № 1-2. — С. 99-100

³⁶³ Марчук В. Оскарження дій (бездіяльності) процесуальних органів з прийняття окремих рішень у стадії порушення кримінальної справи / В. Марчук // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: Матеріали XII регіональної науково-практичної конференції (9 — 10 лютого 2006 р.) — Львів, 2006. — С. 434,435

у кримінальних справах. Основним питанням кримінальної справи є питання про кримінальну відповідальність особи за діяння, яке їй інкримінується. Суб'єкти, які ведуть кримінальний процес, не здійснюють владних управлінських адміністративних повноважень у кримінальній справі. Скарга на рішення, дії, бездіяльність суб'єктів, які ведуть процес, не є спором, що виникає у сфері публічної адміністрації у розумінні КАС України, не є спором у сфері державного управління, і тому не може вирішуватися у порядку, передбаченому КАС України. Тим більше, такий конфлікт не може вирішуватися в порядку позовного цивільно-процесуального провадження, оскільки конфлікт виникає у сфері кримінального судочинства, яке розуміється у Рішенні Конституційного Суду України від 23 травня 2001 року як врегульований нормами КПК України порядок діяльності органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду (судді) щодо порушення, розслідування, розгляду і вирішення кримінальних справ, а також діяльність інших учасників кримінального процесу — підозрюваних, обвинувачених, підсудних, потерпілих, цивільних позивачів і відповідачів, їх представників та інших осіб з метою захисту своїх конституційних прав, свобод та законних інтересів³⁶⁴. І тому не можуть розглядатися позови про захист конституційних прав, порушених при провадженні у кримінальній справі.

Це визнається й фахівцями у сфері адміністративного та цивільного судочинства³⁶⁵ і певною мірою — у судовій практиці³⁶⁶. Так, наприклад, Ухвалою Вищого адміністративного суду України від 6 грудня 2005 року було відмовлено у задоволенні касаційної скарги на ухвалу апеляційного суду Херсонської області. Цією ухвалою Апеляційний суд Херсонської області скасував рішення Суворовського районного суду м. Херсона, яким було задоволено скаргу щодо визнання непра-

³⁶⁴ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень абзаців третього, четвертого, п'ятого статті 248-3 Цивільного процесуального кодексу України та за конституційними зверненнями громадян Будинської Світлани Олександрівни і Ковриги Сергія Володимировича щодо офіційного тлумачення положення абзацу четвертого статті 248-3 Цивільного процесуального кодексу України (справа щодо конституційності статті 248-3 ЦПК України) від 23 травня 2001 року // Офіційний вісник України. — 2001. — № 22. — Ст. 1004.

³⁶⁵ Луспенник Д. Д. Розгляд цивільних справ судом першої інстанції / Луспенник Д. Д. — Х.: Харків юридичний, 2006. — 480 с. — С. 123-124.

³⁶⁶ Ухвала Судової колегії в цивільних справах Верховного Суду України від 16 грудня 1998 року (витяг) // Рішення Верховного Суду України. — 1999. — С. 130-131.

вomisними дій слідчого щодо проведення обшуку офісу та вилучення коштів, та заквив провадження у справі. Вищий адміністративний суд України мотивував свою ухвалу тим, що скарга не підлягає розгляду в порядку цивільного судочинства, оскільки ці правовідносини урегульовані кримінально-процесуальним законодавством України. Як уявляється, така Ухвала Вищого адміністративного Суду є законною та обґрунтованою, оскільки провадження обшуку у кримінальній справі — це кримінально-процесуальна діяльність, і усі правові спори, які виникають при її здійсненні, повинні вирішуватися у кримінально-процесуальному порядку. Спірною є законність задоволення адміністративними судами позову фізичної особи про визнання дій заступника Генерального прокурора України та Генеральної прокуратури України протиправними та зобов'язання ознайомити фізичну особу з матеріалами кримінальної справи з використанням науково-технічних засобів. При розгляді справи адміністративні суди дійшли висновку, що фізична особа оскаржує дії посадової особи, вчинені не під час розслідування кримінальної справи, а після її закриття. Отже, на вказані правовідносини норми кримінально-процесуального законодавства не поширюються³⁶⁷.

КПК України передбачає невідкладний судовий контроль щодо: постанови про відмову у порушенні кримінальної справи, постанови про порушення кримінальної справи, постанови про закриття кримінальної справи, затримання особи за підозрою у вчиненні злочину, постанови про відмову у застосуванні заходів безпеки або їх скасування. Найбільш урегульованими є процедури щодо оскарження рішень, які впливають на хід кримінального провадження — постанови про відмову у порушенні кримінальної справи, постанови про порушення кримінальної справи, постанови про закриття кримінальної справи.

Судовий контроль за законністю й обґрунтованістю відмови у порушенні кримінальної справи є гарантом дотримання конституційних прав і свобод людини на стадії досудового слідства³⁶⁸. Постанову

³⁶⁷ Приклад наведено: Прасов О. Оскарження рішень, дій чи бездіяльності органів прокуратури або їх посадових осіб у порядку адміністративного судочинства: теоретичні та практичні питання / О. Прасов // Вісник Національної академії прокуратури України. — 2008. — №4. — С. 75

³⁶⁸ Кириї Л. Судовий контроль за законністю і обґрунтованістю рішень органу дізнання, слідчого і прокурора, про відмову в порушенні кримінальної справи / Л. Кириї // Підприємництво, господарство і право. — 2005. — № 7. — С. 131

прокурора, слідчого і органу дізнання про відмову в порушенні кримінальної справи може бути оскаржено особою, інтересів якої вона стосується, або її представником до районного (міського) суду за місцерозташуванням органу або роботи посадової особи, яка винесла постанову. У КПК немає переліку осіб, інтересів яких стосується постанова про відмову у порушенні кримінальної справи.

Строк подання скарги на постанову про відмову у порушенні кримінальної справи — сім днів з дня отримання копії постанови чи повідомлення прокурора про відмову в скасуванні постанови. При цьому КПК не встановлює можливості відновлення строку на оскарження постанови прокурора, слідчого та органу дізнання. Однак у літературі зазначається, що, розглядаючи скарги на постанови прокурора, слідчого чи органу дізнання і встановлюючи, що пропущено строк на оскарження зазначених постанов, суд зобов'язаний дослідити поважність причин пропуску строку та, якщо такий пропущено не з вини особи, яка подала скаргу, вона, за наявності до того підстав, не може бути залишена без задоволення у зв'язку з пропуском строку на її подання³⁶⁹. Саме так вирішується це питання у судовій практиці³⁷⁰. Поділяючи думку про те, що строк на оскарження постанови про відмову у порушенні кримінальної справи може бути відновлено, думається, що суддя у цьому випадку може застосувати ст. 90 КПК України, яка передбачає можливість та порядок відновлення процесуального строку.

Скарга на постанову прокурора, слідчого, органу дізнання про відмову в порушенні кримінальної справи розглядається суддею одноособово не пізніше десяти днів із дня її надходження до суду.

До розгляду скарги суддя витребує матеріали, на підставі яких було відмовлено в порушенні справи, знайомиться з ними і повідомляє прокурора та особу, яка подала скаргу, про час її розгляду.

Діючий КПК не встановлює права заінтересованих осіб ознайомлюватися з матеріалами, на підставі яких було відмовлено в порушенні справи. Як вірно вказує Л. В. Черечукіна, без цього права принесення скарги змістовно обезцінюється, оскільки можливості заявника аргументовано оспорювати висновки органу дізнання, слід-

³⁶⁹ Брынцев В. Д. Судебный контроль (теория и практика) / В. Д. Брынцев, В. Г. Чернухин. — Х.: 2001. — С. 18

³⁷⁰ Кондратьев О. В. Організаційно-правові проблеми судового контролю: дис.... кандидата юрид. наук: 12.00.10 / Кондратьев Олександр Васильович. — Х., 2005. — С. 153

чого, прокурора суттєво обмежені³⁷¹. Саме тому у новому КПК слід передбачити право заінтересованої особи на ознайомлення з матеріалами, на підставі яких було відмовлено в порушенні справи.

При розгляді скарги суддя у разі необхідності заслуховує пояснення особи, яка подала скаргу. При розгляді скарги ведеться протокол судового засідання. При цьому КПК не встановлює права судді проводити судові слідство, опитувати слідчого, дізнавача, які проводили дослідчу перевірку, постраждалого, особу, яка подала заяву про злочин, допитувати свідків. Як уявляється, з урахуванням змін до КПК від 14.12.2006 р., суддя повинен мати право опитувати слідчого, дізнавача, які проводили дослідчу перевірку, постраждалого, особу, яка подала заяву про злочин.

Предметом дослідження при розгляді скарги є наявність або відсутність приводів та підстав для порушення кримінальної справи, обставин, які виключають провадження у кримінальній справі, компетенція суб'єкта, який прийняв рішення про відмову у порушенні кримінальної справи, порядок прийняття рішення про відмову у порушенні кримінальної справи.

Так, у постанові судді Печерського районного суду м. Києва № 4-1938/08 від 10 жовтня 2008 р.³⁷² за результатами розгляду скарги на постанову про відмову у порушенні кримінальної справи суддя вказав, що рішення про відмову в порушенні кримінальної справи прийнято всупереч вимогам ст. 99 КПК України на підставі поверхово, однобічно та неповно зібраних матеріалів. Так, прокурором заява про злочин ОСОБА_1 практично не перевірялась, що повністю підтверджується наданими судом матеріалами. Крім того, прокурором повністю проігноровано ухвалу апеляційного суду м. Києва від 12.09.2006 року (а. с. 130 наданих судом матеріалів). Так відповідно до ухвали суду зверталася увага прокурора, на те що в ході перевірки не була проведена перевірка обставин викладених в заяві ОСОБА_1 Також суд в ухвалі вказав, що прокурором не було з'ясовано чи дійсно мала місце телевізійна трансляція по обставинам кримінальної справи на які вказував заявник, не опитувалася ОСОБА_2 про перегляд

³⁷¹ Черечукина Л. В. Судебный контроль за досудебным производством / Черечукина Л. В. — Луганск: Редакционно-издательский отдел ЛИВД МВД Украины, 1998. — С. 26-27

³⁷² Режим доступу: www.reyestr.court.gov.ua

в СІЗО № 13 телевізійної трансляції. На вказані обставини також зверталась увага прокурора, який проводив перевірку і у вказівках, викладених в постанові начальника відділу прокуратури Київської області Стрелюка Я. В. про скасування постанови про відмову в порушенні кримінальної справи від 05.06.08 року (а. с. 155 наданих суду матеріалів). Дані вказівки прокурора також були проігноровані. Однак, приймаючи оскаржувану постанову, прокурор передчасно прийшов до висновку про відмову в порушенні кримінальної справи, оскільки перевірка була проведена з порушеннями вимог ст. 22 КПК України, неповно та однобічно, не досліджено та не взято до уваги докази, які могли суттєво вплинути на прийняте рішення, а тому на підставі такої перевірки вважати, що відсутні підстави до порушення кримінальної справи не можна.

У свою чергу, у справі № 10-151³⁷³ Колегія суддів палати в кримінальних справах апеляційного суду Житомирської області погодилася із постановою Богунського районного суду м. Житомира від 21 квітня 2007 року, якою залишена без зміни постанова прокурора м. Житомира від 6 січня 2006 року про відмову в порушенні кримінальної справи щодо ОСОБА_2, оскільки на підставі ретельної перевірки викладених обставин у заяві гр-на ОСОБА_1, прокурор прийшов до обґрунтованого висновку, що стаття «Покарання не уникнути», автором якої є ОСОБА_2, носить лише поверхневий характер, без зазначень яких — небудь імен та прізвищ осіб і обставин справи, які могли б розкривати таємницю досудового слідства. Якщо ж гр-н ОСОБА_1 прийшов до висновку, що у статті викладені відомості про злочин, у якому підозрюється саме він, це не є свідченням, що до такого ж висновку прийде і пересічний читач газети. За формою та змістом опублікована у газеті «Субота» за № 49 (307) від 07.12.2005 року у рубриці «Кримінальна хроніка» стаття під назвою «Покарання не уникнути», не дає будь-яких підстав для порушення кримінальної справи проти автора статті чи інших осіб причетних до її публікації. За таких обставин, підстави для скасування оскарженої гр-ном ОСОБА_1. постанови суду першої інстанції відсутні.

Розглянувши скаргу, суддя залежно від того, чи були при відмові у порушенні справи виконані вимоги ст. 99 КПК, приймає одне з таких рішень: 1) скасовує постанову про відмову в порушенні справи

³⁷³ Режим доступу: www.reyestr.court.gov.ua

і повертає матеріали для проведення додаткової перевірки; 2) залишає скаргу без задоволення. При цьому суддя не має право порушити кримінальну справу, що повністю відповідає принципу змагальності у кримінальному судочинстві. Обґрунтованою є висловлена у літературі пропозиція про необхідність посилянь в описовій частині постанови про відмову в порушенні кримінальної справи на конкретні фактичні дані, які підтверджують прийняте рішення, аналогічно тому, як це визначено у вимогах до обвинувального висновку³⁷⁴. КПК не вирішено питання про процесуальні наслідки відкликання скарги скаргником, відмови особи, яка подала скаргу, від скарги у судовому засіданні, а також про те рішення, яке має прийняти суддя у випадку, якщо постанова про відмову у порушенні кримінальної справи до розгляду скарги суддею скасована прокурором.

Можливість допущення оскарження постанови про порушення кримінальної справи з урахуванням того, що вона прямо не передбачалася у кримінально-процесуальному законодавстві, довгий час неоднозначно сприймалася у науковій літературі та правозастосовній практиці. Деякі судді розглядали та вирішували ці скарги, інші — відмовляли у прийнятті до розгляду. Рішенням Конституційного Суду України від 30 січня 2003 р. були визнані неконституційними ч. 6 ст. 234, ч. 3 ст. 236 КПК України, які унеможливлювали розгляд судом на стадії досудового слідства скарг на постанови слідчого, прокурора стосовно приводів, підстав і порядку порушення кримінальної справи щодо певної особи³⁷⁵. Після прийняття Рішення Конституційного Суду України суди були зобов'язані розглядати скарги на постанови про порушення кримінальної справи, однак порядок розгляду таких скарг встановлений не був. Пленум Верховного Суду України прийняв ПП ВСУ від 11 лютого 2005 р., у якій було встановлено порядок розгляду скарг на постанови про порушення кримінальних справ. І лише 14 грудня 2006 р. Законом України «Про внесення змін до

³⁷⁴ Чорнобук В. І. Законність та обґрунтованість процесуальних рішень судді в порядку судового контролю в досудових стадіях кримінального процесу: [монографія] / Чорнобук В. І. — Х.: Право, 2008. — С. 118.

³⁷⁵ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини третьої статті 120, частини шостої статті 234, частини третьої статті 236 Кримінально-процесуального кодексу України (справа про розгляд судом окремих постанов слідчого і прокурора) від 30 січня 2003 року // Вісник Конституційного Суду України. — 2003. — № 1. — С. 24-30.

Кримінально-процесуального кодексу України щодо оскарження постанови про порушення кримінальної справи» було внесено зміни та доповнення до КПК, якими унормовано процедуру оскарження постанови про порушення кримінальної справи, порядок розгляду та вирішення скарг. Цим законом КПК було доповнено ст. ст. 236⁷ та 236⁸, які встановлюють порядок оскарження постанови про порушення кримінальної справи до суду та порядок розгляду та вирішення скарг. Питання оскарження постанови про порушення кримінальної справи досліджувалися у ряді наукових праць³⁷⁶. 30 червня 2009 року Рішенням Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частин сьомої, дев'ятої, пункту 2 частини шістнадцятої статті 236-8 Кримінально-процесуального

³⁷⁶ Галаган В. І. Оскарження до суду постанови про порушення кримінальної справи: проблемні питання / В. І. Галаган, І. В. Канфуй // Науковий вісник Київського національного університету внутрішніх справ. — 2007. — №3; Донченко А. Оскарження до суду постанови про порушення кримінальної справи / А. Донченко // Вісник прокуратури. — 2007. — №8; Доросинська Г. Оскарження до суду постанови про порушення кримінальної справи / Г. Доросинська // Підприємництво, господарство і право. — 2007. — №10; Дроздов О. Оскарження постанови про порушення кримінальної справи / О. Дроздов // Юридичний вісник України. — 2007. — №9-10; Дуванський О. Судовий контроль за порушенням кримінальної справи щодо особи / О. Дуванський // Право України. — 2008. — №3; Корчева Т. В. Щодо вдосконалення розгляду судом скарги на постанову про порушення провадження у кримінальній справі / Т. В. Корчева // Правові засади підвищення ефективності боротьби зі злочинністю в Україні: Матеріали наук. конф., 15 трав. 2008 р. / Ред. кол.: В. І. Борисов (голов. ред.) та ін. — Х.: Право, 2008; Кудрявцев В. Оскарження постанов про порушення кримінальних справ / В. Кудрявцев // Вісник прокуратури. — 2007. — №11; Литвинчук О. І. Щодо законодавчих перешкод боротьбі з організованою злочинністю / О. І. Литвинчук, О. М. Мартинов // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ. — 2007. — №2. — Спеціальний випуск. — Ч. 1; Лобач В. Здійснення прокурором кримінального переслідування. Нові проблеми на досудовій стадії кримінального провадження та шляхи їх вирішення / В. Лобач // Вісник прокуратури. — 2007. — №2; Оскарження дій слідчого та прокурора // Юридичний вісник України. — 2007. — №11; Трофименко В. М. Вдосконалення розгляду та вирішення скарг на постанову про порушення кримінальної справи / В. М. Трофименко // Правові засади підвищення ефективності боротьби зі злочинністю в Україні: Матеріали наук. конф., 15 трав. 2008 р. / Ред. кол.: В. І. Борисов (голов. ред.) та ін. — Х.: Право, 2008; Фінько В. Д. Проблеми законодавчої регламентації судового контролю в стадії порушення кримінальної справи / В. Д. Фінько // Питання боротьби зі злочинністю. Збірник наук. праць. Випуск 15 / Ред. кол.: Ю. В. Баулін (голов. ред.) та ін. — Х.: Вид-во «Кроссрод», 2008; Шубін О. Без суду і слідства / О. Шубін // Дзеркало тижня. — 2007. — №10 (638).

кодексу України³⁷⁷ були визнані неконституційними окремі положення статті 236⁸ КПК³⁷⁸.

Постанова органу дізнання, слідчого, прокурора про порушення кримінальної справи щодо конкретної особи чи за фактом вчинення злочину може бути оскаржена до місцевого суду за місцем розташування органу або роботи посадової особи, яка винесла постанову. При цьому повинні бути дотримані правила підсудності. Таким чином, законодавцем усунено прогалину щодо оскарження постанови органу дізнання про порушення кримінальної справи, яка існувала до прийняття закону, оскільки ч. 4 ст. 110 КПК України, яка містить норму про те, що скарги на дії та постанови органів дізнання розглядаються судом першої інстанції при попередньому розгляді справи чи при розгляді її по суті, не була визнана неконституційною. У судовій практиці інколи виникають помилки при визначенні підсудності таких скарг. Так, Колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України своєю ухвалою від 10 липня 2007 р.³⁷⁹, скасовуючи постанову апеляційного суду, зазначила, що новий судовий розгляд скарги повинен провести місцевий суд відповідно до вимог ст. 236⁷ КПК України, оскільки зазначена норма закону не робить будь-яких виключень щодо підсудності розгляду цих скарг залежно від особи, щодо якої порушено кримінальну справу.

У літературі висловлюється точка зору, що разом із постановою про оскарження до суду постанови про порушення кримінальної справи можуть оскаржуватися певні процесуальні дії слідчого, наприклад, про накладення арешту на приватне майно або на його реалізацію. Суд має розглядати і вирішувати такі питання разом³⁸⁰. Така точка зору не ґрунтується на законі. КПК передбачає невідкладене оскарження лише постанови про порушення кримінальної справи, а

³⁷⁷ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частин сьомої, дев'ятої, пункту 2 частини шістнадцятої статті 236-8 Кримінально-процесуального кодексу України від 30 червня 2009 року // Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v016p710-0>

³⁷⁸ Детальніше див.: Гловюк І. В. Судовий контроль порушення кримінальної справи: актуальні питання // Часопис Академії адвокатури України. — 2009. — № 3(4) / І. В. Гловюк // <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/ChaaU/2009-3/09givsap.pdf>

³⁷⁹ Судові справи і судочинство в Україні. — 2007. — № 4. — С. 135

³⁸⁰ Оскарження дій слідчого та прокурора // Юридичний вісник України. — 2007. — № 11. — С. 8.

не процесуальних дій, до яких мають застосовуватися правила ст. ст. 110, 234, 236 КПК.

Суб'єктами подання скарги на постанову про порушення кримінальної справи щодо конкретної особи є особа, щодо якої було порушено кримінальну справу, її захисник або законний представник. Ця вказівка у КПК України є неточною, оскільки, якщо особа ще не є підозрюваним, то, відповідно, не може йти мова про її захисника, а лише про адвоката, тобто особу, яка надає правову допомогу. Суб'єктами подання скарги на постанову про порушення кримінальної справи за фактом вчинення злочину є: особа, інтересів якої стосується кримінальна справа, її захисник або законний представник. Ця вказівка у КПК також є неточною, оскільки, якщо особа не є підозрюваним, то, відповідно, не може йти мова про її захисника, а лише про адвоката, тобто особу, яка надає правову допомогу. При цьому скаргник повинен достатньо обґрунтувати порушення прав та законних інтересів відповідної особи. Якщо обґрунтування порушення прав та інтересів особи визнано суддею недостатнім, суддя приймає рішення про відмову у відкритті провадження з розгляду скарги. При цьому відмова у відкритті провадження не позбавляє особу права повторно звернутися до суду, оскільки згодом можуть бути виявлені або з'явитися факти, які дозволять достатньою мірою обґрунтувати порушення прав та законних інтересів особи.

Норма КПК про те, що скарга на постанову про порушення кримінальної справи за фактом вчинення злочину може бути подана до суду особою, інтересів якої вона стосується, не ґрунтується на судовій практиці. Адже у ПП ВСУ від 11 лютого 2005 р. було визнано правильною практику тих судів, котрі приймають до провадження і розглядають на досудових стадіях процесу скарги на постанови про порушення кримінальної справи за фактом учинення злочину, якщо за обставинами справи особі, яка порушила справу, була відома підозрювана у вчиненні злочину особа (наприклад, коли у мотивувальній частині зазначеної постанови названо прізвище особи як такої, що вчинила злочин), тобто коли, знаючи про особу, яка підозрюється у вчиненні злочину, з певних мотивів справу порушено за фактом вчинення злочину. І такий підхід є правильним, оскільки у випадку, коли відома особа, яка підозрюється у вчиненні злочину, а справа порушується за фактом вчинення злочину, тим самим порушуються вимоги ч. 2 ст. 98 КПК. Так, у Ухвалі ВСУ від 3 квітня 2008 року

вказано, що органи досудового слідства порушили кримінальну справу за фактом, хоча мали повну інформацію про конкретні дані стосовно посадових осіб підприємства, відповідальних за правильність нарахування податків. Ця підстава визнана однією з підстав для скасування постанови про порушення кримінальної справи³⁸¹.

Суд приймає до розгляду скаргу на постанову про порушення кримінальної справи протягом усього часу перебування справи у провадженні органу дізнання, слідчого, прокурора до моменту закінчення досудового слідства. Таким чином, законодавець не встановив визначений строк на оскарження постанови про порушення кримінальної справи. Це є обґрунтованим тільки у випадках порушення кримінальної справи за фактом вчинення злочину. При порушенні кримінальної справи щодо конкретної особи це не є правильним, оскільки ст. 98² КПК України передбачає строки вручення особі, щодо якої порушено справу, копії постанови про порушення кримінальної справи, тобто особа у встановлені строки дізнається про порушення кримінальної справи. Таким чином, особа, знаючи про порушення щодо неї кримінальної справи, може обрати той момент оскарження постанови, який буде процесуально вигідний для неї з метою, наприклад, зупинення провадження ключових для розслідування слідчих дій. Тобто така норма КПК з урахуванням ч. 4 ст. 236⁸ КПК України, яка надає суду право зупинити слідчі дії на час розгляду скарги на порушення кримінальної справи, надає широкі можливості для зловживання процесуальним правом на оскарження постанови про порушення кримінальної справи. Крім того, як уявляється, правильним було роз'яснення, надане у ПП ВСУ від 11 лютого 2005 р. про те, що якщо скарга на постанову про порушення кримінальної справи надійшла до суду незадовго до закінчення слідства, вона відповідно до ч. 1 ст. 110, ч. 6 ст. 234, ч. 3 ст. 236 КПК може бути розглянута під час попереднього розгляду справи за умови, що такий розгляд залежно від конкретних обставин є можливим у розумні строки. Це роз'яснення було спрямоване на недопущення зловживання процесуальним правом на оскарження постанови про порушення кримінальної справи тоді, коли розслідування вже практично закінчено, з метою фактичного призупинення розслідування та відтягнення моменту складання обвинувального висновку та направлення справи

³⁸¹ Приклад наведено у: Колыбельников Г. ВСУ об обжаловании возбуждения дела / Г. Колыбельников // Юридическая практика. — 2009. — 19 мая. — №20 (595). — С. 11.

до суду, або з метою фактичного руйнування розслідування у разі скасування постанови про порушення кримінальної справи. Однак, якщо розслідування вже практично закінчено, з метою забезпечення процесуальної економії доцільніше розглядати скаргу на постанову про порушення кримінальної справи вже при попередньому розгляді справи чи при розгляді її по суті з урахуванням усіх зібраних у справі доказів. Так, наявні помилки у судовій практиці, коли допускається скасування таких постанов після завершення розслідування і направлення справ до суду. У м. Донецьку Київський районний суд витребував із Куйбишевського районного суду направлену для розгляду по суті справу за обвинуваченням службових осіб товариства з обмеженою відповідальністю в умисному ухиленні від сплати податків і того ж дня без участі прокурора скасував усі постанови про порушення справ всупереч тому, що закон не допускає витребування справ одним судом з іншого³⁸².

Скарга на постанову про порушення кримінальної справи розглядається суддею місцевого суду одноособово протягом п'яти днів з дня її надходження до суду.

Про відкриття провадження із розгляду скарги суддя протягом доби від дня надходження скарги до суду виносить постанову. Цей строк є занадто скороченим, оскільки є необхідним час для реєстрації скарги, її розподілу та передання її безпосередньо судді, вивчення скарги. Тому строк для винесення постанови повинен бути не менше 2 діб із дня надходження скарги до суду. Копія постанови про відкриття провадження направляється особі, яка подала скаргу, її захиснику або законному представнику, органу, який порушив кримінальну справу або у провадженні якої вона перебуває, прокурору, потерпілому або особі, за заявою яких було порушено справу. Викликає сумніви відсутність у КПК норми про те, що копія постанови надсилається посадовій особі, яка винесла постанову про порушення кримінальної справи, оскільки саме вона несе відповідальність за законність та обґрунтованість порушення кримінальної справи. Крім того, відомо, що особа, за заявою якої було порушено кримінальну справу, не завжди може бути визнана у подальшому суб'єктом, який веде кримінальний процес, потерпілим. Тому недопустимо на вільний, законодавчо не обмежений розсуд суду обирати,

³⁸² Приклад наведено у: Лобач В. Здійснення прокурором кримінального переслідування / В. Лобач // Вісник прокуратури. — 2007. — №2. — С. 80

кому з перелічених суб'єктів надати можливість узяти участь у судовому процесі, а кого такого права позбавити. Отже, і потерпілий, і особа, за заявою якої було порушено кримінальну справу, повинні бути окремо зазначені у пунктах ч. 2 ст. 236⁸ КПК³⁸³.

У постанові про відкриття провадження суддя зобов'язаний вказати список осіб, явка яких у судове засідання є обов'язковою. КПК не встановлює приблизний перелік цих осіб, тим самим надаючи судді надто широкі дискреційні повноваження із вирішення цього питання.

Суддя у постанові про відкриття провадження із розгляду скарги вирішує питання про доцільність зупинення слідчих дій у справі на час розгляду скарги. Якщо суддя зупиняє слідчі дії на час розгляду скарги, то, відповідно до ч. 1 ст. 206 КПК, досудове слідство у справі зупиняється. Як вірно зазначалося у зауваженнях до проекту закону про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України щодо оскарження постанови про порушення кримінальної справи, доповнення частини першої статті 206 проекту щодо зупинення судом слідчих дій на час розгляду скарги на постанову про порушення кримінальної справи не враховує концепцію і структуру побудови цієї статті та не узгоджується з положеннями частини четвертої статті 236⁸ проекту³⁸⁴.

До 30 червня 2009 року діяла норма ч. 7 ст. 236⁸ КПК про те, що у разі неподання без поважних причин до суду матеріалів, на підставі яких було прийнято рішення про порушення справи, у встановлений суддею строк, суддя вправі визнати відсутність цих матеріалів підставою для скасування постанови про порушення кримінальної справи. Ця норма була надто категоричною, оскільки неподання матеріалів не може бути формальною підставою для скасування постанови про порушення кримінальної справи. Неподання матеріалів може бути підставою для повідомлення про це прокурору, начальнику органу дізнання, начальнику слідчого відділу, притягнення винних до дисциплінарної відповідальності, однак не для формального вирішення питання про скасування процесуального рішення, яке може бути законним та обґрунтова-

³⁸³ Дроздов О. Оскарження постанови про порушення кримінальної справи / О. Дроздов // Юридичний вісник України. — 2007. — № 9-10. — С. 14

³⁸⁴ Зауваження до проекту закону про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України щодо оскарження постанови про порушення кримінальної справи // Адвокат. — 2006. — №11. — С. 36

ним. Конституційний суд України в своєму Рішенні³⁸⁵ зазначив, що «Надання матеріалів, відповідно до яких було прийнято рішення про порушення кримінальної справи, є обов'язком органів дізнання, слідчого, прокурора, які, враховуючи строки розгляду судом скарг на постанови про порушення справи, повинні вжити всіх необхідних заходів для своєчасного їх направлення до суду. Невиконання чи неналежне виконання цього обов'язку може бути підставою для притягнення винних осіб до юридичної відповідальності. Наявність у розпорядженні вказаних матеріалів дає суду можливість перевірити доводи сторін щодо законності постанови про порушення кримінальної справи, оскільки відомості щодо наявності приводів, достатності підстав та джерел отримання даних для її винесення містяться виключно у цих матеріалах. Відповідно до положень частини сьомої статті 236-8 Кодексу у разі неподання без поважних причин до суду матеріалів, на підставі яких було прийнято рішення про порушення справи, у встановлений суддею строк суддя вправі визнати відсутність цих матеріалів підставою для скасування постанови про порушення справи. Системний аналіз положень цієї статті дає підстави вважати, що їх зміст допускає можливість невиконання органом дізнання, слідчим, прокурором обов'язку, покладеного на них судом, щодо надання зазначених матеріалів. Законодавче закріплення права суду скасовувати постанови про порушення кримінальної справи в порядку, визначеному частиною сьомою статті 236-8 Кодексу, зумовлює винесення судом рішення, яке ґрунтується не на всебічному, об'єктивному, повному дослідженні всіх матеріалів, на підставі яких було прийнято рішення про порушення кримінальної справи, а лише на юридичному факті неподання без поважних причин до суду цих матеріалів у встановлений суддею строк. На думку Конституційного Суду України, розгляд справи за відсутності матеріалів, згідно з якими було прийнято рішення про порушення кримінальної справи, позбавляє учасників процесу права на судовий захист, що вбачається зі змісту положень частини першої статті 55 Конституції України. Крім того, скасування постанови про порушення кримінальної справи з названої підстави виключає змагальність сторін, а також свободу в

³⁸⁵ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частин сьомої, дев'ятої, пункту 2 частини шістнадцятої статті 236-8 Кримінально-процесуального кодексу України від 30 червня 2009 року // <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v016p710-0>

наданні ними суду своїх аргументів, що стосується предмета спору, і у доведенні перед судом їх переконливості для обґрунтування правомірності чи неправомірності порушення справи. Таким чином, частина сьома статті 236-8 Кодексу не відповідає приписам частини першої статті 55, частини п'ятої статті 124, пунктів 4, 9 частини третьої статті 129 Конституції України». Із цим висновком категорично не погодилися окремі судді, які висловили окремі думки³⁸⁶. Загальним у їх критиці є те, що через скасування механізму забезпечення прав громадян, яким унеможлиблювалося неналежне виконання стороною обвинувачення своїх функцій та прямих, передбачених законом обов'язків, створено перешкоди для реалізації прав громадян на судовий захист. Як уявляється, і ті, і другі твердження є частково справедливими. Дійсно, надання матеріалів, відповідно до яких було прийнято рішення про порушення кримінальної справи, є обов'язком органів дізнання, слідчого, прокурора, які, враховуючи строки розгляду судом скарг на постанови про порушення справи, повинні вжити всіх необхідних заходів для своєчасного їх направлення до суду. Невиконання чи неналежне виконання цього обов'язку може бути підставою для притягнення винних осіб до юридичної відповідальності, а не для скасування постанови на підставі неподання без поважних причин до суду цих матеріалів у встановлений суддею строк. Але слід погодитися із тими зауваженнями, що «суд при здійсненні функції судового контролю втратив свою самостійність та незалежність у визначенні частиною першою оспоруваної статті строки здійснювати функцію судового контролю на стадії досудового слідства, бо він обмежений у здійсненні зазначеної функції волею чи бажанням однієї із сторін — сторони обвинувачення, яка через ненадання без поважних причин суду матеріалів, на підставі яких було прийняте рішення про порушення справи, впливає на строки розгляду справи і розгляд

³⁸⁶ ОКРЕМА ДУМКА судді Конституційного Суду України Маркуш М. А. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частин сьомої, дев'ятої, пункту 2 частини шістнадцятої статті 236-8 Кримінально-процесуального кодексу України; ОКРЕМА ДУМКА судді Конституційного Суду України Стрижака А. А. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частин сьомої, дев'ятої, пункту 2 частини шістнадцятої статті 236-8 Кримінально-процесуального кодексу України // <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v016p710-0>

скарги по суті, який за відсутності механізму, який містився в попередній редакції статті у зв'язку з визнанням оспорюваних положень неконституційними, може й не настати, тому що досудове слідство у кримінальній справі буде закінчено і передано до суду для вирішення її по суті»³⁸⁷. Але необхідно врахувати й те, що визнання неконституційною цієї норми сприятиме більш належному повідомленню з боку суду слідчих, прокурорів про необхідність подання матеріалів до суду. А негативні наслідки щодо можливих порушень строків подання матеріалів будуть компенсуватися тим, що суд може прийняти рішення про зупинення слідчих дій і тим самим сприяти зацікавленості слідчого, прокурора у оперативному вирішенні скарги.

Обов'язок доведення правомірності порушення справи покладається на прокурора. До 30 червня 2009 року діяла норма, відповідно до якої неявка прокурора в судове засідання не перешкоджає розгляду справи. Прокурор таким чином є суб'єктом доведення законності та обґрунтованості постанови про порушення кримінальної справи. Конституційний Суд України у своєму Рішенні³⁸⁸ зазначив, що «Конституційний Суд України вважає, що цей обов'язок випливає із конституційно визначеної функції прокуратури України щодо здійснення нагляду за додержанням законів органами, які проводять оперативно-розшукову діяльність, дізнання і досудове слідство. Метою участі прокурора в процесі судового розгляду скарг на постанови про порушення кримінальної справи є надання доводів і аргументів на підтвердження правомірності порушення справи та можливого спростування тверджень іншої сторони судового процесу про незаконність чи необґрунтованість постанови, що забезпечує дотримання змагальності сторін як основної засади судочинства (пункт 4 частини третьої статті 129 Конституції України). Органи прокуратури України зобов'язані вжити всіх необхідних заходів для

³⁸⁷ ОКРЕМА ДУМКА судді Конституційного Суду України Маркуш М. А. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частин сьомої, дев'ятої, пункту 2 частини шістнадцятої статті 236-8 Кримінально-процесуального кодексу України // <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v016p710-0>

³⁸⁸ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частин сьомої, дев'ятої, пункту 2 частини шістнадцятої статті 236-8 Кримінально-процесуального кодексу України від 30 червня 2009 року // <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v016p710-0>

забезпечення участі прокурора у процесі судового розгляду справ зазначеної категорії. Неналежна організація участі прокурора в процесі, а також його відсутність у судовому засіданні без поважних причин може бути підставою для притягнення винних осіб до юридичної відповідальності. Допускаючи розгляд справ за відсутності у судовому засіданні прокурора, законодавець по суті звільнив прокурора від належного виконання функції, передбаченої пунктом 3 статті 121 Конституції України. Таким чином, Конституційний Суд України зазначає, що участь прокурора під час судового розгляду справи за скаргою на постанову про порушення кримінальної справи повинна бути обов'язковою. Положення частини дев'ятої статті 236-8 Кодексу, яке уповноважує суд розглядати справу щодо оскарження постанови про порушення кримінальної справи за відсутності в судовому засіданні прокурора, є таким, що не відповідає вимогам пункту 3 статті 121, пункту 4 частини третьої статті 129 Конституції України». Із таким мотивуванням не погодилися окремі судді. Так, М. А. Маркуш зазначила, що у Рішенні закладено ряд суперечностей, зокрема є некоректні посилання на положення Конституції України, оскільки у цих положеннях зовсім не йдеться про ті обставини, які намагалися підтвердити. Розгляд судом скарги на постанову про порушення кримінальної справи є однією з форм судового контролю за здійсненням досудового слідства і не є розглядом судом справи по суті. Передбачена статтею 264 Кодексу обов'язкова участь прокурора в судовому засіданні стосується розгляду судом першої інстанції справи по суті. Функція прокуратури щодо підтримання державного обвинувачення в суді може реалізовуватися лише за наявності обвинувального висновку, складання якого є завершальним моментом досудового слідства та передумовою направлення справи до суду для розгляду її по суті (частина перша статті 232 Кодексу), під час якого ця функція і реалізовується. Покладення частиною сьомою статті 236-8 Кодексу на прокурора обов'язку доводити правомірність порушення справ пов'язане з передбаченим статтею 100 Кодексу здійсненням прокурором нагляду за законністю порушення кримінальної справи. Згідно з частиною другою цієї статті копію постанови про порушення кримінальної справи має бути направлено слідчим (органом дізнання) прокуророві у строк не пізніше доби. Залишення прокурором постанови про порушення справи без змін означає його переконання в правомірності порушення справи, доведення

якої у зв'язку з цим і покладається на нього в порядку статті 236-8 Кодексу. Оцінюючи правомірність порушення кримінальної справи, суддя виходить з наданих йому матеріалів, на підставі яких було прийняте відповідне рішення. Саме ці матеріали є доказом для винесення суддею щодо скарги рішення про її задоволення (чи відмову в задоволенні). Неявка прокурора не перешкоджає вивченню суддею матеріалів справи, оцінці наявних в них доказів за своїм внутрішнім переконанням, що ґрунтується на всебічному, повному і об'єктивному розгляді всіх обставин справи в їх сукупності (стаття 67 Кодексу). До того ж у частині дев'ятій статті 236-8 Кодексу не заборонено судді, розпочавши розгляд скарги по суті без участі прокурора, відкласти цей розгляд у разі визнання суддею такої участі необхідною для з'ясування (уточнення) певних обставин справи з метою прийняття обґрунтованого рішення. Наведене свідчить про безпідставне визнання невідповідності положення частини дев'ятої статті 236-8 Кодексу вимогам пункту 3 статті 121, пункту 4 частини третьої статті 129 Конституції України³⁸⁹. Як уявляється, теза Конституційного Суду України, що участь прокурора під час судового розгляду справи за скаргою на постанову про порушення кримінальної справи повинна бути обов'язковою, є повністю вірною, однак мотивування є некоректним. Дійсно, у даному випадку мова не йде про підтримання державного обвинувачення, ї безпідставними є посилання на ст. 121 Конституції України. Але справа у тому, що ст. 236⁸ КПК є суперечливою: як можна покладати на прокурора обов'язок доведення правомірності порушення справи, водночас відзначаючи, що неявка прокурора в судові засідання не перешкоджає розгляду справи; хто ж тоді виконуватиме цей обов'язок? Тобто мотивувати обов'язкову участь прокурора у розгляді скарги було б доцільно посиланнями саме на норми ст. 236⁸ КПК, а не на ст. 121 Конституції.

Неявка без поважних причин у судові засідання особи, яка подала скаргу та присутність якої визнана суддею обов'язковою, є підставою для закриття провадження із розгляду скарги. Ця норма КПК є не досить вдалою. Адже подати скаргу може не лише особа,

³⁸⁹ ОКРЕМА ДУМКА судді Конституційного Суду України Маркуш М. А. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частин сьомої, дев'ятої, пункту 2 частини шістнадцятої статті 236-8 Кримінально-процесуального кодексу України // <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v016p710-0>

щодо якої порушено справу, а й її захисник або законний представник. Тому незрозуміло, як має діяти суддя, якщо скаргу подано захисником, явку якого визнано обов'язковою, але він не з'явився, але з'явилася особа, щодо якої порушено кримінальну справу. Крім того, КПК не вказує на правові наслідки закриття провадження із розгляду скарги, тобто чи має особа право повторно звернутися до суду із скаргою на постанову про порушення кримінальної справи.

Скарга на постанову про порушення кримінальної справи розглядається у судовому засіданні, однак КПК не встановлює, відкритим чи закритим має бути це засідання. Як уявляється, таке засідання для забезпечення таємниці даних дізнання та досудового слідства має бути тільки закритим.

У судовому засіданні суддя: досліджує матеріали, на підставі яких було порушено справу; заслуховує пояснення особи, яка подала скаргу, її захисників чи законних представників, потерпілого або особи, за заявою якої було порушено справу, якщо вони з'явилися у судові засідання; заслуховує думку прокурора; у разі необхідності заслуховує пояснення особи, яка винесла постанову про порушення справи. Незрозумілою є позиція законодавця про те, що суддя у разі необхідності заслуховує пояснення особи, яка винесла постанову про порушення справи, оскільки саме ця особа несе відповідальність за законність та обґрунтованість порушення кримінальної справи, і саме вона володіє необхідним обсягом інформації про приводи та підстави до порушення кримінальної справи і саме ця особа може пояснити, на підставі яких фактичних даних та норм закону нею було прийнято рішення про порушення кримінальної справи. Положення пункту 3 частини дванадцятої статті 236⁸ про те, що суддя у судовому засіданні заслуховує думку прокурора, якщо він з'явився у судові засідання, втратило чинність, як таке, що є неконституційним, на підставі Рішення Конституційного Суду № 16-рп/2009³⁹⁰. Конституційний Суд при цьому зазначив, що «Конституційний Суд України вважає, що положення Кодексу «якщо він з'явився у судові засідання» допускає відсутність прокурора у судовому засіданні під час розгляду справи за скаргою на постанову про порушення кримі-

³⁹⁰ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частин сьомої, дев'ятої, пункту 2 частини шістнадцятої статті 236-8 Кримінально-процесуального кодексу України від 30 червня 2009 року // <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v016p710-0>

нальної справи, тому воно не відповідає вимогам пункту 3 статті 121, пункту 4 частини третьої статті 129 Конституції України з мотивів, наведених у пункті 5 мотивувальної частини цього Рішення»³⁹¹.

Частина 14 ст. 236⁸ КПК надає сторонам право ознайомитися з матеріалами, які обґрунтовують порушення кримінальної справи, та вимагати їх оголошення у судовому засіданні. Така норма КПК суперечить ст. ст. 217,218 КПК про ознайомлення з матеріалами справи та викладена без урахування норм статті 121 Кримінально-процесуального кодексу України щодо недопустимості розголошення даних досудового слідства³⁹².

При розгляді скарги на постанову про порушення кримінальної справи предметом дослідження є наявність приводів та підстав для винесення постанови, законність джерел отримання даних, які стали підставою для винесення постанови про порушення кримінальної справи. Предмет дослідження у КПК змінено порівняно з предметом дослідження, вказаним у Рішенні Конституційного Суду України від 30 січня 2003 року (справа про розгляд судом окремих постанов слідчого і прокурора) та ПП ВСУ від 11 лютого 2005 р.³⁹³ Реально можна дослідити наявність лише приводів до порушення кримінальної справи³⁹⁴. Однак у 96% досліджених матеріалів (було досліджено 50 матеріалів) оцінювалася саме наявність підстав для порушення кримінальної справи, і лише у 4% — наявність приводів для порушення кримінальної справи. Так, прикладом скасування постанови про порушення кримінальної справи через відсутність приводу до порушення кримінальної справи є постанова від 12 вересня 2007 р. у

³⁹¹ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частин сьомої, дев'ятої, пункту 2 частини шістнадцятої статті 236-8 Кримінально-процесуального кодексу України від 30 червня 2009 року // <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v016p710-0>

³⁹² Зауваження до проекту закону про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України щодо оскарження постанови про порушення кримінальної справи // Адвокат. — 2006. — №11. — С. 36

³⁹³ Детальніше щодо цього питання див.: Гловюк І. В. Оскарження постанови про порушення кримінальної справи до суду на стадії досудового слідства / І. В. Гловюк // Актуальні проблеми держави та права: зб. наук. праць. — Вип. 27. / Редкол.: С. В. Ківалов (голов. ред.) та ін.; Відп. за вип. Ю. М. Оборотов. — О.: Юрид. л-ра, 2006. — С. 71

³⁹⁴ Гловюк І. В. Оскарження постанови про порушення кримінальної справи до суду на стадії досудового слідства / І. В. Гловюк // Актуальні проблеми держави та права: зб. наук. праць. — Вип. 27. / Редкол.: С. В. Ківалов (голов. ред.) та ін.; Відп. за вип. Ю. М. Оборотов. — О.: Юрид. л-ра, 2006. — С. 72

справі № 4-786³⁹⁵. Так, суддею було вказано на те, що в оскаржуваній постанові слідчий не послався на жодний з перелічених в законі приводів до порушення кримінальної справи. Крім того, слідчий навіть при посиланні на статтю 94 КПК України у вказаній постанові, не зазначив пункт частини 1 вказаної статті, з чого можливо було б зробити висновок, що стало приводом до порушення кримінальної справи.

Прикладом вірного тлумачення норм КПК щодо предмету дослідження та їх застосування є, зокрема, постанова Апеляційного суду Запорізької області № 11-1021/06³⁹⁶. Так, розглядаючи матеріали справи по апеляції ОСОБА_1, на постанову Заводського районного суду м. Запоріжжя від 10. 04г 2006 року, якою скарга ОСОБА_1 на постанову слідчого РВ ЗМУ УМВС України в Запорізькій області від 01. 11. 2005 року про порушення кримінальної справи відносно нього за ст. 190 ч. 3 КК України залишена без задоволення., судова колегія, оцінюючи доводи апеляції та визначаючи законність та обґрунтованість судової постанови, зазначила наступне. Згідно з протоколом судового засідання від 10.04.2006 року суд при розгляді скарги суд вивчив витребувані з Заводського РВ ЗМУ УВС України в Запорізькій області матеріали кримінальної справи 7640505. При цьому суд встановив, що дійсно 1.11.2005 року відносно ОСОБА_1 порушена кримінальна справа за ознаками ст. 190 ч. 3 КК України. Як вказано в постанові слідчого, «3.04.2005 року ОСОБА_1, маючи умисел на заволодіти чужим майном, із користі, шляхом зловживання довірою, заволодів майном ОСОБА_2 — грошима в сумі 36000 грн.» (а. с. 23). Вивчивши зазначені документи суд зробив правильний висновок про те, що органи досудового слідства порушили кримінальну справу на законних підставах з повним виконанням вимог ст. 94, 98 КПК України. При цьому суд правильно послався на те, що справа порушена по заяві громадянина про скоєння відносно нього злочину і при цьому в органів досудового слідства були достатні дані про те, що в діях ОСОБА_1 є склад злочину по ст. 190 ч. 3 КК України. При цьому суд в повній мірі вивчив всі матеріали досудової перевірки по заяві ОСОБА_2 та надав їм належну оцінку. Так в кримінальній справі є заява ОСОБА_2 (а. с. 25), яка зареєстрована 24.10.2005 року Заводським РВ ЗМУ УВС України в Запорізькій області за номером 5369 та пояснення заявника (а. с. 26). На аркуші справи 28 також є

³⁹⁵ Мала енциклопедія нотаріуса. — 2008. — №5. — С. 111-112

³⁹⁶ Режим доступу: www.reyestr.court.gov.ua

копія розписки про отримання грошей ОСОБА_1. Аналізуючи вимоги КПК України суд зробив правильний висновок про те, що на момент порушення кримінальної справи органи досудового слідства в повній мірі виконали вимоги ст. 94,98 КПК України і згідно з вимогами ст. 97 КПК України по заяві прийняли рішення про порушення кримінальної справи. Скарга ОСОБА_1 до суду на постанову слідчого про порушення кримінальної справи щодо нього розглянута судом за чинним законодавством у порядку кримінального судочинства. При цьому суд, розглядаючи скаргу на стадії досудового слідства, перевірів в повному обсязі наявність приводів і підстав для винесення зазначеної постанови і не розглядав та не вирішував заздалегідь ті питання, які повинен вирішувати суд при розгляді кримінальної справи по суті, оскільки це було б порушенням конституційних засад правосуддя.

Іноді при розгляді скарг на постанови про порушення кримінальної справи та апеляцій на постанови місцевих судів судами допускаються помилки при визначенні предмету дослідження. Старший прокурор прокуратури м. Києва постановою від 9 січня 2007 р. порушив кримінальну справу щодо колишнього заступника головного державного інспектора України з охорони навколишнього природного середовища Ф. за фактами зловживання службовим становищем та продажу споживачам недоброякісної продукції у великих розмірах відповідно за ознаками злочинів, передбачених ч. 1 ст. 364 та ст. 227 КК. Печерський районний суд м. Києва відмовив у задоволенні скарги Ф. на постанову. Апеляційний суд м. Києва ухвалою від 4 травня 2007 р. скасував зазначені постанови та відмовив у порушенні кримінальної справи щодо Ф. При цьому суд апеляційної інстанції, замість перевірки законності рішення суду першої інстанції, удався до аналізу та оцінки нормативних актів та зібраних прокуратурою доказів. Отже, апеляційний суд при розгляді справи за скаргою на постанову про порушення кримінальної справи фактично вдався до розгляду й вирішення тих питань, які місцевий суд вирішує при розгляді кримінальної справи по суті, що є недопустимим³⁹⁷. Однак такий підхід Верховного Суду України практичними працівниками був розцінений як заборона судам при розгляді скарг оцінювати докази³⁹⁸. Як уявляється, таке твердження є надто категоричним, оскільки у зазна-

³⁹⁷ Вісник Верховного Суду України. — 2008. — №3. — С. 18

³⁹⁸ Осипов А. ВСУ дал указание судам не думать? Критика позиции Верховного Суда Украины по делам об обжаловании постановления о возбуждении уголовного дела / А. Осипов // Юридическая практика. — 2009. — 12 мая. — № 19 (594). — С. 14.

чений ухвалі Верховним Судом України було звернено увагу на те, що апеляційний суд при розгляді справи за скаргою на постанову про порушення кримінальної справи фактично вдався до розгляду і вирішення тих питань, які місцевий суд вирішує при розгляді кримінальної справи по суті, що є недопустимим³⁹⁹.

Місцеві та апеляційні суди, порушуючи вимоги ст. 236⁸ КПК, замість перевірки приводів та підстав для порушення кримінальної справи: а) оцінюють достовірність доказів, які стали підставою для порушення кримінальної справи; б) вказують на наявність (відсутність) складу злочину у діях посадових осіб; в) виходячи за межі своєї компетенції, оцінюють нормативні акти з питань оподаткування чи правильність висновків, викладених у актах перевірки податкових органів⁴⁰⁰.

За результатами розгляду скарги на постанову про порушення кримінальної справи, залежно від того, чи були при порушенні справи додержані вимоги ст. ст. 94, 97, 98 КПК України, суддя своєю мотивованою постановою: 1) залишає скаргу без задоволення; 2) задовольняє скаргу, скасовує постанову про порушення справи. До 30 червня 2009 року діяла норма, що суддя виносить постанову про відмову у порушенні справи. Ця норма була некоректною з точки зору принципу змагальності кримінального процесу та доктрини кримінального процесу. Відмова у порушенні справи суддею у справах публічного та приватно-публічного обвинувачення несумісна з принципом розмежування процесуальних функцій суб'єктів кримінального процесу та компетенції владних суб'єктів кримінального процесу, що є проявом змагальності у кримінальному процесі. Орган дізнання, слідчий, прокурор, суддя повинні вирішувати питання про порушення або відмову у порушенні кримінальної справи у межах своєї компетенції з урахуванням ст. 4, 27, 97, 112 КПК. Засада змагальності сторін не дає права суду або судді порушувати кримінальну справу публічного чи приватно-публічного обвинувачення⁴⁰¹. У той же час КПК надавав судді право відмовити у порушенні справи (без права її порушити). Таким чином суддя мав обмежені повнова-

³⁹⁹ Вісник Верховного Суду України. — 2008. — №3. — С. 18

⁴⁰⁰ Колыбельников Г. ВСУ об обжаловании возбуждения дела / Г. Колыбельников // Юридическая практика. — 2009. — 19 мая. — №20 (595). — С. 11.

⁴⁰¹ Маляренко В. Т. Про змагальність сторін у кримінальному судочинстві та функціональне становище суду (окремі аспекти) / В. Т. Маляренко // Вісник Верховного Суду України. — 2002. — № 6. — С. 7

ження із вирішення питання про кримінальне переслідування особи. Крім того, нонсенсом є відмова у порушенні кримінальної справи, в якій провадилися слідчі дії, в якій пред'явлено обвинувачення.

Конституційний Суд України у своєму Рішенні вказав, що «Уповноваження судів загальної юрисдикції виносити постанови про відмову в порушенні кримінальної справи в порядку, передбаченому пунктом 2 частини шістнадцятої статті 236-8 Кодексу, суперечить закріпленому в статті 6 Конституції України принципу поділу влади, оскільки проведення дізнання, слідства та складання досудових процесуальних документів у справах публічного обвинувачення не є предметом судочинства у кримінальних справах (частина третя статті 124 Основного Закону України). Отже, Конституційний Суд України дійшов висновку, що положення пункту 2 частини шістнадцятої статті 236-8 Кодексу стосовно уповноваження судів загальної юрисдикції виносити постанови про відмову в порушенні справи у разі задоволення скарг на постанови про порушення справи та їх скасування не відповідає вимогам статті 6, частини третьої статті 124 Конституції України»⁴⁰². Із цією позицією Конституційного Суду слід повністю погодитися. Однак при цьому слід звернути увагу на те, що рішення судді про скасування постанови про порушення кримінальної справи не вказане у ст. 6 КПК як обставина, що виключає провадження у кримінальній справі. Тому законодавцю слід звернути увагу на цю прогалину. Доцільно було б у цьому випадку сприйняти досвід КПК РФ, у якому передбачено, що у разі задоволення скарги суддя визнає рішення відповідної посадової особи незаконним чи необґрунтованим та вказує на обов'язок усунути допущене порушення, і передбачити у новому КПК, що суддя визнає постанову про порушення кримінальної справи незаконною та (або) необґрунтованою.

КПК не вирішено питання про процесуальні наслідки відкликання скарги скаргником, відмови особи, яка подала скаргу, від скарги у судовому засіданні, а також про те рішення, яке має прийняти суддя у випадку, якщо постанова про порушення кримінальної справи до розгляду скарги суддею скасована прокурором.

⁴⁰² Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частин сьомої, дев'ятої, пункту 2 частини шістнадцятої статті 236-8 Кримінально-процесуального кодексу України від 30 червня 2009 року // <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v016p710-0>

Відповідно до ст. 236⁵ КПК, постанова органу дізнання, слідчого, прокурора про закриття кримінальної справи може бути оскаржена до районного (міського) суду за місцезнаходженням органу або роботи посадової особи, яка винесла постанову. У разі, якщо скарга подана не за місцезнаходженням органу або роботи посадової особи, яка винесла постанову, суддя, застосовуючи аналогію ч. 1 ст. 41 КПК, повинен направити скаргу за підсудністю.

Суб'єктом оскарження є особа, інтересів якої стосується постанова про закриття кримінальної справи, або її представник. Скарга на постанову про закриття кримінальної справи подається протягом семи днів із дня отримання її копії чи повідомлення прокурора про залишення скарги на цю постанову без задоволення, якщо постанова оскаржувалася прокурору.

Розгляд суддею скарги на постанову про закриття кримінальної справи регулюється ст. 236⁶ КПК.

Скарга на постанову органу дізнання, слідчого, прокурора про закриття справи розглядається суддею одноособово не пізніше п'яти днів, а у разі складності справи — десяти днів із дня надходження закритої справи до суду. Про час розгляду скарги мають бути повідомлені прокурор та особа, що подала скаргу, які вправі взяти участь у її розгляді та висловити свої доводи. Однак їх неявка не перешкоджає розгляду скарги. До розгляду скарги суддя витребує кримінальну справу та знайомиться з нею.

У судовому засіданні суддя оголошує скаргу, заслуховує думку прокурора, у разі необхідності — пояснення особи, яка подала скаргу. При розгляді скарги ведеться протокол судового засідання. При цьому суддя не має права проводити судове слідство, допитувати слідчого, особу, яка провадить дізнання, свідків тощо.

Предметом дослідження при розгляді скарги є наявність або відсутність підстав для закриття кримінальної справи, компетенція особи, яка прийняла постанову, дотримання порядку закриття кримінальної справи.

Розглянувши скаргу, суддя залежно від того, чи були при закритті справи виконані вимоги ст. ст. 213 і 214 КПК, приймає одне з таких рішень: 1) залишає скаргу без задоволення; 2) скасовує постанову про закриття справи і направляє справу прокурору для відновлення слідства або дізнання.

Скасовуючи постанову про закриття справи і направляючи справу прокурору для відновлення досудового слідства або дізнання, суддя вказує, які обставини належить з'ясувати при проведенні досудового розслідування.

Суддя, розглядаючи у судовому засіданні скаргу на постанову про закриття кримінальної справи, з'ясовує, чи усі вимоги ст. 214 КПК виконані особою, що винесла постанову. Рішення судді про скасування постанови про закриття кримінальної справи або залишення скарги без задоволення має спиратися на докази, зібрані у справі, аналіз яких суддя має викласти у своїй постанові. Цей аналіз доказів суддею здійснюється опосередковано, у межах представленої в матеріалах кримінальної справи доказової інформації⁴⁰³. КПК не вирішено питання про процесуальні наслідки відкликання скарги скаргником, відмови особи, яка подала скаргу, від скарги у судовому засіданні, а також про те рішення, яке має прийняти суддя у випадку, якщо постанова про закриття кримінальної справи до розгляду скарги суддею скасована прокурором.

Слід зазначити, що, на відміну від КПК РФ, Модельного КПК для держав-учасниць СНД, КПК України не передбачає уніфікованої процедури розгляду скарг на рішення, які впливають на хід кримінального провадження. У КПК РФ у ст. 125 передбачено уніфіковану процедуру судового розгляду скарг на усі постанови, рішення, дії (бездіяльність) дізнавача, слідчого, прокурора, які можуть завдати шкоди конституційним правам та свободам учасників кримінального судочинства або утруднити доступ громадян до правосуддя. Модельним КПК для держав-учасниць СНД у ст. 331 передбачено право на оскарження всіх рішень і дій органів дізнання, слідчого, прокурора, органів, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність підозрюваним, обвинуваченим, захисником, потерпілим, іншими учасниками кримінального судочинства та іншими особами, права та законні інтереси яких порушені зазначеними рішеннями та діями, якщо їх скарги не були задоволені прокурором. У Проекті КПК № 1233 урегульовано розгляд та вирішення скарг на рішення про відмову в порушенні провадження в кримінальній справі, зупинення

⁴⁰³ Чорнобук В. І. Законність та обґрунтованість процесуальних рішень судді в порядку судового контролю в досудових стадіях кримінального процесу: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / В. І. Чорнобук. — О., 2007. — С. 14

чи закриття провадження в кримінальній справі (ст. 314) та постанови про порушення провадження в кримінальній справі (ст. 316).

У новому КПК України необхідно встановити уніфіковану процедуру розгляду скарг у порядку окремого провадження стосовно скарг на постанови про порушення кримінальної справи, відмови у порушенні кримінальної справи, закриття кримінальної справи, оскільки діючі на даний час процедури є досить схожими. Крім того, при врегулюванні процедури оскарження постанов слід врахувати ті пропозиції, які існують у літературі щодо розширення гарантій прав суб'єктів процесу.

На нашу думку, суб'єктами права на оскарження постанови про порушення кримінальної справи мають бути: особа, стосовно якої винесено постанову про порушення кримінальної справи, підозрюваний, адвокат, захисник, законний представник, особа, інтересів якої стосується кримінальна справа у випадках порушення справи за фактом вчинення злочину, якщо за обставинами справи було відома особа, щодо якої є підозри у вчиненні нею злочину.

У діючому КПК стосовно кола суб'єктів оскарження постанови про відмову у порушенні кримінальної справи та закриття кримінальної справи вказана «особа, інтересів якої вона стосується» (це передбачено й у проекті КПК № 1233), однак тлумачення цієї термінологічної конструкції не є у літературі однаковим. До цих осіб при оскарженні постанови про відмову у порушенні кримінальної справи відносять: прокурора⁴⁰⁴, фізичну або юридичну особу, від якої надійшло повідомлення про злочин, та її представника⁴⁰⁵, особу, якій було завдано моральної, фізичної або майнової шкоди та її представни-

⁴⁰⁴ Черечукина Л. В. Судебный контроль за досудебным производством / Черечукина Л. В. — Луганск: Редакционно-издательский отдел ЛИВД МВД Украины, 1998. — С. 32

⁴⁰⁵ Басков В. И. Законность и обоснованность возбуждения уголовного дела / В. И. Басков // Вестник МГУ. Серия «Право». — 1993. — № 4. — С. 27; Брынцев В. Д. Судебный контроль (теория и практика) / В. Д. Брынцев, В. Г. Чернухин. — Х.: 2001. — С. 59; Туманянц А. Р. Контрольні функції суду у сфері кримінального судочинства / Туманянц А. Р. — Х.: Основа, 2000. — С. 79; Уголовно-процессуальный кодекс Украины: Научно-практический комментарий / [Аленин Ю. П., Аракелян М. Р., Гидулянова Е. Н., Гловюк И. В. и др.]; под общ. ред. В. Т. Маляренко, Ю. П. Аленина. — [3-е изд.]. — Х.: Одиссей, 2007. — С. 554; Черечукина Л. В. Судебный контроль за досудебным производством / Черечукина Л. В. — Луганск: Редакционно-издательский отдел ЛИВД МВД Украины, 1998. — С. 32

ка⁴⁰⁶, підприємства, установи та організації, які понесли матеріальну шкоду від злочину⁴⁰⁷, особу, стосовно якої ставилося питання про притягнення її до кримінальної відповідальності, якщо у порушенні кримінальної справи відмовлено за п. 4 ст. 6 КПК⁴⁰⁸, близьких родичів особи у випадках, передбачених п. 8 ст. 6 КПК⁴⁰⁹.

У КПК суб'єктами оскарження постанови про закриття кримінальної справи є особа, інтересів якої вона стосується. У літературі також немає єдності у тлумаченні кола цих осіб: вважається, що суб'єктами оскарження до суду постанови про закриття справи є: особа, стосовно якої провадилося слідство, в частині, яка стосується підстав та мотивів закриття справи /ч. 2 ст. 215 КПК України/⁴¹⁰; близькі родичі та громадські організації відносно померлого обвинуваченого, з метою реабілітації померлого /ч. 3 ст. 215 КПК/⁴¹¹; інші особи, інтересів яких воно стосується, та їх представники /ч. 1 ст. 236-5 КПК/ (потерпілий та його представник, особи, які подали заяву або повідомлення про вчинений злочин, перелічені у ст. 95 КПК, фізичні і юридичні особи — володільці джерела підвище-

⁴⁰⁶ Брынцев В. Д. Судебный контроль (теория и практика) / В. Д. Брынцев, В. Г. Чернухин. — Х.: 2001. — С. 59; Черечукина Л. В. Судебный контроль за досудебным производством / Черечукина Л. В. — Луганск: Редакционно-издательский отдел ЛИВД МВД Украины, 1998. — С. 32

⁴⁰⁷ Брынцев В. Д. Судебный контроль (теория и практика) / В. Д. Брынцев, В. Г. Чернухин. — Х.: 2001. — С. 59

⁴⁰⁸ Туманянц А. Р. Контрольні функції суду у сфері кримінального судочинства / Туманянц А. Р. — Х.: Основа, 2000. — С. 79

⁴⁰⁹ Туманянц А. Р. Контрольні функції суду у сфері кримінального судочинства / Туманянц А. Р. — Х.: Основа, 2000. — С. 79; Уголовно-процессуальный кодекс Украины: Научно-практический комментарий / [Аленин Ю. П., Аракелян М. Р., Гидулянова Е. Н., Гловюк И. В. и др.]; под общ. ред. В. Т. Маляренко, Ю. П. Аленина. — [3-е изд.]. — Х.: Одиссей, 2007. — С. 554

⁴¹⁰ Брынцев В. Д. Судебный контроль (теория и практика) / В. Д. Брынцев, В. Г. Чернухин. — Х.: 2001. — С. 155; Уголовно-процессуальный кодекс Украины: Научно-практический комментарий / [Аленин Ю. П., Аракелян М. Р., Гидулянова Е. Н., Гловюк И. В. и др.]; под общ. ред. В. Т. Маляренко, Ю. П. Аленина. — [3-е изд.]. — Х.: Одиссей, 2007. — С. 556

⁴¹¹ Брынцев В. Д. Судебный контроль (теория и практика) / В. Д. Брынцев, В. Г. Чернухин. — Х.: 2001. — С. 155; Уголовно-процессуальный кодекс Украины: Научно-практический комментарий / [Аленин Ю. П., Аракелян М. Р., Гидулянова Е. Н., Гловюк И. В. и др.]; под общ. ред. В. Т. Маляренко, Ю. П. Аленина. — [3-е изд.]. — Х.: Одиссей, 2007. — С. 556

ної небезпеки)⁴¹²; потерпілий, цивільний позивач⁴¹³. А. Р. Туманянц із цього приводу зазначає: «Скарга на незаконність і необґрунтованість рішень органу дізнання, слідчого, прокурора може бути подана підозрюваним, обвинуваченим, захисником, потерпілим, іншими учасниками процесу, права та законні інтереси яких порушені вказаним рішенням, а також особами, які зазнали шкоди від злочину, однак через недоліки у роботі слідства їх не визнали потерпілими. До осіб, які мають право на оскарження, потрібно також віднести близьких родичів померлого обвинуваченого, які оскаржують постанову з метою реабілітації останнього. І нарешті, є ще одна категорія осіб, які мають право на оскарження: це особи, щодо яких справа закрита у зв'язку з недоведеністю їх участі у скоєнні злочину⁴¹⁴». Як уявляється, право на оскарження постанови про закриття кримінальної справи повинні мати: особа, щодо якої провадилося розслідування, її захисник чи законний представник; потерпілий, цивільний позивач, їх представник; цивільний відповідач, його представник; близькі родичі померлого обвинуваченого у випадках, коли це необхідно для реабілітації померлого або для поновлення справи стосовно інших осіб за нововиявленими обставинами, їх представник.

До розгляду скарги у судовому засіданні суддя має витребувати матеріали, на підставі яких прийнято рішення про відмову у порушенні кримінальної справи, матеріали кримінальної справи, щодо якої винесено постанову про її закриття, матеріали, на підставі яких вирішено питання про порушення кримінальної справи. Суддя має вивчити ці матеріали у закритому режимі і мати їх у нарадчій кімнаті, не оголошуючи їх однак для забезпечення таємниці даних дослідчої перевірки, дізнання, досудового слідства.

Розгляд скарг має здійснюватися слідчим суддею одноособово в закритому судовому засіданні. Не можна погодитися із твердженням О. В. Кондратьєва про те, що «аналіз чинного кримінально-процесуального законодавства й судової практики по розгляду скарг на дії чи рішення органів досудового провадження дає підставу зроби-

⁴¹² Брынцев В. Д. Судебный контроль (теория и практика) / В. Д. Брынцев, В. Г. Чернухин. — Х.: 2001. — С. 155

⁴¹³ Уголовно-процессуальный кодекс Украины: Научно-практический комментарий / [Аленин Ю. П., Аракелян М. Р., Гидулянова Е. Н., Гловчук И. В. и др.]; под общ. ред. В. Т. Маляренко, Ю. П. Аленина. — [3-е изд.]. — Х.: Одиссей, 2007. — С. 556

⁴¹⁴ Туманянц А. Р. Контрольні функції суду у сфері кримінального судочинства / Туманянц А. Р. — Х.: Основа, 2000. — С. 86-87

ти однозначний висновок, що такі скарги повинні слухатися судами, як правило, у відкритому судовому засіданні⁴¹⁵». Діючим законодавством не визначено, в якому судовому засіданні мають розглядатися скарги, але це не дає підстав вважати, що вони мають розглядатися у відкритому судовому засіданні. Закрите судове засідання необхідне для забезпечення таємниці даних дослідчої перевірки, дізнання, досудового слідства.

До суду мають викликатися прокурор, скаржник, підозрюваний, обвинувачений, захисник, адвокат, законний представник, посадова особа, яка порушила кримінальну справу, орган та посадова особа, у провадженні якої перебуває або перебувала справа, потерпілий, постраждалий, особа, за заявою якої було порушено справу, цивільний позивач та відповідач, їх представники. У судовому засіданні їм, у відповідності до їх процесуального статусу, повинні бути роз'яснені їх права та обов'язки, зокрема: право заявляти відводи та клопотання, давати пояснення, задавати запитання, висловлювати свою думку щодо клопотань інших учасників процесу, знайомитися з матеріалами, на підставі яких прийнято рішення про відмову у порушенні провадження у кримінальній справі та про закриття провадження у кримінальній справі, виступати у судових дебатах, знайомитися з протоколом судового засідання або журналом судового засідання, приносити на нього зауваження. Після цього слідчий суддя оголошує скаргу, заслуховує пояснення особи, яка подала скаргу, підозрюваного, обвинуваченого, захисника, представника, законного представника, прокурора, особи, яка винесла постанову, інших осіб, які з'явилися у судове засідання. Потім учасники виступають у судових дебатах, суддя видаляється до нарадчої кімнати, після виходу оголошує постанову.

У судовій практиці є випадки, коли скаржник відкликає свою скаргу, просить її не розглядати; коли скарга подана з порушенням правил підсудності; коли скарга подана особою, яка не має права на її подання; коли скаржник помер; коли оскаржувана постанова скасовується до її розгляду судом; коли аналогічна скарга вже була вирішена судом по суті і постанова набрала законної сили; коли

⁴¹⁵ Кондратьєв О. В. Організаційно-правові проблеми судового контролю: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.10 «судоустрій; прокуратура та адвокатура» / О. В. Кондратьєв. — Х, 2005. — 19 с. — Режим доступу до автореферату: <http://www.nbuv.gov.ua/ard/2005/05kovpsk.zip>

скаржник відмовляється у судовому засіданні від своїх вимог; коли скаргу подано після направлення справи до суду для попереднього розгляду справи суддею. КПК не передбачено, яке рішення суддя має прийняти у цих випадках. У літературі пропонується при поданні скарги з порушенням правил підсудності направляти скаргу за підсудністю⁴¹⁶; альтернатива запропонована у російській юридичній літературі — відмовити у прийнятті скарги до розгляду⁴¹⁷. У даному випадку доцільно використовувати порядок, аналогічний вирішенню питань про підсудність кримінальних справ — тобто суду направити скаргу за підсудністю. Це сприятиме й скорішому вирішенню скарги, оскільки спори про підсудність не допускаються.

У разі відкликання скарги до її розгляду у судовому засіданні суддя має залишити скаргу без розгляду, оскільки, як правильно зазначають В. Д. Бринцев, В. Г. Чернухін, усунуто привід до провадження по скарзі⁴¹⁸.

Якщо скарга подана особою, яка не має права на її подання, то слідчий суддя своєю постановою повинен відмовити у прийнятті скарги до розгляду по суті: така скарга не може бути розглянута по суті, оскільки суб'єкт її подання є неналежним. Якщо ж неналежність суб'єкта подання скарги буде встановлена при розгляді скарги по суті, то суддя має закрити провадження у скарзі.

У разі, якщо скаржник помер, то провадження у його скарзі також має бути закрито, оскільки вже немає суб'єкта, заінтересованого у розгляді скарги по суті.

Якщо оскаржувана постанова до розгляду скарги по суті і винесення рішення по скарзі скасована прокурором, то повноваження слідчого судді мають відрізнитися залежно від того, коли про цей факт стало відомо. Якщо про це стало відомо до призначення скарги до розгляду, то слідчий суддя має відмовити у прийнятті скарги до розгляду. Якщо про це стало відомо у судовому засіданні, то суддя має закрити провадження у справі, оскільки вже не-

⁴¹⁶ Бринцев В. Д. Судебный контроль (теория и практика) / В. Д. Бринцев, В. Г. Чернухин. — Х.: 2001. — С. 140

⁴¹⁷ Морозов П. Нормы УПК о порядке рассмотрения судом жалоб в досудебном производстве требуют совершенствования / П. Морозов // Уголовное право. — 2005. — № 4. — С. 78

⁴¹⁸ Бринцев В. Д. Судебный контроль (теория и практика) / В. Д. Бринцев, В. Г. Чернухин. — Х.: 2001. — С. 61

має предмета оскарження. Таке рішення передбачено, зокрема, у п. 8 Постанови Пленуму Верховного Суду Російської Федерації «Про практику розгляду судами скарг в порядку статті 125 Кримінально-процесуального кодексу Російської Федерації»⁴¹⁹. Судова практика з цього приводу є суперечливою. Про це свідчить, зокрема, постанова судді Печерського районного суду м. Києва № 4-1098/08 від 5 червня 2008 р.⁴²⁰ 05.06.2008 року в судовому засіданні було встановлено, що на момент розгляду скарги в суді оскаржувана постанова втратила чинність, оскільки 05.06.2008 року скасована начальником відділу прокуратури Київської області про що суду надано постанову від 05.06.2008 року. Таким чином на момент розгляду скарги в суді був відсутній предмет розгляду. У відповідності до вимог ст. 236-2 КПК України суддя за результатами розгляду скарги може прийняти лише два рішення, а саме: скасувати постанovu про відмову в порушенні справи і повернути матеріали для проведення додаткової перевірки; чи залишає скаргу без задоволення. В зв'язку з викладеним суд прийшов до висновку, що скаргу слід залишити без задоволення, оскільки оскаржувана постанова скасована прокурором і суд позбавлений можливості скасувати постанovu, яка вже скасована.

У іншому судовому рішенні суддя, отримавши у судовому засіданні дані про те, що кримінальна справа, у якій подано скаргу, направлено до суду для розгляду по суті, прийняв рішення про залишення скарги без задоволення, у той же час вказавши у описово-мотивувальній частині, що закінчення досудового слідства у справі є підставою для закриття провадження у скарзі⁴²¹. Такі випадки вказують на те, що норми КПК у частині судових рішень за результатами розгляду скарг мають бути удосконалені.

У разі, якщо аналогічна скарга вже була вирішена судом по суті і постанова набрала законної сили, то повноваження слідчого судді також мають відрізнятися залежно від того, коли про цей факт стало відомо. Якщо про це стало відомо до призначення скарги до розгля-

⁴¹⁹ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации №1 «О практике рассмотрения судами жалоб в порядке статьи 125 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» от 10 февраля 2009 года // Бюллетень Верховного суда Российской Федерации. — 2009. — №4. — С. 2-6

⁴²⁰ Постанова судді Печерського районного суду м. Києва у справі № 4-1098/08 від 5 червня 2008 р. // Режим доступу: www.reyestr.court.gov.ua

⁴²¹ Постанова судді Центрального районного суду м. Миколаєва у справі № 11-5-9/09 від 22 січня 2009 р. // Режим доступу: www.reyestr.court.gov.ua

ду, то слідчий суддя має відмовити у прийнятті скарги до розгляду. Якщо про це стало відомо у судовому засіданні, то суддя має закрити провадження у справі. Стосовно процесуального рішення, яке має прийняти слідчий суддя у випадку, якщо скаржник відмовляється у судовому засіданні від своїх вимог, то суддя має закрити провадження з розгляду скарги. Не можна погодитися із думкою про те, що в такому випадку суд повинен залишати скаргу без розгляду⁴²², оскільки, як вірно зазначається у літературі, закриття провадження у скарзі припускає неможливість повторного розгляду у суді скарги на ту ж дію (бездіяльність) або рішення і за тими же підставами, а при залишенні скарги без розгляду таких обмежень немає⁴²³. Не можна залишати скаргу без розгляду у випадку відмови скаржника від вимог у судовому засіданні, оскільки можливе зловживання процесуальним правом на оскарження, неодноразове подання скарги: особливо це стосується оскарження постанови про порушення кримінальної справи, де можливе зупинення слідчих дій.

Таким чином, судовий контроль у досудовому провадженні є здійснюваною у встановленому кримінально-процесуальним законом порядку діяльністю суду (судді) з розгляду та вирішення по суті скарг на дії, бездіяльність, рішення органу дізнання, дізнавача, слідчого, начальника слідчого відділу, прокурора та інших владних суб'єктів кримінального процесу. Його ознаками є: процесуальний порядок здійснення; ініціаційний характер з боку учасників кримінального процесу та осіб, які сприяють веденню кримінального провадження; скарга як привід здійснення; направленість на вирішення по суті кримінально-процесуального конфлікту; перевірочний характер; специфічний предмет дослідження (законність та обґрунтованість дій, бездіяльності, рішень органу дізнання, дізнавача, слідчого, начальника слідчого відділу, прокурора та інших владних суб'єктів кримінального процесу).

⁴²² Петровский А. Г. Решения, принимаемые в порядке статьи 125 УПК РФ, требуют совершенствования / А. Г. Петровский // Российский судья. — 2006. — № 6. — С. 26

⁴²³ Петровский А. Г. Решения, принимаемые в порядке статьи 125 УПК РФ, требуют совершенствования / А. Г. Петровский // Российский судья. — 2006. — № 6. — С. 27

2.3. Функція застосування заходів кримінально-процесуального примусу: окремі проблеми реалізації у досудових стадіях кримінального процесу

Однією із функцій суду у досудовому провадженні є застосування заходів кримінально-процесуального примусу. Як правило, ця діяльність у літературі відзначається як така, що належить до судового контролю⁴²⁴, однак із цим погодитися не можна. Прийняття процесуальних рішень із застосування заходів кримінально-процесуального примусу має специфіку, яка відрізняє цю функцію від інших функцій суду, у першу чергу — від дозвільної функції суду. Адже при здійсненні процесуальних дій, пов'язаних із застосуванням заходів кримінально-процесуального примусу, саме суддя шляхом прийняття рішення за поданням здійснює процесуальні дії, пов'язані з обмеженням конституційних прав та свобод. Незважаючи на те, що фактичне виконання постанови судді може бути покладено на відповідні органи, посадових та службових осіб, процесуальну дію, яка полягає у застосуванні заходу кримінально-процесуального примусу, здійснює саме суддя. А при здійсненні дозвільної функції суд (суддя) надає дозвіл на здійснення процесуальної або оперативно-розшукової дії,

⁴²⁴ Гузела М. Контроль за законністю дій і рішень органів досудового розслідування як самостійна функція суду / М. Гузела // Вісник Львівського університету. — Серія юридична. — 2004. — Вип. 39. — С. 444; Колоколов Н. А. Судебный контроль в стадии предварительного расследования: реальность, перспективы / Н. А. Колоколов // Государство и право. — 1998. — № 11. — С. 32; Кондратьев О. В. Організаційно-правові проблеми судового контролю: дис.... кандидата юрид. наук: 12.00.10 / Кондратьев Олександр Васильович. — Х., 2005. — С. 76; Лопаткина Н. Судебный контроль в ходе досудебного производства по уголовному делу / Н. Лопаткина // Законность. — 2002. — № 8. — С. 32; Маляренко В. Межі судового контролю за додержанням прав і свобод людини в стадії попереднього розслідування кримінальної справи / В. Маляренко, П. Пилипчук // Право України. — 2001. — № 4. — С. 41; Петрухин И. Л. Судебная власть и расследование преступлений / И. Л. Петрухин // Государство и право. — 1993. — № 7. — С. 84; Пошва Б. М. Судовий контроль за дотриманням конституційних прав особи під час досудового розслідування кримінальної справи: практика та проблеми вдосконалення / Б. М. Пошва // Адвокат. — 2005. — № 6. — С. 43; Сірий М. І. Українська модель здійснення судового контролю на досудових стадіях кримінального процесу / М. І. Сірий // Адвокат. — 2005. — № 9. — С. 7; Туманянц А. Р. Судовий контроль за законністю і обґрунтованістю процесуальних рішень органів досудового слідства: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / А. Р. Туманянц. — Х., 1998. — С. 4

здійснювати яку будуть компетентні суб'єкти, і процесуальне значення будуть мати саме результати безпосереднього здійснення цієї процесуальної або оперативно-розшукової дії. Таким чином, ці функції є різними за своєю правовою природою, і тому некоректно їх об'єднувати в одну функцію — судового санкціонування застосування заходів процесуального примусу та здійснення окремих слідчих та інших правових дій⁴²⁵; обмеження конституційних прав громадян, у тому числі у ході досудового провадження⁴²⁶; судового контролю.

У зв'язку з дослідженням функції суду із застосування заходів кримінально-процесуального примусу необхідно визначити, які кримінально-процесуальні заходи є заходами кримінально-процесуального примусу. У літературі не склалося сталого розуміння поняття та сутності заходів кримінально-процесуального примусу. У першу чергу, це пов'язано із тим, що у літературі наявні різні підходи до сутності примусу у кримінальному судочинстві⁴²⁷. Не вдаючись детально до дослідження цієї проблеми, з урахуванням визначень заходів процесуального примусу, запропонованих у літературі⁴²⁸, заходи кримінально-процесуального примусу можуть бути визначені як передбачені кримінально-процесуальним законодавством процесуальні засоби примусового характеру, які застосовуються у передбаченому законом порядку владними суб'єктами кримінального процесу до суб'єктів кримінального процесу з метою попередження чи перепинення неправомірних дій, які перешкоджають розслідуванню, розгляду та вирішенню кримінальної справи, належному виконанню вироку. Заходи кримінально-процесуального примусу є неоднорідни-

⁴²⁵ Рябцева Е. В. Судебная деятельность в уголовном процессе России / Рябцева Е. В. — Ростов-на / Д.: Феникс, 2006. — С. 93, 101

⁴²⁶ Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / [Под ред. А. Я. Сухарева]. — М.: Норма, 2002. — С. 63

⁴²⁷ Кудин Ф. М. Принуждение в уголовном судопроизводстве / Кудин Ф. М. — Красноярск: Изд-во Краснояр. Ун-та, 1985. — С. 63-65; Курс советского уголовного процесса. Общая часть / [Под ред. А. Д. Бойкова и И. И. Карпеца]. — М., 1989. — С. 98

⁴²⁸ Корнуков В. М. Меры процессуального принуждения в уголовном судопроизводстве / Корнуков В. М. — Саратов, 1978. — С. 20; Рожнова В. В. Застосування заходів процесуального примусу, пов'язаних з ізоляцією особи: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / В. В. Рожнова. — К., 2003. — С. 9; Уголовно-процессуальное право Российской Федерации / [Отв. ред. П. А. Лупинская]. — М.: Юрист, 2004. — С. 290

ми за своєю природою, у зв'язку з чим у літературі існують численні їх класифікації⁴²⁹. Для мети цього дослідження можливе використання класифікації заходів кримінально-процесуального примусу на запобіжні заходи та інші заходи кримінально-процесуального примусу. При цьому до запобіжних заходів можна віднести підписку про невиїзд; особисту поруку; поруку громадської організації або трудового колективу; заставу; взяття під варту; нагляд командування військової частини; затримання; віддання неповнолітнього під нагляд батьків, опікунів, піклувальників або адміністрації дитячої установи; до інших заходів кримінально-процесуального примусу — поміщення обвинуваченого до медичної установи для проведення судово-медичної або судово-психіатричної експертизи; поміщення малолітнього у приймальник-розподільник для дітей; усунення захисника від участі у справі; привід; запобіжне обмеження щодо особи, стосовно якої порушено кримінальну справу; відсторонення від посади; одержання зразків для експертного дослідження; попередження; видалення із залу судового засідання; накладення арешту на майно; вилучення майна, на яке накладено арешт.

Найбільш розробленою у КПК України є процедура вирішення питання про застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. Слід зазначити, що дослідженню питань про застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту присвячено ряд на-

⁴²⁹ Благодарі А. Класифікація заходів кримінально-процесуального примусу / А. Благодарі // Підприємництво, господарство і право. — 2008. — №12. — С. 178-181; Васильєва Е. Г. Меры уголовно-процессуального принуждения: [монография] / Васильєва Е. Г. — Уфа: Изд-во Башкирского государственного университета, 2003. — Режим доступу до книги: <http://www.kalinovsky-k.narod.ru>; Давыденко Л. М. Меры процессуального принуждения как предмет прокурорского надзора и судебного контроля / Л. М. Давыденко, А. В. Кондратьев // Право і безпека. — 2003. — № 2'2. — С. 80; Корнуков В. М. Меры процессуального принуждения в уголовном судопроизводстве / Корнуков В. М. — Саратов, 1978. — С. 25; Кудин Ф. М. Принуждение в уголовном судопроизводстве / Кудин Ф. М. — Красноярск: Изд-во Краснояр. Ун-та, 1985. — 135 с. 73; Лобойко Л. Н. Уголовно-процессуальное право / Лобойко Л. Н. — Х.: Одиссей, 2007. — С. 181; Смирнов А. В. Уголовный процесс: Учебник для вузов / А. В. Смирнов, К. Б. Калиновский / [Под общ. ред. А. В. Смирнова]. — СПб.: Питер, 2004. — 697 с. — (Серия «Учебник для вузов»). Режим доступу до книги: <http://www.kalinovsky-k.narod.ru>; Ткачева Н. В. Понятие и значение мер уголовно-процессуального принуждения / Н. В. Ткачева // Проблемы совершенствования и применения законодательства о борьбе с преступностью: материалы Всеросс. науч.-практ. конф., посвященной 95-летию Башкирского госуд. Ун-та. Ч. I. — Уфа: РИО БашГУ, 2004 // Режим доступу до джерела: <http://www.kalinovsky-k.narod.ru>

укових праць⁴³⁰, однак деякі проблеми нормативного регулювання застосування взяття під варту залишилися невирішеними.

Стаття 165² КПК України передбачає, що приводом для вирішення питання про застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту є подання органу дізнання, слідчого або прокурора. Форма подання органу дізнання, слідчого, прокурора у КПК не визначена. Відповідно до п. 4 ПП ВСУ від 25 квітня 2003 р.⁴³¹, суди повинні вимагати від органу дізнання, слідчого чи прокурора, щоб подання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту містило необхідні реквізити (найменування органу, який вносить подання; дані про погодження подання з прокурором (у разі внесення його

⁴³⁰ Давыденко Л. М. Некоторые вопросы теории и практики применения меры пресечения в виде заключения под стражу / Л. М. Давыденко, П. М. Каркач, А. В. Кондратьев // Судова реформа в Україні: проблеми і перспективи. — Київ-Харків: Юрінком Інтер, 2002. — С. 221-224; Кітура А. Взяття під варту та продовження строків тримання під вартою / А. Кітура // Вісник прокуратури. — 2002. — №5. — С. 59-61; Клочков В. Г. Судебный контроль за соблюдением законности и обоснованности применения меры пресечения — заключения под стражу / Клочков В. Г. — К.: НВТ Правник, 1998. — 75 с.; Кондратьев О. В. Організаційно-правові проблеми судового контролю: дис.... кандидата юрид. наук: 12.00.10 / Кондратьев Олександр Васильович. — Х., 2005. — 191 с.; Курільчук І. Взяття під варту: співвідношення прокурорського нагляду та судового контролю / І. Курільчук // Підприємство, господарство і право. — 2006. — № 5. — С. 159-162. Маринів В. І. Принцип особистої недоторканності у кримінальному процесі України: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук.: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / В. І. Маринів. — Х., 1999. — 21 с. Марітчак Т. М. Застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту місцевими та апеляційними судами / Т. М. Марітчак // Вісник Верховного Суду України. — 2002. — № 6. — С. 37-40. Назаров В. В. Проблеми допустимості обмеження конституційних прав громадян при застосуванні запобіжного заходу у вигляді взяття під варту / В. В. Назаров // Вісник Національної академії прокуратури України. — 2008. — №4. — С. 26-32. Пилипчук П. П. Обрання судом запобіжного заходу у вигляді взяття під варту в стадії досудового розслідування кримінальної справи / П. П. Пилипчук // Вісник Верховного Суду України. — 2002. — № 6. — С. 44-49. Тищенко О. І. Проблеми обрання та оскарження запобіжного заходу у вигляді взяття під варту в досудовому провадженні у кримінальній справі: дис. ... кандидата юрид. наук: 12.00.09 / Тищенко Ольга Ігорівна — Х., 2007. — 215 с. Черечукіна Л. Заходи процесуального примусу — арешт і тримання під вартою, які застосовуються за судовим рішенням / Л. Черечукіна // Право України. — 1998. — № 5. — С. 50-54. Шило О. Взяття під варту повинно застосовуватися виключно на підставі обґрунтованих процесуальних рішень / О. Шило, Н. Глинська // Право України. — 2004. — № 10. — С. 91-94.

⁴³¹ Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами запобіжного заходу у вигляді взяття під варту та продовження строків тримання під вартою на стадіях дізнання і досудового слідства» від 25 квітня 2003 р. // Вісник Верховного Суду України. — 2003. — № 3. — С. 6-10.

органом дізнання чи слідчим); прізвище, ім'я та по-батькові особи, щодо якої вноситься подання; дата й місце її народження); посилання на обставини, зазначені у ст. 150 КПК; дані про злочин, у вчиненні якого особа підозрюється, обвинувачується, та його кримінально-правову кваліфікацію; підстави для обрання запобіжного заходу. Л. М. Давиденко, П. М. Каркач, О. В. Кондратьєв запропонували доктринальну модель структури подання про застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту⁴³². Як уявляється, подання повинно складатися із вступної, описово-мотивувальної та резолютивної частин. У вступній частині має бути зазначено, до якого суду направляється подання, місце та час його складання, найменування справи, прізвище, ініціали, звання особи, яка склала подання. В описово-мотивувальній частині мають бути вказані дані про особу підозрюваного, обвинуваченого: прізвище, ім'я та по-батькові; дата й місце її народження. У цій частині мають бути наведені основні обставини розслідуваного злочину. Саме ця частина має містити мотивування необхідності застосування саме цього запобіжного заходу, яка має включати: фактичні підстави для застосування взяття під варту, тобто підстави, які підтверджують причетність підозрюваного, обвинуваченого до вчинення злочину; умови застосування цього запобіжного заходу; мотив необхідності застосування, тобто вказування тих обставин, фактів, якими керувалася особа при прийнятті рішення про необхідність застосування цього запобіжного заходу. Описово-мотивувальна частина має містити посилання на докази, що обґрунтовують подання. Крім того, слід погодитися із тим, що у разі затримання особи у порядку ст. 106 КПК України, у поданні має бути обов'язково вказаний точний час затримання⁴³³, оскільки це необхідно для належного реагування на випадки порушення строків затримання. Недопустимі поширені констатації у поданнях того, що особа може перешкодити встановленню істини у справі, ухилитися від слідства та суду без указання обставин, на яких ґрунтуються ці твердження. Так, як зазначено в узагальненні практики застосуван-

⁴³² Давиденко Л. М. Некоторые вопросы теории и практики применения меры пресечения в виде заключения под стражу / Л. М. Давыденко, П. М. Каркач, А. В. Кондратьев // Судова реформа в Україні: проблеми і перспективи. — Київ-Харків: Юрінком Інтер, 2002. — С. 221

⁴³³ Шило О. Взяття під варту повинно застосовуватися виключно на підставі обґрунтованих процесуальних рішень / О. Шило, Н. Глинська // Право України. — 2004. — № 10. — С. 93

ня судами запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, основними недоліками подань були: неповні або неточні дані про підозрювану або обвинувачену особу; відсутність дати й часу її затримання та посилання на статтю Кримінального кодексу України, за якою особа підозрюється або обвинувачується; недостатні мотивування та обґрунтування⁴³⁴.

У КПК України, як і в ПП ВСУ від 25 квітня 2003 р. не вирішено питання щодо тих документів, які мають бути додані до подання про застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. У Постанові Пленуму Верховного Суду Російської Федерації «Про застосування судами норм Кримінально-процесуального кодексу Російської Федерації» від 5 березня 2004 р.⁴³⁵ зазначено, що до клопотання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту слід додавати копії постанов про порушення кримінальної справи та притягнення особи як обвинуваченого, копії протоколів затримання, допитів підозрюваного, обвинуваченого, а також докази, які є у справі, які підтверджують наявність обставин, що свідчать про необхідність обрання особі запобіжного заходу у вигляді взяття під варту (відомості про особу підозрюваного, обвинуваченого, довідки про судимості, дані про можливість особи перебуватися від слідства, про погрози на адресу потерпілих, свідків та ін.). У літературі також висловлено пропозиції щодо необхідних додатків до подання⁴³⁶. О. І. Тищенко пропонує на законодавчому рівні закріпити перелік обов'язкових додатків до подання органу дізнання, слідчого, прокурора про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту⁴³⁷. На нашу думку, у новому КПК немає необхідності встановлювати перелік додатків до подання, оскільки КПК повинен встановлювати вимоги до форми подання, і немає необхідності надто деталізувати КПК, встановлюючи перелік додатків до подання. Це можливо зробити у ПП ВСУ від 25 квітня 2003 р. У зв'язку із

⁴³⁴ Практика застосування судами запобіжного заходу у вигляді взяття під варту // Вісник Верховного Суду України. — 2005. — № 6. — С. 24

⁴³⁵ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 5 марта 2004 г. № 1 «О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // Режим доступа до акту: http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=1456

⁴³⁶ Кітура А. Взяття під варту та продовження строків тримання під вартою / А. Кітура // Вісник прокуратури. — 2002. — №5. — С. 61

⁴³⁷ Тищенко О. І. Проблеми обрання та оскарження запобіжного заходу у вигляді взяття під варту в досудовому провадженні у кримінальній справі: дис. ... кандидата юрид. наук: 12.00.09 / Тищенко Ольга Ігорівна — Х., 2007. — С. 59

цим п. 4 ПП ВСУ від 25 квітня 2003 р. слід доповнити ч. 2 такого змісту: «До подання органу дізнання, слідчого, прокурора про застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту мають додаватися належним чином завірені копії постанови про порушення кримінальної справи, постанови про притягнення як обвинуваченого, протоколу затримання, протоколу допиту підозрюваного або обвинуваченого, довідки про судимість, а також копії матеріалів, які підтверджують, що підозрюваний, обвинувачений у разі застосування до нього запобіжного заходу, не пов'язаного з триманням під вартою, ухилятиметься від дізнання або слідства, від виконання процесуальних рішень, перешкоджатиме встановленню істини у справі, продовжуватиме злочинну діяльність (наприклад, копії протоколів допитів свідків та потерпілих, їх заяви про забезпечення безпеки тощо)».

Обов'язковою умовою для внесення подання до суду є наявність згоди прокурора на його внесення. Пункт 4 ПП ВСУ від 25 квітня 2003 р. передбачає, що суди не повинні брати до провадження подання, внесені відповідно до ст. 165² КПК, якщо на порушення ч. 2 цієї статті вони не були погоджені з прокурором, або той із ними не погодився, або з подання не зрозуміло, який саме прокурор (його посада і прізвище) дав згоду. Слід зазначити, що питання про необхідність цієї згоди та наслідки її відсутності є одними із найбільш дискусійних в літературі⁴³⁸. Прокурор у кримінальному судочинстві здійснює конституційну функцію прокурорського нагляду за дотриманням законів органами, які провадять дізнання, досудове слідство. Прокурор може не допустити внесення до суду необґрунтованого подання. У проекті КПК України № 1233 у ст. 136, 137 не передбачено необхідності згоди прокурора для внесення подання слідчому судді для застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, що суперечить ст. 133 проекту. Такий підхід до вирішення питання про обрання цього запобіжного заходу не є вдалим. Саме тому у ч. 1 ст. 136 Проекту КПК України № 1233 слід доповнити після слова «вносить» словами «за згодою прокурора», а п. 2 ч. 1 ст. 137 перед словом «вносить» словами «орган дізнання, слідчий — за згодою прокурора».

⁴³⁸ Детальніше див.: Тищенко О. І. Проблеми обрання та оскарження запобіжного заходу у вигляді взяття під варту в досудовому провадженні у кримінальній справі: дис. ... кандидата юрид. наук: 12.00.09 / Тищенко Ольга Ігорівна — Х., 2007. — С. 63-65

Суб'єктом, який розглядає та вирішує подання про застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту є місцевий суд. КПК України не встановлює окремі правила підсудності для розгляду та вирішення подань про застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. Пункт 2 ПП ВСУ від 25 квітня 2003 р. передбачає, що «за змістом ст. 165² КПК (зокрема, ч. 7) вирішення питання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту віднесено виключно до компетенції місцевих судів. У зв'язку з цим апеляційні суди не вправі брати до провадження і розглядати по суті подання про обрання такого запобіжного заходу. Відповідно до ст. 37 КПК подання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту повинно розглядатися тим місцевим судом, у районі діяльності якого вчинено злочин або провадиться дізнання чи досудове слідство в даній справі. Питання про передачу цього подання для розгляду в інший суд має вирішуватися за правилами, встановленими статтями 38, 39, частинами 2, 3 ст. 40 та ст. 41 КПК». Слід зазначити, що питання про територіальну підсудність розгляду подань вирішено не досить чітко. Відповідно до ст. 37 КПК, справа повинна бути розглянута судом, в районі діяльності якого закінчено дізнання або досудове слідство, лише у випадку, якщо місце вчинення злочину встановити не можна. Таким чином, якщо це місце встановлено, то подання повинен розглядати суд за місцем вчинення злочину. Однак, як уявляється, застосування загальних правил підсудності для розгляду подань є недоцільним, і на це вже вказувалося у літературі. Так, у літературі наводиться приклад, що ілюструє це. 8 жовтня 2003 р. апеляційним судом Дніпропетровської області було скасовано постанову Жовтневого районного суду м. Дніпропетровська про обрання К. взяття під варту. Як було встановлено в справі, запобіжний захід обирався судом за місцем розташування прокуратури міста, яка провадила слідство у справі, а злочин було вчинено на території Бабушкінського району м. Дніпропетровська⁴³⁹. На нашу думку, задля процесуальної економії у КПК України слід встановити норму, що розгляд подання здійснює суд за місцем провадження дізнання або досудового слідства. За такої норми не буде необхідності перевезення підозрюваного, обвинуваченого до іншого району у разі, якщо досудове слідство провадиться не за місцем вчинення злочину.

⁴³⁹ Приміч І. Запобіжний захід — взяття під варту // Прокуратура. Людина. Держава. — 2004 — №6. — С. 69-70

Відповідно до ч. 3 ст. 165² КПК України, подання має бути розглянуто протягом сімдесяти двох годин з моменту затримання підозрюваного чи обвинуваченого. Цей же строк передбачено й у проєкті КПК № 1233. Як правильно вказується у літературі, в цій частині закон є непослідовним. Суд може бути поставлений в умови, коли подання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту буде надано йому для розгляду безпосередньо перед закінченням 72-годинного строку. Це може призвести до поверхового вивчення справи і прийняття невиваженого й поспішного рішення⁴⁴⁰. Тому слід погодитися із пропозиціями дослідників⁴⁴¹ про те, що необхідно встановити строк внесення подань про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. У КПК доцільно встановити строк у 6 годин до закінчення строку затримання: цього часу достатньо для реєстрації справи, передання її судді та розгляду по суті.

У зв'язку із строками внесення подань про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту виникає питання про те, як належить діяти судді у разі надходження подання після 72-годинного строку. Пункт 5 ПП ВСУ від 25 квітня 2003 р. встановлює, що надходження до суду подання про взяття затриманої особи під варту після закінчення цих строків не є підставою для відмови в його розгляді. На таке порушення суддя відповідно до ст. 23² КПК зобов'язаний реагувати окремою постановою. Існує точка зору, що такий підхід є антиконституційним, оскільки Конституція встановлює 72 години і не робить ніяких винятків⁴⁴². Однак, розглядаючи подання, суддя, встановивши, що особу затримано більш ніж на 72 години, з першого погляду, повинен мати право її негайно звільнити. Але це не звільняє

⁴⁴⁰ Пилипчук П. П. Обрання судом запобіжного заходу у вигляді взяття під варту в стадії досудового розслідування кримінальної справи / П. П. Пилипчук // Вісник Верховного Суду України. — 2002. — № 6. — С. 45

⁴⁴¹ Пилипчук П. П. Обрання судом запобіжного заходу у вигляді взяття під варту в стадії досудового розслідування кримінальної справи / П. П. Пилипчук // Вісник Верховного Суду України. — 2002. — № 6. — С. 45; Санін В. Взяття під варту: спірні питання / В. Санін // Юридичний вісник України. — 2004. — № 20. — С. 9; Тищенко О. І. Проблеми обрання та оскарження запобіжного заходу у вигляді взяття під варту в досудовому провадженні у кримінальній справі: дис. ... кандидата юрид. наук: 12.00.09 / Тищенко Ольга Ігорівна — Х., 2007. — С. 61

⁴⁴² Санін В. Взяття під варту: спірні питання / В. Санін // Юридичний вісник України. — 2004. — № 20. — С. 9; Тищенко О. І. Проблеми обрання та оскарження запобіжного заходу у вигляді взяття під варту в досудовому провадженні у кримінальній справі: дис. ... кандидата юрид. наук: 12.00.09 / Тищенко Ольга Ігорівна — Х., 2007. — С. 62

його від обов'язку розглянути належним чином оформлене подання. І, звільнивши особу, суддя, відповідно до ч. 4 ст. 165² КПК України, має право дати дозвіл на її затримання та доставку в суд під вартою. І ці постанови можуть бути винесені у нарадчій кімнаті за один раз. Таким чином, особа формально звільняється і затримується ще раз. Така процедура не є доцільною. Якщо не буде встановлено підстав для застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, суддя відмовить у задоволенні подання і підозрюваного, обвинуваченого буде звільнено. Якщо ж подання буде задоволено, особа все одно реально звільнена не буде. Саме тому, навіть враховуючи те, що формально порушується конституційне право особи на свободу, роз'яснення Пленуму Верховного Суду України все ж таки слід визнати правильним.

До розгляду подання по суті суддя повинен вивчити матеріали кримінальної справи. Така норма КПК та відповідне роз'яснення ПП ВСУ від 25 квітня 2003 р., що у разі відмови органом дізнання, слідчим, прокурором у наданні матеріалів кримінальної справи або надання тільки копій окремих процесуальних документів суддя повертає подання прокуророві без розгляду, є обґрунтованими. У КПК має бути норма про те, що у випадку ненадання матеріалів кримінальної справи для вивчення суддя своєю постановою залишає подання без розгляду у зв'язку з ненаданням йому матеріалів кримінальної справи для вивчення. Слід зазначити, що КПК РФ, проект КПК № 3456д, проект КПК № 1233 не передбачають обов'язку слідчого надати судді для вивчення усі матеріали кримінальної справи. Це є прогалиною у правовому регулюванні розгляду подання, оскільки неможливо визначити, чи є підстави для обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту без вивчення усієї кримінальної справи.

Проблемним є питання про коло учасників розгляду подання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту⁴⁴³. Пункти 7,8 ПП ВСУ від 25 квітня 2003 р. роз'яснюють, що, «як впливає з положень ч. 5 ст. 165² КПК, про час і місце розгляду подання суд зобов'язаний через орган дізнання, слідчого повідомити прокурора, захисника, законного представника, вжити заходів до забезпечен-

⁴⁴³ Детальніше див.: Гловюк І. В. Проблемні питання визначення кола учасників судового розгляду подання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту / І. Гловюк // Актуальні проблеми держави та права: збірник наукових праць. Вип. 44. / редкол.: С. В. Ківалов (голов. ред.) та ін.; відп. за вип. Ю. М. Оборотов. — Одеса: Юридична література, 2008. — С. 186-191.

ня органом дізнання, слідчим явки (доставки) в суд підозрюваного, обвинуваченого, а також у разі потреби викликати особу, у провадженні якої перебуває справа. У випадках, передбачених частинами 4 і 5 ст. 47 КПК, суд призначає захисника з дотриманням порядку, встановленого ч. 3 цієї статті. У розгляді подання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту участь прокурора, а також підозрюваного, обвинуваченого, щодо якого надійшло подання, є обов'язковою. Неявка захисника чи законного представника підозрюваного, обвинуваченого, крім захисника у випадках, передбачених частиною першою статті 45 КПК, не перешкоджає розгляду подання, якщо їм було повідомлено про його час і місце». Таким чином, обов'язковою є участь прокурора та підозрюваного, обвинуваченого. Неявка інших учасників судового розгляду подання, а саме: особи, у провадженні якої перебуває справа, захисника, законного представника не перешкоджає розгляду та вирішенню подання. Слід повністю погодитися із тим, що участь прокурора у розгляді подання є обов'язковою. Крім того, слід розширити коло обов'язкових учасників судового розгляду подання шляхом обов'язкової участі особи, у провадженні якої перебуває справа. Адже саме вона клопотала перед прокурором і судом про обрання запобіжного заходу, і саме у неї склалося внутрішнє переконання у необхідності обрання саме цього запобіжного заходу. Саме особа, у провадженні якої перебуває справа, володіє найбільш широким обсягом інформації про підозрюваного, обвинуваченого. І тому її участь має бути визнана обов'язковою. У КПК РФ передбачено, що прокурор може доручити особі, яка порушила клопотання, обґрунтування клопотання у судовому засіданні. Як уявляється, такий порядок не є прийнятним, оскільки на прокурора покладено здійснення функції прокурорського нагляду, яка повинна реалізуватися і при обґрунтуванні подання, яке є логічним наслідком надання згоди на його внесення.

Участь захисника у розгляді подання є факультативною (крім випадків, передбачених ч. 1 ст. 45 КПК), оскільки його неявка не перешкоджає розгляду подання. Однак у літературі висловлена думка, що це суперечить ст. 16¹ КПК, якою закріплено одну з основних засад кримінального процесу — змагальність⁴⁴⁴. Із цим важко погодитися. Адже при розгляді подання функцію захисту здійснює сам

⁴⁴⁴ Тищенко О. І. Особливості судового розгляду при обранні запобіжного заходу тримання під вартою / О. І. Тищенко // Проблеми законності. — 2005. — Вип. 73. — С. 205

підозрюваний, обвинувачений, і тому не можна вважати, що порушується принцип змагальності, якщо відсутній захисник. Необхідною має бути участь захисника лише у випадках, передбачених ст. 45 КПК України.

Право потерпілого на участь у судовому розгляді подання взагалі у КПК не передбачено. Це викликає заперечення у науковій літературі⁴⁴⁵. У КПК РФ прямо не передбачено право потерпілого на участь у судовому розгляді клопотання, однак у російській юридичній літературі зазначається, що за ініціативою потерпілого або його законного представника вони також можуть брати участь у судовому засіданні (без виклику та повідомлення)⁴⁴⁶. Слід погодитися із пропозиціями про надання потерпілому права участі у судовому засіданні з розгляду подання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту⁴⁴⁷, оскільки потерпілий може вказати на факти загроз його життю та здоров'ю, вказати на деякі обставини вчинення злочину, що є необхідним для встановлення обґрунтованості підозри та причетності особи до вчинення злочину. Тому слід передбачити обов'язок особи, яка провадить дізнання, слідчого, прокурора повідомляти потерпілого про внесення подання до суду для того, щоб потерпілий міг взяти участь у розгляді подання.

Відповідно до ч. 4 ст. 165² КПК України, якщо в поданні про запобіжного заходу у вигляді взяття під варту ставиться питання про взяття під варту особи, яка перебуває на волі, суддя вправі своєю постановою дати дозвіл на затримання підозрюваного, обвинуваченого і доставку його в суд під вартою. Таким чином, КПК України, хоч і непрямо, встановлює обов'язковість особистої участі підозрюваного, обвинуваченого при розгляді подання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. Без його участі неможливо вирішити

⁴⁴⁵ Давиденко С. Потерпілий як суб'єкт кримінально-процесуального доказування при обранні, зміні та скасуванні запобіжних заходів / С. Давиденко // Вісник Академії правових наук України. — 2006. — № 3. — С. 256-265; Савенко М. Деякі питання застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту в стадії досудового слідства / М. Савенко // Юридичний вісник України. — 2004. — № 24. — С. 30; Тищенко О. І. Особливості судового розгляду при обранні запобіжного заходу тримання під вартою / О. І. Тищенко // Проблеми законності. — 2005. — Вип. 73. — С. 206

⁴⁴⁶ Горобец В. Принятие судебных решений о заключении под стражу / В. Горобец // Российская юстиция. — 2002. — №6. — С. 17

⁴⁴⁷ Давиденко С. Потерпілий як суб'єкт кримінально-процесуального доказування при обранні, зміні та скасуванні запобіжних заходів / С. Давиденко // Вісник Академії правових наук України. — 2006. — № 3. — С. 258

таке подання, а можливо вирішити тільки одне питання — про надання дозволу на затримання особи та доставку її до суду під вартою⁴⁴⁸. Недотримання цієї норми стало підставою для скасування судових постанов про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, продовження строків тримання під вартою у порядку виключного провадження⁴⁴⁹. У літературі обґрунтовано пропонується передбачити у КПК норму, що обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту у разі відсутності обвинуваченого допускається лише у випадку оголошення обвинуваченого у міжнародний розшук або за наявності інших обставин, що виключають його явку (доставлення) до суду, що повинно бути підтверджено відповідними документами і знайти своє мотивоване відображення в клоптанні слідчого, дізнавача, прокурора⁴⁵⁰.

Предметом дослідження при розгляді та вирішені подання по суті є ті обставини, з якими закон пов'язує можливість обрання цього запобіжного заходу (ст. 148 і ч. 1 ст. 155 КПК), тобто наявність підстав та умов для обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. В літературі неоднозначно вирішується питання щодо підстав та умов обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту⁴⁵¹. Так, наприклад, виділяють формальну та фактичні підстави для обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту⁴⁵², причому під

⁴⁴⁸ Детальніше див.: Гловюк І. В. Розгляд судом подань про застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту / І. В. Гловюк // Регіональний науковий юридичний альманах «Українська державність та право на рубежі сторіч» / За заг. ред. проф., д-ра юрид. наук Оборотова Ю. М. — 2006. — Вип. 1. — С. 78-81.

⁴⁴⁹ Ухвала спільного засідання суддів Судової палати у кримінальних справах і Військової судової колегії Верховного Суду України від 14 березня 2003 року // Вісник Верховного Суду України. — 2003. — № 3. — С. 22-23.

⁴⁵⁰ Назаров В. В. Обмеження конституційних прав людини в кримінальному провадженні: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня докт. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / В. В. Назаров. — Дніпропетровськ, 2009. — С. 28

⁴⁵¹ Детальніше див.: Тищенко О. І. Проблеми обрання та оскарження запобіжного заходу у вигляді взяття під варту в досудовому провадженні у кримінальній справі: дис. ... кандидата юрид. наук: 12.00.09 / Тищенко Ольга Ігорівна — Х., 2007. — 215 с.

⁴⁵² Золотых В. Заключение под стражу по решению суда / В. Золотых // Российская юстиция. — 2002. — № 11. — С. 13; Колб О. Актуальні питання правової природи і підстав застосування попереднього ув'язнення / О. Колб, О. Батюк // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: матеріали XI регіон. наук.-практ. конф. (3 — 4 лютого 2004 р.). — Львів, 2005 — С. 410; Марітчак Т. М. Застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту місцевими та апеляційними судами / Т. М. Марітчак // Вісник Верховного Суду України. — 2002. — № 6. — С. 38

формальною підставою розуміється категорія злочину, у зв'язку з обвинуваченням у вчиненні якого особа береться під варту. Однак тяжкість злочину не є і не може бути навіть формальною підставою застосування цього запобіжного заходу, оскільки тяжкість злочину не є самостійною підставою, за наявності якої особу може бути взято під варту. Тяжкість злочину є однією з обставин, яка враховується при вирішенні питання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту — це підтверджується і судовим тлумаченням норм КПК⁴⁵³. Підставами обрання цього запобіжного заходу є наявність доказів причетності особи, стосовно якої він обирається, до вчинення діяння, яке має ознаки злочину, наявність достатніх підстав вважати, що підозрюваний, обвинувачений, підсудний, засуджений буде намагатися ухилитися від слідства і суду або від виконання процесуальних рішень, перешкоджати встановленню істини у справі або продовжувати злочинну діяльність.

Однією з умов, за наявності яких може бути обрано цей запобіжний захід, є те, що особа може бути взята під варту, якщо вона підозрюється або обвинувачується у вчиненні злочину, за який законом передбачено покарання у вигляді позбавлення волі на строк понад три роки; у виняткових випадках — злочину, за який законом передбачено покарання у вигляді позбавлення волі і на строк не більше трьох років.

У зв'язку з цим необхідно визначити, які випадки можна вважати винятковими. КПК України не дає переліку виняткових випадків. Ст. 126 проекту КПК № 1233 до виняткових випадків відносить: коли підозрюваний, обвинувачений або підсудний переховувався від органів досудового слідства чи суду, не виконав своїх обов'язків у зв'язку із застосуванням до нього іншого запобіжного заходу, або якщо є докази про те, що він вчинив або готується вчинити новий злочин, не має постійного місця проживання на території України, не встановлено його особу. У КПК РФ встановлено, що до виняткових випадків відносяться такі обставини: 1) підозрюваний або обвинувачений не має постійного місця проживання на території Російської Федерації;

⁴⁵³ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення статті 150 Кримінально-процесуального кодексу України стосовно тяжкості злочину (справа про врахування тяжкості злочину при застосуванні запобіжного заходу) від 8 липня 2003 року // Офіційний Вісник України. — 2003. — № 29. — ст. 1486.

2) його особа не встановлена; ним порушено раніше обраний запобіжних захід; 4) він переховується від органів попереднього розслідування або від суду. ПП ВСУ від 25 квітня 2003 р. встановлює, що винятковими є випадки, коли на підставі наявних у справі фактичних даних із певною вірогідністю можна стверджувати, що інші запобіжні заходи не забезпечать належної поведінки підозрюваного, обвинуваченого. Це можливо, наприклад, коли особа зловживає спиртними напоями чи вживає наркотичні засоби, підтримує соціальні зв'язки негативного характеру, порушила умови запобіжного заходу, не пов'язаного з позбавленням волі, раніше ухилялася від слідства, суду чи виконання судових рішень або ж коли особу підозрюваного взагалі не встановлено. Приблизно такий же перелік виняткових випадків пропонується й у літературі⁴⁵⁴. На нашу думку, приблизний (але не повний) перелік виняткових випадків повинен бути передбачений у КПК⁴⁵⁵, що і зроблено у проекті КПК. Однак, на нашу думку, ст. 126 проекту КПК слід доповнити такими винятковими випадками, як коли особа зловживає спиртними напоями чи вживає наркотичні засоби, підтримує соціальні зв'язки негативного характеру.

У зв'язку з цим у літературі виникла проблема, чи необхідно при розгляді подання досліджувати лише законність обрання цього запобіжного заходу, чи законність та обґрунтованість⁴⁵⁶. Застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту має бути і законним, і обґрунтованим. Наявність лише умов для застосування цього запобіжного заходу може породити безмежне його застосування, навіть у тих випадках, коли доцільно і достатньо для досягнення цілей за-

⁴⁵⁴ Марітчак Т. М. Застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту місцевими та апеляційними судами / Т. М. Марітчак // Вісник Верховного Суду України. — 2002. — № 6. — С. 38

⁴⁵⁵ На це вже вказувалося у літературі: Тітко І. А. Ефективність використання оцінних понять у правовому регулюванні окремих інститутів кримінально-процесуального примусу // Правові засади підвищення ефективності боротьби зі злочинністю в Україні: Матеріали наук. конф., 15 трав. 2008 р. / Ред. кол.: В. І. Борисов (голов. ред.) та ін. — Х.: Право, 2008. — С. 169

⁴⁵⁶ Грузд Б. И законность и обоснованность ареста / Б. Грузд, Л. Сайкин // Российская юстиция. — 1999. — №12. — С. 43; Жданов А. Законность или обоснованность ареста? / А. Жданов // Российская юстиция. — 1999. — № 1. — С. 48; Капинус Н. Сомнения в обоснованности ареста влекут его отмену / Н. Капинус // Российская юстиция. — 2001. — № 9. — С. 23-24; Коробов Р. Не согласен с прокурором, солидарен с адвокатом / Р. Коробов // Российская юстиция. — 2000. — № 8. — С. 48; Шамардин А. Необоснованный арест не может быть законным / А. Шамардин // Российская юстиция. — 1999. — № 4. — С. 22

стосування запобіжних заходів застосувати інші запобіжні заходи. Дослідження лише наявності умов застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту є вкрай недостатнім, оскільки за таких обставин цей захід буде застосовуватися тоді, коли у його застосуванні немає потреби. У такому випадку застосування найсуворішого запобіжного заходу перетвориться на буденне явище. Крім того, підстави для застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту вказані у законі, і тому за їх відсутності запобіжного заходу у вигляді взяття під варту не може бути й законним: як правильно вказує В. М. Рябокучма, законність застосування запобіжного заходу взяття під варту забезпечується також при обов'язковому дотриманні підстав, передбачених ст. 148 КПК⁴⁵⁷. Таким чином, при розгляді та вирішенні подання про обрання запобіжного заходу в вигляді взяття під варту суддя повинен досліджувати підстави та умови для його обрання. Це підтверджується і міжнародними стандартами з прав людини. Так, у п. 3 Рекомендації R (80) 11 Комітету Міністрів державам-членам Ради Європи вказано, що розпорядження про взяття під варту до суду може бути зроблено тільки у випадку наявності обґрунтованої підозри, що особа, про яку йде мова, вчинила припущений злочин, і якщо є серйозні підстави вважати, що має місце одна або більше із таких підстав: загроза того, що ця особа приховуватиметься; загроза того, що ця особа буде перешкоджати здійсненню правосуддя; загроза вчинення цією особою тяжкого злочину⁴⁵⁸. При цьому «обґрунтованість підозри» є оцінним поняттям. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод передбачає у пп. «с» ст. 5, що законний арешт або затримання людини можуть бути здійснені з метою забезпечення її присутності перед компетентним правовим органом на підставі обґрунтованої підозри у вчиненні злочину. Тобто обґрунтованість підозри є суттєвим елементом конвенційного захисту від свавільного позбавлення волі⁴⁵⁹.

⁴⁵⁷ Рябокучма В. М. Законність та доцільність взяття під варту: проблеми правового регулювання / В. М. Рябокучма // Держава і право. — 2001. — Вип. 14. — С. 346

⁴⁵⁸ Рекомендация R (80) 11 Комитета Министров государствам-членам Совета Европы «О заключении под стражу до суда» (принята представителями Министров 27 июня 1980 г.) // Российская юстиция. — 2002. — № 10. — С. 70-71.

⁴⁵⁹ Де Сальвиа М. Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящейся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 год / Де Сальвиа М. — Спб.: Юридический центр Пресс, 2004. — С. 206

Одним із надзвичайно складних питань при дослідженні судового порядку обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту є те, чи може суддя досліджувати докази при розгляді подання. ПП ВСУ від 25 квітня 2003 р. із цього питання є суперечливою. Так, п. 10 цієї постанови встановлює, що розглядаючи подання, суддя з'ясовує, чи є підозра у вчиненні особою злочину або обвинувачення останньої обґрунтованими, тобто чи є в розпорядженні органу дізнання, слідчого встановлені у визначеному законом порядку достатні дані, що свідчать про наявність ознак злочину, вчиненого саме цією особою (ними можуть бути заяви й повідомлення про злочин, явка з повинною, документи, складені за результатами оперативно-розшукової діяльності, протоколи слідчих дій, висновки експертиз тощо). Коли питання про застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту вирішується щодо обвинуваченого, необхідно також перевірити, чи є у справі докази, що вказують на вчинення злочину саме цією особою, чи відповідає постанова про притягнення її як обвинуваченого вимогам ст. 132 КПК, чи було пред'явлено обвинувачення з додержанням вимог ст. 140 КПК. Але у той же час зазначено, що «при розгляді подання про взяття під варту суддя не вправі досліджувати докази, давати їм оцінку, в інший спосіб перевіряти доведеність вини підозрюваного, обвинуваченого, розглядати й вирішувати ті питання, які повинен вирішувати суд під час розгляду кримінальної справи по суті». У доктрині також немає єдиного підходу до цієї проблеми⁴⁶⁰. На нашу думку, правильне вирішення цього питання можливе лише за правильного визначення предмету дослідження.

Предметом дослідження при розгляді та вирішенні подання по суті є ті обставини, з якими закон пов'язує можливість обрання цього запобіжного заходу (ст. 148 і ч. 1 ст. 155 КПК), тобто наявність підстав та умов для обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. При цьому не є і не може бути предметом дослідження вин-

⁴⁶⁰ Жданов А. Законность или обоснованность ареста? / А. Жданов // Российская юстиция. — 1999. — № 1. — С. 48; Капинус Н. Сомнения в обоснованности ареста влекут его отмену / Н. Капинус // Российская юстиция. — 2001. — № 9. — С. 24; Пилипчук П. П. Обрання судом запобіжного заходу у вигляді взяття під варту в стадії досудового розслідування кримінальної справи / П. П. Пилипчук // Вісник Верховного Суду України. — 2002. — № 6. — С. 47; Тищенко О. І. Особливості судового розгляду при обранні запобіжного заходу тримання під вартою / О. І. Тищенко // Проблеми законності. — 2005. — Вип. 73. — С. 207; Шамардин А. Необоснованный арест не может быть законным / А. Шамардин // Российская юстиция. — 1999. — № 4. — С. 22

ність у вчиненні злочину. Тому цілком обґрунтованим є роз'яснення ПП ВСУ від 25 квітня 2003 р., що «суддя не вправі... перевіряти доведеність вини підозрюваного, обвинуваченого, розглядати й вирішувати ті питання, які повинен вирішувати суд під час розгляду кримінальної справи по суті». Однак не можна погодитися із тим, що суддя не може досліджувати докази при розгляді та вирішенні подання. Це було б можливим лише у випадку, якби закон пов'язував застосування запобіжного заходу лише з умовами. Однак підставами для обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту є наявність доказів вчинення особою, стосовно якої вони обираються, діяння, яке має ознаки злочину, наявність достатніх підстав вважати, що підозрюваний, обвинувачений, підсудний, засуджений буде намагатися ухилитися від слідства і суду або від виконання процесуальних рішень, перешкоджати встановленню істини у справі або продовжувати злочинну діяльність. Таким чином, не вдаючись до вирішення питання про винність у вчиненні злочину, суддя з'ясовує, чи є підозра у вчиненні особою злочину або обвинувачення останньої обґрунтованими, тобто чи є в розпорядженні органу дізнання, слідчого встановлені у визначеному законом порядку достатні дані, що свідчать про наявність ознак злочину, вчиненого саме цією особою (ними можуть бути заяви й повідомлення про злочин, явка з повинною, документи, складені за результатами оперативно-розшукової діяльності, протоколи слідчих дій, висновки експертиз тощо). Коли питання про застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту вирішується щодо обвинуваченого, необхідно також перевірити, чи є у справі докази, що вказують на вчинення злочину саме цією особою, чи відповідає постанова про притягнення її як обвинуваченого вимогам ст. 132 КПК, чи було пред'явлено обвинувачення з додержанням вимог ст. 140 КПК. Таким чином, суддя повинен з'ясувати обґрунтованість підозри особи у вчиненні злочину, причетність особи до вчинення злочину. Більшість вчених-процесуалістів вважають, що суд при розгляді подання повинен досліджувати питання доведеності причетності особи до вчинення злочину⁴⁶¹. А з'ясування цього немож-

⁴⁶¹ Воронин В. Порядок действий судьи при решении вопроса о заключении под стражу / В. Воронин // Российская юстиция. — 2002. — № 12. — С. 45; Грузд Б. И законность и обоснованность ареста / Б. Грузд, Л. Сайкин // Российская юстиция. — 1999. — №12. — С. 44; Маслов И. Судебный порядок заключения под стражу / И. Маслов // Законность. — 2005. — № 5. — С. 29; Савченко А. Применение норм уголовно-процессуального закона при рассмотрении ходатайств об избрании меры

ливо без оцінки доказів, оскільки обґрунтованість підозри особи у вчиненні злочину, причетність особи до вчинення злочину встановлюється за допомогою фактичних даних. Саме тому не можна погодитися з роз'ясненням ПП ВСУ від 25 квітня 2003 р. про те, що при розгляді подання про взяття під варту суддя не вправі досліджувати докази, давати їм оцінку. Тому це роз'яснення має бути виключено з ПП ВСУ від 25 квітня 2003 р.

Крім дослідження обґрунтованості підозри, причетності особи до вчинення злочину, має бути досліджена наявність у особи відповідного процесуального статусу — підозрюваного або обвинуваченого. Мають також бути досліджені обставини, які вказують на те, що підозрюваний або обвинувачений ухилятиметься від слідства чи суду та перешкоджатиме встановленню істини у справі. Дослідженню підлягають і відомості, що вказують на існування факторів, обставин чи моральних цінностей, які можуть свідчити про те, що підозрюваний, обвинувачений, перебуваючи на волі, не порушуватиме покладених на нього процесуальних обов'язків та не займатиметься злочинною діяльністю. У судовому засіданні досліджуються також обставини, які відповідно до ст. 150 КПК мають бути враховані при обранні запобіжного заходу: вік підозрюваного, обвинуваченого, стан здоров'я, сімейний і матеріальний стан, вид діяльності, місце проживання. З'ясовуються дані про попередні судимості, соціальні зв'язки особи, її схильності (чи вживає наркотики, алкогольні напої тощо), спосіб життя, поведінку під час провадження в цій або іншій кримінальній справі (чи не ухилялася раніше особа від слідства, суду або виконання судових рішень, чи не вчинювала злочини проти правосуддя). Пункт 3 Рекомендації R (80) 11 Комітету Міністрів державам-членам Ради Європи встановлює, що при розгляді питання про необхідність взяття під варту судовий орган повинен взяти до уваги обставини конкретної справи і, зокрема, такі з наступних факторів, які можуть мати відношення до справи: характер та тяжкість припущеного злочину; обґрунтованість доказів того, що саме ця особа вчинила злочин; покарання, яке, можливо, буде призначено в результаті засудження; характер, минуле й особисті та соціальні обставини особи й, зокрема, її зв'язки із суспільством; поведінка особи, особливо те, як вона виконала зобов'язання, які могли би бути встановлені від-

пресечения в виде заключения под стражу / А. Савченко // Российский судья. — 2005. — № 10. — С. 19

носно неї у ході минулого кримінального розгляду. При цьому слід зазначити, що ЄСПЛ у справі «Мюллер проти Франції» зазначив, що посилення на минуле особи не може бути достатнім для виправдання відмови у звільненні⁴⁶².

ПП ВСУ від 25 квітня 2003 р. у п. 13 визначає, що «обов'язковою умовою взяття під варту (виходячи з його правової природи) має бути обґрунтована впевненість судді в тому, що більш м'які запобіжні заходи можуть не забезпечити належної поведінки підозрюваного, обвинуваченого». Тобто, як вірно вказується у літературі, Пленум Верховного Суду України встановлює презумпцію на користь взяття під варту⁴⁶³, що неприпустимо із точки зору дотримання презумпції невинуватості та суперечить практиці ЄСПЛ.

У зв'язку з визначенням предмета дослідження при розгляді подання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту виникає питання, на кого має бути покладено тягар доказування необхідності обрання саме цього заходу і неможливості обрання іншого запобіжного заходу.

У літературі це питання є дискусійним⁴⁶⁴. Як уявляється, слід погодитися із М. Марітчаком, В. Золотих у тому, що тягар доказування необхідності обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту має бути покладено на орган або особу, яка внесла подання, та на прокурора, який його підтримує у судовому засіданні. Вирішивши, що є передбачені законом підстави для обрання цього запобіжного заходу, орган дізнання, слідчий, прокурор направляють подання до суду. При цьому подання повинно бути обґрунтованим та мотивованим. Оскільки подання є процесуальним рішенням органу дізнання, слідчого, прокурора, і оскільки прийняття рішення про необхідність взагалі обрання запобіжного заходу відноситься до їх компетенції, саме орган або особа, яка подала подання, та прокурор,

⁴⁶² Шевчук С. Судовий захист прав людини: Практика Європейського Суду з прав людини у контексті західної правової традиції / Шевчук С. — К.: Реферат, 2006. — С. 217

⁴⁶³ Юдківська Г. А. Затриманн особи та взяття під варту у світлі вимог презумпції невинуватості / Г. А. Юдківська // Адвокат. — 2008. — №3. — С. 15

⁴⁶⁴ Золотых В. Заключение под стражу по решению суда / В. Золотых // Российская юстиция. — 2002. — № 11. — С. 12; Марітчак Т. М. Застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту місцевими та апеляційними судами / Т. М. Марітчак // Вісник Верховного Суду України. — 2002. — № 6. — С. 39; Пилипчук П. П. Обрання судом запобіжного заходу у вигляді взяття під варту в стадії досудового розслідування кримінальної справи / П. П. Пилипчук // Вісник Верховного Суду України. — 2002. — № 6. — С. 47

який його підтримує у судовому засіданні, повинні довести його обґрунтованість, а саме те, що необхідно обрати саме цей запобіжний захід і що обрання іншого запобіжного заходу не забезпечить мети запобігти спробам ухилитися від дізнання, слідства або суду, перешкодити встановленню істини у кримінальній справі або продовжити злочинну діяльність, виконання процесуальних рішень. Особа, стосовно якої ставиться питання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, має право подавати дані про те, що вона не буде ухилятися від слідства, перешкоджати встановленню істини у справі тощо, але це не є її обов'язком. Покладання тягаря доказування своєї добропорядності на підозрюваного, обвинуваченого було би порушенням презумпції невинуватості, оскільки й при обранні запобіжного заходу особа вважається невинуватою. Підозрюваний, обвинувачений не зобов'язаний доказувати свою добропорядність; навпаки, доказування того, що особа ухилитиметься від слідства, перешкоджатиме встановленню істини у справі є обов'язком органу дізнання, слідчого, прокурора.

КПК лише фрагментарно регулює порядок розгляду та вирішення подань про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. Цей порядок деталізовано у ПП ВСУ від 25 квітня 2003 р. У судовому засіданні суддя оголошує, яке подання розглядатиметься; з'ясовує, хто з учасників розгляду з'явився, необхідні дані про них та роз'яснює їм права (заявляти відводи і клопотання в межах предмета судового дослідження, давати пояснення, висловлювати свою думку щодо клопотань і пояснень інших учасників розгляду, оскаржувати постанову судді); повідомляє своє прізвище, прізвища прокурора і секретаря судового засідання, захисника й законного представника (якщо вони з'явилися); з'ясовує наявність відводів та клопотань і вирішує їх; допитує підозрюваного, обвинуваченого; в разі потреби бере пояснення в особи, у провадженні якої перебуває справа; заслуховує думку прокурора, захисника, законного представника й ухвалює постанову. Оскільки ст. 84 КПК передбачено обов'язкове ведення протоколу в судових засіданнях суду першої інстанції, він ведеться і під час розгляду подання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту.

Таким чином, ні у КПК, ні в Постанові Пленуму Верховного Суду України не передбачено, чи оголошується повністю подання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, і якщо

оголошується, то ким. У КПК РФ та Модельному КПК для державучасниць СНД передбачено, що на початку судового засідання суддя оголошує, яке клопотання підлягає розгляду, роз'яснює особам, які з'явилися у судові засідання, їх права та обов'язки. Потім прокурор або за його дорученням особа, яка порушила клопотання, обґрунтовує його, після чого заслуховуються інші особи, які з'явилися у судові засідання. Розглянувши клопотання, суддя виносить постанову. Більш прийнятним є порядок, встановлений у КПК РФ, оскільки спочатку повинна бути вислухана та особа, яка клопоче перед судом про обрання запобіжного заходу, і на яку покладено тягар доказування, тобто прокурор та особа, у провадженні якої перебуває справа, для того, щоб підозрюваний, обвинувачений знав, від чого йому необхідно у даному випадку захищатися. У зв'язку із цим у проєкті КПК України слід передбачати, що після оголошення складу суду та роз'яснення прав та обов'язків, вирішення відводів та клопотань, прокурор оголошує та обґрунтовує подання, суддя вислуховує думку особи, у провадженні якої перебуває справа, опитує (а не допитує) підозрюваного, обвинуваченого; заслуховує думку захисника, законного представника, потерпілого, досліджує матеріали, додані до подання, матеріали кримінальної справи й ухвалює постанову. При цьому обов'язково повинна бути вислухана думка особи, у провадженні якої перебуває справа.

Регламентуючи порядок судового засідання щодо розгляду подання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, КПК не передбачає права підозрюваного, обвинуваченого знайомитися з документами, якими обґрунтовується подання. Однак у ст. 48 КПК, яка встановлює статус захисника, прямо встановлено його право знайомитися з документами, якими обґрунтовується застосування запобіжного заходу. Водночас у п. 6 ПП ВСУ від 25 квітня 2003 р. роз'яснено, що ознайомлення в цьому випадку з кримінальною справою підозрюваного, обвинуваченого, їхніх захисників чи законних представників у суді законом не передбачено. Це викликає заперечення у науковій літературі⁴⁶⁵. Так, А. Р. Туманянц як контраргументи такому підходу зазначає, що, по-перше, для належного здійснення захисту підозрюваного, обвинуваченого захисникові належить володіти достатньою інформацією стосовно підстав затримання, обран-

⁴⁶⁵ Чорнобук В. І. Законність та обґрунтованість процесуальних рішень судді в порядку судового контролю в досудових стадіях кримінального процесу: [монографія] / Чорнобук В. І. — Х.: Право, 2008. — С. 56

ня запобіжного заходу, а також суті пред'явленого обвинувачення. Законодавець у п. 3 ч. 2 ст. 48 КПК надав захисникові можливість ознайомитися з моменту допуску в процес з матеріалами, що обґрунтовують затримання підозрюваного, обрання запобіжного заходу чи пред'явлення обвинувачення, однак процедура реалізації цього права не передбачена. Європейський суд по правах людини виходить з того, що якщо захист не в змозі ознайомитися з усіма матеріалами обвинувачення, він не має ефективної можливості оскаржити арешт у судовому порядку... По-друге, Європейський суд по правах людини, визнаючи, що частина інформації, зібраної в ході слідства, не повинна розкриватися, щоб не дати можливості підозрюваному знищити доказ чи перешкоди судовому розгляду, разом з тим констатує, що ця виправдана мета не може досягатися за рахунок істотних обмежень права на захист⁴⁶⁶. Враховуючи принцип верховенства права, суддя не може відмовити захиснику у задоволенні клопотання про ознайомлення з матеріалами подання. Однак таке право підозрюваного, обвинуваченого не передбачено. На нашу думку, це суперечить принципу забезпечення права на захист, оскільки особа у такому випадку не знатиме, від чого їй потрібно захищатися, на підставі яких даних зроблено висновок про необхідність обрання саме взяття під варту, і не зможе підготуватися до пояснення та (або) спростування певних фактів. У Постанові Пленуму Верховного Суду Російської Федерації «Про застосування судами норм Кримінально-процесуального кодексу Російської Федерації» від 5 березня 2004 року⁴⁶⁷ передбачено, що якщо при вирішенні питання про обрання підозрюваному або обвинуваченому запобіжного заходу у вигляді взяття під варту буде заявлено клопотання про ознайомлення з матеріалами, на підставі яких приймається рішення, суду належить керуватися статтею 45 Конституції Російської Федерації, яка гарантує державний захист прав та свобод людини і громадянина. Виходячи з цього, суд не вправі відмовити підозрюваному чи обвинуваченому, а також їх захисникам у задоволенні такого клопотання, оскільки зачіпляються

⁴⁶⁶ Туманянц А. Р. Деякі питання подальшого вдосконалювання процедури судового оскарження дій слідчого / А. Р. Туманянц // Право обвинуваченого на кваліфікований захист та його забезпечення: Матер. міжнар. наук.-практ. семінару, 1-2 груд. 2005 р., м. Харків. — Х.: К.: ЦНТ «Гопак», 2006. — С. 133-134

⁴⁶⁷ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 1 от 5 марта 2004 года «О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=1456

права та свободи осіб, відносно яких вирішується питання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. Ознайомлення з вказаними матеріалами здійснюється у розумні строки, але в межах встановленого законом строку для розгляду судом відповідного клопотання про обрання обвинуваченому запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. П. 16 Постанови Пленуму Верховного Суду Російської Федерації «Про практику застосування судами запобіжних заходів у вигляді взяття під варту, застави та домашнього арешту» від 29 жовтня 2009 р. передбачає: «якщо при вирішенні питання про обрання підозрюваному, обвинуваченому або підсудному запобіжного заходу у вигляді взяття під варту або про продовження строку тримання під вартою буде заявлено клопотання про ознайомлення з матеріалами, на підставі яких приймається рішення, суддя, виходячи з конституційних норм, не вправі відмовити підозрюваному чи обвинуваченому, а також їх захисникам, законним представникам та потерпілим у задоволенні такого клопотання. Ознайомлення з вказаними матеріалами здійснюється у розумні строки, але в межах встановленого законом строку для розгляду судом відповідного клопотання про обрання підозрюваному або обвинуваченому запобіжного заходу у вигляді взяття під варту»⁴⁶⁸.

Тому у ст. 137 проекту КПК слід передбачити, що підозрюваний, обвинувачений, захисник, законний представник, потерпілий, його представник мають право на ознайомлення з матеріалами подання. У разі заявлення клопотання про ознайомлення з матеріалами подання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, суд оголошує перерву у розгляді подання та надає можливість ознайомлення з матеріалами подання із встановленням строку такого ознайомлення, який не може виходити за межі строку розгляду подання.

КПК України передбачає, що якщо для обрання затриманому запобіжного заходу необхідно додатково вивчити дані про особу затриманого чи з'ясувати інші обставини, які мають значення для прийняття рішення з цього питання, то суддя вправі продовжити затримання до десяти, а за клопотанням підозрюваного, обвинуваченого — до п'ятнадцяти діб, тобто остаточно не вирішити подання

⁴⁶⁸ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 22 от 29 октября 2009 года «О практике применения судами мер пресечения в виде заключения под стражу, залога и домашнего ареста» // http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=5963

по суті. У разі, коли така необхідність виникне при вирішенні цього питання щодо особи, яка не затримувалася, суддя вправі відкласти його розгляд на строк до десяти діб і вжити заходів, спроможних забезпечити на цей період її належну поведінку, або своєю постановою затримати підозрюваного, обвинуваченого на цей строк. Таким чином, суддя може: стосовно вже затриманої особи — продовжити затримання; стосовно особи, що не затримувалася — прийняти рішення про її затримання⁴⁶⁹.

Заслухавши осіб, які з'явилися у судове засідання, дослідивши матеріали кримінальної справи, суддя повинен видалитися до нарадчої кімнати для винесення постанови. Суддя може винести постанову: 1) про відмову в обранні запобіжного заходу, якщо для його обрання немає підстав; 2) про обрання підозрюваному, обвинуваченому запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. Відмовивши в обранні запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, суддя вправі обрати підозрюваному, обвинуваченому запобіжний захід, не пов'язаний із триманням під вартою.

Так, судді відмовляють у задоволенні подань про обрання запобіжного заходу у зв'язку з тим, що: обвинувачений має постійне місце проживання, сім'ю, малолітніх дітей, раніше не притягувався до кримінальної відповідальності, має постійне місце роботи, у зв'язку із станом здоров'я не може перебувати у СІЗО; обвинувачений від слідства не ухилився, раніше судимий не був, свою вину визнав повністю, має постійне місце мешкання⁴⁷⁰; обвинувачений має постійне місце мешкання, раніше судимий не був, за місцем життя характеризується виключно позитивно, має певні проблеми із здоров'ям⁴⁷¹.

Форма та зміст постанови повинні відповідати ст. 165¹ КПК України, тобто у ній повинні бути зазначені прізвище, ім'я та по-батькові, вік, місце народження особи, щодо якої застосовується чи змінюється запобіжний захід, вчинений нею злочин, відповідна стаття Кримінального кодексу України, обраний запобіжний захід і підстави його обрання чи зміни, а також визначено особу чи орган, які повинні здійснювати контроль за виконанням постанови (ухва-

⁴⁶⁹ Детальніше див.: Гловюк І. В. Розгляд судом подань про застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту / І. В. Гловюк // Регіональний науковий юридичний альманах «Українська державність та право на рубежі сторіч» / За заг. ред. проф., д-ра юрид. наук Оборотова Ю. М. — 2006. — Вип. 1. — С. 78-81.

⁴⁷⁰ Судова практика. — 2005. — №1 (1). — С. 30

⁴⁷¹ Судова практика. — 2005. — №1 (1). — С. 30

ли). Ця стаття КПК містить некоректну вказівку на те, що має бути вказано вчинений особою злочин, адже приймаючи рішення про застосування запобіжного заходу, суд може лише вказати, що особа підозрюється або обвинувачується у вчиненні того чи іншого злочину, але не стверджувати факт його скоєння певною особою⁴⁷². Однак ця стаття містить лише загальні вимоги до змісту постанови про обрання запобіжного заходу. Детальні вимоги до змісту постанови зафіксовані у п. 15 ПП ВСУ від 25 квітня 2003 р. Суди мають дотримувати вимог щодо змісту постанови про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, передбачених ч. 2 ст. 165-1 КПК. У мотивувальній частині цієї постанови, зокрема, зазначаються думка прокурора щодо обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту та пояснення підозрюваного, обвинуваченого, його захисника та законного представника у разі їх участі у розгляді подання, підстави для обрання такого заходу, мотивується висновок про їх наявність, наводяться аргументи на користь того, що підозрюваний, обвинувачений може ухилитися від слідства й суду чи від виконання процесуальних рішень, перешкоджати встановленню істини у справі або продовжувати злочинну діяльність і що застосування більш м'яких, ніж взяття під варту, запобіжних заходів може не забезпечити його належної процесуальної поведінки. Якщо цей захід застосовується у справі про злочин, за який законом передбачено покарання у виді позбавлення волі на строк до трьох років включно, в постанові має бути зазначено, чому даний випадок є винятковим. У ній також наводяться мотиви, з яких суд не погодився з висунутими під час розгляду подання доводами підозрюваного, обвинуваченого, захисника чи законного представника. Постанова про відмову в обранні підозрюваному, обвинуваченому запобіжного заходу у вигляді взяття під варту повинна містити обґрунтування такого рішення та мотиви, з яких суд не погодився з доводами, викладеними в поданні або висловленими під час його розгляду особою, у провадженні якої перебуває справа, чи прокурором. Якщо суддя, відмовляючи у взятті під варту, відповідно до ч. 6 ст. 165-2 КПК обирає інший запобіжний захід, у мотивувальній частині постанови обґрунтовується застосування саме цього заходу, а в резолютивній зазначається, який захід застосовано, а також наводиться перелік обов'язків, які

⁴⁷² Шило О. Взяття під варту повинно застосовуватися виключно на підставі обґрунтованих процесуальних рішень / О. Шило, Н. Глинська // Право України. — 2004. — № 10. — С. 94

у зв'язку з цим покладаються на підозрюваного, обвинуваченого. Крім того, постанови про обрання запобіжного заходу та продовження строків тримання під вартою з урахуванням вимог статті 62 Конституції України та пункту 2 статті 6 Конвенції мають бути викладені у формулюваннях, які забезпечують дотримання принципу невинуватості особи.

Однак, як уявляється, слід встановити вимоги щодо змісту описово-мотивувальної частини постанови вказанням на те, що у ній має бути зафіксовано стислий зміст подання, думка прокурора, особи, у провадженні якої перебуває справа, підозрюваного, обвинуваченого, інших учасників судового розгляду.

Ні КПК, ні проект КПК не встановлює змісту постанови, якщо прокурор відмовляється у судовому засіданні від підтримання подання та просить обрати інший запобіжний захід. Не дає відповіді на це питання і ПП ВСУ від 25 квітня 2003 р. В літературі пропонуються такі рішення: залишити подання без розгляду⁴⁷³; відмовити в обранні запобіжного заходу у вигляді взяття під варту⁴⁷⁴; не погодитися з думкою прокурора і задовольнити подання слідчого⁴⁷⁵. Як уявляється, якщо прокурор відмовляється від підтримання подання у судовому засіданні, то обрання запобіжного заходу означало б, що суддя бере на себе виконання функції обвинувачення, що не є припустимим. Але суддя не може приймати на себе й функцію захисту. У випадку відмови прокурора від підтримання подання суддя повинен, використовуючи процесуальну аналогію, закрити провадження у справі із розгляду подання. Іншим повинно бути рішення судді, якщо до розгляду подання по суті прокурор, який дав згоду на його внесення, повідомляє про те, що він відкликає свою згоду на внесення подання. За таких обставин суддя повинен повернути подання без розгляду, оскільки відсутній предмет розгляду. Це ж рішення

⁴⁷³ Санін В. Взяття під варту: спірні питання / В. Санін // Юридичний вісник України. — 2004. — № 20. — С. 9

⁴⁷⁴ Давыденко Л. М. Некоторые вопросы теории и практики применения меры пресечения в виде заключения под стражу / Л. М. Давыденко, П. М. Каркач, А. В. Кондратьев // Судова реформа в Україні: проблеми і перспективи. — Київ-Харків: Юрінком Інтер, 2002. — С. 223; Тищенко О. І. Проблеми обрання та оскарження запобіжного заходу у вигляді взяття під варту в досудовому провадженні у кримінальній справі: дис. ... кандидата юрид. наук: 12.00.09 / Тищенко Ольга Ігорівна — Х., 2007. — С. 85

⁴⁷⁵ Шалумов М. Согласие прокурора на арест — бюрократическая проволочка или осознанная необходимость? / М. Шалумов // Российская юстиция. — 1999. — № 2. — С. 43

повинен прийняти суддя у випадку, якщо до розгляду подання у судовому засіданні слідчий, прокурор заявить про те, що він відкликає подання.

Порядок вирішення питання про продовження строку тримання під вартою має багато спільного з порядком вирішення питання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. Тому слід зупинитися тільки на тих моментах, в яких ці порядки відрізняються один від одного.

У поданні слідчого, прокурора про продовження строку тримання під вартою зазначаються причини, у зв'язку з якими необхідно продовжити строк, обставини та факти, що належить дослідити, докази, які підтверджують, що злочин вчинено особою, яка тримається під вартою, й обґрунтування необхідності збереження цього запобіжного заходу. Вказівка про те, що у поданні мають бути зазначені докази, які підтверджують, що злочин вчинено особою, яка тримається під вартою, є неточною, оскільки суд не досліджує винність особи у вчиненні злочину. Тому точніше було б зазначити, що у поданні мають бути вказані докази, які підтверджують причетність особи, яка тримається під вартою, до вчинення злочину. Слід погодитися із твердженням О. І. Тищенко, що у поданні слід вказувати ті дії, які ще необхідно виконати для встановлення обставин, які мають значення для справи⁴⁷⁶.

Строк тримання під вартою може бути продовжений до чотирьох місяців — як суддею, який вирішував питання про обрання запобіжного заходу, так і іншим суддею місцевого суду. Відповідно до ст. 165³ КПК, одержавши подання, суддя вивчає матеріали кримінальної справи, при необхідності опитує обвинуваченого, особу, у провадженні якої перебуває справа, вислуховує думку прокурора, захисника, якщо він з'явився, після чого залежно від наявності до того підстав виносить постанову про продовження строку тримання під вартою за винятком випадку, передбаченого частиною сьомою статті 156 КПК, або відмовляє в його продовженні. Слід вказати на суперечність ст. 165³ КПК щодо опитування обвинуваченого та ст. 165² КПК щодо допиту підозрюваного, обвинуваченого. Відповідно до ст. 138 проекту КПК № 1233, одержавши подання, слідчий суддя, суддя апеляційного суду, Верховного Суду України вивчає матеріали

⁴⁷⁶ Тищенко О. І. Проблеми обрання та оскарження запобіжного заходу у вигляді взяття під варту в досудовому провадженні у кримінальній справі: дис. ... кандидата юрид. наук: 12.00.09 / Тищенко Ольга Ігорівна — Х., 2007. — С. 123

кримінальної справи, при необхідності опитує обвинуваченого, особу, у провадженні якої перебуває справа, вислуховує думку прокурора, захисника, якщо вони з'явилися, після чого залежно від наявності до того достатніх підстав виносить постанову про продовження строку нагляду міліції чи тримання під вартою або відмовляє в його продовженні. Цей порядок є виправданим, за виключенням норми про те, що суддя за необхідності опитує обвинуваченого. Відповідно до п. 19 ПП ВСУ від 25 квітня 2003 р., питання про участь обвинуваченого в розгляді зазначеного подання вирішується суддею в кожному конкретному випадку з урахуванням поданих клопотань. Обвинувачений доставляється в суд, наприклад, тоді, коли певні обставини можна з'ясувати тільки шляхом його опитування (стан здоров'я, обґрунтованість його заяв про неправильне ведення чи безпідставне затягування розслідування справи, наявність у нього бажання й фінансових можливостей бути звільненим під заставу тощо). Враховуючи, що у КПК України не передбачено періодичного перегляду необхідності тримання під вартою, про необхідність якого неодноразово наголошував ЄСПЛ⁴⁷⁷, суддя повинен обов'язково опитати обвинуваченого. Це необхідно у першу чергу для того, щоб визначити, чи немає підстав для зміни запобіжного заходу. Такий порядок буде сприяти забезпеченню права на захист. Саме такий порядок передбачено у КПК РФ, відповідно до ч. 13 ст. 109 якого розгляд судом клопотання про продовження строку тримання обвинуваченого під вартою за його відсутності не допускається, за винятком випадків знаходження обвинуваченого на стаціонарній судово-психіатричній експертизі та інших обставин, які виключають можливість його доставлення до суду, що має бути підтверджено відповідними документами.

На нашу думку, у проекті КПК необхідно передбачити право потерпілого та його представника на участь у судовому засіданні з розгляду подання.

Предметом дослідження при розгляді подання про продовження строку тримання під вартою є: наявність підстав та умов обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту; наявність або відсутність підстав для зміни запобіжного заходу; наявність або від-

⁴⁷⁷ Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Летельєр проти Франції» від 26 червня 1991 року // Практика Європейського Суду з прав людини. Рішення. Коментарі. — 2001. — № 2. — С. 157-176. Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Томасі проти Франції» від 27 серпня 1992 року // Режим доступу до акту: <http://echr-base.ru/tomasi.jsp>

сутність можливості закінчення розслідування справи в частині доведеного обвинувачення; наявність або відсутність постанови про продовження строку досудового слідства. Так, наприклад, у постанові Октябрського районного суду м. Полтави № 14-306/07 від 6 квітня 2007 р.⁴⁷⁸ було вказано, що суд приходить до висновку про те, що підстав для скасування запобіжного заходу або зміни його на більш м'який немає, оскільки ОСОБА_1 обвинувачується у вчиненні тяжкого корисливого злочину за попередньою змовою групою осіб, також підозрюється у вчиненні інших тяжких корисливих злочинів, раніше притягувався до кримінальної відповідальності. По справі необхідно провести ряд слідчих дій та оперативно-розшукових заходів, а тому подання слідчого підлягає задоволенню.

У разі відсутності підстав для зміни запобіжного заходу, при неможливості закінчення розслідування у частині доведеного обвинувачення та продовженні строку досудового слідства суддя виносить постанову про продовження строку тримання під вартою. Відповідно до п. 20 ПП ВСУ від 25 квітня 2003 р., встановивши підстави для зміни (скасування) запобіжного заходу, суддя своєю постановою відмовляє у продовженні строку тримання під вартою і може змінити (скасувати) цей запобіжний захід. Таке ж рішення має прийняти суддя, встановивши можливість закінчення розслідування справи в частині доведеного обвинувачення та непродовження строку досудового слідства прокурором.

КПК України передбачені й інші заходи кримінально-процесуального примусу, пов'язані з позбавленням особи свободи — направлення обвинуваченого на стаціонарну експертизу та поміщення у приймальник-розподільник для дітей.

Відповідно до ст. 205 КПК, подання про направлення обвинуваченого на стаціонарну експертизу розглядається з додержанням порядку, визначеного ч. 5 ст. 165². Тобто після одержання подання суддя вивчає матеріали кримінальної справи, представлені органами дізнання, слідчим, прокурором, допитує обвинуваченого, а за необхідності бере пояснення в особи, у провадженні якої перебуває справа, вислуховує думку прокурора, захисника, якщо він з'явився, і виносить постанову: 1) про відмову в направленні обвинуваченого на стаціонарну експертизу, якщо для цього немає підстав; 2) про направлення обвинуваченого на стаціонарну експертизу. Однак ці

⁴⁷⁸ Режим доступу: www.reyestr.court.gov.ua

процедури за своєю правовою природою не є ідентичними. Перш за все, подання про направлення до медичної установи має містити посилення на стан здоров'я обвинуваченого, що свідчить про необхідність його направлення до медичної установи. При розгляді подання обов'язково має бути заслуханий захисник, оскільки необхідно враховувати, що обвинувачений потенційно може бути визнаний таким, який не усвідомлює характер здійснюваних дій та не може керувати ними повною мірою чи частково. Крім того, предметом дослідження є необхідність тривалого спостереження за обвинуваченим або дослідження його, що має бути підтверджено у судовому засіданні. Специфічним є й обов'язкове джерело доказів — висновок експерта. Так, на підставі даних про те, що обвинувачений знаходився на лікуванні у лікарні, однак довго відповідає на питання, відповідає не по суті, та потрібно з'ясувати його психічний стан, суддею було винесено постанову про направлення обвинуваченого на стаціонарну судово-психіатричну експертизу⁴⁷⁹

Тому необхідно встановити окрему процедуру розгляду подань про направлення обвинуваченого на стаціонарну експертизу, як це, наприклад, передбачено у ст. 142 проекту КПК № 1233. При цьому необхідно має бути участь у розгляді подання захисника. Якщо захисника у справі немає, або його явка є неможливою, захисник має бути призначений для участі у розгляді подання постановою судді. Крім того, до подання обов'язково має бути дочданий висновок спеціаліста або експерта про необхідність тривалого спостереження або дослідження стану здоров'я обвинуваченого в стаціонарних умовах. У судовому засіданні обов'язково має бути присутнім той експерт, якщо це можливо, який давав висновок. У разі, якщо викликається не той експерт, який давав висновок, то йому до судового засідання має бути надана можливість зустрічі з обвинуваченим та ознайомлення із тими матеріалами справи, які стосуються стану здоров'я обвинуваченого.

Направлення неповнолітнього до приймальника-розподільника є одним із заходів процесуального примусу, пов'язаних з ізоляцією особи, хоч і не розглядається у КПК як запобіжний захід (що знайшло відповідне обґрунтування у науковій літературі⁴⁸⁰). Враховуючи, що

⁴⁷⁹ Судова практика. — 2005. — №1 (1). — С. 40

⁴⁸⁰ Карпенко М. О. Особливості провадження в справах про злочини неповнолітніх: дис. ... кандидата юрид. наук: 12.00.09 / Карпенко Михайло Олегович. — Х, 2004. — С. 92

це стосується неповнолітнього, який не досяг віку кримінальної відповідальності, слід погодитися із тим, що правильніше іменувати таку категорію осіб малолітніми⁴⁸¹. Стаття 7³ КПК передбачає, що якщо встановлено, що особу, яка вчинила у віці від одинадцяти до чотирнадцяти років суспільно небезпечне діяння, що підпадає під ознаки діяння, за яке Кримінальним кодексом України передбачене покарання у виді позбавлення волі понад п'ять років, необхідно у зв'язку з цим негайно ізолювати, то за постановою слідчого або органу дізнання, за згодою прокурора за вмотивованим рішенням суду, її може бути поміщено у приймальник-розподільник для дітей на строк до 30 діб.

У КПК детально не врегульована процедура розгляду судом постанов⁴⁸². У літературі пропонується відокремити в КПК самостійну статтю 7⁴ під назвою «Направлення у приймальник-розподільник для неповнолітніх», у якій закріпити порядок направлення у приймальник-розподільник. При цьому в авторській редакції статті пропонується розглядати це питання з додержанням порядку, визначеного ч. 5 ст. 165² КПК⁴⁸³. Концептуально з цією пропозицією слід погодитися. За своєю правовою природою направлення малолітнього до приймальника-розподільника нагадує ізоляційний запобіжний захід, який застосовується до спеціального суб'єкта — особи, яка не досягла віку кримінальної відповідальності. Тому підстави для його застосування є аналогічними підставам застосування запобіжних заходів, а процедура має бути близькою до процедури розгляду подань про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту з урахуванням особливостей суб'єкта, який вчинив суспільно-небезпечне діяння.

Як уявляється, у майбутньому КПК процесуальне рішення слідчого, органу дізнання, прокурора про звернення до суду щодо по-

⁴⁸¹ Гідулянова Є. М. Кримінальне провадження у справах малолітніх: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / Є. М. Гідулянова. — О., 2008. — С. 7

⁴⁸² Детальніше див: Гловюк І. В. Розгляд судом постанов про поміщення неповнолітнього до приймальника-розподільника / І. В. Гловюк // Верховенство права у правозастосовчій діяльності: Матеріали Регіональної науково-практичної конференції, присвяченої 15-ій річниці Юридичного інституту (м. Івано-Франківськ, 12-13 жовтня 2007 року). — Івано-Франківськ, 2007. — С. 314 — 317.

⁴⁸³ Рожнова В. В. Застосування заходів процесуального примусу, пов'язаних з ізоляцією особи: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / В. В. Рожнова. — К., 2003. — С. 13

міщення до приймальника-розподільника має називатися подання, оскільки постанову виносить суд, а слідчий, прокурор, орган дізнання звертаються з клопотанням про це.

Розгляд постанов (подань) про направлення малолітнього до приймальника-розподільника має містити додаткові гарантії охорони та захисту прав малолітніх. Так, у розгляді постанови (подання) обов'язково має брати участь законний представник, захисник, представник служби та міліції у справах дітей, за необхідності за розсудом суду — педагог та (або) лікар.

При розгляді постанови (подання) предметом дослідження мають бути: докази і дані, що вказують на обґрунтованість підозри, причетність особи до вчинення об'єктивно-протиправного діяння; чи передбачає КК України за інкриміноване діяння покарання у вигляді позбавлення волі на строк понад п'ять років; процесуальні рішення (постанова про порушення кримінальної справи); обставини, які вказують на те, що малолітнього необхідно негайно ізолювати (це формулювання є не досить вдалим, оскільки не вказує на підстави такої необхідності; при цьому слід керуватися тими обставинами, які є підставами обрання запобіжних заходів, тобто обставини, які вказують на те, що малолітній ухилятиметься від слідства чи суду та перешкоджатиме встановленню істини у справі); вік та стан здоров'я малолітнього (слід звернути увагу на те, чи не є малолітній психічно хворим з вираженими симптомами хвороби, оскільки за наявності такої хвороби він не підлягає поміщенню у приймальник-розподільник⁴⁸⁴); обставини, які характеризують особу малолітнього (зокрема, з певними обмеженнями, ті, що вказані у п. 3 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини неповнолітніх»⁴⁸⁵: його сімейний і матеріальний стан, стосунки з батьками, дієвість існуючого контролю за його поведінкою, вид діяльності, місце проживання, соціальні зв'язки, схильності, спосіб життя, поведінка під час провадження у цій або іншій кримінальній справі, наявність факто-

⁴⁸⁴ Положення про приймальники-розподільники для неповнолітніх органів внутрішніх справ: Затверджено Наказом Міністерства внутрішніх справ України від 13 липня 1996 року // Режим доступу до акту: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=z0434-96>

⁴⁸⁵ Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини неповнолітніх» від 16 квітня 2004 р. // Вісник Верховного Суду України. — 2004. — № 5. — С. 4-8.

рів, обставин чи визнання ним моральних цінностей, які дозволяють прогнозувати його поведінку).

Для дослідження обставин, які стосуються віку, стану здоров'я та характеризують особу малолітнього, обов'язково мають бути опитані малолітній, а також його законні представники, у разі необхідності — педагог, оскільки саме вони володіють найбільшим обсягом інформації щодо стосунків з батьками, дієвості існуючого контролю за його поведінкою, соціальних зв'язків, схильностей, способу життя, наявності факторів, обставин чи визнання ним моральних цінностей, які дозволяють прогнозувати його поведінку. Тому не можна визнати прийнятною ч. 3 ст. 503 проекту КПК № 1233, відповідно до якої суддя розглядає подання, вивчає матеріали справи, вислуховує прокурора, за необхідності опитує неповнолітнього і його законного представника, оскільки таке формулювання норми порушує право малолітнього на захист.

Одним із заходів кримінально-процесуального примусу, який частково застосовується суддею, є у даний час усунення захисника від участі у справі. Ст. 61¹ передбачає, що захисник може бути усунутий від участі у справі лише з підстав, передбачених статтею 61 КПК. Встановивши обставини, які відповідно до пунктів 1, 3, 4, 5 частини першої, частин другої і третьої статті 61 КПК виключають участь захисника у справі, особа, яка провадить дізнання, слідчий виносять мотивовану постанову про усунення захисника від участі в справі та повідомляють про це захисникові і підозрюваному, обвинуваченому, підсудному. На стадії дізнання та досудового слідства питання про усунення захисника від участі у справі з підстав, передбачених пунктом 2 частини першої або частиною четвертою статті 61 КПК, за поданням особи, яка провадить дізнання, слідчого вирішує суддя за місцем провадження розслідування. Суддя розглядає подання про усунення захисника від участі у справі, вивчає матеріали, якими обґрунтовується подання, вислуховує прокурора і захисника, при необхідності опитує підозрюваного, обвинуваченого, особу, у провадженні якої знаходиться справа, після чого виносить мотивовану постанову про усунення захисника від участі у справі чи про відмову в цьому. Постанова судді про усунення захисника оскарженню не підлягає. Під час судового розгляду питання про усунення захисника від участі у справі з підстав, передбачених статтею 61 КПК, вирішує суд.

Слід зазначити, що у КПК детально не урегульовано процедуру розгляду суддею подання про усунення захисника від участі у справі, не встановлено форму подання, прав та обов'язків учасників розгляду тощо⁴⁸⁶.

Відповідно до ч. 2 ст. 61¹ КПК, за поданням особи, яка провадить дізнання, слідчого питання про усунення захисника від участі у справі вирішує суддя за місцем провадження розслідування, якщо ставиться питання про усунення захисника від участі у справі у зв'язку з тим, що захисник є свідком і в зв'язку з цим допитувався або підлягає допиту та через те, що захисник, зловживаючи своїми правами, перешкоджає встановленню істини в справі, затягує розслідування. Суддя розглядає подання про усунення захисника від участі у справі, вивчає матеріали, якими обґрунтовується подання, вислуховує прокурора і захисника, при необхідності опитує підозрюваного, обвинуваченого, особу, у провадженні якої знаходиться справа, після чого виносить мотивовану постанову про усунення захисника від участі у справі чи про відмову в цьому.

Ця процедура є недосконалою. Так, у КПК не встановлено, що суб'єктом внесення подання може бути прокурор. КПК не встановлює вимогу про необхідність узгодження подання із прокурором, незважаючи на те, що усунення захисника від участі у справі — це дія, яка значно обмежує конституційне право особи на захист, і тому при внесенні подання є необхідним і прокурорський нагляд. Із змісту норми КПК неможливо зрозуміти, чи необхідно надавати судді для вивчення усю кримінальну справу, чи окремі матеріали. Уявляється, судді слід надавати усю кримінальну справу, оскільки вивчення лише всієї кримінальної справи дасть змогу визначити, чи дійсно є підстави для усунення захисника від участі у справі. При розгляді подання суддя за необхідності опитує підозрюваного, обвинуваченого, особу, у провадженні якої знаходиться справа. Більш доцільно, якщо суддя буде зобов'язаний у кожному випадку опитувати підозрюваного, обвинуваченого, оскільки у разі усунення захисника буде затронуто його права, зокрема він повинен буде шукати собі іншого захисника, обговорювати з ним лінію захисту тощо. Суддя

⁴⁸⁶ Детальніше див.: Гловюк І. В. Право на захист та розгляд суддею подань про усунення захисника від участі у справі / І. В. Гловюк // Національні та міжнародні механізми захисту прав людини: матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Харків, 19-20 вересня 2008 р.). / За ред. проф. А. Т. Комзюка. — Вид-во Харк. нац. ун-ту внутр. справ, 2008. — С. 194 — 198.

зобов'язаний у кожному випадку опитати особу, у провадженні якої знаходиться справа, оскільки саме цією особою зроблено висновок про наявність обставин для усунення захисника, і саме на неї повинен бути покладений тягар доказування необхідності усунення захисника від участі у справі.

У постанові судді мають бути викладені фактичні дані, які підтверджують порушення захисником своїх прав і обов'язків. Ці дані мають бути отримані належним чином уповноваженим суб'єктом досудового розслідування та зафіксовані у встановленому законом порядку. До фактичних даних, які підтверджують незаконні дії захисника, можна віднести: показання підозрюваних, обвинувачених, свідків про схилення їх захисником до давання неправдивих показань; матеріали фото-, відео- та звукозапису проведення слідчих і процесуальних дій, під час яких захисник використовує незаконні методи роботи; протоколи накладення арешту на поштово-телеграфну кореспонденцію та зняття інформації з каналів зв'язку з відомостями про незаконні дії захисника; протоколи інших слідчих дій: обшуку, виїмки, освідчування, огляду, у результаті проведення яких виявлені докази протиправної поведінки захисників; речові докази, сфальсифіковані захисником інші документи тощо⁴⁸⁷.

У проекті КПК № 1233 врегульовано процедуру відводу захисника. Відповідно до ст. 53, встановивши обставини, які відповідно до статті 51 цього Кодексу виключають участь захисника в справі, особа, яка здійснює дізнання, слідчий за згодою прокурора чи сам прокурор направляють матеріали і подання, а потерпілий чи його законний представник — заяву про відвід захисника до слідчого судді за місцем провадження розслідування чи знаходження органу дізнання або досудового слідства. Захиснику направляється копія подання або повідомлення про заяву потерпілого чи його законного представника. Слідчий суддя в триденний строк розглядає подання чи заяву, вивчає направлені йому чи витребувані ним за заявою потерпілого чи його законного представника матеріали, якими вони обґрунтовуються, вислуховує прокурора і захисника, при необхідності опитує потерпілого, підозрюваного, обвинуваченого, їхніх законних представників, особу, у провадженні якої знаходиться

⁴⁸⁷ Чорнобук В. І. Законність та обґрунтованість процесуальних рішень судді в порядку судового контролю в досудових стадіях кримінального процесу: [монографія] / Чорнобук В. І. — Х.: Право, 2008. — С. 102-103

справа, після чого виносить мотивовану постанову про відвід захисника чи про відмову в цьому.

Тобто у проекті КПК № 1233 встановлено можливість подання заяви про відвід захисника, суб'єктом подання якої є потерпілий чи його законний представник. Розширено коло учасників судового розгляду подання (заяви). Слід погодитися із тим, що захиснику повинна направлятися копія подання, однак при цьому слід надати йому право знайомитися з додатками до цього подання, які його обґрунтовують, для забезпечення повноцінного обґрунтування заперечень проти подання. На нашу думку, суб'єктом внесення подання про усунення захисника мають бути особа, яка здійснює дізнання, слідчий, прокурор. Потерпілий та його представник не повинні мати права на подання заяви до суду. У разі необхідності вони мають право звернутися із клопотанням до особи, яка провадить дізнання, слідчого, прокурора, які за наявності підстав внесуть подання до суду. У судовому засіданні потерпілий та його представник мають викликатися та опитуватися у разі необхідності.

ВИСНОВКИ

У дослідженні наведено теоретичне узагальнення і нове вирішення наукового завдання, що полягає у розробці системної концепції судової діяльності у досудовому провадженні, визначенні шляхів удосконалення механізму реалізації судової діяльності у досудовому провадженні. До найбільш вагомих наукових результатів роботи належать такі:

1. До напрямів судової діяльності у кримінальному процесі, які одночасно є функціями судової влади у кримінальному процесі, відносяться: правосуддя; судовий контроль; дозвільна функція; застосування заходів кримінально-процесуального примусу; організаційна функція; кримінальне переслідування; закінчення кримінального переслідування; вирішення питань виконання вироку, ухвали, постанови суду.

2. Судова діяльність у досудовому провадженні — це упорядкована система дій, здійснюваних судом (суддею) у кримінально-процесуальній формі з метою охорони та захисту прав, свобод та законних інтересів фізичних та юридичних осіб, держави у досудовому провадженні шляхом розгляду та вирішення подань про надання дозволів на провадження процесуальних та оперативно-розшукових дій, про застосування заходів кримінально-процесуального примусу, скарг на дії, бездіяльність, рішення владних суб'єктів кримінального процесу.

3. Судова діяльність у досудовому провадженні, по-перше, не має тих ознак, які дозволяли б віднести її до правосуддя, по-друге, має специфічні ознаки, іманентні лише їй, а саме: при її здійсненні не вирішується справа по суті; ініціаційний характер судової діяльності у досудовому провадженні; особливий об'єкт та предмет; наявність окремих, які відрізняються за правовою природою, сутністю та метою, напрямів судової діяльності, що є функціями суду: дозвільна функція, функція застосування заходів кримінально-процесуального примусу, судовий контроль; особливий характер повноважень суду (судді); особлива процедура розгляду матеріалів; визначене коло

суб'єктів, що беруть участь у здійсненні судової діяльності у досудовому провадженні; особливий порядок звернення до виконання постанов; особливий порядок оскарження постанов.

4. Суб'єктом реалізації судової діяльності у досудовому провадженні має бути слідчий суддя, який має призначатися та обиратися на цю посаду у місцевий суд і має являти собою суддю, який одноособово розглядає справу і діє від імені суду.

5. Судову діяльність у досудовому провадженні не можна отожднювати із судовим контролем, який є різновидом процесуального контролю.

6. Співвідношення судової діяльності та прокурорського нагляду у досудовому провадженні проявляється у їх єдності, відмінностях та взаємодії. Взаємодія судової діяльності у досудовому провадженні та прокурорського нагляду повинна являти собою двоступеневий порядок обмеження найважливіших прав та свобод фізичних та юридичних осіб. При цьому судова діяльність не може підміняти собою прокурорський нагляд.

7. Об'єктом судової діяльності у досудовому провадженні є найважливіші права фізичних та юридичних осіб; права фізичних осіб при здійсненні службової або іншої діяльності; права та законні інтереси фізичних та юридичних осіб, інтереси держави у зв'язку з існуванням інформації, яка належить до передбачених законодавством таємниць, що можуть бути порушені або обмежені у кримінально-процесуальній діяльності (змістом якої є процесуальні дії та процесуальні рішення) та бездіяльності суб'єктів, які ведуть кримінальний процес, та оперативно-розшуковій діяльності підрозділів, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність. Предметом же судової діяльності у досудовому провадженні є те, що безпосередньо забезпечується або перевіряється у процесі судової діяльності — їх дотримання у кримінально-процесуальній діяльності та бездіяльності суб'єктів, які ведуть кримінальний процес, та оперативно-розшуковій діяльності підрозділів, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність.

8. Об'єктом судової діяльності у досудовому провадженні, відповідно до концепції обмеженої судової діяльності у досудовому провадженні, мають бути такі найважливіші права фізичних та юридичних осіб: право на свободу та особисту недоторканність, право на безпеку, право на недоторканність житла чи іншого володіння особи,

право на повагу особистого життя, право на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції, право на захист, право на володіння, користування та розпорядження своєю власністю, право на працю, право на доступ до правосуддя.

9. Суд (суддя) повинен надавати дозволи на провадження процесуальних та оперативно-розшукових дій, які пов'язані з обмеженням найважливіших прав фізичних та юридичних осіб, та тільки суд (суддя) може застосувати заходи кримінально-процесуального примусу, якими обмежуються ці права, а скарги на порушення цих прав мають бути вирішені в порядку окремого провадження.

10. Доцільно нормативно закріпити здійснення невідкладного судового контролю порушення тільки тих найважливіших прав фізичних та юридичних осіб, які не охороняються при здійсненні інших функцій суду у досудовому провадженні: право на свободу та особисту недоторканність (при процесуальному затриманні особи, незвільненні її після закінчення строку затримання чи тримання під вартою), право на безпеку (при відмові у застосуванні або скасуванні заходів безпеки), право на захист (при відмові у допуску захисника, ненаданні або обмеженні зустрічей із захисником), право на доступ до правосуддя.

11. Межі судової діяльності у досудовому провадженні — це границі кримінально-процесуальної діяльності суду у досудовому провадженні, які визначаються такими критеріями: 1) сфера судової діяльності у досудовому провадженні; 2) дії, на провадження яких суд (суддя) може дати дозвіл; 3) заходи кримінально-процесуального примусу, які може застосувати суд (суддя) за поданнями органів та осіб, які ведуть процес; 4) особи, дії, бездіяльність, рішення яких можуть бути оскаржені в порядку окремого провадження; 5) дії, бездіяльність, рішення, які можуть бути оскаржені в порядку окремого провадження; 6) повноваження суду (судді) у досудовому провадженні; 7) предмет судового дослідження у досудовому провадженні.

12. Змістом дозвільної функції суду є надання судом (суддею) дозволу органу дізнання, слідчому, прокурору, керівнику або заступнику керівника оперативного підрозділу на проведення певної процесуальної або оперативно-розшукової дії.

13. Судовий контроль у досудовому провадженні є здійснюваною у встановленому кримінально-процесуальним законом порядку

діяльністю суду (судді) з розгляду та вирішення по суті скарг на дії, бездіяльність, рішення органу дізнання, дізнавача, слідчого, начальника слідчого відділу, прокурора та інших владних суб'єктів кримінального процесу. Його ознаками є: процесуальний порядок здійснення; ініціативний характер з боку учасників кримінального процесу та осіб, які сприяють веденню кримінального провадження; скарга як привід здійснення; спрямованість на вирішення по суті кримінально-процесуального конфлікту; перевірочний характер; специфічний предмет дослідження (законність та обґрунтованість дій, бездіяльності, рішень органу дізнання, дізнавача, слідчого, начальника слідчого відділу, прокурора та інших владних суб'єктів кримінального процесу).

14. Судовий контроль у кримінальному процесі має кримінально-процесуальну природу, і тому дії, рішення, бездіяльність владних суб'єктів процесу можуть бути оскаржені лише в кримінально-процесуальному порядку.

ЗМІСТ

ВІД АВТОРА.....	5
ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ.....	6
ВСТУП	7
РОЗДІЛ 1. ПРАВОВА ПРИРОДА СУДОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ У ДОСУДОВИХ СТАДІЯХ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ	
1.1. Поняття, ознаки та напрями (функції) судової діяльності у кримінальному процесі.....	10
1.2. Судова діяльність у досудових стадіях кримінального процесу: сутність та функції	34
1.3. Проблеми співвідношення судової діяльності та прокурорського нагляду у досудових стадіях кримінального процесу та деякі шляхи їх вирішення.....	58
1.4. Об'єкт та предмет судової діяльності у досудових стадіях кримінального процесу.....	70
1.5. Межі судової діяльності у досудових стадіях кримінального процесу	88
РОЗДІЛ 2. ХАРАКТЕРИСТИКА ФУНКЦІЙ СУДУ У ДОСУДОВИХ СТАДІЯХ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ	
2.1. Дозвільна функція суду у досудових стадіях кримінального процесу: сутність та порядок реалізації.....	121
2.2. Судовий контроль: поняття та реалізація у досудових стадіях кримінального процесу.....	151
2.3. Функція застосування заходів кримінально-процесуального примусу: окремі проблеми реалізації у досудових стадіях кримінального процесу.....	190
ВИСНОВКИ.....	227

Наукове видання

Гловюк Ірина Василівна

**СУДОВА ДІЯЛЬНІСТЬ
У ДОСУДОВИХ СТАДІЯХ
КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ:
теорія і практика**

Монографія

Редактор
Коректор
Верстка, обкладинка

Радіонова І.І.
Атаман Л.В.
Вітвицька В.Г.

Здано 25.01.2010. Підписано до друку 05.02.2010. Формат 60х84/16.
Обл.-вид.арк.10,8. Ум.-друк. арк. 13,48. Папір офсетний. Друк на ду-
плікаторі. Зам. № 1002-02. Тираж 300 прим. Ціна договірна.

Видано і віддруковано ПП «Фенікс»

(Свідectтво ДК № 1044 від 17.09.02).

Україна, м. Одеса, 65009, вул. Зоопаркова, 25. Тел. (048) 7777-591.
www.law-books.od.ua, e-mail: maritimebooks@yandex.ru