

Навроцька В.В.

Особливі порядки кримінального провадження

Рекомендовано до опублікування вченою радою Львівського державного університету внутрішніх справ (протокол від 24 листопада 2021 р. № 4)

Рецензенти:

Дільна З.Ф. – кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінально-правових дисциплін Львівського державного університету внутрішніх справ

Скрекля Л.І. - кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінального права та процесу Львівського торговельно-економічного університету

Навроцька В.В.

Особливі порядки кримінального провадження: монографія. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2021. 169с.

У монографії «Особливі порядки кримінального провадження» висвітлюються положення, які стосуються кримінальних проваджень у формі угод; у формі приватного обвинувачення; стосовно окремої категорії осіб; щодо неповнолітніх; по застосуванню примусових заходів медичного характеру, кримінального провадження, котре містить відомості, які становлять державну таємницю та кримінального провадження на території дипломатичних представництв та консульських установ України, на морському, річковому чи повітряному судні, яке перебуває за межами України під прапором або з розпізнавальним знаком України, якщо судно приписане до порту, розташованого в Україні.

Показано, як у відповідних провадженнях реалізуються загальні засади українського кримінального процесу та охарактеризована специфіка таких проваджень. Запропоновано вирішення низки питань, щодо яких існують неоднозначні теоретичні та практичні підходи з позицій чинного законодавства та сформульовані пропозиції щодо його удосконалення.

Зміст

ПЕРЕДМОВА	5
1. КРИМІНАЛЬНЕ ПРОВАДЖЕННЯ НА ПІДСТАВІ УГОД	9
2. КРИМІНАЛЬНЕ ПРОВАДЖЕННЯ У ФОРМІ ПРИВАТНОГО ОБВИНУВАЧЕННЯ	35
3. КРИМІНАЛЬНЕ ПРОВАДЖЕННЯ ЩОДО ОКРЕМОЇ КАТЕГОРІЇ ОСІБ	61
4. КРИМІНАЛЬНЕ ПРОВАДЖЕННЯ ЩОДО НЕПОВНОЛІТНІХ	84
5. КРИМІНАЛЬНЕ ПРОВАДЖЕННЯ ЩОДО ЗАСТОСУВАННЯ ПРИМУСОВИХ ЗАХОДІВ МЕДИЧНОГО ХАРАКТЕРУ	112
6. КРИМІНАЛЬНЕ ПРОВАДЖЕННЯ, ЯКЕ МІСТИТЬ ВІДОМОСТІ, ЩО СТАНОВЛЯТЬ ДЕРЖАВНУ ТАЄМНИЦЮ	139
7. КРИМІНАЛЬНЕ ПРОВАДЖЕННЯ НА ТЕРИТОРІЇ ДИПЛОМАТИЧНИХ ПРЕДСТАВНИЦТВ, КОНСУЛЬСЬКИХ УСТАНОВ УКРАЇНИ, НА ПОВІТРЯНОМУ, МОРСЬКОМУ ЧИ РІЧКОВОМУ СУДНІ, ЩО ПЕРЕБУВАЄ ЗА МЕЖАМИ УКРАЇНИ ПІД ПРАПОРОМ АБО З РОЗПІЗНАВАЛЬНИМ ЗНАКОМ УКРАЇНИ, ЯКЩО ЦЕ СУДНО ПРИПИСАНЕ ДО ПОРТУ, РОЗТАШОВАНОГО В УКРАЇНІ	155
ПІСЛЯМОВА	168

ПЕРЕДМОВА

При здійсненні розслідування кримінальних проваджень посадові особи повинні дотримуватися передбачених законом правил, для позначення яких наука кримінального процесуального права використовує термін «кримінальна процесуальна форма». Кримінальна процесуальна форма (історично, залежно від мети правосуддя, зумовлена потребами суспільства та держави на різних етапах їх становлення та розвитку) зазнавала змін, набувала рис диференційованої (тобто, передбачалися єдині завдання в межах єдиної судової системи, єдиного кримінального процесуального законодавства, що ґрунтуються на єдиних засадах, але які вирішуються різними способами). Тут маються на увазі як спрощені форми судочинства, так і її ускладнені форми.

Чинний КПК України є симбіозом обох напрямків диференціації процесуальної форми, зумовлених завданнями процесуальної економії та запровадження у зв'язку з цим «спрощених», прискорених процедур (наприклад, провадження на підставі угод) і, навпаки, ускладненням процесуальної форми щодо окремих категорій справ (приміром, провадження щодо застосування примусових заходів медичного та виховного характеру, провадження щодо окремої категорії осіб тощо).

При цьому основним, домінуючим вектором, все ж є спрощення існуючих процедур, їх оптимізація. Подібна тенденція до відмови від усіх передбачених законом процедур кримінального судочинства при розслідуванні та вирішенні низки кримінальних проваджень (що зумовлена необхідністю врахування кадрових, технічних, фінансових та інших можливостей) притаманна законодавству інших держав.

Водночас у науці резонно зауважувалося, що економія може призвести до погіршення якості правосуддя, при цьому є величезний ризик заподіяння шкоди охоронюваним цінностям нематеріального характеру, більш важливим, аніж матеріальні. Тому виникає питання про межі диференційованих процедур по окремих категоріям проваджень і щодо окремих категорій осіб.

Як засвідчує аналіз чинного кримінального процесуального законодавства, винятки зазвичай детерміновані двома факторами: а) неможливістю або ускладненістю дотримання загального порядку провадження; б) необхідністю захисту інших, більш значимих інтересів.

Засада рівності громадян перед законом і судом (ст.24 Конституції України) передбачає неприпустимість обмежень чи привілеїв за ознаками статі, кольору шкіри, раси, релігійних, політичних чи інших переконань, соціального та етнічного походження, місця проживання, майнового стану, за мовними чи іншими ознаками. А з цього логічно випливає висновок, що і провадження у разі вчинення кримінальних правопорушень має здійснюватися щодо всіх категорій осіб згідно однакових правил.

Водночас у зв'язку з існуванням особливих умов, як-от: готовність сторін кримінального конфлікту до компромісу, незначна суспільна небезпека вчиненого, особливий суб'єкт кримінального правопорушення, місце його вчинення тощо, процесуальний закон передбачає провадження, котрі відрізняються від звичайного. В цьому разі йдеться про диференційовані (особливі) порядки проваджень. У кримінальному процесуальному кодексі України передбачено сім особливих порядків провадження: кримінальне провадження у формі угод; кримінальне провадження у формі приватного обвинувачення; кримінальне провадження стосовно окремої категорії осіб; кримінальне провадження стосовно неповнолітніх; кримінальне провадження по застосуванню примусових заходів медичного характеру, кримінальне провадження, котре містить відомості, які становлять державну таємницю; кримінальне провадження на території дипломатичних представництв та консульських установ України, на морському, річковому чи повітряному судні, яке перебуває за межами України під прапором або з розпізнавальним знаком України, якщо судно приписане до порту, розташованого в Україні.

Усі особливі порядки мають низку специфічних рис, кожен із них унікальний, часом настільки, що здається, виходить за межі загальної процедури. Неврахування цих особливостей веде як до поверхневих висновків, так і до помилок у правозастосуванні. Тому теоретичний аналіз як кожного

особливого порядку кримінального провадження окремо, так і всієї їх системи, є плідним та потенційно веде до цікавих наукових результатів.

При цьому законодавець не надто переймається аспектами, пов'язаними із єдністю термінології, із урахуванням положень та вимог нормативно-правових актів інших галузей. Що вже говорити про врахування прецедентної практики ЄСПЛ та сучасних тенденцій демократизації та гуманізації правозастосування! Недоліки ж законодавства «вилазять боком» у ході його застосування, в силу пануючих догматичних підходів у теорії - не піддаються належному висвітленню та критиці. Серед багатьох існуючих проблем, не претендуючи на вичерпність та систематичність, а суто в ілюстративному плані, можна вказати на такі як: неврегулювання порядку повідомлення про підозру Уповноваженому ВРУ з прав людини, невіднесення до окремої категорії осіб (щодо яких здійснюється особливий порядок кримінального провадження) окрім Генерального прокурора та його заступників, прокурорів Спеціалізованої антикорупційної прокуратури, й прокурорів середнього та нижчого рівня прокуратури. Дискусійними є й, зокрема, питання про можливість застосування щодо неповнолітньої емансипованої особи (яка в силу закону чи рішення суду набула повної цивільно-правової дієздатності до досягнення 18-річного віку) особливого порядку судочинства, передбаченого Главою 38 КПК України, про обґрунтованість встановлення скорочених строків давності притягнення до кримінальної відповідальності у справах, кримінальне провадження щодо яких здійснюється у формі приватного обвинувачення, про доцільність затвердження угод у кримінальному судочинстві на стадії підготовчого провадження, відповідність інтересам потерпілого затвердження угод про визнання винуватості за умови, що строк виконання обов'язків за угодою перевищує строк давності притягнення до кримінальної відповідальності тощо.

Ця робота є спробою узагальненого викладу дискусійних положень, які виникають щодо теоретичних та практично-прикладних аспектів особливих порядків кримінальних проваджень. Головна мета, яку ставила перед собою автор - показати, як в особливих порядках кримінальних проваджень

розкриваються та втілюються загальні засади українського кримінального процесу, системний характер цих особливих порядків та вирішення виявлених проблем, передусім з позицій *de lege lato*. Адже перед тим, як пропонувати зміни до закону, потрібно максимально використати потенціал того, що вже є в існуючих законодавчих формулюваннях. Згодом, це може і має стати основою для більш широкого та більш критичного погляду на особливі порядки кримінального провадження і більш кардинальне вирішення проблем шляхом формулювання пропозицій *de lege ferenda*. У цій роботі викладаються лише окремі фрагменти можливих законодавчих змін.

Наведені вище міркування вказують, що проблеми, яким присвячена ця публікація, актуальні в соціально-політичному плані, оскільки їх вирішення вестиме до утвердження справедливості щодо тих осіб, яких ці особливі порядки стосуються. Водночас, висвітлення відповідних положень насущне для заповнення існуючих теоретичних прогалин та вирішення існуючих суперечностей, воно злгоденне для розвитку законодавства як в аспекті вдосконалення чинного КПК, так і формування нового сучасного кримінального процесу як складової вдосконалення системи кримінальної юстиції України. Нарешті, важливість теми пов'язана з необхідністю формулювання науково-обґрунтованих рекомендацій правозастосовній практиці. І, зовсім насамкінець, наглядно видно дидактичне значення систематизованого викладу положень, які стосуються особливих порядків кримінальних проваджень. Все висловлене підтверджує, що публікація на цю тему є на часі. В цій публікації не пропонується остаточне вирішення проблем, а лише викладається загальна канва роздумів щодо особливих порядків кримінальних проваджень у контексті вирішення більш загальних проблем, які є предметом наукових інтересів автора.

Наскільки вдалося автору виявити і систематизувати злгоденні проблеми особливих порядків кримінальних проваджень, запропонувати їх вирішення та аргументувати свої ідеї – судити читачеві.

1. КРИМІНАЛЬНЕ ПРОВАДЖЕННЯ НА ПІДСТАВІ УГОД

Кримінальне провадження на підставі угод є одним із особливих порядків кримінального провадження. Інститут угод у кримінальному провадженні хоч і новий для вітчизняного права, проте уже довів свою дієвість та ефективність. Звісно, статистичні дані з року в рік змінюються, але в цілому достатньо стабільні – в середньому приблизно 18% усіх кримінальних проваджень завершуються укладенням однієї з цих угод. Так, до прикладу, у 2017 р. органи прокуратури кожен восьмий (або 12,6%) обвинувальний акт направляли до суду з угодою обох видів (про примирення чи визнання винуватості), органи поліції скеровували до суду до суду разом з угодами про визнання винуватості кожен п'ятнадцятий обвинувальний акт (або 6,5%), для органів Служби безпеки цей показник складає 22,8%, а для Державної фіскальної служби -50,2%¹.

Значними перевагами цього інституту є: спрощення та скорочення процедури розгляду кримінальних проваджень, економія часу на коштів, що витрачаються на розгляд кримінального провадження, зменшення навантаження на органи досудового розслідування та суд, реальне вирішення конфліктних ситуацій та забезпечення прав потерпілого (зокрема, на відшкодування завданої йому шкоди), зменшення строку тримання підозрюваного /обвинуваченого під вартою чи навіть відмова від застосування даного запобіжного заходу тощо.

Практика укладення угод у кримінальних провадженнях неодноразово була предметом розгляду Європейського суду з прав людини. На його думку (відображений, зокрема, у рішеннях «Вермюлен проти Бельгії»², «Сандерс проти Об'єднаного Королівства»³, «Ніколова проти Болгарії»⁴) саме собою існування цих спрощених процедур цілком узгоджується з практикою цього Суду та відповідає положенням Європейської конвенції про захист прав

¹ Трекке А.С. Кримінальне провадження на підставі угоди про визнання винуватості: дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.09 /Університет державної фіскальної служби України. Ірпінь, 2018. С.5.

² Вермюлен проти Бельгії: Рішення Європейського суду з прав людини від 20.02. 1999 р.. URL.:http://www.uapravo.com/hro/text.php?lan=rus&id=5242&id_book=0&id_parent=0&id_vid_res=15.

³ Сандерс проти Об'єднаного Королівства: Рішення Європейського суду з прав людини від 29.11. 1996 р. URL.:<http://eurocourt.in.ua/Article.asp?AIdx=408>.

⁴ Ніколова проти Болгарії: Рішення Європейського суду з прав людини від 25.03. 1999 р. URL.:<https://ips.ligazakon.net/document/SO1467>.

людини та основоположних свобод. Більше того, Стразбурзький суд заохочує до укладення таких угод. У рішенні «Бабар Ахмад та інші проти Об'єднаного Королівства» ЄСПЛ конкретизує основні умови, за дотримання яких угоди про визнання винуватості вважатимуться такими, що не суперечитимуть гарантіям справедливого розгляду. Ці умови наступні: а) угода повинна відповідати фактичним обставинам провадження; б) її укладення має бути добровільним; в) сторони повинні розуміти правові наслідки угоди, г) підозрюваному /обвинуваченому слід забезпечити право на захист; г) суду слід бути нейтральним та не втручатися у процес домовленостей між сторонами, водночас його важлива роль повинна виявлятися у перевірці дійсності заявлених клопотань про затвердження угоди, його законності та добровільності⁵

На доцільність скорочення процедури досудового розслідування та судового розгляду звертається увага, зокрема, у Рамковому рішенні ради Європейського союзу «Про місце жертв злочинів у кримінальному судочинстві»⁶ та у Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам «Стосовно спрощення кримінального правосуддя»⁷, в Резолюції Економічної та соціальної ради при ООН «Про основні принципи програм відновлюючого правосуддя в кримінальних справах»⁸.

Інститут угод не є чимось абсолютно новим для вітчизняного права. На схожі механізми вирішення кримінально-правових конфліктів звертають дослідники Руської Правди, де було передбачено можливість звільнення від відповідальності особи, яка незаконно розтратила чужі кошти чи майно за умови, що вона зобов'язувалася відшкодувати збитки⁹. Щоправда, слід зазначити, що примирювальні домовленості за часів Київської Русі швидше, були винятком, аніж правилом. Найпоширенішим способом вирішення

⁵ Бабар Ахмад та інші проти Об'єднаного Королівства: Рішення Європейського суду з прав людини від 14.12. 2010 р. URL.:<https://www.fairtrials.org/babar-ahmad-and-others-v-united-kingdom>.

⁶ Про місце жертв злочинів у кримінальному судочинстві: Рамкове рішення ради Європейського союзу від 15.03. 2015 р. URL.:https://issuu.com/uicc/docs/16_fr_decision_ukr.

⁷ Стосовно спрощення кримінального правосуддя: Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам від 17.09. 198 р. №R 87 (18). URL.: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_339#Text.

⁸ Про основні принципи програм відновлюючого правосуддя в кримінальних справах: Резолюція Економічної та соціальної ради при ООН від 24 липня 2002 р. URL.:<http://ipcg.org.ua/upload/bazovi-printsipi-on-ukr.pdf>.

⁹ Гайворонська І. Історичний розвиток мирного і компромісного вирішення кримінально-правових конфліктів на українських землях. *Юридична Україна*. 2008. №5. С.106.

конфліктної ситуації була кровна помста (що вважалася благородною справою), натомість, примирення зазвичай викликало осуд¹⁰. Відповідники інституту угод були законодавчо закріплені і в середньовічних кодифікованих актах. Зокрема, в Судебниках Великого князя Казимира (1468 р. та 1497 р.) дозволялося не карати злодія при вчиненні ним вперше крадіжки речей у незначному розмірі, якщо він відшкодував потерпілому завдані збитки. Причому примирення (що мало наслідком завершення провадження) винного та звинувача могло відбуватися на будь-якій стадії процесу (навіть перед початком судового поєдинку)¹¹. Литовський статут 1529 р. теж містив норми, що були спрямовані на досягнення кримінального процесуального компромісу. Щодо низки злочинів було передбачено можливість примирення шляхом укладення мирової угоди на будь-якій стадії.¹² У Правах, за якими судиться малоросійський народ (1743) було встановлено можливість примирення сторін (шляхом підтвердження цього факту «мировою чолобитною») на будь-якій стадії – особи, які мали один до одного претензії кримінально-правового характеру, вправі були звертатися до суду з «добровільними прощаннями». А за Катерини II з метою активного застосування примирювальних процедур було навіть спеціально створено Совісний суд. В Уложенні про покарання кримінальні та виправні (1845) було передбачено можливість скасування покарання за умови примирення сторін кримінального конфлікту¹³.

В радянський же період застосування примирювальних процедур було мінімальним та застосовувалося здебільшого у провадженнях приватного та приватно-публічного обвинувачення і у провадженнях публічного обвинувачення як підстава звільнення від кримінальної відповідальності, інститути угод засуджувалися як інститути непритаманні радянському праву (хоча певні заохочення за співпрацю із слідством все ж передбачалися). Такий підхід зберігався до прийняття нового КПК України 2012 р.

¹⁰ Гайворонська І. Там само. С.107.

¹¹ Судебник Великого князя Казимира Ягайловича 1468 г.
URL.:<https://constituanta.blogspot.com/2011/07/1468.html>.

¹² Статут Великого княжества Литовского 1529 года.
URL.:https://rusneb.ru/catalog/000200_000018_NLR_%D0%9E%D0%A0+26A02B42+DFCD+44A1+8B74+4DFEE9EDF31F/.

¹³ Уложення про покарання кримінальні та виправні 1845 р.
URL.:https://pidru4niki.com/75303/pravo/ulozhennya_pokarannya_kriminalni_vipravni_1845.

У кримінальному судочинстві можливе укладення двох видів угод: а) про примирення (між потерпілим й підозрюваним /обвинуваченим); б) про визнання винуватості (між підозрюваним /обвинуваченим й прокурором).

Угода про примирення може укладатися за ініціативою підозрюваного /обвинуваченого та потерпілого. Відповідні домовленості щодо угоди, згідно ч.1 ст.469 КПК України, можуть проводитися як самостійно сторонами кримінального конфлікту, їх захисником чи представником, так і за допомогою іншої особи, погодженої ними (за винятком прокурора, слідчого чи судді).

Угода про примирення може бути укладена у провадженнях щодо кримінальних проступків, нетяжких злочинів і у провадженнях у формі приватного обвинувачення. При цьому слід пам'ятати, що укладення угод про примирення у кримінальних провадженнях стосовно уповноваженої особи юридичної особи, котра вчинила кримінальне правопорушення, у зв'язку з яким здійснюється провадження щодо юридичної особи в силу прямої вказівки закону неприпустиме.

Слідчий, прокурор повинні проінформувати підозрюваного /обвинуваченого та потерпілого про їх право на примирення, а також роз'яснити механізм його реалізації та не перешкоджати укладенню угоди (ч.7 ст.469 КПК України).

Чинним КПК запроваджено процедуру повідомлення учасників процесу про їхні права шляхом вручення пам'яток про це (ч.8 ст.42 КПК України). Слід звернути увагу на те, що у пам'ятці, що підлягає врученню підозрюваному (з посилання на ст.56 КПК), міститься інформація про його право на укладення лише одного виду угод - про примирення. А в пам'ятці, що має бути вручена обвинуваченому взагалі не згадується про укладення хоча б якогось виду угод.

Причиною цього, як видається, є вади законодавчого формулювання прав підозрюваного. У ст.42 КПК України, де міститься перелік прав підозрюваного /обвинуваченого, про їх право на ініціювання /укладення угод про примирення чи визнання винуватості не згадано взагалі! При цьому у ст.56 КПК, де перелічено права потерпілого, прямо вказано, що цей учасник процесу

вправі примиритися з підозрюваним /обвинуваченим та укласти на будь-якій стадії провадження угоду про примирення (ч.4 ст.56 КПК України). Це яскравий приклад явної недбалості й неухважності законодавця, істотна вада законодавчої регламентації правового статусу підозрюваного /обвинуваченого.

У разі якщо кримінальне провадження здійснюється щодо кількох осіб, які підозрюються чи обвинувачуються у вчиненні одного або кількох кримінальних правопорушень, і згода щодо укладення угоди досягнута не з усіма підозрюваними чи обвинуваченими, угода може бути укладена з одним (кількома) з підозрюваних чи обвинувачених. Кримінальне провадження щодо особи (осіб), з якими досягнуто згоди, підлягає виділенню в окреме провадження (ч.ч.8 ст.469 КПК України).

При цьому вирок, ухвалений на підставі угоди у виділеному провадженні (стосовно однієї із декількох осіб), не має преюдиційного значення для кримінального провадження відносно інших осіб¹⁴.

Якщо у кримінальному провадженні беруть участь кілька потерпілих від одного кримінального правопорушення, угода може бути укладена та затверджена лише з усіма потерпілими.

У разі якщо у кримінальному провадженні беруть участь кілька потерпілих від різних кримінальних правопорушень, і згода щодо укладення угоди досягнута не з усіма потерпілими, угода може бути укладена з одним (кількома) з потерпілих. Кримінальне провадження щодо особи (осіб), яка досягла згоди, підлягає виділенню в окреме провадження (ч.ч.9-10 ст.469 КПК України).

Відповідно до положень ч.5 ст.469 КПК України, укладення угоди про визнання винуватості чи про примирення може ініціюватися в будь-який момент після повідомлення особі про підозру до виходу суду до нарадчої кімнати для ухвалення вироку (ч.5 ст.469 КПК України).

¹⁴ Навальний та Офіцеров проти Росії: рішення Європейського суду з прав людини від 23.02.2016.: URL.<http://european-court.ru/tag/navalnyj-i-oficerov-protiv-rossii/>.; Про практику здійснення судами кримінального провадження на підставі угод: Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 11.12. 2015 р. №12. URL.http://sc.gov.ua/ua/postanovi_za_2015_rik.html.

В угоді про примирення (згідно положень ст.471 КПК України) мають бути зазначені: а) сторони цієї угоди, б) формулювання підозри /обвинувачення, в) його правова кваліфікація, г) суттєві для даного кримінального провадження обставини, ґ) розмір шкоди, спричиненої кримінальним правопорушенням, д) строк її відшкодування або перелік дій, які не пов'язані з відшкодуванням шкоди, що їх зобов'язаний вчинити підозрюваний /обвинувачений на користь потерпілого, е) строк їх вчинення, є) узгоджене покарання й згода сторін на таке призначення (чи на призначення покарання й звільнення від його відбування з випробуванням), ж) наслідки укладення та затвердження угоди, що передбачені ст.437 КПК України; з) наслідки невиконання угоди. Також в угоді має бути зазначено дата її укладення, вона підлягає скріпленню підписами сторін.

В листі Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ «Про деякі питання здійснення кримінального провадження на підставі угод» зазначено, що угоди з неповнолітніми можуть бути укладені у разі узгодженої позиції їх та їхніх законних представників¹⁵. В цілому з такою позицією варто погодитися, коли мова йде про неповнолітнього підозрюваного /обвинуваченого. Така дитина (у будь-якому разі старша 14 років) здебільшого може висловити міркування щодо доцільності укладення угоди. Але не кожен потерпілий (а він, звісно ж, може бути й малолітнім) здатен усвідомлювати зміст як самої угоди, так і її юридичних наслідків. При цьому, вочевидь, треба виходити не з формальних міркувань, а з того, чи усвідомлює така дитина суть правовідносин, на які вона дає згоду.

А тому при укладенні угоди допустимим є повне заміщення постраждалого її законним представником. При цьому при затвердженні угоди суд зобов'язаний перевірити, чи не порушено умовами угоди інтересів самого потерпілого, від імені та з метою захисту інтересів якого повинен діяти законний представник (п.3 ч.7 ст.474 КПК України). Ведучи мову про суб'єктів примирення, деякі науковці стверджують, що підозрюваний / обвинувачений

¹⁵ Про деякі питання здійснення кримінального провадження на підставі угод: Інформаційний лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ від 15.12. 2012 р. №223-1679/0/4-12. URL:<https://ips.ligazakon.net/document/VRR00081>.

може примиритися безпосередньо з неповнолітнім (або обмежено дієздатним) потерпілим і без згоди законних представників, якщо останні виступають проти примирення з мотивів, які, на думку суду, не заслуговують на увагу¹⁶.

При укладенні угод про примирення дискусійним є питання про те, чи може юридична особа публічного права бути стороною угоди про примирення? При відповіді на поставлене запитання слід виходити з того, що КПК не надає юридичним особам - потерпілим від кримінального правопорушення жодних переваг чи якогось особливого статусу через їх належність до осіб публічного (чи приватного) права. А відтак, і потерпілим, і стороною угоди про примирення можуть бути обидві ці категорії юридичних осіб. Аналогічної думки з цього питання притримується й ВВСУ¹⁷.

В Узагальненні ВВСУ судової практики здійснення кримінального провадження на підставі угод від 22.01.2014 р. зазначено, що якщо потерпілим є юридична особа, до матеріалів кримінального провадження мають бути додані копії документів, що підтверджують правомочність конкретної особи представляти інтереси першої, а в угоді (так само як і в судовому рішенні за результатами її розгляду) при посиланні на представника слід зазначати реквізити цих документів¹⁸.

Ведучи мову про суб'єкта відшкодування шкоди за угодою про примирення, потрібно вказати, що законодавець доволі неоднозначно регулює це питання. Із положень ст.471 КПК України можна зробити висновок, що цим суб'єктом може бути лише сам заподіювач шкоди, а із положень ч.1 ст.127 КПК - що це може робити як сам підозрюваний, обвинувачений, так й інша особа за його згодою. Дискусійним це питання є й у юридичній літературі. Звісно, бажано, аби до таких дій вдавався сам підозрюваний /обвинувачений – передусім тому, що саме його стосуватимуться позитивні наслідки укладеної угоди. Хоча, зрештою, не виключено й інший варіант – при цьому, безсумнівно,

¹⁶ Дроздов О.М. Правове регулювання звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням із потерпілим в сфері кримінального судочинства. *Юридичний журнал*. 2006. №6(48). С.59-63.

¹⁷ Про доповнення до інформаційного листа Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 15.11. 2012 р. №223-1679/0/4-12: Лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 05.04. 2013 №223-558/0/4-13. URL.:<http://zakon4.rada.gov.ua>.

¹⁸ Узагальнення Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ судової практики здійснення кримінального провадження на підставі угод від 22.01.2014 р. URL.:http://zib.com.ua/ua/print/92557-uzagalnennya_vssu_sudovoi_praktiki_zdiysnennya_kriminalnogo_.html.

потрібно враховувати згоду потерпілого (у випадках, передбачених законом – його законного представника) на те, аби відшкодування шкоди здійснювалося третіми особами.

Законодавець не обмежує договірні сторони у визначенні строку, протягом якого мають бути задоволені вимоги потерпілого, зафіксовані в угоді. Тому реальною є ситуація, при якій строк виконання домовленостей перевищить строк давності притягнення до кримінальної відповідальності. У цій ситуації у суду формально нема підстав для відмови у затвердженні угоди, але при цьому потерпілому має бути роз'яснено, що клопотання про скасування вироку, яким було затверджено угоду, він (згідно ст.476 КПК України) може подати лише протягом цих давнісних строків.

Слід зазначити, що в угоді про примирення не обов'язково має бути вказане положення про повне відшкодування завданої шкоди. Не виключено, що потерпілий (а він, виступаючи, по-суті, кредитором, вправі розпоряджатися своїми суб'єктивними правами на власний розсуд) може повністю чи частково звільнити боржника - заподіювача шкоди від зобов'язання по відшкодуванню завданої шкоди /збитків¹⁹.

Крім того, в угоді про примирення слід зазначити узгоджене покарання й згоду сторін на його призначення (чи на призначення покарання й звільнення від його відбування із випробування). Як вказують окремі дослідники, суди іноді затверджують узгоджене покарання у розмірі, що не тільки не передбачене у санкції статті Особливої частини КК України за вчинене діяння, але й таке, що взагалі не зазначене у статтях Особливої частини КК України²⁰. Водночас при узгодженні покарання сторонами має бути враховано межі санкції статті Особливої частини КК України, що передбачає відповідальність за вчинене кримінальне правопорушення, стосовно якого укладено угоду, особу

¹⁹ Навроцька В. Кримінальне провадження на підставі угод та у формі приватного обвинувачення. Кримінальний процес: підручник /Р.І. Благута, Ю.В. Гуцуляк, О.М. Дуфенюк та ін.; за заг. ред. А.Я. Хитри, Р.М. Шехавцова, В.В. Луцка. Львів: ЛьвДУВС, 2019. Ч.2. С.393-394. (616с.)

²⁰ Євдокімова О.Є. Проблемні питання призначення покарання при укладенні угоди про примирення або визнання винуватості. *Право і суспільство*. 2014. №1. С.218.

винного, обставини, що обтяжують (пом'якшують покарання) та положення Загальної частини КК України стосовно призначеного покарання²¹.

Деколи стверджується, що сторони угоди при визначенні узгодженого покарання не можуть призначати його нижче найнижчої межі, передбаченого у санкції відповідної статті КК України²². Я ж притримуюся протилежної точки зору, вважаючи, що врахування правил призначення покарання за наявності обставин, що пом'якшують покарання, є правом учасників угоди. Суд же ж і при розгляді питання про затвердження угоди (так само як і при здійсненні судового розгляду в загальному порядку) все-одно дає оцінку таким обставинам. У будь-якому разі, якщо суд не погодиться із підходом сторін при вирішенні питання про узгоджене покарання, якщо він вважатиме, що сторонами не було дотримано вимог ст.69 КК України, то угода і не буде ним затверджена.

Іноді складається враження, що окремі суди взагалі не розуміють правову природу аналізованого інституту. Трапляються випадки, коли судді приймають взаємосуперечливі рішення: водночас і звільняють особу від кримінальної відповідальності на підставі ст.46 КК України (а в цьому разі і судимість не виникає, і покарання не може бути призначене) і затверджують угоду про примирення (якою призначають узгоджене сторонами покарання²³. Подібна практика є абсолютно неприйнятною. Це інститути взаємовиключні, вони потребують розмежування²⁴. За умов, коли формально може бути прийняте якесь із таких рішень: або звільнення від кримінальної відповідальності, або укладення та затвердження угоди про примирення, слід приймати перше з них - як більш сприятливе та вигідне для інтересів підозрюваного /обвинуваченого²⁵.

²¹ Про практику здійснення судами кримінального провадження на підставі угод: Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 11.12. 2015 р. №13. URL.: http://sc.gov.ua/ua/postanovi_zh_2015_rik.html.

²² Євдокімова О.Є. Там же. С.220.

²³ Ухвала Ленінського районного суду м. Луганська від 12.03. 2013 р. URL.: <http://www.reyestr.court.gov.ua/>.

²⁴ Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду України від 16.10 2018 р. URL.:<http://reyestr.gov.ua/Rewiew/77249045>.

²⁵ Навроцька ВВ. Науковий висновок щодо застосування положень глави 35 КПК України 2012 р., якою передбачене кримінальне провадження на підставі угод. Навроцький Вячеслав. З професорської шухляди. Івано-Франківськ: Фоліант, 2016. С.421-429.

Суперечливим в юридичній літературі є питання про необхідність визнання вини при укладенні аналізованого виду угод. Іноді стверджується, що визнання винуватості – це невід’ємний елемент угод у кримінальному судочинстві²⁶. Проте є й ті фахівці, котрі переконані, що при такому виді угоди не вимагається обов’язкового визнання своєї вини порушником²⁷. Такий же підхід відображено і в одному з інформаційних листів Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ²⁸.

Проблемним поняттям, пов’язаним із можливістю укладення й затвердження угод про примирення є можливість затвердження судом такої угоди у провадженнях, де кримінальним правопорушенням завдано шкоди і потерпілому, і публічним інтересам. Свого часу я обґрунтовувала твердження (і своєї думки з цього приводу не змінила!) про те, що багатоб’єктні кримінальні правопорушення (котрі спрямовані водночас і проти публічних інтересів, і проти інтересів приватної особи) не можуть входити до переліку діянь, щодо яких можливе укладення угод про примирення²⁹. Така позиція знайшла підтвердження і в правозастосовній практиці³⁰. Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ теж звертав увагу на обґрунтованості такого підходу³¹. Водночас, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України визнала неправильною існуючу практику щодо недопустимості затвердження укладеної між сторонами кримінального провадження угоди у кримінальних правопорушеннях, де основним

²⁶ Морозова І, Аненков А, Дадонов С. Сделка о признании вины как вариант мирового соглашения. URL.: <http://base.garant.ru/974597/>.

²⁷ Тітко І.А. Нормативне забезпечення та практика реалізації приватного інтересу в кримінальному процесі: монографія. Харків: Право, 2015. С.363.

²⁸ Про деякі питання здійснення кримінального провадження на підставі угод: Інформаційний лист ВССУ від 15.12. 2012 р. №223-1679/0/4-12. URL.: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v1679740-12>.

²⁹ Навроцька В.В. Недоліки правового регулювання угод про примирення за КПК 2012 р. та практики застосування цього інституту. <http://law-dep.pu.if.ua/conference2014/articles/navrotska.pdf>; Навроцька В.В. Угоди про примирення за КПК 2012 року. *Альтернативні способи вирішення спорів (ADR)*: матеріали Шостого львівського міжнародного форуму (Львів, 30-31 травня 2013 року) / відп. за вип. І.І. Дудка. Львів: Вид-во Львівського регіонального інституту державного управління Національної академії державного управління при Президентові України, 2013. С.227.

³⁰ Ухвала Шевченківського районного суду м. Києва від 14.01. 2016 р. URL.: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/54963867>; ухвала Добровеличківського районного суду Кіровоградської області від 24.07.2015 р. URL.: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/47311738>.

³¹ Про практику здійснення судами кримінального провадження на підставі угод: Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 11.12. 2015 р. №13. URL.: http://sc.gov.ua/ua/postanovi_z_2015_rik.html.

безпосереднім об'єктом виступають публічні інтереси (зокрема немайнові), а спричинена конкретним фізичним чи юридичним особам шкода є лише проявом посягання на основний об'єкт³².

Ініціатива укладення угоди про примирення (відповідно до вимог ч.1 ст.469 КПК України) має виходити тільки від потерпілого чи підозрюваного /обвинуваченого. З 11 січня 2019 р. набули чинності положення, згідно яких у кримінальному судочинстві угода про примирення щодо кримінальних правопорушень, пов'язаних із домашнім насильством, може бути укладена тільки з ініціативи потерпілого (його законного представника, представника)³³.

Досягати домовленостей щодо угоди про примирення підозрюваний /обвинувачений та потерпілий можуть як самостійно, так і за допомогою іншої особи, погодженої між ними. Ними можуть бути як представники медіаційних центрів, так і просто особи, котрі користуються авторитетом в учасників угоди про примирення³⁴. Законодавець нічого не говорить про вік такого посередника, про необхідність у нього відповідного досвіду. Єдине, на що звернуто увагу, так це на те, що ним не може бути суддя, прокурор чи слідчий (ч.1 ст.469 КПК України). Такі обмеження для працівників органів, що ведуть кримінальний процес, видаються виправданими – їх метою є забезпечення можливостей сторін на вільне волевиявлення та вирішення виниклого між ними конфлікту без втручання органів держави. Але трапляються випадки, коли ініціатором відповідних угод виступають слідчі. Окремі судді вважають, що лише цей факт повинен бути причиною відмови у затвердженні угоди через її недобровільність³⁵. Я ж таку судову практику вважаю неоднозначною. Те, що ініціатором угод виступав слідчий, є, звичайно ж, порушенням вимог закону. Але якщо цей факт жодним чином не вплинув на бажання сторін по укладенню

³² Постанова Верховного Суду України від 31.03. 2016 р. URL.: <http://reyestr.gov.ua/Rewiew/58496633>.

³³ Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству щодо жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами: Закон України від 06.12. 2017 р. URL.: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2227-19#Text>.

³⁴ Узагальнення судової практики здійснення кримінального провадження на підставі угод (затверджене на нараді суддів судової палати у кримінальних справах ВССУ 22.01. 2014 р.). URL.:https://zib.com.ua/ua/print/92557-uzagalnennya_vssu_sudovoi_praktiki_zdiysnennya_kriminalnogo_.html.

³⁵ Ухвала Красилівського районного суду Хмельницької області від 20.11. 2015 р. URL.:<https://reyestr.court.gov.ua/Review/53671847>; ухвала Чугуївського міського суду Харківської області від 01.04. 2014 р. URL.:<https://reyestr.court.gov.ua/Review/37958662>; ухвала Жовтневого районного суду Миколаївської області від 10.08. 2015 р. URL.:<http://reyestr.gov.ua/Rewiew/477/1682/15-к>.

угоди, то відмова у її затвердженні тільки з таких формальних міркувань недоцільна.

Ще одним видом угод у кримінальному судочинстві є угоди про визнання винуватості, що можуть укладатися за ініціативою підозрюваного /обвинуваченого або прокурора.

Відповідно до рекомендацій Комітету Міністрів Ради Європи та практики Європейського суду з прав людини, ініціювання таких угод прокурором повинно: 1) ґрунтуватися на достатніх доказах причетності підозрюваного /обвинуваченого до інкримінованого йому діяння, 2) та бути винятком із загального правила.

Угода про визнання винуватості може бути укладена у провадженнях щодо:

- кримінальних проступків, нетяжких та тяжких злочинів;
- особливо тяжких злочинів, що віднесені до підслідності НАБУ за умови викриття підозрюваним /обвинуваченим іншої особи у вчиненні злочину, що віднесене до підслідності НАБУ (за умови підтвердження такої інформації доказами);
- особливо тяжких злочинів, вчинених за попередньою змовою групою осіб, організованою групою, злочинною організацією чи терористичною групою за умови викриття підозрюваним, котрий не є організатором такої групи /організації злочинів, підслідних НАБУ (за умови підтвердження такої інформації доказами).

Угода про визнання винуватості може бути укладена лише щодо тих кримінальних правопорушень, внаслідок вчинення яких шкода завдана лише державним чи суспільним інтересам. При цьому передбачено, що укладення цього виду угод не допускається у провадженні щодо юридичної особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, у зв'язку з яким здійснюється провадження щодо юридичної особи, а також у провадженні щодо кримінальних правопорушень, внаслідок яких було завдано шкоди інтересам держави і суспільства, крім випадків надання усіма потерпілими згоди прокурору (у письмовій формі) на укладення такої угоди.

У цих змінах було враховано численні пропозиції науковців щодо можливості укладення угоди про визнання винуватості у кримінальних провадженнях за участі потерпілих³⁶. Надання законодавцем дозволу на укладення угоди про визнання винуватості у провадженнях, де є потерпілий, звісно ж, розширить практику застосування угод за рахунок можливості укласти угоду про визнання винуватості у випадках, де угода про примирення не може бути укладена.

Якщо у провадженні, де бере участь потерпілий, постає питання, яку із двох можливих угод укласти, то, певно, укладення угоди про визнання винуватості буде задовольняти інтереси більшої кількості суб'єктів. Адже метою угоди про примирення є задоволення лише інтересів підозрюваного / обвинуваченого та потерпілого, і опосередковано – задоволення публічних інтересів (що полягають у економії часу та зусиль працівників правоохоронних органів, встановленню деяких гарантій від скасування рішення апеляційним судом). Водночас, якщо за цієї ж ситуації укласти угоду про визнання винуватості (попередньо отримавши згоду потерпілого – яка, звісно ж, ґрунтуватиметься на задоволенні його інтересів), то крім цих переваг виникає ще одна. Адже в угоді про визнання винуватості може бути закріплено обов'язок підозрюваного / обвинуваченого стосовно співпраці у викритті кримінальних правопорушень, вчинених іншими особами.

Проте теперішнє формулювання умов укладення угод є таким, що не відповідає вимогам правової визначеності. У чому ж полягає невідповідність вимогам правової визначеності нової редакції цієї норми, що стосується формулювання умов укладення угод? Справа у тому, що діюча редакція абз.5 ч.4 ст.469 КПК України містить два взаємовиключні положення:

³⁶ Тисен О.Н. Теоретические и практические проблемы института досудебного соглашения о сотрудничестве в российском уголовном судопроизводстве: дисс. ... докт. юрид. наук: 12.00.09 / Оренбургский государственный университет. Оренбург, 2017. С.7, 10; Тітко І.А. Нормативне забезпечення та практика реалізації приватного інтересу в кримінальному процесі України: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.09. Харків, 2016. С.368–369; Твердохліб М. Проблема законодавчого вдосконалення кримінального провадження на підставі угод. URL.:http://pap.in.ua/1_2016/108.pdf; Гринюк В.О. Функція обвинувачення в кримінальному провадженні України: теорія та практика: монографія. Київ: Алерта, 2016. С.302; Тітко І.І. Нормативне забезпечення та практика реалізації приватного інтересу в кримінальному процесі України: монографія. Харків: Право, 2015. С.406-410; Михайлов П. Сделки о признании вины не в интересах потерпевших. *Российская юстиция*. 2001. №5. С.37-38.

1) «Угода про визнання винуватості між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим може бути укладена щодо кримінальних проступків, злочинів, внаслідок яких шкода завдана лише державним чи суспільним інтересам»;

2) та «Укладення угоди про визнання винуватості у кримінальному провадженні ...у кримінальному провадженні щодо кримінальних правопорушень, внаслідок яких шкода завдана державним чи суспільним інтересам або правам та інтересам окремих осіб , у яких беруть участь потерпілий або потерпілі, не допускається, крім випадків надання всіма потерпілими письмової згоди прокурору на укладення ними угоди».

Таким чином, підхід про укладення угоди про визнання винуватості щодо кримінальних правопорушень, внаслідок яких шкода завдана тільки державним чи суспільним інтересам, є таким, що при цьому і можна, і не можна укласти угоду про визнання винуватості.

Окрім того, І.В. Гловюк слушно зауважує, що ці положення КПК України не дають відповіді на питання:

а) на що саме потерпілий дає згоду (на факт укладення угоди про визнання винуватості, або ж він погоджується із формулюванням підозри чи обвинувачення та його правовою кваліфікацією, узгодженим покаранням)?

б) якими є правові наслідки заяви потерпілого у судовому засіданні, згідно якої він не погоджується із угодою про визнання винуватості (оскільки зміни до ч.4 та ч.7 ст.469 КПК України щодо встановлення та врахування у судовому засіданні волевиявлення потерпілого не внесені)?

До того ж, нинішня редакція ст.469 КПК України залишає без відповіді питання про те, чи можливе укладення угоди про визнання винуватості у провадженнях щодо кримінальних правопорушень, внаслідок яких шкода завдана правам й інтересам окремих осіб, у яких беруть участь потерпілий (потерпілі), без укладення угод про примирення із потерпілими (у тих

провадженнях, де це можливо із урахуванням положень ч.3 ст.469 КПК України)?

А це важливо у зв'язку із тим, що зміст угоди про визнання винуватості аж ніяк не захищає інтереси потерпілих щодо відшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушенням. А, відтак, при затвердженні судом угоди не будуть досліджуватися питання доведеності розміру шкоди, яку слід відшкодовувати потерпілому. Водночас це питання має бути вирішено у вирoku³⁷.

Є два можливі шляхи вирішення такої проблеми:

1) суд мав би затверджувати укладення угод про визнання винуватості тільки тоді, коли у кримінальному провадженні уже укладено угоду про примирення³⁸;

2) або ж слід вводити елементи змісту угоди про примирення в угоду про визнання винуватості (зокрема, у частині розміру шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, строку її відшкодування або переліку дій, не пов'язаних із відшкодуванням шкоди, які підозрюваний чи обвинувачений зобов'язані вчинити на користь потерпілого, строку їх вчинення)³⁹, і тоді, своєю чергою, за аналогією визнавати ініціатором скасування угоди про визнання винуватості також потерпілого (а в подальшому - вносити відповідні зміни про це до ст.476 КПК України).

Істотною умовою укладення у кримінальному провадженні угод (і про примирення, і про визнання винуватості), є те, що підозрюваний

³⁷Гловюк І.В. Укладення угод про визнання винуватості: окремі питання у контексті оновлення законодавства. URL.: <https://barristers.org.ua/news/ukladennya-ugod-pro-vyznannya-vynuvatosti-okremi-pytannya-u-konteksti-onovlennya-zakonodavstva/>.

³⁸ Гринюк В.О. Функція обвинувачення в кримінальному провадженні України: теорія та практика: монографія. Київ: Алерта, 2016. С.302.

³⁹ Гловюк І.В. Укладення угод про визнання винуватості: окремі питання у контексті оновлення законодавства. URL.: <https://barristers.org.ua/news/ukladennya-ugod-pro-vyznannya-vynuvatosti-okremi-pytannya-u-konteksti-onovlennya-zakonodavstva/>.

/обвинувачений беззастережно визнає свою вину у вчиненні інкримінованого йому діяння. При цьому завжди існує ризик того, що угоду (де міститься визнання вини) суд не затвердить і провадження здійснюватиметься в загальному порядку. Для того, щоб підозрюваного /обвинуваченого не стримували міркування про те, що його визнання вини буде використано проти нього у майбутньому, законодавець передбачив положення (ч.6 ст.469 КПК), згідно якого при недосягненні згоди щодо укладення угоди, факт її ініціювання та твердження, зроблені з метою її досягнення розглядатися як визнання своєї вини не можуть.

Іноді угоди про визнання винуватості затверджуються лише тоді, коли підозрюваний /обвинувачений визнає свою вину (нерідко - вимушено, під тиском доказів, зібраних працівниками правоохоронних органів). Ця практика особливо характерна у справах щодо незаконного придбання наркотиків, коли підозрюваний /обвинувачений не викриває осіб, у яких він, за його ж власними словами, придбав наркотичні засоби. Подібний підхід є абсолютно невинуватим через те, що при цьому не береться до уваги співвідношення приватного інтересу підозрюваного /обвинуваченого та інтересів публічних⁴⁰.

Якщо досягнення угоди відбулося під час досудового розслідування, то (згідно ч.1 ст.474 КПК України) обвинувальний акт та підписана сторонами угода надсилаються до суду невідкладно. Слід зазначити, що з практичної точки зору цю вимогу закону (про негайне направлення до суду угоди сторін) далеко не завжди можна виконати. Адже перед затвердженням угоди, суд має перевірити 1) правильність кваліфікації вчиненого, 2) наявність фактичних підстав для визнання особою вини. Ось чому на момент направлення до суду обвинувального акту з угодою органи досудового розслідування повинні

⁴⁰Мороз В. Заключение сделки со следствием. URL.:<https://pravo.ua/articles/uchest-sovest>; Кмитюк Е.Н. Международный опыт применения соглашений о признании вины. URL.:<https://cyberleninka.ru/article/n/mezhdunarodnyy-opyt-primeneniya-soglasheniy-o-priznanii-viny/viewer>; Климанова О.В. Добровольность заключения досудебного соглашения о сотрудничестве как условие его легитимности. URL.:<https://cyberleninka.ru/article/n/dobrovolnost-zaklyucheniya-dosudebnogo-soglasheniya-o-sotrudnichestve-kak-uslovie-ego-legitimnosti/viewer>; Узагальнення судової практики здійснення кримінального провадження на підставі угод (затверджене на нараді суддів судової палати у кримінальних справах ВССУ 22.01 2014 р.). URL.:https://zib.com.ua/ua/print/92557-uzagalnennya_vssu_sudovoi_praktiki_zdiysnennya_kriminalnogo_.html.

зібрати достатньо доказів, якими підтверджено вчинення підозрюваним кримінального правопорушення. Згідно ч.5 ст.469 КПК укладення угоди можливе не раніше повідомлення про підозру. А щоб мати можливість повідомити про підозру, треба встановити обставини кримінального правопорушення. Яюсь складно уявити, як же ж то в усіх без винятку кримінальних провадженнях, у яких сторони уклали угоду зразу ж після повідомлення про підозру, це можна зробити невідкладно.

Прокурор може відкласти надсилання суду обвинувального акту та підписаної сторонами угоди до отримання висновку експертизи завершення проведення інших слідчих дій, потрібних для збирання й фіксації доказів, що із впливом часу можуть бути втрачені або ж коли слідчі дії не можна буде провести пізніше без суттєвої шкоди для їх результату – за умови, що суд у затвердженні угоди відмовить. В Україні ж правозастосовна практика здебільшого іде таким шляхом, що органи прокуратури, як правило, намагаються забезпечити збирання повного обсягу доказів (з якими справу можна розглядати і у звичайному режимі), і тільки після цього погоджуються на укладення угоди. Принаймні, мені не відомі випадки, коли після відмови судом у затвердженні укладеної в ході досудового розслідування угоди, проводилися слідчі дії по збиранню додаткових доказів винуватості.

Коли угода укладена (та підписана) під час досудового розслідування, то її разом із обвинувальним актом потрібно надіслати до суду (ч.1 ст.474 КПК). Надсилання до суду якихось інших документів (згідно положень ч.2 ст.291 цього ж Кодексу) заборонено. Згідно положень КПК (ч.6 ст.474) можна вимагати тільки документи (зокрема, скарги підозрюваного /обвинуваченого, подані в ході кримінального провадження, рішення за результатами їхнього розгляду) а також викликати й опитувати свідків виключно для встановлення добровільності укладення угоди. Ця норма не стосується перевірки інших обставин, що дають суду підставу відмовити у затвердженні угоди.

Тому постає питання: а як же ж суд може переконатися у наявності фактичних підстав для визнання вини, у правильності кваліфікації при відсутності матеріалів кримінального провадження? А ніяк! Хіба опитати самого обвинуваченого. При цьому зрозуміло, що за таких обставин вести мову про тверде внутрішнє переконання судді у правильності прийнятого ним рішення щодо угоди, не доводиться.

Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ у п.4 Інформаційного листа від 15.11.2012 р. у цьому разі радить діяти таким чином: суд, що розглядає кримінальне провадження та до якого надійшла на затвердження угода, з метою з'ясування добровільності укладення угоди та перевірки її на відповідність вимогам КПК та КК України, повинен витребувати документи, що були подані сторонами під час досудового розслідування. Хоча таке роз'яснення прямо на законі й не ґрунтується, але в цілому воно є виправданим та доцільним⁴¹.

Що ж стосується ознайомлення із матеріалами кримінального провадження обвинуваченого, то у КПК нічого не сказано про процедуру відкриття йому таких матеріалів у разі направлення до суду угоди із обвинувальним актом. Така законодавча прогалина іноді використовується як своєрідний психологічний вплив на підозрюваного з метою схилення його до визнання вини – особливо тоді, коли достатніх доказів для доведення цієї вини немає. Прибічники підходу, згідно якого відкриття матеріалів протилежній стороні у цьому разі не потрібне, покликаються при цьому на положення ч.12 ст.290 КПК України. Там вказано, що відкриття матеріалів є необхідною передумовою допуску відомостей, які у них містяться як доказів. При укладенні ж угоди, як стверджують адепти наведеного вище підходу, докази не досліджуються, і, відтак, й матеріали відкривати не потрібно.

⁴¹ Навроцька В. Кримінальне провадження на підставі угод та у формі приватного обвинувачення. Кримінальний процес: підручник /Р.І. Благута, Ю.В. Гуцуляк, О.М. Дуфенюк та ін.; за заг. ред. А.Я. Хитри, Р.М. Шехавцова, В.В. Луцка. Львів: ЛьвДУВС, 2019. Ч.2. С.403-404 (616с.)

Я ж з такою практикою не згодна категорично. Навпаки, вважаю, що перед направленням до суду обвинувального акту разом з угодою, підозрюваному обов'язково потрібно надати матеріали досудового розслідування для ознайомлення. Це потрібно робити з двох міркувань. По-перше, таким чином можна уникнути звинувачень у порушенні прав цього учасника процесу. А, по-друге, якщо підозрюваний пересвідчиться, що у органів, які ведуть кримінальний процес, усе ж таки є достатні докази для доведення його вини – то більшою є ймовірність того, що в майбутньому, коли справа уже надійде до суду, він не відмовиться від підписаної угоди.

Перед ухваленням рішення про затвердження угоди про визнання винуватості суд під час судового засідання повинен з'ясувати в обвинуваченого, чи цілком він розуміє: 1) що він має право на судовий розгляд, під час якого прокурор зобов'язаний довести кожен обставину щодо кримінального правопорушення, у вчиненні якого його обвинувачують, а він має такі права: а) мовчати, і факт мовчання не матиме для суду жодного доказового значення; б) мати захисника, у тому числі на отримання правової допомоги безоплатно у порядку та випадках, передбачених законом, або захищатися самостійно; в) допитати під час судового розгляду свідків обвинувачення, подати клопотання про виклик свідків і подати докази, що свідчать на його користь; 2) наслідки укладення та затвердження угод, передбачені ст.473 КПК; 3) характер кожного обвинувачення, щодо якого він визнає себе винуватим; 4) вид покарання, а також інші заходи, які будуть застосовані до нього у разі затвердження угоди судом (ч.5 ст.474 КПК України).

Угоди в кримінальному судочинстві (причому, обох видів) - це інститут, що ґрунтується на договірних засадах. В такій публічній сфері, як кримінальне процесуальне право, уявити зовсім приватно-правовий договір, дуже тяжко. Угоди в кримінальному процесі мають лише окремі риси договору в цивілістиці. Добровільність є однією з таких характеристик. Причому мається на увазі добровільність з боку обох сторін.

При укладенні домовленості сторона обвинувачення, керуючись власним інтересом, не зобов'язана в усіх без винятку випадках задовольняти клопотання підозрюваного /обвинуваченого про укладення угоди. Так само добровільним повинно бути й клопотання підозрюваного /обвинуваченого про укладення домовленостей.

У судів не виникає особливих проблем при встановленні добровільності укладених угод. Задавши обвинуваченому єдине запитання про те, чи угода є добровільною, і отримавши ствердну відповідь, судді більше до з'ясування питання про добровільність не повертаються.

Судді повинні з'ясувати добровільність укладення угоди про визнання винуватості. Для цього слід з'ясувати в обвинуваченого, чи не здійснювалося щодо нього фізичне чи психологічне насильство з боку слідчого, адвоката чи інших осіб з метою спонукання до укладення таких угод. До того ж, добровільність нерозривно пов'язана із здатністю особи усвідомлювати зміст та можливі наслідки своїх дій. Тому у суду не повинно бути сумнівів в осудності особи. В протилежному випадку суд за власною ініціативою повинен розглянути кримінальне провадження в загальному порядку та вирішити питання про осудність. При цьому не слід обмежуватися односкладним формальним з'ясуванням добровільності укладення угоди, а робити висновок, комплексно аналізуючи наявні матеріали. Переконавшись у тому, що добровільність на укладення угоди сумнівна чи повністю відсутня, суд її не повинен задовольняти.

Перед прийняттям рішення про затвердження угоди про примирення суд під час судового засідання повинен з'ясувати в обвинуваченого, чи цілком він розуміє: 1) що він має право на справедливий судовий розгляд, під час якого сторона обвинувачення зобов'язана довести кожную обставину щодо кримінального правопорушення, у вчиненні якого його обвинувачують, а він має такі права: а) мовчати, і факт мовчання не матиме для суду жодного доказового значення; б) мати захисника, у тому числі на отримання правової допомоги безоплатно у порядку та випадках, передбачених законом, або захищатися самостійно; в) допитати під час судового розгляду свідків

обвинувачення, подати клопотання про виклик свідків і подати докази, що свідчать на його користь; 2) наслідки укладення та затвердження угод, передбачені ст.473 КПК; 3) характер кожного обвинувачення; 4) вид покарання, а також інші заходи, які будуть застосовані до нього у разі затвердження угоди судом.

Крім того, перед прийняттям рішення про затвердження угоди про примирення суд під час судового засідання повинен з'ясувати у потерпілого, чи цілком він розуміє наслідки затвердження угоди, передбачені ст.473 КПК. На жаль, доводиться констатувати, що непоодинокими є ситуації, за яких в ході підготовчого засідання при вирішенні питання про затвердження угоди, обвинувачений⁴², потерпілий⁴³, а то й обидві сторони⁴⁴ прямо заявляють про те, що вони не розуміють умов угоди, не усвідомлюють значення відповідних домовленостей, що жодних пояснень стосовно угоди їм ніхто не давав.

Як уже зазначалося, при вирішенні питання про затвердження угоди суд має переконатися у тому, що укладення угоди з боку обох сторін було добровільним, тобто не було наслідком застосування фізичного чи психічного насильства чи наслідком якихось обіцянок (передусім, з боку працівників правоохоронних органів) аніж ті, що передбачені угодою. З метою з'ясування такої добровільності суд може витребовувати документи (у тому числі й скарги підозрюваного /обвинуваченого, що були подані ними в ході кримінального провадження), рішення за результатами їх розгляду, а також викликати в судові засідання осіб та опитувати їх. При цьому геть не зрозуміло, чому у законодавець передбачає саме опитування, а не допит певних осіб як свідків. Адже пояснення свідків (на відміну від їхніх показань) не є джерелами доказів. Водночас при обґрунтуванні будь-якого свого рішення (у тому числі й того, яким затверджено угоду) суд зобов'язаний посилатися саме на докази.

⁴² Ухвала Новоград-Волинського міськрайонного суду Житомирської області від 08.11. 2019 р. URL.: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85506572>; ухвала Чугуївського міського суду Харківської області від 01.04 2014 р. URL.: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/37958662>; ухвала Хоролівського районного суду Полтавської області від 01.11. 2018 р. URL.: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/77543996>; ухвала Рівненського районного суду Рівненської області від 06.11 2018 р. URL.: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78829978>.

⁴³ Ухвала Генічеського районного суду від 07.09. 2015 р. URL.: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/52936215>.

⁴⁴ Ухвала Краси́лівського районного суду Хмельницької області від 20.11. 2015 р. URL.: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/53671847>.

Європейський суд з прав людини у деяких із своїх рішень (зокрема, «Салдуз проти Туреччини»⁴⁵, «Ніколова проти Болгарії»⁴⁶) вказує на те, що однією із гарантій добровільності укладення угод про визнання винуватості є обов'язковість участі захисника при їх укладенні. Мабуть, враховуючи таку прецедентну практику, КПК України було доповнено нормою (п.9 ч.2 ст.52), відповідно до якої при укладенні аналізованого виду угод адвокат бере участь з моменту ініціювання угоди.

При надходженні до суду угоди він повинен перевірити, чи відповідають її умови вимогам КПК України та інших законів (передусім, КК України). Суд зобов'язаний відмовити у затвердженні угоди у таких випадках: а) умови угоди суперечать вимогам КПК України чи іншого закону (у тому числі й тоді, коли сторонами допущена неправильна кримінально-правова кваліфікація вчиненого, яке є більш тяжким, чим те, щодо якого можливе укладення угоди); б) умови угоди не відповідають інтересам суспільства; в) умови угоди порушують права, свободи чи інтереси сторін або інших осіб; г) існують обґрунтовані підстави вважати, що укладення угоди не було добровільним чи сторони не примирилися; г) обвинувачений очевидно не здатен виконати зобов'язання, взяті на себе за угодою; д) відсутні фактичні підстави для визнання винуватості.

Як уже зазначалося, потерпілий (прокурор) та підозрюваний /обвинувачений можуть домовитися про відшкодування шкоди не одразу, а на майбутнє. Це, звісно ж, ризиковано. А тому суд повинен перевірити, чи спроможний обвинувачений виконати взяті на себе зобов'язання, якщо ж ні – то відмовити у затвердженні угоди (п.5 ч.7 ст.374 КПК). Законодавець не вказує, як саме слід перевіряти цю обставину. Нерідко ж усе зводиться до одержання судом заяви обвинуваченого (іноді - нічим не підкріпленої) про його можливість виконати взяті за угодою зобов'язання. Як видається, для з'ясування можливості обвинуваченого виконати такі домовленості за угодою,

⁴⁵Салдуз проти Туреччини: Рішення Європейського суду з прав людини від 26.04. 2007 р. URL.: <http://base.garant.ru/5732339/>.

⁴⁶Ніколова проти Болгарії: Рішення Європейського суду з прав людини від 25.03. 1999 р. URL.:<https://ips.ligazakon.net/document/SO1467>.

суд вправі вимагати від нього доказів його платоспроможності, правовстановлюючих документів на майно, що повинно бути передано потерпілому, з'ясовувати, чи працевлаштований обвинувачений, чи, можливо, у нього є якісь інші легальні джерела доходів⁴⁷.

Коли говорять про те, що укладення угод повинно бути добровільним, зазвичай мають на увазі добровільність з боку приватних учасників процесу – потерпілого та підозрюваного /обвинуваченого. Однак сказане повною мірою стосується й прокурора. При цьому виникає питання про добровільність угоди про визнання винуватості у випадку, коли рішення про її надсилання до суду було прийняте прокурором поза власним бажанням, коли його було зобов'язано до цього вищестоящим прокурором - процесуальним керівником. Як видається, за таких обставин, укладення угоди не варто розцінювати як недобровільне⁴⁸. Справа у тому, що прокурор – сторона угоди про визнання винуватості, є одночасно й представником держави, посадовою особою, правам же посадових осіб властива обов'язковість їх використання.

За наслідками розгляду угоди може бути прийнято: або вирок на підставі угоди, або ж ухвалу про відмову в її затвердженні. Відмова у затвердженні угоди не підлягає оскарженню. При прийнятті судом такого рішення він повинен повернути матеріали провадження прокурору для продовження досудового розслідування або ж призначає судовий розгляд (у загальному порядку). При цьому слід пам'ятати, що в одному кримінальному провадженні не допустиме повторне звернення з угодою.

Якщо ж суд вважає, що угоду все-таки слід затвердити, то він ухвалює вирок, яким затверджує угоду та призначає узгоджене сторонами покарання (або звільняє від відбування покарання із випробуванням). Вирок на підставі угоди має відповідати загальним вимогам до обвинувальних вироків із врахуванням деяких особливостей. Зокрема, мотивувальна частина вироку на

⁴⁷ Ухвала Піратинського районного суду Полтавської області від 23.09 2020 р. URL.:<https://reyestr.court.gov.ua/Review/91729008>; ухвала Першотравневого районного суду Донецької області від 04.11. 2019 р. URL.:<https://reyestr.court.gov.ua/Review/85500733>; ухвала Дніпровського районного суду м. Дніпродзержинська від 25.09 2017 р. URL.:<https://reyestr.court.gov.ua/Review/69065978>; ухвала Рівненського районного суду Рівненської області від 6.11. 2018 р. URL.:<https://reyestr.court.gov.ua/Review/78829978>.

⁴⁸ Тітко І.А. Нормативне забезпечення та практика реалізації приватного інтересу в кримінальному процесі: монографія. Харків: Право. С.415.

підставі угоди має містити: формулювання обвинувачення та статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність, яка передбачає кримінальне правопорушення, у вчиненні якого обвинувачувалася особа; відомості про укладену угоду, її реквізити, зміст та визначена міра покарання; мотиви, з яких суд виходив при вирішенні питання про відповідність угоди вимогам цього Кодексу та закону і ухваленні вироку, та положення закону, якими він керувався. У резолютивній частині вироку на підставі угоди повинно міститися рішення про затвердження угоди із зазначенням її реквізитів, рішення про винуватість особи із зазначенням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність, рішення про призначення узгодженої сторонами міри покарання за кожним з обвинувачень та остаточна міра покарання, а також інші відомості, передбачені ст.374 КПК (ч.ч.1-3 ст.474 КПК України).

І в юридичній літературі, і серед фахівців дискусійним є питання про можливість оскарження вироку, яким затверджено угоду про визнання винуватості, співучасником кримінального правопорушення, щодо якого провадження виділено окремо і який не брав участі в укладенні угоди. Противники такого рішення посилаються при цьому на положення ч.4 ст.394 КПК України. Там йдеться про те, що право на оскарження вироку на підставі угоди про визнання вини має виключно прокурор, обвинувачений (його захисник та законний представник). А, отже, на думку прибічників такого підходу, жодна інша особа (у тому числі й співучасник кримінального правопорушення, кримінальне провадження щодо якого виділено) за вказаних умов не може бути суб'єктом права на апеляційне /касаційне оскарження рішення суду.

Моя ж позиція з цього приводу кардинально інша. Я стверджую, що така можливість у співучасників по виділеному провадженні усе одно існує. Пояснюю це тим, що у ч.2 ст.24 КПК України (а це норма, котра регламентує загальні засади кримінального провадження, а, відтак, є пріоритетною над положеннями, що стосуються окремих правових ситуацій) прямо йдеться про

право на перегляд рішення суду, що стосується прав, свобод, інтересів особи судом вищого рівня безвідносно до того, чи брала така особа участь у судовому розгляді⁴⁹.

Що ж стосується наслідків невиконання угоди, то у разі невиконання угоди про примирення або про визнання винуватості потерпілий чи прокурор відповідно мають право звернутися до суду, який затвердив таку угоду, із клопотанням про скасування вироку (ч.1 ст.476 КПК України). Клопотання про скасування вироку, яким затверджена угода, може бути подано протягом встановлених законом строків давності притягнення до кримінальної відповідальності за вчинення відповідного кримінального правопорушення. Клопотання про скасування вироку, яким затверджена угода, розглядається в судовому засіданні за участю сторін угоди з повідомленням інших учасників судового провадження. Відсутність інших учасників судового провадження не є перешкодою для судового розгляду. Суд своєю ухвалою скасовує вирок, яким затверджена угода, якщо особа, яка звернулася з відповідним клопотанням, доведе, що засуджений не виконав умов угоди. Наслідком скасування вироку є призначення судового розгляду в загальному порядку або направлення матеріалів провадження для завершення досудового розслідування в загальному порядку, якщо угода була ініційована на стадії досудового розслідування (ч.ч.1-3 ст.475 КПК України).

Якщо виходити із буквального тлумачення положення ч.1 ст.476 КПК, то потрібно прийти до висновку, що із зверненням про скасування вироку, винесеного на підставі угоди про примирення, може звернутися лише потерпілий та що прокурор такої можливості позбавлений. По суті ж це неправильно. Адже прокурор є працівником правоохоронного органу, котрий зобов'язаний відстоювати законність завжди, у тому числі й тоді, коли приватна особа пасивна у відстоюванні своїх інтересів. Зрештою, при невиконанні умов угоди про примирення порушуються й публічні інтереси –

⁴⁹ Навроцька В. Право на оскарження угоди про визнання винуватості особою, яка не є її учасником. URL.: file:///C:/Users/Dell/Downloads/vnulpurn_2016_855_81.pdf; Навроцька В. Кримінальне провадження на підставі угод та у формі приватного обвинувачення. Кримінальний процес: підручник /Р.І. Благута, Ю.В. Гуцуляк, О.М. Дуфенюк та ін.; за заг. ред. А.Я. Хитри, Р.М. Шехавцова, В.В. Луцка. Львів: ЛьвДУВС, 2019. Ч.2. С.408-410.

підривається авторитет держави, рішення суддів якої, як виявляється, можна безкарно не дотримуватися. Тому вважаю абсолютно правильною (хоча й такою, що не ґрунтується на нормах КПК) практику тих суддів, які перегляд вироків на підстави угоди про примирення здійснюють і на підставі клопотань прокурорів⁵⁰.

Отож, правова регламентація інституту угод про примирення та визнання винуватості істотно розширила межі впливу кримінального процесуального та кримінального законодавства по протидії кримінальним правопорушенням. Передбачена кримінальним процесуальним законом можливість досягнення домовленостей між потерпілим та підозрюваним /обвинуваченим, а також між прокурором та підозрюваним /обвинуваченим стала дієвим та поширеним способом вирішення кримінально-правових конфліктів. Проте норми КПК, якими регламентовано процесуальний порядок здійснення кримінального провадження на підставі угод обох видів, охарактеризувати як усталені не можна. Дослідження проблем застосування зазначених інститутів виявило вади у його правовому регулюванні та численні рекомендації по його удосконаленню. Так, невирішеними остаточно є питання, що пов'язані з обсягом взаємних прав й обов'язків при укладенні та затвердженні угод про примирення та визнання винуватості, гарантіями прав й законних інтересів потерпілого, обвинуваченого та третіх осіб, котрі не є учасниками кримінального судочинства, правовими наслідками невиконання взятих на себе зобов'язань за угодою тощо. Наявність цих та деяких інших питань організаційного та процедурного характеру, що потребують науково обґрунтованих відповідей, дає підстави констатувати, що інститут угод і про примирення, і про визнання винуватості залишається актуальним та потребує подальшого удосконалення

⁵⁰Ухвала Святошинського районного суду м. Києва від 02.10. 2019 р. URL.: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/84714701>; Ухвала Каланчацького районного суду Херсонської області від 18.08. 2017 р. URL.: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/68360128>.

2. КРИМІНАЛЬНЕ ПРОВАДЖЕННЯ У ФОРМІ ПРИВАТНОГО ОБВИНУВАННЯ

Особливістю українського кримінального процесу протягом тривалого часу був пріоритет публічних інтересів над особистими (це проявлялося і в наявності монополії держави на здійснення обвинувальної діяльності). Винятком із загального правила були кримінальні провадження, що розпочиналися за скаргою потерпілого і підлягали закриттю за примиренням сторін кримінального конфлікту. Але наявність у вітчизняному кримінальному процесуальному законодавстві інституту проваджень приватного та приватно-публічного обвинувачення нічого не змінювало у загальній концепції кримінального переслідування – воно усе одно мало яскраво виражений публічний характер, диспозитивні права потерпілого по розпорядженню предметом кримінального переслідування реалізовувалися із багатьма обумовленнями.

Перебільшена турбота органів кримінальної юстиції про інтереси держави на шкоду інтересам інших суб'єктів правовідносин, підміна приватних засад публічними, монополія на публічне обвинувачення були гальмом на шляху захисту інтересів постраждалих від діянь, заборонених КК України.

Реформування вітчизняного кримінального процесуального законодавства, одним з етапів якого стало прийняття КПК 2012 р. призвело до того, що пріоритетним у кримінально-процесуальному регулюванні є захист прав та законних інтересів особи, усунення домінанти репресивних заходів впливу на учасників кримінального судочинства, істотне посилення приватних засад. Це ж потягнуло за собою потребу глибокого теоретичного аналізу суті інституту приватного обвинувачення, з'ясування його правової природи, дослідження причин його появи та шляхів подальшого розвитку.

Останнім часом з'явилася велика кількість публікацій, автори яких аналізують певні аспекти цієї проблеми. Водночас у КПК України не всі проблеми, пов'язані із провадженням по цій категорії, вирішені однозначно. Багато питань, котрі мають вирішальне значення для повноцінного

функціонування аналізованого інституту, чи обійдені увагою у КПК, чи вирішені суперечливо. Однією із причин цього є відсутність комплексного дослідження проблем, що виникають при здійсненні кримінального переслідування, здійснюваного в приватному порядку (які повинні розглядатися у нерозривному зв'язку з принципами рівноправності, змагальності та диспозитивності, удосконалення процесуального порядку провадження по цій категорії кримінальних проваджень, зміцнення процесуального статусу потерпілого - приватного обвинувача.

В юридичній літературі неодноразово висловлювалися міркування про те, що обвинувачення є завжди публічним, а особливості початку та припинення окремих категорій кримінальних проваджень ніякого прямого відношення до обвинувачення не мають. Я з таким твердженням категорично не згідна, оскільки воно розглядає обвинувачення лише як процесуальну діяльність, притаманну посадовим особам правоохоронних органів і геть не враховує процесуальну діяльність потерпілого (приватного обвинувача), яка повною мірою є обвинувальною. Діяльність постраждалих від кримінальних правопорушень, передбачених ст.477 КПК України, є нічим іншим, як виконанням обвинувальної функції в кримінальному процесі.

Приватне обвинувачення здійснюється з метою залучення постраждалого для виконання функції обвинувачення (і захисту ним своїх інтересів). А, відтак, потерпілий -приватний обвинувач (чи його законний представник) є суб'єктами кримінального переслідування з усіма наслідками, що з цього випливають.

Такою, що має перевагу, є трактування приватного обвинувачення через поняття позову, запропоноване видатним дореволюційним вченим І.Я. Фойницьким. Він зауважував, що «поняттю позову в цивільному процесі відповідає поняття обвинувачення в процесі кримінальному. Під ним мається на увазі вимога судового визнання належного державі права покарання... Обвинувачення, відповідно, є тим же позовом, але не приватним і

матеріальним, як позов цивільний, а публічним та індивідуальним, згідно особливих властивостей кримінальної справи»⁵¹.

Подібне міркування було висловлене й Н.Н. Рогозіним. Вчений зауважував, що «поняття обвинувачення в кримінальному процесі відповідає поняттю позову в процесі цивільному. Відмінність між обвинуваченням і позовом ...зводиться до відмінності об'єкта спору в праві цивільному та кримінальному, і, внаслідок цього – до відмінності приватних та публічних інтересів»⁵².

Таке трактування приватного обвинувачення (як різновиду позову) тягне за собою низку важливих із процесуальної точки зору наслідків. Передусім, відсутність особи, яка пред'явила вимогу, означає відсутність процесу в цілому. З огляду на аналізований інститут приватного обвинувачення, це значить, що відсутність заяви, яка містить вимогу постраждалого про захист його прав, порушених кримінальним правопорушенням, означає відсутність кримінального переслідування. Окрім того, розпорядження правом на пред'явлення позову має диспозитивний характер: початок та завершення приватного кримінального переслідування повністю залежить від волевиявлення приватного обвинувача.

Отож, існування в українському кримінальному процесі інституту приватного кримінального переслідування може розглядатися як приклад конструкції кримінального позову (адже захист прав, порушених злочином чи кримінальним проступком здійснюється судом на підставі волевиявлення приватної особи, яка вправі розпоряджатися предметом та ходом кримінального процесу).

Очевидно, що приватному обвинуваченню притаманні специфічні риси, котрі визначають суть даного процесуального інституту. А. Фон-Резон, аналізуючи справи приватного обвинувачення, вказував, що суть даного інституту, що визначає його відособленість, передовсім слід шукати в

⁵¹ Фойницький І.Я. Курс уголовного судопроизводства. Т.2. Санкт-Петербург: Альфа, 1996. С.3.

⁵² Рогозин Н.Н. Уголовное судопроизводство. Петроград: Право, 1916. С.268.

особливостях взаємовідносин між винним та потерпілим, у незначності протиправного діяння з точки зору суспільства⁵³.

Аналогічної позиції притримувалися також переважна більшість радянських процесуалістів. Проблема суті приватного обвинувачення, певно, найдетальніше була досліджена В.М. Савицьким. Як підстави, що дозволяють чітко відмежувати приватне обвинувачення від державного (публічного), дослідник виділяв: відносно невисоку ступінь суспільної небезпеки діянь, які переслідуються в порядку приватного обвинувачення, побутовий характер діянь, що зачіпають особу; надання особам реальної можливості самостійного врегулювання виниклого конфлікту без втручання суду; врахування суб'єктивної думки постраждалого про тяжкість вчиненого діяння та його правові наслідки⁵⁴.

З огляду на те, що кримінальне переслідування, здійснюване у приватному порядку, має своїм предметом саме обвинувачення у процесуальному сенсі, суб'єктом якого є приватна особа, котра постраждала в результаті вчинення кримінального правопорушення, можна виділити матеріально-правові та процесуальні особливості, що характеризують аналізований кримінальний процесуальний інститут.

Матеріально-правові особливості справ приватного обвинувачення наступні:

- твердження постраждалого про вчинення стосовно нього кримінального правопорушення задля захисту своїх інтересів можливе тільки з боку самого постраждалого (чи його законного представника);
- вчинене кримінальне правопорушення за своїм складом підпадає під перелік кримінальних правопорушень (ст.477 КПК України), переслідування за вчинення яких у кримінальному порядку законодавець передає на розсуд постраждалих.

⁵³ Фон-Резон А. О преступлениях, наказуемых только по жалобе потерпевшего. Санкт-Петербург: Типография Правительствующего Сената, 1883. С.38.

⁵⁴ Савицкий В.М. Обвинение в советском уголовном процессе. Москва: Наука, 1972. С.47.

До процесуальних особливостей провадження у справах приватного обвинувачення (як особливої форми кримінального переслідування) належить те, що:

- приватне обвинувачення - це особливий вид кримінальної процесуальної діяльності, який має специфічні риси при початку кримінального провадження;

- така кримінально-процесуальна діяльність здійснюється в рамках особливої правової процедури, яка дозволяє постраждалому виразити волю стосовно необхідності притягнення кривдника до кримінальної відповідальності.

Кримінальне провадження у формі приватного обвинувачення розпочинається слідчим, прокурором лише на підставі заяви потерпілого у разі вчинення щодо нього кримінальних правопорушень, перелічених у ст.477 КПК України. Вказана стаття передбачає основні положення засади диспозитивності (ст.26 КПК України).

До 11.01. 2019 р. діяння, які належали до категорії проваджень приватного обвинувачення, законодавець поділяв на три групи:

- у ч.1 ст.477 КПК України певні діяння були віднесені до цієї категорії незалежно від характеру зв'язків між кривдником та постраждалим (тобто, сторони кримінального конфлікту могли до вчинення кримінального правопорушення й абсолютно не знати один одного, бути зовсім чужими людьми);

- у частині 2 цієї ж статті належність діяння до проваджень приватного обвинувачення була поставлена в залежність від шлюбних зв'язків між сторонами конфлікту;

- а у частині 3 ст.477 КПК України законодавець передбачав уже три типи зв'язків, які слід було враховувати при віднесенні проваджень до тих, які здійснювалися у формі приватного обвинувачення: родинні, шлюбні й трудові.

Зараз же згідно Закону «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи щодо запобігання насильству щодо жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами»⁵⁵ було суттєво змінено критерії віднесення діянь до справ цієї категорії.

Такі зміни полягають у наступному:

- п.2 та п.3 ч.1 ст.477 КПК було виключено (а тому зараз у всіх діяннях, що належать до аналізованої категорії проваджень, характер зв'язків між потерпілим та кривдником не має ніякого значення). До того ж, зараз кількість діянь, що належать до категорії приватного обвинувачення істотно знизилася: приблизно третину із них переведено до категорії справ публічного обвинувачення;

- водночас, перелік відповідних діянь було розширено завдяки включенню до нього діянь, що передбачають відповідальність за домашнє насильство (ст.126¹ КК України), незаконний аборт чи стерилізацію (ст.134 КК України) та сексуальне насильство (ч.1 ст.153 цього Кодексу).

Наразі до діянь, кримінальне провадження стосовно яких здійснюється у формі приватного обвинувачення, відносяться діяння, передбачені у 43-х статтях Особливої частини КК України.

Аналіз положень ст. 477, 478 та 479 КПК свідчить, що і досудове розслідування, і судовий розгляд цих кримінальних проваджень суттєво не різняться від кримінальних проваджень публічного обвинувачення. Це, передусім, стосується обов'язковості здійснення досудового розслідування та підтримання прокурором публічного обвинувачення. Саме тому навряд чи виправданим є іменування такого виду проваджень як «кримінальне провадження у формі приватного обвинувачення», це, швидше, провадження у формі приватно-публічного обвинувачення.

⁵⁵ Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи щодо запобігання насильству щодо жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами: Закон України від 6 грудня 2017 р. №2222-VIII. URL.: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2227-19#Text>.

Особливостями кримінального провадження у формі приватного обвинувачення є наступні:

- воно може бути розпочате уповноваженою на те особою тільки на підставі заяви потерпілого (ч.1 ст.477 та ч.1 ст.478 КПК);

- заява про вчинення кримінального правопорушення може бути подана потерпілим протягом строку давності притягнення до кримінальної відповідальності за вчинення відповідного кримінального правопорушення (ст.478 КПК);

- безумовною підставою для закриття кримінального провадження є відмова від обвинувачення потерпілого (п.7 ч.1 ст.284 , ч.4 ст.26 КПК України).

Окремі дослідники безпідставно й невинновдано виділяють ще й такі особливості проваджень цієї категорії як те, що: 1) кримінальне провадження у формі приватного обвинувачення може розпочати слідчий, прокурор, інша службова особа органу досудового розслідування; 2) у кримінальному провадженні у формі приватного обвинувачення відшкодування шкоди потерпілому може відбуватися як на підставі угоди про примирення, так і без такої; 3) за відмови прокурора від підтримання публічного (державного) обвинувачення потерпілий може підтримувати обвинувачення чи відмовитися від нього (останнє, своєю чергою, тягне закриття провадження); 4) після відмови прокурора від підтримання публічного обвинувачення та взяття на себе потерпілим тягара доказування, повторне неприбуття в судове засідання потерпілого, викликаного у встановленому законом порядку без поважних причин чи без повідомлення про причини неприбуття після настання обставин, передбачених у ч.2 та ч.3 ст.340 КПК (що прирівнюється до його відмови від обвинувачення) тягне закриття кримінального провадження за відповідним обвинуваченням⁵⁶; 5) у кримінальних провадженнях приватного обвинувачення підтримання обвинувачення покладено на потерпілого⁵⁷; підтримання

⁵⁶ Кримінальний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар / відп. ред. С.В. Ківалов, С.М. Міщенко, Ю.В. Захарченко. Харків: Одіссей, 2013. С.838-839.

⁵⁷ Кримінальний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар / відп. ред. С.В. Ківалов, С.М. Міщенко, Ю.В. Захарченко. Харків: Одіссей, 2013. С.838.

державного обвинувачення в суді прокурором є обов'язковим для всіх проваджень, окрім проваджень із приватною формою обвинувачення (тут обвинувачем є сам потерпілий та його представник)⁵⁸.

Переважна більшість із вказаних вище положень (передусім те, яке стосується права потерпілого підтримувати обвинувачення за відмови прокурора від підтримання публічного (державного) обвинувачення; те, що за таких обставин повторна неявка потерпілого в судове засідання без поважних причин (чи без повідомлення щодо причин неприбуття) має наслідком закриття провадження) особливостями саме цієї категорії кримінальних проваджень, звісно ж, не є. Адже вони ніяк не відрізняють ці провадження від проваджень т. зв. публічного обвинувачення. Те, що це не є якоюсь особливістю аналізованого виду проваджень, стосуються у тому числі й положень тих норм, що розміщені безпосередньо у Главі 36 КПК (зокрема, у ч.1 ст.479 цього Кодексу – де мова йде про можливість відшкодування шкоди на підставі угоди про примирення чи без неї та у ч.1 ст.478 КПК України – відповідно до якого таке кримінальне провадження може розпочати слідчий, прокурор чи інша службова особа органу, уповноваженого на початок досудового розслідування).

Стосовно такої виділеної окремими дослідниками «особливості» цього виду проваджень як підтримання обвинувачення потерпілим, то тут слід вказати, що у провадженнях публічного обвинувачення потерпілий поряд із прокурором також може обстоювати позицію, що відображена в обвинувальному акті та підтримувати обвинувачення. При цьому це право, а не обов'язок потерпілого! У всіх кримінальних провадженнях тягар доказування лежить винятково на працівниках правоохоронних органів (у суді – на прокуроріві).

Що ж стосується твердження, згідно якого у провадженнях приватного обвинувачення прокурор ніби-то не зобов'язаний підтримувати державне (публічне) обвинувачення, то й воно не ґрунтується на законі. Навпаки, у п.15

⁵⁸Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар /за заг. ред. В.Г. Гончаренка, В.Т. Нора, М.Є. Шумила. Київ: Юстиніан, 2012. С.124.

ч.2 ст.36 КПК прямо йдеться про те, що прокурор повинен підтримувати державне обвинувачення. І ніяких винятків із цього загального положення не передбачено. А тому потрібно зробити однозначний висновок про те, що участь прокурора у підтриманні державного обвинувачення обов'язкова у будь-якому виді проваджень.

На мою думку, є дві причини таких помилкових підходів:

1) Твердження, згідно якого у провадженнях даної категорії тягар доказування лежить на потерпілому, а прокурор не зобов'язаний підтримувати обвинувачення, ймовіріше за все, можна пояснити тим, що їх автори діяли «за старою пам'яттю», по інерції, керуючись не нормами чинного КПК України, а КПК 1960 р. (де відповідні положення справді були закріплені). Однак зараз законодавець істотно змінив підходи до процедури, згідно якої відбувається провадження у справах приватного обвинувачення.

2) Ну а винуватцем іншого типу помилок є уже сам законодавець. А вина його полягає у тому, що він застосовує єдиний термін («приватне обвинувачення») на позначення різних правових інститутів: 1) провадження приватного обвинувачення, про яке йдеться у ст.477 КПК України (його у юридичній літературі іноді іменують основним⁵⁹) та 2) обвинувачення, що виникає у разі відмови прокурора від підтримання публічного обвинувачення, та реалізації при цьому потерпілим належного йому права самостійно підтримувати обвинувачення - ч.3-5 ст.340 КПК (його деколи називають субсидіарним⁶⁰).

⁵⁹ Перепелиця С.І. Провадження у формі приватного обвинувачення: порівняльно-правове дослідження: монографія. Харків: Право, 2015. С.51; Гловюк І.В. Кримінальні процесуальні функції: теорія, методологія та практика реалізації на основі положень Кримінального процесуального кодексу України 2012 р.: монографія. Одеса: Юридична література, 2015. С.346.

⁶⁰ Варпаховская Е.М. Некоторые проблемы защиты прав жертв преступлений в судебном разбирательстве. *Сибирский юридический вестник*. 2013. №1(60). С.91, 92; Кукель В.В. «Субсидиарное» обвинение в уголовном процессе России. Уголовное процессуальное законодательство в современных условиях: проблемы теории и практики. Москва: Волтерс Клувер, 2011. С.80; Перепелиця С.І. Провадження у формі приватного обвинувачення: порівняльно-правове дослідження: монографія. Харків: Право, 2015. С.51; Головки Л.В. Институты отказа прокурора от обвинения и изменения обвинения в суде: постсоветские перспективы в условиях теоретических заблуждений. URL.: <http://naukarus.com/instituty-otkaza-prokurora-ot-obvineniya-i-izmeneniya-obvineniya-v-sude-postsovetskie-perspektivy-v-usloviyah-teoretiches>.

Іменувати оце субсидіарне обвинувачення приватним (що й робить законодавець – ч.5 ст.340 КПК України) видається неправильним⁶¹, бо:

- 1) обвинувальний акт щодо особи складає не потерпілий - приватна особа, а слідчий, а згодом - затверджує прокурор (або ж прокурор складає самотійно);
- 2) це обвинувачення має характер публічного обвинувачення та висувається у чітко визначеному порядку;
- 3) матеріальний зміст обвинувачення, який був сформульований уповноваженими органами держави, не може бути змінений потерпілим;
- 4) аналіз положень ч.5 ст.340 КПК України (де мова йде про те, що у такому разі провадження набуває статусу приватного), теж дає підстави для висновку про невиправданість отакого законодавчого формулювання. Бо якщо певне провадження з самого початку було розпочате як публічне, то, певно, відсутні якісь істотні заперечення з приводу того, що воно може набути статусу публічного. Але нелогічним є підхід, згідно якого статусу приватного обвинувачення набуває те кримінальне провадження, яке із самого початку й було приватним.

В межах цього розділу основну увагу буде присвячено т.з.в. «основному» провадженню приватного обвинувачення (котре здійснюється у разі вчинення діянь, перелічених у ст.477 КПК). Проте не буде обійдене увагою й «субсидіарне» обвинувачення – бо, звісно ж, у провадженнях, що були розпочаті на підставі заяви потерпілого згідно ст.477 КПК України, цілком можлива відмова прокурора від підтримання публічного (державного) обвинувачення і подальше підтримання обвинувачення самотійно потерпілим.

У порівнянні з первісною редакцією ст.477 КПК України, законодавець суттєво змінив критерії, на підставі яких здійснюється віднесення кримінальних правопорушень до справ, кримінальне провадження стосовно яких відбувається у формі приватного обвинувачення. До цієї категорії належить діяння за умови, що склад кримінального правопорушення передбачено у п.1 ч.1 ст.477 КПК

⁶¹ Герасимчук О.П. Діяльність потерпілого при відмові прокурора від обвинувачення. Наукові записки. Серія «Право». Випуск 7. Острог: Видавництво Національного університету «Острозька академія», 2006. С.148; Александров А.С. Субсидиарный уголовный иск. *Государство и право*. 2000. №3. С.78; Крайнікова О.В. Суб'єкти реалізації функції підтримання обвинувачення в суді. *Право і суспільство*. 2016. №6 (частина 2). С.194.

України (причому з 11 січня 2019 р. характер стосунків між сторонами кримінального конфлікту при цьому не враховується).

Інколи в юридичній літературі стверджується, що справи аналізованої категорії займають незначну частку в загальному обсязі кримінальних проваджень⁶². Звісно, все пізнається у порівнянні. Тому варто поррахувати: чи дійсно частка кримінальних правопорушень, переслідування щодо яких можливе тільки на підставі заяви потерпілого, є незначною; чи це твердження відповідає дійсності?

Певно, не зовсім. Воно видається занадто категоричним. Ця категоричність особливо помітна при порівнянні кількості діянь (4), що, відповідно до ст.27 КПК України 1960 р. -звісно, у первісній редакції цієї статті - були віднесені до тих, розслідування стосовно яких здійснювалося на підставі волевиявлення відповідної приватної особи (3 – які належали до категорії справ приватного обвинувачення та 1 – до справ приватно-публічного обвинувачення), й числа діянь (а саме - 93), кримінальне провадження щодо яких за КПК 2012 р. (також у первісній редакції ст.477 КПК 2012 р.) здійснювалися із урахуванням бажання постраждалого. Таким чином, кількість діянь відповідної категорії за первісною редакцією КПК України (у порівнянні із попереднім кримінальним процесуальним законодавством) зросла аж у 23 рази! І це не просто багато. Це дуже багато!

Зараз же діяння, що належать до справ, кримінальне провадження щодо яких здійснюється у формі приватного обвинувачення становлять 63 склади кримінальних правопорушень (які розміщені у 43-х статтях Особливої частини КК України). Тобто практично у *кожній восьмій статті* Особливої частини міститься діяння, кримінальне провадження щодо якого може бути розпочате тільки на підставі заяви потерпілого. Що теж немало!

Як вид кримінально-процесуальної діяльності, приватне обвинувачення пройшло довгу еволюцію та суттєво змінило свій характер. Співставлення

⁶² Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / за заг. ред. В.Г. Гончаренка, В.Т. Нора, М.Є. Шумила. Київ: Юстиніан, 2012. С.991.

вітчизняного (і не тільки) кримінального процесуального законодавства різних історичних періодів приводить до висновку про особливості кримінального переслідування за одні й ті ж кримінальні правопорушення в різні історичні епохи. Іноді створюється враження, що при виборі порядку переслідування деяких кримінальних правопорушень вирішальну роль відіграють особисті уподобання творців закону, їх вільне переконання⁶³. Окрім того, слід зауважити, що на кримінальне процесуальне законодавство накладали відбиток різні форми правління в державі, а також суб'єкти прийняття законів.

Постає питання: чим керувався законодавець (чи, принаймні, чим повинен був би керуватися), відносячи певні діяння до справ цієї категорії? Для розуміння суті й особливостей кримінальних правопорушень, провадження стосовно яких здійснюється у формі приватного обвинувачення, вирішальним є питання про предмет кримінального переслідування. Перелік складів кримінальних правопорушень, стосовно яких можливе переслідування за ініціативою приватної особи, є предметом гострої багаторічної дискусії.

Однією із концепцій, на підставі якої певний склад кримінального правопорушення можна віднести до справ приватного обвинувачення, є *«теорія пощади постраждалого»*. Її адепти вказують, що іноді втручання органів держави в окремі конфлікти (між приватними особами) може призвести до нищення соціальних зв'язків (де правопорушник та потерпілий нерідко перебувають у сімейних, родинних, товариських, сусідських, трудових відносинах), істотного зниження ефективності правового регулювання. До того ж, коли кримінальне переслідування здійснюється всупереч волі постраждалого, навряд чи можна розраховувати на отримання від нього об'єктивних та вичерпних показань про обставини події, надання допомоги та сприяння працівникам правоохоронних органів у розслідуванні. Деколи таке втручання держави може заподіяти навіть більшу шкоду, аніж саме посягання.

⁶³ Навроцька В.В. Матеріально-правові критерії виділення справ приватного обвинувачення за новим КПК України 2012 р. *Вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2016. №3. С.257; Навроцька В.В. Засада диспозитивності та її реалізація в кримінальному процесі України. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2010. С.280; Таубер Л.Я. Жалобы потерпевшего при преступлениях неофициальных. Харьков, 1909. С.360; Аникина Е.И. Производство по делам частного обвинения: дисс. ...канд. юрид. наук: 12.00.09. /Мордовский государственный университет им. Н.П. Огарева. Саранск, 2000. С.65, 67.

Воно може призвести до повторної віктимізації потерпілого, до завдання шкоди діловій репутації юридичної особи (у разі оприлюднення відомостей про протиправні зловживання її працівників) тощо.

Поширеною позицією, згідно якої можна виокремлювати певні діяння, провадження стосовно яких має розпочинатися не інакше як за заявою постраждалого, є *концепція приватного делікту*. Її суть зводиться до того, що є певна категорія кримінальних правопорушень, що посягають виключно на права приватних осіб, байдужі для держави і позбавлені ознаки суспільної небезпеки⁶⁴. Така теорія була піддана справедливій критиці⁶⁵. З огляду на те, що кримінальне правопорушення – це все ж таки суспільно небезпечне, а не індивідуально небезпечне діяння, варто зробити висновок про те, вказана концепція не може бути підставою для виділення в окрему категорію відповідної групи протиправних діянь.

Окремі спеціалісти переконані, що головною причиною виділення таких діянь в окрему групу є те, що без урахування позиції потерпілого про скоєне щодо нього, складно вирішити питання про наявність складу кримінального правопорушення в діянні певної особи¹. Звісно, ця особливість діянь даної категорії не є універсальною, але все ж є низка посягань для яких вона є характерною. Це, зокрема, стосується діянь, передбачених ст.ст.129, 152, 153, 154, 162, 163 КК України.

Матеріально-правовими критеріями виділення цієї категорії кримінальних проваджень є характер й ступінь тяжкості вчиненого діяння. Дослідники практично одностайні у тому, що діяння, кримінальні провадження щодо яких можуть розпочинатися не інакше як за ініціативою приватної особи, не повинні належати до категорії тяжких та особливо тяжких злочинів⁶⁶. Цього

⁶⁴Правовые гарантии законности в СССР /под ред. М.С. Строговича. Москва: Изд-во АН СССР, 1962. С.235.

⁶⁵ Навроцька В. Кримінальне провадження на підставі угод та у формі приватного обвинувачення. Кримінальний процес: підручник /Р.І. Благута, Ю.В. Гуцуляк, О.М. Дуфенюк та ін.; за заг. ред. А.Я. Хитри, Р.М. Шехавцова, В.В. Лутика. Львів: ЛвДУВС, 2019. Ч.2. С.417; Тітко І.А. Нормативне забезпечення та практика реалізації приватного інтересу в кримінальному процесі України: монографія. Харків: Право, 2015 С.317-318.

⁶⁶ Аникина Е.И. Производство по делам частного обвинения: дисс. ...канд. юрид. наук: 12.00.09. /Мордовский государственный университет им. Н.П. Огарева. Саранск, 2000. С.67; Рогова О.И. Пределы проявления диспозитивности в уголовном судопроизводстве: дисс. ...канд. юрид. наук: 12.00.09. /Томский государственный

підходу вітчизняний законодавець не дотримується. До 11.01. 2019 року з десяток діянь, кримінальне провадження стосовно яких здійснювалося в порядку приватного обвинувачення, відноситься до тяжких та, навіть, особливо тяжких злочинів (це, зокрема, стосувалося діянь, передбачених ч.2 ст.152, ч.4 та 5 ст.185, ч.4 та 5 ст.186, ч.3 та 4 ст.189, ч.3 та 4 ст.190 КК України). Зараз же (з 11.01. 2019 р.) більшість із вказаних діянь було віднесено до категорії справ публічного обвинувачення. Але й досі діяння, передбачене у ч.2 ст.364¹ КК України (яке є тяжким злочином), віднесене до проваджень приватного обвинувачення.

Характер охоронюваних благ, специфіка об'єкта посягання – те, що також значною мірою характеризує діяння даної категорії. Лише діяння, котрі посягають здебільшого на інтереси приватні, що не особливо зачіпають публічні інтереси, можуть переслідуватися в порядку приватного обвинувачення. Звичайно, кримінальних правопорушень, що посягають тільки на приватні інтереси не існує - хоча б із урахуванням визначення кримінального правопорушення (ч.1 ст.11 КК України) як суспільно небезпечного діяння. Але однозначно т. зв. «багатооб'єктні» кримінальні правопорушення не повинні належати до діянь, кримінальне провадження щодо яких здійснюється в приватному порядку.

Саме тому невинуватим видається віднесення законодавцем до справ аналізованої категорії діянь, передбачених ст.203¹, ч.1 ст.206, ст.219, ст.229, ст.231, ст.232, ст. 232¹, ст.232², ст.356, ст.364¹ та ст.365² КК України.

Отож, вищенаведене дає підстави для таких висновків:

- критеріями віднесення діянь, заборонених КК України до т. зв. проваджень приватного обвинувачення мають бути: їх невисока суспільна небезпека, специфіка безпосереднього об'єкта кримінального правопорушення (шкода заподіюється здебільшого приватним інтересам), потреба врахування позиції постраждалого для правильної кваліфікації скоєного, неутручання

университет им. В.В. Куйбышева. Томск, 1994. С.35; Хатуаева В.В. Реализация диспозитивного начала при регламентации упрощенных форм уголовного судопроизводства: дисс. ...канд. юрид. наук: 12.00.09 /Воронежский государственный университет. Воронеж, 2005. С.144.

правоохоронних органів у приватний конфлікт зумовлене небажанням держави завдавати потерпілому ще більшої моральної шкоди, міркуваннями етичного характеру;

- жодна із наведених вище підстав, виділених самотійно, не може претендувати на виділення на її основі діянь, кримінальні провадження щодо яких можуть бути розпочаті за заявою потерпаждалого; лише їхня сукупність дозволяє виділити певні діяння в таку категорію;

- у новому КПК при віднесенні кримінальних правопорушень до категорії справ приватного обвинувачення вітчизняний законодавець не завжди дотримується таких загальновизнаних матеріально-правових критеріїв як специфіка безпосередньо об'єкта кримінального правопорушення та відносно невелика суспільна небезпека цих посягань.

Приводом до початку кримінального провадження у формі приватного обвинувачення згідно ст.478 КПК України є заява потерпаждалого. КПК 2012 р. було внесено істотні зміни, які стосуються вимог щодо форми та змісту звернення потерпаждалого, за допомогою якого може бути ініційоване таке провадження. Раніше для позначення форми звернення потерпаждалого у провадженнях приватного обвинувачення використовувався термін «скарга». У новому КПК його було замінено на «заява». Окремі дослідники такі термінологічні зміни оцінюють як позитивні⁶⁷. Я ж із таким підходом не згодна. Між поняттями «заява» та «скарга» є певна відмінність, це не тотожні поняття. Скаргою є офіційне звернення до уповноваженої особи чи органу із вимогою /проханням про усунення якоїсь неправильності чи несправедливості, а заявою – офіційне звернення в усній чи письмовій формі. Отож, відмінність заяви від скарги вбачається у наявності в останній прохання /вимоги щодо усунення допущених порушень. Позаяк той, хто вважає себе потерпажалим від діянь, які належать до категорії справ приватного обвинувачення, не просто інформує правоохоронний орган про суспільно небезпечне діяння, а, все ж таки,

⁶⁷ Перепелиця С.І. Провадження у формі приватного обвинувачення: порівняльно-правове дослідження: монографія. Харків: Право, 2015. С.64; Тітко І.А. Нормативне забезпечення та практика реалізації приватного інтересу в кримінальному процесі України: монографія. Харків: Право, 2015. С.271.

звертається за правовим захистом, ставить вимогу про притягнення свого кривдника до кримінальної відповідальності, то з етимологічної точки зору такому зверненню більше відповідатиме слово «скарга».

Хоча, зрештою, назва відповідного звернення приватної особи (що є приводом до початку аналізованого кримінального провадження) є не настільки важливою, як вимоги, що їх ставить законодавець до змісту цього звернення. За дії КПК України 1960 р. скарга у справах приватного обвинувачення була, по суті, відповідником обвинувального висновку (що його складав прокурор у справах публічного обвинувачення) та повинна була містити всі його змістовні елементи.

Окремі дослідники вказували, що у КПК України 1960 р. було передбачено такі вимоги до змісту скарги, яких було тяжко дотримати не тільки пересічній особі, а й досвіченим фахівцям⁶⁸. Передусім, діючий на той час Кодекс передбачав посилення у скарзі на докази (ще й до того ж із зазначенням аркушів справи). Але ж ті документи, предмети, результати опитувань, що могли бути зібрані нею і які, ймовірно, мали відношення до провадження, не були доказами на момент їх представлення правоохоронним органам – бо збиралися непроцесуальним шляхом.

Окрім того, згідно положень КПК 1960 р. треба було:

а) вказати відомості про особу кожного з ймовірних кривдників (таким чином постраждалих, якому такі дані були не відомі, був позбавлений можливості відстоювати свої права, бо при недотриманні відповідної вимоги закону, суддя був зобов'язаний залишити скаргу без розгляду);

б) й викласти пред'явлене обвинувачення – дати юридичну оцінку скоєного із посиланням на відповідні положення КК України (пересічному

⁶⁸ Навроцька В.В. Засада диспозитивності та її реалізація в кримінальному процесі України. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2010. С.194-201; Лобойко Л.М. Принцип диспозитивності в кримінальному процесі України: монографія. Дніпропетровськ: Юрид. акад. Міністерства внутрішніх справ, Ліра лтд, 2004. С.216-218; Попелюшко В.О. Справи приватного обвинувачення: актуальні проблеми, законодавчі парадокси. *Право України*. 2003. №4. С.99-100; Свиридов В. Законодавчі парадокси. *Юридичний вісник України*. 2001. №41 (329). С.19.

постраждалому, людині «з вулиці» впоратися із такою вимогою, звісно ж, було непросто).

Також геть не зрозуміло, чим керувався законодавець, передбачивши, що в скаргі слід було зазначити обставини, що могли б пом'якшити покарання ймовірного кривдника та аргументи, наведені ним на свій захист. Це і здоровому глузду суперечило, і, зрештою, йшло врозріз із принципом диспозитивності (згідно якого на одну й ту ж особу чи орган не може бути покладено виконання протилежних функцій обвинувачення та захисту).

Вочевидь, про належний доступ постраждалого до правосуддя за таких умов, говорити достатньо складно.

Зараз підхід законодавця до цієї ситуації істотно змінився. Такі зміни полягають у тому, що у КПК 2012 р. немає жодних змістовних відмінностей між заявами, на підставі яких може бути розпочате провадження у формі приватного чи публічного обвинувачення. Отож, для внесення даних до Єдиного державного реєстру досудових розслідувань особі, яка вважає себе постраждалим, достатньо навіть в усній формі (звісно, із занесенням усної заяви до протоколу) чи у письмовій формі повідомити про вчинення щодо неї кримінального правопорушення правоохоронний орган із вимогою про притягнення кривдника до кримінальної відповідальності.

Суттєві зміни відбулися і щодо такого аспекту початку кримінального провадження в справах аналізованої категорії як суб'єкт, який приймає про це рішення. Відповідні повноваження законодавець передав від суду (за КПК 1960 р.) до органів досудового розслідування й прокуратури (згідно КПК 2012 р.). Такий законодавчий підхід є абсолютно виправданим та логічним. Раніше ж діючі положення, що надавали право суду порушувати справи такої категорії, навпаки, суперечили вимозі незалежності суддів. Бо приймаючи рішення про порушення кримінальної справи, суддя хоч-не-хоч робив попередній висновок про фактичні обставини, а, відтак, виникали сумніви щодо його подальшої об'єктивності при розгляді справи по суті. Це ж ішло врозріз з положенням п.1 ст.14 Міжнародного пакту про громадянські та політичні

права, де кожному, кого обвинувачують у вчиненні злочину, надано право на розгляд його справи неупередженим судом. Та й, зрештою можливість суду порушувати кримінальні справи суперечила засаді диспозитивності, згідно якої функція правосуддя та функція обвинувачення повинні бути розмежовані⁶⁹.

З незрозумілих для мене причин у КПК 2012 р. не передбачене подібне положення його попередника (ч.3 ст.27 КПК 1960 р.), на підставі якого прокурор вправі був самотійно порушити справу приватного обвинувачення (чи вступити в уже порушену) без бажання постраждалого (чи навіть всупереч його бажання), якщо той внаслідок безпорадного стану, залежності від обвинуваченого чи з інших поважних причин відстояти свої інтереси самотійно не міг. Цей законодавчий підхід нелогічний принаймні тому, що прокурор згідно п.12 ч.2 ст.36 КПК 2012 р. за власною ініціативою може пред'явити цивільний позов в інтересах фізичних осіб, які неспроможні захистити свої права через незадовільний фізичний стан, похилий вік, матеріальне становище, недієздатність чи обмежену дієздатність.

Відсутність у прокурора такої можливості може бути причиною того, що інтереси окремих безпомічних осіб залишаються незахищеними⁷⁰. Звичайно, якщо внаслідок кримінального правопорушення особа перебуває в стані, коли вона позбавлена можливості подати відповідну заяву, в силу положень ч.6 ст.55 КПК України потерпілим може бути визнано когось з числа її близьких родичів чи членів сім'ї (за умови, що вони звернулися із заявою про залучення їх до провадження як потерпілих). Тоді вони можуть ставити вимогу перед правоохоронними органами про притягнення кривдника до кримінальної відповідальності. Але не виключено, що такі особи через незнання того, як відстоювати прижиттєві інтереси померлого, недовіру до органів, що ведуть кримінальний процес, пасивність, байдужість, несумлінне ставлення до

⁶⁹ Навроцька В. Кримінальне провадження на підставі угод та у формі приватного обвинувачення. Кримінальний процес: підручник /Р.І. Благута, Ю.В. Гуцуляк, О.М. Дуфенюк та ін.; за заг. ред. А.Я. Хитри, Р.М. Шехавцова, В.В. Луцика. Львів: ЛвДУВС, 2019. Ч.2. С.420.

⁷⁰ Навроцька В.В. Вплив «урізання» повноважень прокурора по відстоюванню інтересів потерпілого на повноту кримінально-правової кваліфікації *Державна політика у сфері захисту прав потерпілих від кримінальних правопорушень в Україні: матеріали «круглого столу»*, 25 квіт. 2013 р /редкол.: В.І. Борисов (голов. ред.), Б.М. Головкін (заст. голов. ред.) та ін. Харків: Право, 2013. С.210-211.

відстоювання інтересів підопічних тощо, цього робити не будуть. До того ж, не виключено, що у безпомічного постраждалого немає жодного близького родича /члена сім'ї чи останні самі ж і вчинили щодо постраждалого кримінальне правопорушення. За таких умов відстоювання інтересів безпомічного потерпілого, звісно ж, не можливе.

У провадженнях приватного обвинувачення законодавець демонструє істотну зміну підходів в бік публічності, що зводиться до обов'язкового запровадження досудового розслідування та участі прокурора в суді при підтриманні державного обвинувачення. Раніше (за КПК 1960 р.) тягар доказування в справах цієї категорії лежав на плечах потерпілого, досудове розслідування у таких випадках, зазвичай, не провадилося (хіба це визнав за необхідне прокурор чи суд або коли відповідне діяння було вчинене неповнолітнім чи особою, яка через свої психічні або фізичні вади не могла самотійно здійснити своє право на захист). Така ситуація, по-суті, було відмовою потерпілому у його доступі до правосуддя, створювала сприятливий ґрунт для залишення без покарання значної кількості діянь цієї категорії. Мабуть, врахувавши такі міркування, законодавець уже не передбачає жодних особливостей стосовно обов'язковості здійснення досудового розслідування у провадженнях приватного обвинувачення.

Що стосується участі прокурора у судовому розгляді аналізованих проваджень, то ніяких винятків (у порівнянні з провадженнями публічного обвинувачення) тут теж не передбачено. І у ч.3 ст.36 КПК України, і у п.14 Наказу Генерального прокурора «Про організацію діяльності прокурорів у кримінальному провадженні» від 19.12. 2012 р⁷¹. вказано, що така участь є обов'язковою. Але в Інформаційному листі Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про порядок здійснення підготовчого судового провадження відповідно до Кримінального

⁷¹ Про організацію діяльності прокурорів у кримінальному провадженні: Наказ Генерального прокурора України від 19.12. 2012 р. URL.: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v_004900-12#Text.

процесуального кодексу України»⁷², йдеться про те, що участь прокурора у підготовчому провадженні у формі приватного обвинувачення необов'язкова (п.2). Слід зазначити, що така позиція не ґрунтується на законі, прямо йому суперечить – а тому й керуватися нею не потрібно.

Неприбуття потерпілого у судові засідання, що здійснюється у формі приватного обвинувачення (згідно ст.325 КПК України) не є безумовною підставою для відкладення судового розгляду. Причому, слід пам'ятати, що застосування приводу з метою забезпечення присутності потерпілого в залі судового засідання неможливе (ч.3 ст.140 КПК України). Звичайно, без допомоги та сприяння потерпілого (передусім, без його показань) прокурору буде складніше доводити обґрунтованість тверджень, викладених у обвинувальному акті. Складніше, але все ж можливо: адже показання потерпілого є рядовим доказом; зрештою, вину обвинуваченого може бути підтверджено й іншими чином - речовими доказами, показаннями свідків, експертними висновками тощо.

У провадженні у формі приватного обвинувачення може бути встановлено психічне захворювання підозрюваного /обвинуваченого. А тому виникає питання: як це вплине на можливість продовження провадження у формі приватного обвинувачення? Зокрема, чи може при цьому потерпілий відмовитися від обвинувачення (п.7 ч.1 ст.284 КПК України), що, у свою чергу, мало б тягнути закриття провадження? Певно, що ні. Тут потрібно брати до уваги положення ч.2 ст.503 КПК України, де йдеться про те, що якщо в ході розслідування виникають підстави для здійснення провадження по застосуванню примусових заходів медичного характеру, то в цьому випадку має бути винесене рішення про зміну порядку розслідування і здійснення його за правилами Глави 39 КПК («Кримінальне провадження щодо застосування примусових заходів медичного характеру») – через потребу застосування заходів по лікуванню психічно хворого та попередження вчинення ним інших

⁷² Про порядок здійснення підготовчого судового провадження відповідно до Кримінального процесуального кодексу України: Інформаційний лист Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ від 03.10.2012 р. №223-1430/0/4-12. URL.: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v1430740-12#Text>.

діянь, заборонених законом. При цьому у Главі 39 КПК не передбачено можливості закриття провадження внаслідок відмови потерпілого від обвинувачення.

Також потрібно вирішити питання про вплив на «долю» проваджень у формі приватного обвинувачення смерті постраждалого. За такої ситуації треба виходити з наступного:

1) якщо постраждалий від діянь, що належать до категорії справ приватного обвинувачення не був повністю процесуально дієздатним, то його смерть вирішального значення не має. Адже право вирішувати питання про початок кримінального провадження належало не йому, а його законному представнику;

2) якщо смерть процесуально дієздатного постраждалого наступить до подання ним заяви про вчинення щодо нього кримінального правопорушення, його прижиттєві інтереси залишаться незахищеними. Як уже було сказано, прокурор у справах зазначеної категорії не вправі за власною ініціативою розпочинати розслідування таких кримінальних правопорушень - навіть якщо постраждалий з об'єктивних причин не здатен самотійно відстоювати свої інтереси. Близькі родичі /члени сім'ї померлого теж не можуть ставити питання про визнання їх потерпілими, а в подальшому - подавати відповідну заяву. Бо статус потерпілого їм може бути надано тільки тоді, коли смерть їх померлого родича настала внаслідок кримінального правопорушення. У провадженнях же приватного обвинувачення смерть не є наслідком жодного із діянь, згаданих у ст.477 КПК України;

3) якщо смерть процесуально дієздатного постраждалого наступила в процесі провадження, то в процесуальному плані це нічого не змінює. Адже кримінальне переслідування тут усе одно здійснюють органи досудового розслідування та прокурор; смерть потерпілого аж ніяк не означає, що сторона обвинувачення взагалі зникла;

4) не виключено, що процесуально дієздатний постраждалий помер під час провадження, а прокурор до чи після такої смерті відмовився підтримувати публічне обвинувачення. Сторона обвинувачення у такому разі зникає, а позиція близьких родичів /членів сім'ї при цьому згідно діючого законодавства до уваги не приймається. А тому ця обставина повинна тягнути за собою закриття кримінального провадження.

Кожен (вочевидь, і підозрюваний /обвинувачений у провадженнях приватного обвинувачення) має право на те, щоб обвинувачення щодо нього було розглянуто якнайшвидше або ж припинене внаслідок закриття провадження (ч.5 ст.28 КПК України).

Не виключено, що провадження приватного обвинувачення було, всупереч закону, розпочате без заяви постраждалого. Постає питання: чи можливе його закриття? Справа у тому, що у ст.284 КПК 2012 р. (на відміну від його попередника) не згадано про таку підставу закриття провадження як «відсутність заяви потерпілого, коли провадження може бути розпочате лише за його заявою».

Видається, що у такому разі провадження має бути закрите із формулюванням «у зв'язку з відсутністю заяви потерпілого» без посилання на якийсь із пунктів ст.284 КПК (з банальної причини - посилатися просто немає на що). Кримінальне провадження у формі приватного обвинувачення згідно положення ч.4 ст.26 КПК України може бути розпочате тільки на підставі заяви потерпілого. За відсутності ж такої заяви, кримінальне провадження, що було розпочате незаконно, логічно, має бути припинене. Тут, вочевидь потрібно керуватися підходом, згідно якого у випадках, коли у КПК не врегульовано (неоднозначно врегульовано) якесь із питань, потрібно застосовувати його загальні засади (ч.6 ст.9 цього Кодексу).

Деякі дослідники пропонують скоротити судовий розгляд у провадженнях приватного обвинувачення за рахунок виключення такого його

етапу як судові дебати⁷³. Мотивують це вони тим, що провадження приватного обвинувачення відрізняються відносною простотою, нечастою участю професійних захисників. Я ж, навпаки, солідаризуюся з тими, хто вважає, що відмова від дебатів сторін у провадженнях приватного обвинувачення неприпустима, оскільки порушує право обвинуваченого та потерпілого на захист своїх інтересів шляхом висловлення своїх міркувань щодо обставин розглядуваного провадження⁷⁴. Участь у дебатах, так само, як і останнє слово обвинуваченого – це права, від яких обвинувачений може відмовитися лише особисто.

Однією загальною умовою судового розгляду, на яку слід звернути увагу у справах, кримінальне провадження щодо яких здійснюється у формі приватного обвинувачення - це його відкритий характер. Стаття 27 КПК України, яка передбачає гласність та відкритість судового провадження як одну з основних засад судочинства, застосовуються повною мірою і щодо цих проваджень. Водночас, специфіка кримінальних правопорушень, що становлять справи приватного обвинувачення, така, що нерідко в ході судового розгляду можуть зачіпатися інтимні сторони життя учасників кримінального судочинства чи оголошені відомості, що принижують їх честь та гідність. У таких випадках судові засідання згідно положень п.3 та 4 ч.2 ст.27 КПК України може носити закритий характер. Законодавець залишає вирішення цього питання на розсуд судді. Видається, що ухвалу про проведення закритого судового розгляду суд повинен виносити за наявності клопотання з боку сторони обвинувачення чи сторони захисту.

Однією із підстав закриття кримінального провадження приватного обвинувачення є відмова потерпілого (у передбачених законом випадках – його представника) від обвинувачення (п.7 ч.1 ст.284 КПК України). При цьому існують складнощі у відмежуванні понять «примирення» та «відмова від обвинувачення». У судовій практиці поширеною є помилка, згідно якої відмову

⁷³ Трубникова Т.В. Упрощенные судебные производства в уголовном процессе. Томск, 1997. С.62.

⁷⁴ Старовойтов А.А. Особенности производства по делам частного обвинения: дисс. ...канд. юрид. наук: 12.00.09 /Академия управления МВД России. Москва, 2005. С.88.

потерпілого від обвинувачення розцінюють як один із різновидів примирення⁷⁵. При такому розмежуванні слід виходити з того, що відмова від обвинувачення – це одностороння реалізація свого права, примирення ж передбачає врахування позицій обох сторін конфлікту при його улагодженні⁷⁶.

Спірним є й питання моменту, по досягненню якого потерпілий у справах аналізованої категорії може реалізувати право на відмову від обвинувачення. Інколи висловлюється думка про те, що таке право може бути реалізоване не раніше стадії судового розгляду. Прибічники такої позиції пояснюють її тим, що реалізація функції обвинувачення починається з моменту затвердження (чи самотійного складання) прокурором обвинувального акту. А тому під час досудового провадження потерпілий не може відмовитися від обвинувачення, яке ще навіть не було висунуте, якого, по-суті, і немає⁷⁷.

Щодо таких аргументів можуть бути висунуті наступні:

- у ч.4 ст.284 КПК України передбачено право прокурора закрити провадження з підстав, передбачених у ч.1 ст.284 КПК (у тому числі й у зв'язку з відмовою потерпілого від обвинувачення у формі приватного обвинувачення);

- у ч.7 ст.284 КПК йдеться про те, що у разі *якщо* обставини, передбачені у ч.1 цієї статті виявляться під час судового провадження, то суд виносить ухвалу про його закриття. Умовний сполучник «якщо» означає, що ці обставини можуть бути встановлені не тільки під час судового розгляду, а й на більш ранніх стадіях процесу;

- та й, зрештою, вимога процесуальної економії вимагає, аби за наявності до того підстав, рішення про закриття провадження має бути прийнято якнайшвидше.

⁷⁵ Узагальнення практики судового розгляду кримінальних проваджень у першій та апеляційній інстанціях відповідно до Кримінального процесуального кодексу України від 13 квітня 2012 р. № 4652-VI. URL.: <https://kra.court.gov.ua/sud1190/150/1562>.

⁷⁶ Постанова Касаційного кримінального суду Верховного суду України від 20 лютого 2018 року (справа №161/13242/16-к). URL.: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72460133>.

⁷⁷ Гловюк І.В. Деякі проблеми закриття кримінального провадження у формі приватного обвинувачення за новим КПК України. *Кримінальний процесуальний кодекс України: перші проблеми та здобутки*: матеріали круглого столу, м. Запоріжжя, 20 листопада 2013 р. Запоріжжя: Класичний приватний університет, 2013. С.19; Гловюк І.В. Кримінальні процесуальні функції: теорія, методологія та практика реалізації на основі положень Кримінального процесуального кодексу України 2012 р.: монографія. Одеса: Юридична література, 2015. С.386.

Отож, слід прийти до висновку, що у провадженнях приватного обвинувачення відмова потерпілого від обвинувачення можлива не лише на стадії судового розгляду, а й під час досудового розслідування.

Потерпілий, відмовляючись від обвинувачення у провадженнях приватного обвинувачення, не зобов'язаний (на відміну від прокурора) пояснювати мотиви такого свого рішення. Але дослідники висловлюють резонну позицію, згідно якої перед закриттям провадження відповідної категорії, уповноважений на те орган, що веде кримінальний процес, повинен з'ясувати, чи така розпорядча дія потерпілого відображає його справжню волю, чи не є вона вимушеною - наслідком погроз, залякувань тощо⁷⁸. Судова практика теж іде таким шляхом. Причому трапляються ситуації, за яких потерпілий спочатку відмовився від обвинувачення, а в подальшому, в ході судових засідань, заперечує попередньо подану заяву про відмову від обвинувачення, просить суд вважати її недійсною та вимагає покарати кривдника. Верховний суд України справедливо вказує на те, що в подібних випадках закриття аналізованих проваджень у зв'язку з відмовою потерпілого від обвинувачення неможливе⁷⁹.

Перед прийняттям відмови від обвинувачення (виходячи з аналізу положень п.10 ч.1 ст.284 КПК України) потерпілому /його представнику має бути роз'яснено наслідки такої розпорядчої дії: втрату права повторного звернення з вимогою розпочати кримінальне провадження з тих же підстав та щодо тієї ж особи.

Однією із проблем при закритті кримінальних проваджень приватного обвинувачення у зв'язку з відмовою потерпілого від обвинувачення є й те, що при цьому абсолютно не враховується позиція підозрюваного

⁷⁸ Старовойтов А.А. Особенности производства по делам частного обвинения: дисс. ...канд. юрид. наук: 12.00.09 /Академия управления МВД России. Москва, 2005. С.102-103; Тітко І.А. Нормативне забезпечення та практика реалізації приватного інтересу в кримінальному процесі України: монографія. Харків: Право, 2015. С.324-326; Катяло С.І., Лукашевич В.З. Судопроизводство по делам частного обвинения. Ленинград: Изд-во Ленинградского университета, 1972. С.119; Перепелица С.І. Провадження у формі приватного обвинувачення: порівняльно-правове дослідження: монографія. Харків: Право, 2015. С.81.

⁷⁹ Постанова Касаційного кримінального суду Верховного суду України від 22 травня 2018 року (справа №756/16/15-к). URL.: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74264602>.

/обвинуваченого⁸⁰. Не виключено, що він, вважаючи себе невинуватим у вчиненні інкримінованого йому діяння, не погоджується на закриття провадження з nereабілітуючої підстави, вимагаючи продовження розгляду справи та можливого винесення виправдувального вироку. Зрештою, те, що з процесу вибуває приватний обвинувач, не означає, що обвинувачення підтримувати нікому – це повинен би робити прокурор. Такий недолік в чинному КПК повинен бути виправлений.

Наукові дискусії відображають потребу в посиленні позицій потерпілого- приватного обвинувачення в українському кримінальному судочинстві. Але надання приватній особі повноважень обвинувача має і зворотній бік: існує небезпека зловживання потерпілим своїми правами. Важливість цього питання є очевидною при врахуванні залежності виникнення, продовження чи припинення кримінального судочинства лише від волевиявлення приватної особи. На практиці трапляються випадки, коли одна особа провокує іншу на вчинення кримінального правопорушення та домагається початку кримінального провадження з метою шантажу та вимагає гроші чи інші цінності як умову закриття кримінального провадження.

Про необхідність встановлення гарантій від зловживання особою своїм правом приватного обвинувача писало чимало процесуалістів. Такою гарантією може бути найсуворіша відповідальність обвинувачів, покладення на приватного обвинувача зобов'язання оплатити судові витрати у разі виправдання обвинуваченого.

Варто передбачити (*de lege ferenda*), що при виправданні обвинуваченого у провадженнях приватного обвинувачення, суд вправі стягнути повністю чи частково процесуальні витрати з особи, за заявою якої було розпочате провадження. Але те, що в ході судового розгляду пред'явлене обвинувачення не підтвердилося, саме по собі не є достатньою підставою для визнання незаконним звернення із заявою про притягнення особи до

⁸⁰ Корякин А.Л. Институт частного обвинения в уголовном судопроизводстве: дисс. ...канд. юрид. наук: 12.00.09 /Омская академия Министерства внутренних дел Российской Федерации. Омск, 2016. С.137; Муллахметова Н.Е. Злоупотребление правом частным обвинителем. *Вестник Сибирской государственной юридической академии*. 2017. №2. С.191.

кримінальної відповідальності в порядку приватного обвинувачення і, як наслідок, прийняття рішення про стягнення процесуальних витрат з потерпілого приватного обвинувача. Вирішуючи дане питання, необхідно враховувати, зокрема, фактичні обставини провадження, які свідчать про добросовісну помилку приватного обвинувача, чи, навпаки, про зловживання ним правом на здійснення кримінального переслідування іншої особи в порядку приватного обвинувачення⁸¹.

Отож, розширення приватно-правових засад у кримінальному судочинстві, пріоритетний захист прав та законних інтересів особи, забезпечення належного доступу постраждалих від кримінальних правопорушень до правосуддя, найшвидшої компенсації їм за заподіяну шкоду, є одним головних напрямків судової-правової реформи. Перед правосуддям постало певне коло проблем, які чекають свого вирішення. Не останнє місце з-поміж них стосується проваджень приватного обвинувачення (при вирішенні яких слід враховувати як інтереси осіб, які постраждали від протиправних діянь, так й інтереси підозрюваних /обвинувачених). На жаль, доводиться констатувати, що регламентація порядку судочинства у провадженнях приватного обвинувачення проте далека від досконалості.

3. КРИМІНАЛЬНЕ ПРОВАДЖЕННЯ ЩОДО ОКРЕМОЇ КАТЕГОРІЇ ОСІБ

Пріоритетним завданням правової політики України є забезпечення узгодженої та ефективної діяльності органів державної влади, інститутів громадянського суспільства, суспільно-політичних організацій (зокрема, і правозахисних), органів місцевого самоврядування. Конституційні приписи, що

⁸¹ Navrotska, V., Bronevytska, O., Yaremko, G., Maksymovych, R., & Matolych, V. The criminal responsibility for defamation of knowingly innocent. *Amazonia Investiga*. 2021. №10 (44). С.241-251. Виноградова Е.В. Конституционные гарантии процессуальных возможностей потерпевшего в делах частного обвинения. URL.: <https://cyberleninka.ru/article/n/konstitutsionnye-garantii-protsessualnyh-vozmozhnostey-poterpevshego-v-delah-chastnogo-obviniya/viewer>; Степанова В.Г. Вопросы процессуальной ответственности частного обвинителя в уголовном судопроизводстве. URL.: <https://cyberleninka.ru/article/n/voprosy-protsessualnoy-otvetstvennosti-chastnogo-obvinitelya-v-ugolovnom-sudoproizvodstve/viewer>.

забезпечують реалізацію розподілу судової, законодавчої та виконавчої гілок влади та самостійність органів, що її здійснюють, є правовою гарантією діяльності цих суб'єктів. Водночас, реалізація цієї гарантії неможлива без належного правового забезпечення незалежності професійної діяльності представників органів місцевого самоврядування, низки інших соціальних інститутів, а також посадових осіб органів державної влади.

Захистити таких осіб від необґрунтованого та незаконного втручання у їх професійну діяльність, виключити можливість здійснення на них тиску (зокрема, й шляхом застосування до них заходів державного примусу та загрози кримінального переслідування) покликані спеціальні правові норми.

Зазвичай, відповідні приписи встановлюють спеціальний правовий статус певних категорій осіб; регламентують спеціальний порядок призначення на посаду, завершення чи припинення їх повноважень; під загрозою відповідальності забороняють втручання у їхню діяльність; гарантують особисту недоторканність. Такі закономірності (звільняючи від виконання окремих обов'язків, надаючи додаткові права) фактично ставлять їх у привілейоване становище. Це повною мірою стосується і спеціальних кримінально-процесуальних норм, які регламентують особливий порядок кримінального провадження щодо народних депутатів України, депутатів місцевих рад, суддів Конституційного суду України, Вищого антикорупційного суду, присяжних під час виконання ними обов'язків судді; голови, заступника та членів Вищої ради правосуддя, а також Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, адвокатів, кандидатів у Президенти України, членів Рахункової палати, Уповноваженого ВРУ з прав людини, Голови (та його заступників) Національного агентства з питань запобігання корупції, Директора та працівників НАБУ, Генерального прокурора (та його заступників), прокурора Спеціальної антикорупційної прокуратури.

На думку законодавця, найефективнішим юридичним засобом, що гарантує безперешкодне здійснення повноважень цілою низкою посадових осіб органів державної влади та місцевого самоврядування, представниками суспільно-політичних організацій, правозахисних та інших інститутів

громадянського суспільства України, є наділення їх спеціальним правовим статусом. Саме необхідність забезпечення незалежної професійної діяльності зумовила закріплення у КПК України особливого порядку кримінального провадження стосовно осіб, категорії яких перелічені у ст.480 КПК України (глава 37).

Розслідування цієї категорії кримінальних проваджень становить, як правило, певну складність через те, що правове регулювання особливостей провадження щодо окремої категорії осіб здійснюється не лише КПК України, але й різними законами, що містять неточності та прогалини. Окрім того, наявність у такої категорії осіб значних зв'язків у системі органів державної влади дозволяє їм активно протидіяти кримінальному провадженню. Зокрема, при розслідуванні протиправної діяльності окремих категорій осіб на органи досудового розслідування та суд здійснюється різного роду тиск (від погроз до спроб підкупу).

Особливості кримінального провадження щодо окремої категорії осіб тривалий час викликають полеміку як серед працівників правоохоронних органів та представників законодавчої влади, так і в науковому середовищі. Дискусія виникає стосовно питання відповідності даного правового інституту принципу рівності осіб перед законом і судом, його співвідношення з основними принципами кримінального судочинства⁸². Гострота проблеми винятків із загального порядку кримінального судочинства знайшла відображення і в суспільній думці.

Специфіка цього правового інституту полягає у тому, що на його основі формуються особливі кримінальні процесуальні відносини, суб'єкти яких мають привілейоване правове становище стосовно інших учасників вітчизняного кримінального судочинства. Відповідне право держави на власний

⁸² Зеленська М.І. Кримінальне провадження щодо окремої категорії осіб: питання соціально-правової природи. *Вісник кримінального судочинства*. 2018. №1. С.25-27; Фаринник В. Особливості додержання гарантій недоторканості у кримінальному провадженні щодо окремої категорії осіб. URL.: https://yuricom.com/legal_practice/analitichna_yurysprudentsiia/osoblyvosti-doderzhannia-harantii-nedotorkannosti-u-kryminalnomu-provadhenni-shchodo-okremoii-katehorii-osib/; Салманова Ю.О. Проблемні питання законодавчого регулювання кримінального провадження осіб, які користуються недоторканістю. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2019. Випуск 1. Том 2. С.177-178; Кузьмічова Є.В. Кримінальне провадження щодо окремої категорії осіб. *Юридична наука*. 2014. №8. С.107-108.

розсуд використовувати юридичні засоби, якими забезпечується переважне правове становище певних суб'єктів соціальних відносин (у тому числі й з метою реалізації ними соціально-значимих завдань); а також правова привода, передумови та підстави вилучення окремих категорій осіб з-під дії загальних законів, неодноразово було предметом наукових суперечок⁸³.

На перший погляд може видатися, що надання окремим категоріям осіб спеціального правового статусу іде врозріз із конституційною презумпцією рівності усіх перед законом та судом (ст.21, 24, п.1 ст.129 Конституції України). Адже, начебто, усі громадяни рівні, але, все ж таки, є «рівніші» за інших.

Проте при аналізі змісту принципу рівності всіх перед законом та судом й специфіки його реалізації в суспільних відносинах, потрібно враховувати небезпечну тенденцію трансформації цієї засади у популістське гасло. Видається, що законодавче закріплення вимог, що забезпечують сувору арифметичну рівність прав та обов'язків всіх та кожного, призведе до ще більшої правової нерівності. За подібного підходу доведеться визнати справедливість та необхідність зрівнювання у правах, до прикладу, повністю право-дієздатного учасника кримінально-процесуальних відносин із правами неповнолітнього підозрюваного /обвинуваченого - учасника аналогічних правовідносин (чи з правами осіб, котрі через психічні чи фізичні вади не здатні самостійно здійснювати своє право на захист).

Хоча, можливо, доцільно було б передбачити у ст.24 Конституції України виняток із засади рівності всіх перед законом і судом щодо окремих категорій осіб, перелічених у ч.1 ст.480 КПК України. Це б вирішило сумнів про те, чи є приписи глави 37 КПК України порушенням даного конституційного положення.

Дія кримінального процесуального закону (з огляду на низку публічно-правових інтересів) може ґрунтуватися не лише на засаді рівності всіх перед

⁸³ Красильников А.В. Уголовно-процессуальные привилегии отдельной категории лиц: дисс. ...канд. юрид. наук: 12.00.09. /Академия управления МВД РФ. Москва, 2006. С.12-36; Добровлянина О.В. Особенности производства по уголовным делам в отношении отдельных категорий лиц: дисс. ...канд. юрид. наук: 12.00.09 /Уральская государственная юридическая академия. Екатеринбург, 2010. С.21-27; Латыпов Т.Р. Особенности производства по уголовным делам в отношении отдельных категорий лиц: дисс. канд. юрид. наук: 12.00.09 /Российская таможенная академия. Люберцы. 2011. С.86-89; Лукошкина С.В. Имунитеты в российском уголовном судопроизводстве: дисс. канд. юрид. наук: 12.00.09 /Байкальский государственный университет экономики и права. Иркутск, 2005. С.129-130.

законом (ст.24 Конституції України), але й на винятках із неї. Адже службове становище деяких категорій осіб може зумовлювати у кримінальному судочинстві наявність імунітету (тобто особливих умов порядку початку кримінального провадження, притягнення до кримінальної відповідальності та провадження у справі), що включає необхідність отримання особливого дозволу на здійснення щодо них деяких чи усіх процесуальних дій.

Наявність імунітету аж ніяк не означає набуття такими особами особистих переваг та вигод, а є певною гарантією ефективності виконання ними суспільних та державних функцій. Процесуальний імунітет своєю безпосередньою юридичною підставою має не засаду рівності усіх перед законом і судом, а інші правові засади - незалежності суддів, розподілу влади тощо.

Необхідність встановлення додаткових гарантій незалежної професійної діяльності певних категорій представників державної влади й управління зумовлена, передусім, специфікою повноважень її суб'єктів та важливістю соціальних завдань, що вирішуються у рамках цієї діяльності. Вимога про забезпечення безперешкодного та незалежного здійснення повноважень, як правило, висувається при аналізі діяльності органів судової та законодавчої влади, а також окремих посадових осіб місцевого самоврядування та виконавчої влади. Важливість забезпечення незалежного функціонування різних гілок державної влади (та їх органів) підкреслюється конституційно-правовим регулюванням їх самостійності та незалежності. До того ж, соціальні та правові гарантії таких суб'єктів, їх обов'язки, права та відповідальність конкретизовані у положеннях спеціальних, т. зв. «статусних» законів. Зазвичай, до таких гарантій належить: спеціальний порядок їх призначення на посаду, припинення чи призупинення повноважень відповідної посадової особи, надання соціального та матеріального забезпечення, яке відповідає її статусу, заборона втручання у діяльність такої особи під загрозою відповідальності. У розгляданій сфері правовідносин особливе значення надається забезпеченню недоторканності окремих категорій посадових осіб органів державної влади – забороні примусового обмеження їх свободи (як фізичної, так і психічної),

права володіння та користування певними матеріальними об'єктами (транспортними засобами, приміщеннями, документами тощо). Такі заборони забезпечуються спеціальними нормами Конституції України та «статусних» законів, що регламентують особливий порядок та умови притягнення окремих категорій осіб до кримінальної відповідальності, здійснення щодо них окремих процесуальних дій та застосування заходів державного примусу.

Встановлення державою спеціальних гарантій недоторканості окремих категорій осіб у сфері кримінального судочинства є свідченням усвідомлення законодавцем необхідності врегулювання об'єктивно існуючих кримінально-процесуальних відносин спеціальних суб'єктів. Водночас, відсутність відповідних положень у КПК 1960 р. було безсумнівною прогалиною цього кодексу, що перешкоджало належній реалізації таким соціальним відносинам та створювало реальні проблеми для правозастосовної діяльності. Подолати цю прогалину частково дозволило закріплення у КПК України самостійного інституту, норми якого покликані регулювати кримінальні процесуальні відносини за участі народних депутатів України, депутатів місцевих рад, суддів Конституційного суду України, Вищого антикорупційного суду, присяжних під час виконання ними обов'язків судді; голови, заступника та членів Вищої ради правосуддя, а також Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, адвокатів, кандидатів у Президенти України, членів Рахункової палати, Уповноваженого ВРУ з прав людини, Голови (та його заступників) Національного агентства з питань запобігання корупції, Директора та працівників НАБУ, Генерального прокурора (та його заступників), прокурора Спеціальної антикорупційної прокуратури.

Слід також звернути увагу на те, що особливий порядок кримінального провадження щодо окремої категорії осіб необхідно відрізнити (а це роблять не усі дослідники⁸⁴) від здійснення кримінального судочинства щодо осіб, які користуються міжнародним (консульським, дипломатичним і т.п.) імунітетом, що надається згідно з нормами міжнародного права та в цілому

⁸⁴ Салманова Ю.О. Проблеми питання законодавчого регулювання кримінального провадження осіб, які користуються недоторканістю. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2019. Випуск 1. Том 2. С.179.

характеризується ще більш значними винятками із загальних правил судочинства.

Принцип рівності громадян перед законом передбачено у низці міжнародно-правових актів. Зокрема, у ст. 7 Загальної декларації прав людини вказано, що всі люди рівні перед законом та мають право на їх рівний захист перед ним⁸⁵. Подібне формулювання міститься й у ст.26 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права⁸⁶. Український законодавець, підтримуючи такі загальносвітові тенденції, закріпив засаду рівності усіх перед законом у ст.24 Конституції України та у ст.10 вітчизняного КПК.

Особливості кримінального провадження щодо окремої категорії осіб, передбачені главою 37 КПК України є винятками із правил, передбачених згадуваним конституційним положенням, які, як уже зазначалося, варто оцінювати не як якесь особисте благо, поблажку, надану окремим категоріям посадових осіб з метою, аби ті уникнули кримінальної відповідальності, а як гарантію від необґрунтованого переслідування у зв'язку із здійсненням професійних, службових чи інших повноважень⁸⁷.

Тенденцією у формуванні нормативної бази глави 37 КПК України є скорочення передбачених у ній процесуальних обмежень для відповідної категорії осіб та їхнього переліку. Мова йде, передусім, про закон від 3 вересня 2019 р. «Про внесення змін до ст.80 Конституції України (щодо недоторканості народних депутатів)», згідно якого передбачено зняття депутатської недоторканості з 1 січня 2020 р. Згідно цих змін, йдеться виключно про їх загально-кримінальну відповідальність.

Отож, 1 січня 2020 р. набув чинності закон №27-IX «Про внесення змін до статті 80 Конституції України щодо недоторканності народних депутатів⁸⁸» та закон №388-IX «Про внесення змін до деяких законодавчих актів з метою

⁸⁵ Загальна декларація прав людини: Декларації ООН від 10 грудня 1948 р. URL.: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015#Text.

⁸⁶ Міжнародний пакт про громадянські та політичні права від 16 грудня 1966 р. URL.: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043#Text.

⁸⁷ Кримчук С.Г. До питання повідомлення про підозру окремій категорії осіб. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2019. Випуск 6. С.150; Казаков А.А. Дисбаланс в правовому регулюванні процесуальних иммунитетов в сфере уголовного судопроизводства. *Совершенствование законодательства*. 2016. №4. С.116.

⁸⁸ Про внесення змін до ст.80 Конституції України (щодо недоторканності народних депутатів України): Закон України від 03 вересня 2019 р. № 27-IX. URL.: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/27-20#Text>.

приведення у відповідність із Законом» Про внесення змін до статті 80 Конституції України щодо недоторканності народних депутатів⁸⁹. Згідно закону №27-IX, ст.80 Конституції викладено у новій редакції, із якої уже виключено положення про те, що народному депутату гарантовано депутатську недоторканість і він не може бути без згоди Верховної Ради притягнутий до кримінальної відповідальності, затриманий чи заарештований.

Відповідно до нової редакції ст.80 Конституції України народні депутати не несуть юридичної відповідальності за результати висловлювання у парламенті чи в його органах, за результати голосування (крім відповідальності за наклеп чи образу).

Згідно ж із законом №388-IX забезпечується реалізація скасування недоторканості депутатів, зокрема:

1) у *КПК*:

- виключено норми стосовно депутатської недоторканності, при цьому передбачено особливості початку досудового розслідування щодо народного депутата, його затримання, обрання стосовно нього запобіжного заходу, здійснення слідчих/ розшукових (негласних слідчих/ розшукових) дій, а саме:

-заборонено доручати здійснення досудового розслідування кримінального правопорушення, вчиненого ним іншому органу досудового розслідування, окрім НАБУ й центрального апарату ДБР (згідно їх підслідності);

- дані, котрі можуть свідчити про вчинення народним депутатом кримінального правопорушення, до Єдиного реєстру досудових розслідувань вносить Генеральний прокурор (або особа, яка виконує його обов'язки);

- клопотання про надання дозволу на затримання, обрання запобіжного заходу у вигляді домашнього арешту чи тримання під вартою, обшук, порушення таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної або іншої кореспонденції; про застосування інших заходів (зокрема, і негласних слідчих/ розшукових дій), котрі обмежують права та свободи народного депутата та

⁸⁹ Про внесення змін до деяких законодавчих актів з метою приведення у відповідність із Законом» Про внесення змін до статті 80 Конституції України щодо недоторканності народних депутатів: Закон України від 18 грудня 2019 р. №388-IX. URL.: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/388-20#Text>.

розгляд яких належить до повноважень слідчого судді, повинні бути погоджені Генпрокурором (або виконувачем його обов'язків);

- розгляд таких клопотання (крім клопотань про застосування негласних слідчих / розшукових дій) здійснює слідчий суддя в межах територіальної юрисдикції органу досудового розслідування (а у кримінальних провадженнях, щодо злочинів, віднесених до підсудності ВАКС – слідчим суддею ВАКС);

- передбачено можливість оскарження відповідних ухвал;

- затримання народного депутата без ухвали слідчого судді (винесеного на підставі клопотання, погодженого із Генпрокурором чи особою, яка виконує його обов'язки) можливе тільки тоді, коли народного депутата застали в ході вчинення чи безпосередньо після вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину, який пов'язаний із застосуванням насильства (чи спричинив загибель людини);

- при цьому орган або посадові особи, котрі затримали народного депутата, повідомили про підозру або застосували до нього запобіжний захід чи здійснили щодо нього інші слідчі дії (окрім негласних слідчих дій чи обшуку) повинні негайно (у будь-якому разі не пізніше 4-х годин з такого моменту) про це повідомити Голову Верховної Ради України.

2) у Регламенті ВРУ:

- виключено норми стосовно порядку внесення та розгляду ВРУ подань про надання згоди про притягнення народного депутата до кримінальної відповідальності, його затримання чи застосування тримання під вартою⁹⁰.

Також слід звернути увагу на Закон від 10.09 2019 р. «Про особливу процедуру усунення Президента України з поста (імпічмент)», відповідно до якого парламент може розпочати процедуру імпічменту у разі вчинення главою держави державної зради або іншого злочину⁹¹.

⁹⁰Гришанова Н. Що означає скасування депутатської недоторканості: закони набрали чинності. URL.: https://jurliga.ligazakon.net/news/192082_shcho-oznacha-skasuvannya-deputatsko-nedotorkannost-zakoni-nabrali-chinnost.

⁹¹ Про особливу процедуру усунення Президента України з поста (імпічмент): Закон України від 10 вересня 2019 р. №39-IX. URL.: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/39-20#Text>.

Крім того, законодавець (із прийняттям законів від 2 червня 2016 р. «Про судоустрій та статус суддів»⁹², «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)»⁹³, «Про Вищу раду правосуддя»⁹⁴) з метою своєчасного повідомлення про підозру судді, вказав на виняток із загального правила, котрий стосується затримання судді без згоди Вищої ради правосуддя – а саме, випадків затримання судді у ході або негайно після вчинення ним *тяжкого чи особливо тяжкого* злочину.

Слід погодитися із думкою тих дослідників, котрі вважають позицію законодавця з цього питання непослідовною⁹⁵, адже при цьому не враховано можливість вчинення суддями злочинів іншого ступеня тяжкості⁹⁶.

Окремі науковці переконані також, що до осіб, котрим у кримінальному процесі слід надавати підвищений ступінь захисту, слід було б віднести слідчих ДБР та слідчих будь-якого відомства⁹⁷. З ними солідаризується й інші фахівці, вказуючи на нелогічність ситуації, за якої передбачено підвищений ступінь захисту стосовно судді, присяжного, адвоката, але не зроблено цього стосовно слідчого та прокурора⁹⁸.

Щодо меж процесуального імунітету, то норми глави 37 КПК є бланкетними (бо процесуальні імунітети «розпорошені» у текстах різних актів). Це значить, що приймаючи передбачені законом рішення та здійснюючи процесуальні дії, слідчий, прокурор, слідчий суддя повинні враховувати не тільки особливості провадження стосовно окремої категорії осіб, передбачених у КПК, а й межі дії процесуального імунітету, що закріплені у галузевому законодавстві. Так, потрібно звертати увагу на положення Законів «Про

⁹²Про судоустрій та статус суддів: Закон України від 02 червня 2016 р. №1402-VIII. URL.: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text>.

⁹³ Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя): Закон України від 02 червня 2016 р. №1401-VIII. URL.<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1401-19#Text>.

⁹⁴ Про Вищу раду правосуддя: Закон України від 21 грудня 2016 р. №1798-VIII. URL.: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-19#Text>.

⁹⁵ Шульгач М.Н. Поняття та сутність принципу незалежності судді. *Наукові записки Львівського університету бізнесу та права*. 2011. Випуск 6. С.229; Рачинський А.П., Огілько А.В. Незалежність суддів як передумова функціонування самостійної й авторитетної судової влади, що відповідає європейській системі цінностей та стандартів захисту прав людини. *Вісник Національної академії державного управління при Президентові України*. Сер.: Держ. управління. 2016. №1. С.70.

⁹⁶ Кримчук С.Г. Теоретико-правові та прикладні основи здійснення повідомлення про підозру в кримінальному провадженні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. /Національна академія внутрішніх справ. Київ, 2020. С.105.

⁹⁷ Тertiшник В.І. Науково-практичний коментар Кримінального процесуального кодексу України. Київ: Алерта. 2018. С.695.

⁹⁸ Сачко О.В. Забезпечення верховенства права при застосуванні особливих форм, порядків та режимів кримінального провадження: дис. доктора юрид. наук. Дніпро. 2019. С.264.

Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини»⁹⁹, «Про статус депутатів місцевих рад»¹⁰⁰, «Про запобігання корупції»¹⁰¹, «Про Регламент Верховної Ради України»¹⁰², «Про забезпечення права на справедливий суд»¹⁰³, тощо. З огляду на те, що правоохоронні органи звикли, як правило, здійснювати кримінальне провадження переважно згідно норм КПК, видається виправданою пропозиція доповнити главу 37 КПК положенням, яке безпосередньо стосується імунітетів осіб, передбачених у ст.480 цього Кодексу¹⁰⁴.

Вирішуючи питання про застосування особливого порядку здійснення кримінального провадження стосовно окремої категорії осіб, потрібно чітко визначити, чи перебуває та особа, стосовно якої здійснюється кримінальне провадження на певний час у відповідному статусі, котрий дає їй можливість користуватися особливим режимом провадження¹⁰⁵.

Тому у кримінальних провадженнях стосовно окремої категорії осіб слід встановити:

- 1) чітку дату виникнення та закінчення в учасника провадження, згаданого у ч.1 ст.480 КПК України відповідного правового статусу;
- 2) момент початку та закінчення інкримінованого йому діяння за ознаками певного складу кримінального правопорушення;
- 3) дату прийняття рішення щодо початку кримінального провадження стосовно цього учасника.

Зазвичай, такі факти встановлюються внаслідок звернення до вищезгадуваних законів. До прикладу, згідно закону «Про Уповноваженого Верховної ради України з прав людини», омбудсмен призначається на посаду

⁹⁹ Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини: Закон України від 23 грудня 1997 р. №776/97-ВР. URL.: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/776/97-%D0%B2%D1%80#Text>.

¹⁰⁰ Про статус депутатів місцевих рад: Закон України від 11 липня 2002 р. №93-IV. URL.: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/93-15#Text>.

¹⁰¹ Про запобігання корупції: Закон України від 14 жовтня 2014 р. №1700-VII. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18#Text>.

¹⁰² Про Регламент Верховної Ради України: Закон України від 10.02. 2010 р. № 1861-VI/ URL.: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1861-17#Text>.

¹⁰³ Про забезпечення права на справедливий суд: Закон України від 12 лютого 2015 р. №192-VIII. URL.: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/192-19#Text>.

¹⁰⁴ Кримчук С.Г. Теоретико-правові та прикладні основи здійснення повідомлення про підозру в кримінальному провадженні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. /Національна академія внутрішніх справ. Київ, 2020. С.105-106.

¹⁰⁵ Лобойко Л.М. Кримінальний процес: підручник. Київ. Істина, 2014 С.340.

парламентом шляхом таємного голосування строком на п'ять років, який обраховується з моменту складенням ним присяги на засіданні ВРУ.

Дослідники вказують на те, що передбачаючи гарантії для аналізованої категорії осіб, законодавець був впевнений у тому, що встановлює рідкісну норму, норму-виняток, що такі особи в принципі не здатні вчиняти дії проти справедливості й закону. Але якщо це все ж таки сталося, то для них слід передбачити додаткові гарантії, що є способом захисту від необґрунтованих політичних репресій та безпідставного притягнення до кримінальної відповідальності та примусового усунення від виконання посадових та професійних обов'язків¹⁰⁶.

Слід звернути увагу на окремі питання процедури повідомлення про підозру аналізованих категорії осіб. Загальні правила, які стосуються повідомлення про підозру (а саме - підстав, змісту письмового повідомлення, процесуального порядку його вручення, внесення цих відомостей до ЄРДР) передбачено у главі 22 КПК. У ч.1 ст.276 КПК України, де передбачено вичерпний перелік підстав повідомлення про підозру, законодавець звертає також увагу на главу 37 КПК України, у якій конкретизовано особливості здійснення повідомлення про підозру окремій категорії осіб.

Зокрема, письмове повідомлення про підозру здійснюється:

а) депутату місцевої ради, депутату Верховної Ради АРК, міському, сільському, селищному голові, адвокату - Генеральним прокурором (його заступником), керівником регіональної прокуратури (в межах його повноважень);

б) кандидату у Президенти, Уповноваженому ВРУ з прав людини, членам Рахункової палати, народному депутату, працівнику Національного антикорупційного бюро, прокурору Спеціалізованої антикорупційної прокуратури, Голові та заступнику Національного агентства з питань запобігання корупції, заступникам Генпрокурора – Генеральним прокурором

¹⁰⁶ Капліна О.В. Повідомлення про підозру: протистояння правових позицій сторін обвинувачення та захисту. *Право України*. 2017. №12. С.75-76; Кримчук С.Г. Теоретико-правові та прикладні основи здійснення повідомлення про підозру в кримінальному провадженні: дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.09. /Національна академія внутрішніх справ. Київ, 2020. С.108.

(чи виконувачем його обов'язків) або ж заступником Генпрокурора – керівником Спеціалізованої антикорупційної прокуратури;

в) судді, присяжному (на час виконання присяжним обов'язків у суді), судді Конституційного Суду України, членам Вищої Ради правосуддя та Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, а також працівникам Національного антикорупційного бюро – Генеральним прокурором (чи його заступником);

г) судді Вищого антикорупційного суду – Генеральним прокурором (або виконувачем його обов'язків);

г) Генеральному прокурору – його заступником.

У положеннях глави 37 КПК України (де йдеться про процесуальні особливості провадження щодо окремої категорії осіб) термін «іmunітет» не згадується. Але з огляду на рішення Конституційного Суду України про офіційне тлумачення положень частин 1, 2 ст.126 Конституції України та ч.2 ст.12 Закону «Про статус суддів» є можливість встановити його зв'язок з цими нормами¹⁰⁷. У цьому рішенні трапляються такі терміни як «недоторканість» та «іmunітет». Таким чином, Конституційний суд визнає наявність у вітчизняному законодавстві правового іmunітету, вказуючи, що в даному випадку це не персональний привілей судді, а один із елементів його статусу, призначенням якого є забезпечення здійснення правосуддя справедливим, неупередженим та безстороннім судом¹⁰⁸.

Через відсутність у положеннях КПК нормативних приписів стосовно розкриття змісту поняття «здійснення повідомлення про підозру», відсутній єдиний доктринальний підхід щодо того, хто ж є суб'єктом складення й вручення повідомлення про підозру окремим категоріям осіб (зокрема, й суддям)¹⁰⁹. Деякі фахівці стверджують, що складення повідомлення про підозру судді Генпрокурором чи його заступником, а фактичне вручення цього

¹⁰⁷ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням ВСУ про офіційне тлумачення положень частин 1, 2 ст.126 Конституції України та ч.2 ст.13 Закону України «Про статус суддів» (справа про незалежність суддів як складову їхнього статусу) від 01 грудня 2004р. №19-рп/2004. URL.: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v019p710-04#Text>.

¹⁰⁸ Кримчук С.Г. До питання повідомлення про підозру окремій категорії осіб. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2019. Випуск 6. С.150-155.

¹⁰⁹ Посвистак О. Здійснення повідомлення про підозру особам, щодо яких здійснюється особливий порядок кримінального провадження. *Підприємництво, господарство і право*. 2019. №5. С.281; Гринюк В., Старенький О. Проблемні питання повідомлення про підозру судді у кримінальному провадженні. *Право України*. 2017. №12. С.84.

повідомлення іншим прокурором (чи слідчим) за дорученням вимогам чинного законодавства не суперечить¹¹⁰. Натомість інші науковці притримуються протилежної точки зору та вважають, що виконання таких процесуальних дій є виключними повноваженнями Генпрокурора чи його заступника¹¹¹. Така законодавча невизначеність впливала на прийняття рішень, протилежних за змістом¹¹².

Що стосується порядку повідомлення про підозру Уповноваженого ВРУ з прав людини, то такий порядок наразі є законодавчо не визначений. У п.2 ч.1 ст.481 КПК тільки передбачено, що повідомлення про підозру омбудсмену здійснюється Генпрокурором України (або виконувачем обов'язків Генерального прокурора).

Ні в Конституції, ні в законах «Про Уповноваженого ВРУ з прав людини»¹¹³, «Про Регламент ВРУ»¹¹⁴, «Про державну службу»¹¹⁵, ні в жодних інших нормативно-правових актах, що стосуються діяльності омбудсмена, не закріплено хоча б якогось положення, яке б визначало особливості цього питання. Аналіз відповідної нормативної бази дозволяє зробити висновок про те, що Уповноважений ВРУ є недоторканим на час виконання своїх повноважень, без згоди парламенту не може бути притягнутий до кримінальної відповідальності, затриманий, до нього не може бути застосовано тримання під

¹¹⁰ Гладун О., Зелінський О. *Вісник Національної академії прокуратури України*. 2018. №2. С.66; Скрипченко С. Особливості кримінального провадження щодо окремої категорії осіб. *Вісник Національної академії прокуратури України*. 2014. №1(34). С.121-122.

¹¹¹ Капліна О.В. Повідомлення про підозру: протистояння правових позицій сторін обвинувачення та захисту. *Право України*. 2017. №12. С.76-77; Аскеров С.С. Особливий порядок кримінального провадження щодо професійного судді. *Порівняльно-аналітичне право*. 2014. №5. С.354; Погорецький М.А., Гринюк В.О. Повідомлення про підозру: проблемні питання правового регулювання, теорії та практики. *Вісник кримінального судочинства*. 2018. №2. С.63-64; Гринюк В., Старенький О. Проблемні питання повідомлення про підозру судді у кримінальному провадженні. *Право України*. 2017. №12. С.92-93; Кримінальний процес: підручник /О.В. Капліна, О.Г. Шило, В.М. Трофименко та ін.; за заг. ред. О.В. Капліної, О.Г. Шило. Харків: Право, 2018. С.497; Комарницька О., Мазур В. Вручення прокурором повідомлення про підозру окремим категоріям осіб. *Вісник прокуратури*. 2015. №1. С.89.

¹¹² Вирок Козятинського міськрайонного суду Вінницької обл. від 21 серпня 2017 р. (справа № 133/3695/14-к). URL.: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/68408627>, ухвала слідчого судді Бориспільського міськрайонного суду Київської обл. від 27.12.2018 р. (справа №359/10654/18). URL.: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/78988292>; ухвала слідчого судді Зарічного районного суду м. Суми від 09 серпня 2017 р. №591/2880/17. URL.: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/68194346>; ухвала Соломянського районного суду м. Києва від 17.05. 2018 р. (справа №760/12762/18). URL.: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74277263>.

¹¹³ Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини: Закон України від 23 грудня 1997 р. №776/97-ВР. URL.: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/776/97-%D0%B2%D1%80#Text>.

¹¹⁴ Морозова І., Анненков А., Дадонов С. Сделка о признании вины как вариант мирового соглашения. *Российская юстиция*. 2000. №10. С.37.

¹¹⁵ Про державну службу: Закон України від 10 грудня 2015 р. №8890-VIII. URL.: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/889-19#Text>.

вартою чи затримання, також він не може бути підданий особистому огляду та обшуку без згоди ВРУ. Водночас, у Регламенті ВРУ відсутній порядок надання згоди парламенту на вказані дії¹¹⁶.

Питання стосовно порядку притягнення до кримінальної відповідальності (яке пов'язується із повідомленням про підозру), обрання запобіжного заходу щодо аналізованої категорії осіб у нормах діючого кримінального процесуального законодавства мають місце тільки відносно народних депутатів, суддів та суддів Вищого антикорупційного суду (ст.ст.480-482² КПК). З огляду на це варто підтримати дослідників про те, що притягнення до кримінальної відповідальності омбудсмена треба здійснювати саме через надання згоди парламентом¹¹⁷. Такі зміни і доповнення до чинного КПК щодо особливостей провадження стосовно Уповноваженого ВРУ можливі тільки після вирішення цього питання у вищезгаданих нормативних актах.

Як на мене, вітчизняний законодавець приділяє недостатньо уваги тому, як має здійснюватися кримінальне провадження за участі Уповноваженого ВРУ з прав людини. Правовий інститут омбудсмена походить від шведської посадової особи парламенту. Цей інститут проклав собі дорогу у скандинавських країнах (батьківщиною омбудсмена є Швеція; у цій країні він діє з 1809 р.), міцно утвердився (пізніше, в другій половині 20 ст.) на австралійському, американському та європейському континентах.

Нині омбудсмени існують більш ніж у 100 державах. Термін «омбудсмен» має шведське походження, походить від середньовічного шведського слова: «umbud», що буквально означає «сила», «авторитет». Омбудсмен є парламентським уповноваженим, що покликаний розглядати скарги на зловживання чиновників.

¹¹⁶ Кримчук С.Г. До питання повідомлення про підозру окремих категорій осіб. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2019. Випуск 6. С.150-155.

¹¹⁷ Свириденко С.В. Досудове розслідування у кримінальному провадженні щодо осіб, які користуються недоторканністю: дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.09. Ірпінь. 2018. С.143; Сіренко О.В., Ковбасюк В.А. Особливості кримінального провадження щодо Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини. *Міжнародний юридичний вісник: збірник наукових праць Національного університету державної податкової служби України*. 2016. Випуск 1(3). С.69; Кримінальний процес: підручник / О.В. Капліна, О.Г. Шило, В.М. Трофименко та ін.; за заг. ред. О.В. Капліної, О.Г. Шило. Харків: Право, 2018. С.498; Кримчук С.Г. Теоретико-правові та прикладні основи здійснення повідомлення про підозру в кримінальному провадженні: дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.09. /Національна академія внутрішніх справ. Київ, 2020. С.114.

Потреба у такому інституті значна з огляду на те, що процедура звернення до омбудсмена позбавлена великих витрат та суворих правил (на відміну від звернення до суду, де процедури дорогі, тривалі та зазделегідь втілені в жорсткі рамки).

Одним із найбільш вагомих аргументів на користь паралельного функціонування інституту омбудсмена та інших «класичних» засобів контролю над роботою державних органів є те, що тільки омбудсмен контролює діяльність, над якою жоден державний орган не може здійснювати контроль. Тобто можна сказати, що інститут омбудсмена є системою стримувань та противаг між громадянським суспільством та державними органами.

При цьому слід зазначити, що цей інститут жодним чином не підміняє існуючі юридичні засоби для захисту прав й свобод осіб. Навпаки ці засоби необхідні, але обов'язково мають бути підкріплені роботою омбудсмена. Інститут омбудсмена є відновлювачем балансу сил суспільства та держави в сфері захисту громадянських прав та свобод, вирішує конфлікти державних та індивідуальних інтересів. Цей інститут дозволяє пом'якшити суперечності між соціальним середовищем та державою, він гарантує відповідальність адміністрації за свої дії перед суспільством. Хоча інститут омбудсмена є т. зв. «прикордонним» інститутом громадянського суспільства та держави, проте він більше зацентрований на захисті все-таки індивідуальних, а не державних інтересів. Омбудсмен використовує як зброю гласність та моральний авторитет. Омбудсмен може коректувати роботу органів держави, використовуючи свій авторитет, без застосування при цьому репресивних чи примусових заходів.

Такий авторитет ґрунтується, передусім, на незалежності від законодавчої, виконавчої та судової влади, на політичній нейтральності (тобто володіє імунітетом від тиску будь-яких політичних течій в суспільстві). Інститут омбудсмена (незважаючи на беззаперечні переваги) ніколи не стане універсальним способом захисту прав осіб, за допомогою якого ліквідуються усі недоліки роботи посадових осіб та державних органів. Омбудсмен не наділяється якимись новими чи екстраординарними повноваженнями. Його

роль полягає у тому, аби привести у рух уже існуючі засоби правового захисту, що є в арсеналі правозабезпечувальних органів.

Діяльність Уповноваженого з прав людини доповнює існуючі засоби захисту прав та свобод осіб, не тягне за собою перегляду компетенції державних органів, забезпечує захист та відновлення порушених прав та свобод. Уповноважений ВРУ з прав людини наділений широким колом привілеїв, що мають кримінально-процесуальне значення.

У Російській Федерації передбачено, що якщо Уповноваженого залучають для давання свідочьких показань у кримінальній чи цивільній справі про обставини, що стали йому відомі внаслідок виконання своїх обов'язків по захисту прав та законних інтересів громадян, він вправі відмовитися від давання показань¹¹⁸.

Видається, що враховуючи відповідний підхід законодавця сусідньої країни, варто піти ще далі та запропонувати запровадження абсолютної заборони на допит омбудсмена в кримінальне процесуальне законодавство, доповнивши ч.2 ст.65 КПК України (де йдеться про категорію осіб, які не можуть бути допитані як свідки) положенням такого змісту: «8. Уповноважений Верховної Ради України з прав людини – про обставини, що стали йому відомі внаслідок здійснення своїх повноважень».

Уповноважений ВРУ з прав людини не повинен бути номінальною, декоративною фігурою, який нічого не значить та нічого не може. А, відтак, закон повинен гарантувати йому певний рівень правових гарантій¹¹⁹.

Також слід звернути увагу на врегулювання цього питання щодо Голови та решти членів Рахункової палати. У ст.481 КПК України наразі передбачені тільки особливості вручення їм повідомлення про підозру (Генпрокурором чи виконувачем його обов'язків). У ст.20 закону «Про Рахункову палату» йдеться тільки про те, що ці посадовці призначаються на посади (і звільняються) ВРУ та що однією з причин звільнення є набрання щодо них законної сили

¹¹⁸ Об Уполномоченном по правам человека в Российской Федерации: Закон Российской Федерации от 26.02.1997 №1- ФКЗ (в ред. от 09.11. 2020 г.). URL.: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_13440/.

¹¹⁹ Навроцька В.В Свідочький інститут омбудсмена. Всеукраїнська науково-практична інтернет конференція. *Професійна підготовка поліцейських в Україні: методологія, теорія, практика*. Матеріали IV Всеукраїнської науково-практичної інтернет-конференції (28 травня 2021 року). Херсон: Херсонський факультет Одеського державного університету внутрішніх справ, 2021. С.134-136.

обвинувальним вироком¹²⁰. З метою удосконалення порядку притягнення до кримінальної відповідальності членів Рахункової палати потрібно, передусім, внесення відповідних змін до закону «Про рахункову палату», а уже потім - і до КПК. До речі, саме таким шляхом ішов законодавець, спочатку унормувавши відповідне питання щодо народних депутатів, поповнивши після цього КПК статтею 482².

Адвокат, відповідно до положень п.7 ч.1 ст.480 КПК теж належить до окремої категорії, стосовно якої здійснюється спеціальний порядок кримінального провадження.

Американські юристи іноді жартують, що адвокатів не слід випускати в одну річку з піраньями через небезпеку для самих же піраній, кажуть, що з ними не треба спілкуватися міліардерам, бо є великий ризик того, що ті перетворяться на мільйонерів тощо. У карликовій Андоррі в минулому столітті професійну діяльність саме цієї категорії юристів було законодавчо заборонено¹²¹, саме про них В.І. Ленін свого часу говорив, що адвокатів «потрібно брати їжаківими рукавицями, ставити в осаду, тому що ця інтелігентна сволота нерідко займається паскудством»¹²², представників якраз цієї категорії юристів (а не, до прикладу, слідчих, суддів, прокурорів) у середньовіччі іменували «advocatus diaboli». Нерідко ставлення до діяльності адвокатів скептичне чи й взагалі негативне. Але все ж громадськість усвідомлює, що без їхньої допомоги право на захист може залишитися нереалізованим¹²³.

Стразбургський суд (з огляду на особливий статус адвокатів, їхнє значення у системі правосуддя) у своєму рішенні «Елчі та інші проти Туреччини» акцентує увагу на тому, що свобода адвокатів на виконання професійних обов'язків без необґрунтованих перешкод є свідченням демократичного суспільства та однією із гарантій справедливого судочинства, а

¹²⁰Про Рахункову палату. Закон України від 02 липня 2015 р. №576-VIII. URL.: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/576-19#Text>.

¹²¹ Эти удивительные законы: в подарок юристу и путешественнику / сост. Н.И. Хавронюк. Киев: Дакор, 2013. С.35.

¹²² Афоризми про юристов и юриспруденцию URL.: <https://aforisimo.ru/professii/pro-uristov/>.

¹²³ Навроцька В.В. Суд над Ісусом Христом з позицій древньоіудейського та сучасного кримінального права й процесу. Київ: Видавничий дім «АртЕК», 2016. С.65-66.

тому такі переслідування мають бути під суворим контролем Європейського суду з прав людини¹²⁴.

Доводиться констатувати, що порядок здійснення процесуальних дій стосовно адвокатів порушується через те, що дані аспекти недостатньо чітко регламентовані у чинному законодавстві. Серед зазначених аспектів особливе місце займають питання стосовно процедури притягнення адвокатів до кримінальної відповідальності. До прикладу, згідно п.13 ч.1 ст.23 закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» повідомлення адвокату про підозру здійснюють виключно Генпрокурор (його заступник), прокурор АРК, області, м. Києва та Севастополя¹²⁵. Однак у п.1 ч.1 ст.481 КПК вказано, що ці дії виконує Генеральний прокурор, його заступник або керівник регіональної прокуратури (в межах своїх повноважень). З огляду на те, що адвокат є особливим учасником правовідносин, то, як видається, і процедура притягнення його до відповідальності мала б передбачати максимальний захист від можливих зловживань.

Свого часу дискусійним було питання про те, який суб'єкт мав би приймати рішення про повідомлення про підозру адвокату, та хто уповноважений вручати його. Рада адвокатів України рішенні від 23 вересня 2017 р. (щодо роз'яснення положень п.13 ч.1 ст.23 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» в частині підписання, повідомлення, вручення повідомлення про підозру адвокату) вказала на те, що термін «виключно», котрий вживається у п.13 ч.1 ст.23 цього закону означає, що прокурор не має процесуальних повноважень на доручення комусь вручати таке повідомлення адвокату¹²⁶.

Такий стан справ щодо адвокатів у кримінальних провадженнях тривав до набрання чинності Законом «Про внесення змін до деяких законодавчих

¹²⁴ Справа «Елчі та інші проти Туреччини»: Рішення Європейського Суду з прав людини від 13 листопада 2013 р. URL.: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO0883.html.

¹²⁵ Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05 липня 2012 р. №5076-VI. URL.: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text>.

¹²⁶ Про затвердження роз'яснення п.13 ч.1 т.23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»: Рішення Ради адвокатів України від 23 вересня 2017 р. №222 URL.: https://unba.org.ua/assets/uploads/legislation/rishennya/2017-09-23-r-shennya-rau-222_59d4f61c29010.pdf.

актів України щодо вдосконалення окремих положень кримінального процесуального законодавства» від 04.10. 2019 р.¹²⁷.

Від органів прокуратури до окремої категорії осіб, стосовно яких має бути застосовано окремий порядок кримінального провадження у разі їхнього притягнення до кримінальної відповідальності, законодавець відносить тільки Генпрокурора та його заступника, а також прокурора Спеціалізованої антикорупційної прокуратури. Водночас я повністю підтримую підхід, відповідно до якого прокурори середнього та нижчого рівня прокуратур можливо навіть більше, аніж керівництво Генеральної прокуратури, потребують більш чітких гарантій від втручання в їх діяльність та незаконного впливу. А тому варто було б надати усім прокурорам додаткові гарантії та усіх їх віднести до окремої категорії осіб (стосовно яких застосовується особливий порядок кримінального провадження)¹²⁸. Тим більше, що органи прокуратури (згідно положень ст.7 Закону «Про прокуратуру» та ст.121 Конституції України) становлять єдину систему. Єдність же системи, логічно, має забезпечуватися єдиним статусом прокурорів, на котрих покладено однакові функції. До речі, саме такий підхід знайшов своє відображення у КПК Республіки Білорусь (п.6 ч.1 ст.468¹)¹²⁹ та Закону Грузія «Про прокуратуру» (п. «с» ч.1 ст.8)¹³⁰.

Законом «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення окремих положень кримінального процесуального законодавства» від 04.10. 2019 р.¹³¹ ст.481 КПК України була доповнена частиною 2. Відповідно до цих змін, Генпрокурор (чи виконувач його обов'язків), а також керівник регіональної прокуратури може доручити іншим

¹²⁷ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення окремих положень кримінального процесуального законодавства: Закон України від 04 жовтня 2019 р. №197-IX. URL.: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/187-20#Text>.

¹²⁸ Аскеров С.С. Особливий порядок кримінального провадження щодо Генерального прокурора України. *Вісник Запорізького національного університету*. 2014. №4. С.313; Кримчук С.Г. Теоретико-правові та прикладні основи здійснення повідомлення про підозру в кримінальному провадженні: дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.09. /Національна академія внутрішніх справ. Київ, 2020. С.119.

¹²⁹ Уголовно-процессуальный кодекс Республики Беларусь: Закон Республики Беларусь от 16 июля 1999 г. №295-З. URL.: <https://etalonline.by/document/?regnum=hk9900295>.

¹³⁰ О прокуратуре: Закон Грузии от 21.10. 2008 №382-Пс. URL.: <https://matsne.gov.ge/ru/document/download/19090/14/ru/pdf>.

¹³¹ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення окремих положень кримінального процесуального законодавства: Закон України від 04 жовтня 2019 р. №197-IX. URL.: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/187-20#Text>.

прокурором здійснювати письмове повідомлення про підозру особам, згаданим у ч.1 цієї ж статті.

З огляду на ці зміни Велика Палата Верховного Суду 11 грудня 2019 р. зробила висновок стосовно застосування норми права, яка стосується вручення повідомлення про підозру спеціальним суб'єктам (перелік яких міститься у ч.1 ст.481 КПК). У цьому висновку йдеться про те, що лише Генпрокурор або його заступник перевіряють підстави для повідомлення про підозру судді, складають й підписують її текст, можуть повідомити про нову підозру чи змінити раніше повідомлену підозру.

Повідомлення про підозру судді, що передбачає погодження і його подальше підписання, може здійснювати тільки Генпрокурор (чи його заступник). Це виняткове повноваження, яке іншим особам не може бути передоручене.

Причому Генпрокурор чи його заступник здійснюють письмове повідомлення про підозру судді безвідносно до того, чи здійснюють вони у конкретному кримінальному провадженні процесуальне керівництво. Генпрокурор чи його заступник вправі доручити вручення складеного та підписаного ними повідомлення про підозру судді суб'єкту, котрий уповноважений здійснювати процесуальні дії у конкретному провадженні.

Вручення повідомлення про підозру судді уповноваженими суб'єктами якщо таке рішення було складене і підписане саме Генпрокурором чи його заступником гарантій суддівської незалежності не порушує¹³².

С.Г. Кримчук звертає увагу на положення ст.481 КПК України (де безпосередньо передбачено процедуру здійснення повідомлення про підозру окремій категорії осіб). Він абсолютно резонно вказує на те, що законодавець не виправдано, із незрозумілих причин, вживає у ч.1 та 2 КПК України термінологію «здійснює [курсив мій - В.Н.] письмове повідомлення про підозру». Дослідник справедливо акцентує увагу на тому, що у ч.2 ст.481 КПК України мова має йти винятково про процедуру *вручення* повідомлення про підозру, яка може бути делегована Генпрокурором (виконувачем обов'язків

¹³² Постанова Великої Палати Верховного Суду від 11 грудня 2019р. (справа №356/2475/14-к). URL.: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Rewiev/86365236>.

Генпрокурора), його заступником, керівником регіональної прокуратури. А тому слід погодитися із висунутою цим дослідником пропозицією, відповідно до якої варто у положеннях ч.2 ст.481 КПК України замінити слово «здійснити» на «вручити»¹³³.

Підсумовуючи вищезазначене, слід констатувати, що:

- метою створення ефективної системи гарантій діяльності певних категорій виборних та посадових осіб виконавчої, законодавчої та судової влади, у кримінальному процесуальному законодавстві України стосовно них передбачені спеціальні правила кримінального провадження. Такі правила покликані забезпечити додаткові заходи захисту від ймовірного застосування репресивних методів по перешкоджанню законній діяльності таких осіб та розправи над ними за їхню законну професійну діяльність. Цей інститут є достатньо ефективним правовим механізмом, що дозволяє притягати до кримінальної відповідальності окремих категорій осіб, але при цьому захищати їх від спроб незаконного кримінального переслідування;

- раніше діючий КПК України не містив якогось системного викладу цих особливостей. А тому така ситуація створювала практичні складнощі у ситуаціях притягнення до кримінальної відповідальності осіб з особливим правовим статусом. Таких проваджень було порівняно мало, але вони викликали значний суспільний резонанс. Зараз же норми, що регламентують особливості кримінального провадження щодо окремих категорій осіб, виділені в самостійний правовий інститут.

- положення КПК України 2012 р. про притягнення до кримінальної відповідальності окремих категорій осіб в цілому викладені системно та спрямовані на створення додаткових гарантій незалежності таких спеціальних суб'єктів. Але і сьогодні такі правила є об'єктом критичних зауважень (передусім, у контексті конституційної засади рівності усіх перед законом та судом);

- піддано критиці точку зору, згідно якої такий порядок в окремих випадках сприяє неможливості притягнення осіб до кримінальної

¹³³ Кримчук С.Г. Теоретико-правові та прикладні основи здійснення повідомлення про підозру в кримінальному провадженні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. /Національна академія внутрішніх справ. Київ, 2020. С.122-123.

відповідальності за вчинені ними кримінальні правопорушення через надання їм необґрунтованих привілеїв. Доведено, що це не відповідає дійсності. Адже особи з особливим правовим статусом не звільняється від кримінальної відповідальності за вчинені ними кримінальні правопорушення; особлива процедура притягнення їх до кримінальної відповідальності забезпечує їм нормальні умови діяльності. Видається, що наявність такої процедури не суперечить в цілому порядку, встановленому у всіх цивілізованих державах;

- правові норми про особливий порядок кримінального провадження щодо окремої категорії осіб є невід'ємною частиною українського кримінального процесуального законодавства. Тенденція використання особливого порядку кримінального провадження як засобу забезпечення належного виконання окремими категоріями осіб своїх публічних функцій виявлялася у радянському законодавстві та чітко проявилася у КПК України 2012 р.;

- правові норми, що містяться у главі 37 КПК України, володіють принциповою новизною, адже вперше закріплені у кримінальному процесуальному законодавстві і включають у себе особливий порядок початку кримінального провадження, а також особливості застосування заходів кримінально-процесуального примусу стосовно вказаних там суб'єктів.

- особливий порядок кримінального провадження щодо окремої категорії осіб необхідно відрізнити від здійснення кримінального судочинства щодо осіб, які користуються міжнародним (консульським, дипломатичним і т.п.) імунітетом, що надається згідно з нормами міжнародного права та в цілому характеризується ще більш значними винятками із загальних правил судочинства;

- особливості провадження щодо окремої категорії осіб, перелічених у главі 37 КПК України слід розглядати як сукупність виключних юридичних норм, що регламентують особливий порядок провадження слідчих (процесуальних) дій щодо певної категорії осіб. Глава 37 КПК України містить спеціальні норми, що не підлягають розширювальному тлумаченню. З огляду на їх виключний характер, спеціальні норми мають бути стабільними;

- у сучасних умовах удосконалення даного правового інституту можливе виключно як гарантія належного забезпечення публічних інтересів;
- що стосується співвідношення правового інституту особливостей кримінального провадження щодо окремої категорії осіб з системою соціальних норм, то слід вказати, що положення цього інституту не суперечать моральним принципам рівності та соціальної справедливості;
- водночас доцільно було б передбачити у ст.24 Конституції України виняток із засади рівності всіх перед законом і судом щодо окремих категорій осіб, перелічених у ч.1 ст.480 КПК України. Це б мало вирішити сумніви про те, чи є приписи глави 37 КПК України порушенням даного конституційного положення.

4. КРИМІНАЛЬНЕ ПРОВАДЖЕННЯ ЩОДО НЕПОВНОЛІТНІХ

Діяльність, здійснювана в рамках удосконалення правосуддя у справах даної категорії, спрямована на формування моделі правосуддя, дружнього до дитини. Дружнє до дитини правосуддя – це система адміністративного, цивільного, кримінального судочинства, яке гарантує повагу до прав неповнолітнього та їх ефективне забезпечення із урахуванням принципів, закріплених рекомендаціями Ради Європи по здійсненню правосуддя стосовно дітей, а також із урахуванням віку, ступеня зрілості дитини, розуміння нею обставин провадження.

Міжнародне співтовариство стурбоване напрацюванням гуманних, ефективних та адекватних заходів боротьби злочинністю дітей. Держави, для котрих ця проблема актуальна, керуються підходом, згідно якого права та гарантії, надані неповнолітнім порушникам, мають передбачати вищий ступінь захисту від кримінального переслідування. Відповідно до підходів, що знайшли прояв у Керівних принципах ООН для попередження злочинності серед неповнолітніх, Пекінських правилах, Конвенції ООН з прав людини, створено спеціальні інститути, якими передбачено особливий порядок правосуддя у провадженнях щодо неповнолітніх.

Вітчизняне правосуддя у провадженнях щодо неповнолітніх зорієнтоване на положення п.18.1 Пекінських правил, де міститься рекомендація застосування до неповнолітніх правопорушників усього діапазону альтернативних заходів відповідальності.

Основою вдосконалення вітчизняного законодавства по підвищенню ефективності боротьби із правопорушення дітей та захисту їх прав, становлять: Ер-Ріадські правила (Керівні принципи ООН для попередження злочинності неповнолітніх), Пекінські правила (Мінімальні стандартні правила ООН, які стосуються здійснення правосуддя щодо неповнолітніх), Правила ООН, що стосуються захисту неповнолітніх, позбавлених свободи.

Положення Глави 38 КПК України передбачають особливості провадження щодо неповнолітніх (при цьому не змінюючи та не скасовуючи загальні правила кримінального провадження) та покликані забезпечити додаткові права й гарантії захисту інтересів дітей.

Слід зазначити, що емансипація неповнолітнього, тобто оголошення його повністю дієздатним у цивільно-правовому сенсі (або набуття ним повної цивільно-правової дієздатності до досягнення 18-річного віку), не позбавляє його (як про це помилково зазначають окремі дослідники¹³⁴) прав та гарантій, передбачених кримінальним процесуальним законодавством для неповнолітніх, які вчинили кримінально каране діяння. Адже з точки зору кримінально процесуального права така емансипована особа усе одно розглядається як неповнолітня до досягнення нею 18-річного віку. Таким чином, щодо неповнолітньої емансипованої особи також застосовується особливий порядок судочинства, передбачений Главою 38 КПК України¹³⁵.

¹³⁴ Ендольцева А.В. Институт освобождения от уголовной ответственности: теоретические, законодательные и правоприменительные проблемы: дисс. ...докт. юрид. наук: 12.00.09 /Московский университет. Москва, 2005. С.210; Давыдова Е.В., Кибальник А.Г. Примирение с потерпевшим в уголовном праве. Ставрополь. Ставропольсервисшкола, 2002. С. Давыдова Е. В, Кибальник А. Г. Примирение с потерпевшим в уголовном праве. Ставрополь: Ставропольсервисшкола, 2002. С.8-9.

¹³⁵ Навроцька В.В. Вплив вступу в шлюб чи емансипації неповнолітнього на його кримінальну процесуальну дієздатність. *Захист дитини від насильства та жорстокого поводження: сучасні виклики*: Матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (Київ, 3 черв. 2021 р.) Київ: нац. акад. внутр. справ, 2021. С.117-118; Навроцька В. В. Засада диспозитивності та її реалізація в кримінальному процесі України. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2010. С.246.

Під час кримінального провадження стосовно неповнолітнього (зокрема і під час провадження по застосуванню примусових заходів виховного характеру) органи, що ведуть кримінальний процес, повинні здійснювати процесуальні дії в порядку, який би найменше порушував усталений уклад життя дитини та відповідав би її віковим й психологічним особливостям.

Для забезпечення цих вимог законодавець передбачає норми, що регламентують порядок виклику неповнолітніх, особливості проведення слідчих дій за їх участі, особливості застосування до них засобів процесуального примусу.

У різних державах системи ювенальної юстиції суттєво відрізняються, однак в їх основі закладені загальні концептуальні положення (принципи ювенальної юстиції). Щодо діяльності по здійсненню правосуддя вони зводяться, зокрема, до спеціалізації та виховної функції суду¹³⁶.

Виключність правового та соціального становища неповнолітніх зумовила необхідність спеціалізації суб'єктів, діяльність яких пов'язана з неповнолітніми. Уже давно «дитяча» спеціалізація існує у таких галузях як педагогіка, психологія, медицина. У 20 столітті розвиток отримав відокремлений напрямок науки – «педологія», створений на зіткненні різних наук – медицини, психології, біології, педагогіки, покликане об'єднати різні відомості про дитину з метою її всестороннього вивчення.

У ст.6 Закону «Про органи і служби у справах дітей та спеціальні установи для дітей» вказано, що справи стосовно неповнолітніх, які вчинили кримінальні правопорушення, розглядаються в судах спеціально уповноваженими для цього суддями (складом суду)¹³⁷.

У ч.14 ст.31 КПК України також йдеться про те, що провадження по розгляду стосовно дитини клопотань про звільнення від кримінальної відповідальності, про застосування примусових заходів виховного та медичного

¹³⁶Неделяева Т.В. Особенности процессуальной формы отправления правосудия по уголовным делам с участием несовершеннолетних в суде первой инстанции: дисс. ...канд. юрид. наук: 12.00.09 /Уральский государственный юридический университет, 2018. С.140-145.

¹³⁷ Про органи і служби у справах дітей та спеціальні установи для дітей: Закон України від 24 січня 1995 року №20/95- ВР. URL.: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/20/95-%D0%B2%D1%80#Text>.

характеру (про їхнє продовження, припинення чи зміну), обвинувального акту, а також провадження в апеляційному /касаційному порядку по перегляду рішень суду, прийнятих із зазначених питань, здійснюється спеціально уповноваженим на те суддею.

Якщо це кримінальне провадження повинно здійснюватися колегіально судом, то головуючим в ході відповідного судового розгляду може бути тільки суддя, уповноважений на здійснення провадження щодо неповнолітніх. У ч.6 ст.18 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» йдеться про те, що таким суддею може бути обрана особа із стажем роботи суддею не менш як 10 років, із необхідними професійними та морально-діловими якостями. У виключних випадках, коли в суді з певних причин відсутні судді із потрібним стажем роботи, суддя, котрий уповноважений здійснювати кримінальне провадження щодо дітей, обирається з-поміж суддів із найбільшим «суддівським» стажем роботи. При цьому, як зазначено у ч.7 ст.18 вказаного Закону, суддів, уповноважених на здійснення провадження стосовно неповнолітніх, не звільняють від виконання обов'язків суддів відповідної інстанції, але при цьому здійснення ними вказаних повноважень має пріоритетне значення і це слід враховувати при розподілі справ між суддями¹³⁸.

Досудове розслідування у провадженні по застосуванню примусових заходів виховного характеру повинно здійснюватися слідчим, дізнавачем, що був спеціально уповноважений керівником органу досудового розслідування на здійснення розслідувань стосовно неповнолітніх (ст.499 КПК України).

Верховний суд України у своїх рішеннях неодноразово звертає увагу на те, що здійснення досудового розслідування щодо неповнолітнього неуповноваженим на те слідчим тягне за собою визнання недопустимими всіх доказів, зібрані у цьому провадженні¹³⁹.

Такі особливості кримінального провадження щодо неповнолітніх узгоджуються і з нормами міжнародних актів, зокрема, Конвенції про права

¹³⁸ Про судоустрій та статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 року №1402-VIII. URL.: https://urst.com.ua/act/pro_sudoustriy.

¹³⁹ Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 23 жовтня 2018 р. (справа №158/2313/15-к). URL.: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77393408>; постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 29 листопада 2018 р. (справа №725/3021/16-к). URL.: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/78328641>.

дитини та Мінімальних стандартів (правил) судочинства у справах неповнолітніх (Пекінських правил).

У Пекінських правилах передбачено:

- створення спеціалізованих судів у справах неповнолітніх;
- забезпечення конфіденційності, аби внаслідок надмірної гласності уникнути завдання шкоди неповнолітнім;
- наявність в осіб, які ведуть провадження у справах неповнолітніх, відповідної кваліфікації¹⁴⁰.

Кримінально-процесуальну форму здійснення правосуддя у провадженнях за участі неповнолітніх учасників процесу, яка відрізняється від загальної, становить принцип подвійного представництва неповнолітніх (принцип їх підвищеного правового захисту).

Законодавець робить акцент на підвищеній охоронній орієнтації ювенальної юстиції. При цьому у вітчизняному судовому процесі підвищений захист передбачений для всіх неповнолітніх, що потрапили до орбіти правосуддя, незалежно від їх правового становища (підозрювані, обвинувачені, засуджені, свідки, потерпілі).

Така побудова судочинства за участі неповнолітніх забезпечується комплексом відповідних гарантій, зумовлених статусом неповнолітнього суб'єкта процесуальних відносин. До найбільш значимих гарантій, що забезпечують права усіх неповнолітніх учасників кримінального процесу, є допустимість подвійного представництва їх інтересів: законними представниками та іншими особами.

В ході кримінального провадження щодо неповнолітніх, їм має бути забезпечено право на захист. Адже недотримання цього права є істотним порушенням вимог кримінального процесуального закону (п.3 ч.1 ст.409 КПК України). А тому в ході підготовчого провадження стосовно особи, яку обвинувачують у вчиненні кримінального правопорушення у віці до 18 років, суддею має бути з'ясовано, чи не було порушено її право на захист, якщо

¹⁴⁰ Мінімальні стандартні правила ООН, що стосуються здійснення правосуддя щодо неповнолітніх («Пекінські правила») від 29.11. 1985 р. URL.:https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_211#Text.

порушено – то вжити заходів до забезпечення цього права під час судового провадження.

При цьому слід пам'ятати положення ч.3 ст. 409 та ч.3 ст.438 КПК України, згідно яких суд апеляційної та касаційної інстанції не вправі скасувати виправдувальний вирок щодо обвинуваченого (у тому числі й неповнолітнього) тільки з мотиву істотного порушення прав цього учасника процесу. Лише з того ж мотиву неприпустиме також і скасування ухвали про незастосування примусових заходів виховного характеру.

У кримінальному провадженні стосовно осіб, яких підозрюють чи обвинувачують у вчиненні кримінального правопорушення у віці до 18 років, участь захисника є обов'язковою з моменту, коли було встановлено факт неповноліття чи виникли хоча б найменші сумніви у тому, що особа є неповнолітньою (п.1 ч.2 ст.52 КПК України).

Верховний суд звертає увагу на те, що участь захисника в судовому провадженні стосовно неповнолітнього має бути забезпечено в судах усіх інстанцій незалежно від стадії провадження та суб'єкта оскарження, а також незалежно від моменту досягнення цією особою повноліття на момент судового розгляду. У протилежному разі це слід розглядати як істотне порушення кримінального процесуального закону¹⁴¹.

Якщо право на захист було порушено при вчиненні окремих слідчих /процесуальних дій, то суд позбавлений права використовувати такі протоколи як джерела доказів для обґрунтування висновку про винуватість дитини у вчиненні кримінального правопорушення.

В юридичній літературі іноді трапляється твердження про те, що одночасний захист неповнолітнього та дорослого співучасника кримінального правопорушення одним і тим же захисником виключений¹⁴². Воно видається занадто категоричним: якщо між інтересами неповнолітнього та дорослого

¹⁴¹ Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного суду від 16.04.2020 (справа № 570/5368/17; провадження № 51-5958км19). URL.: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/88880612>; постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного суду від 01.03.2018 (справа № 760/13866/15-к). URL.: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72642008>; постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного суду від 16.04.2020 (справа № 570/5368/17; провадження № 51-5958км19). URL.: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/88880612>.

¹⁴² Кримінальний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар /за заг. ред. В.Г. Гончаренка, В.Т. Нора, М.Є. Шумила. Київ: Юстиніан, 2012. С.1004.

співучасника немає жодних суперечностей, то й відсутні перешкоди для відстоювання їх інтересів одним і тим же захисником.

Якщо на момент кримінального провадження особа досягла повноліття, то такі особливості розгляду справи в суді, як участь законного представника обвинуваченого, представників служби у справах дітей; порядок відання обвинуваченого під нагляд батьків, інших законних представників чи адміністрації дитячої установи; виділення провадження стосовно кримінального правопорушення, вчиненого неповнолітнім, не застосовуються. Але апеляційні та касаційні скарги законних представників неповнолітнього засудженого, якому на момент перевірки справи в суді апеляційної /касаційної інстанції виповнилося 18 років, розглядаються на загальних підставах.

Неповноліття особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, є пом'якшуючою покарання обставиною (п.3 ч.1 ст.66 КК України). Воно обов'язково має враховуватися при призначенні покарання - в тому числі й тоді, коли обвинувачений досягнув повноліття на час провадження справи в суді.

Під час кримінального провадження щодо неповнолітніх обов'язково мають бути встановлені додаткові (у порівнянні з тими, що передбачені ст.91 КПК) обставини. Їх невстановлення є свідченням істотної неповноти кримінального провадження. Такі обставини (а це: 1) всебічні та повні відомості про особу дитини - її вік, стан здоров'я й рівень розвитку, інші соціально-психологічні риси особи, що їх треба враховувати при обранні примусового заходу виховного характеру чи індивідуалізації відповідальності; 2) ставлення неповнолітнього до вчиненого; 3) умови його життя та виховання, 4) наявність дорослих співучасників, зокрема, й підбурювачів) слід обов'язково дослідити в судовому засіданні. Це стосується у тому числі й випадків, передбачених у ч.3 ст.349 КПК України, де регламентовано можливість визнання судом недоцільності дослідження певних доказів, що жодною із сторін не оспорується. Для з'ясування цих обставини потрібно допитати як свідків законних представників дитини, представників підприємств, установ, організацій, де навчався чи працював неповнолітній тощо.

Обставини, передбачені ст.485 КПК України підлягають з'ясуванню і за умов, що в ході кримінального провадження, особа, яка вчинила кримінальне правопорушення у неповнолітньому віці, уже досягла повноліття.

Вік дитини підлягає встановленню за документами, де зазначено дату її народження - за свідоцтвом про народження чи за паспортом. За їх відсутності відповідні дані можна одержати з журналу обліку новонароджених, довідок органів внутрішніх справ за місцем реєстрації осіб, книги реєстрації актів цивільного стану. За неможливості встановити вік неповнолітнього за документами, слід прийняти рішення про призначення судово-медичної експертизи (п.4 ч.2 ст.242 КПК України). При цьому днем народження слід вважати останній день року, вказаного в експертному висновку. Якщо ж у висновку зазначено максимальний та мінімальний вік, то днем народження треба вважати останній день року народження, що відповідає мініимальному віку (з огляду на підхід, відповідно до якого будь-які сумніви тлумачитися на користь особи, діяння якої кваліфікується).

З метою з'ясування відомостей про стан здоров'я дитини слід допитати як свідків його батьків чи осіб, котрі їх заміняють про наявність у неповнолітнього тяжких хворіб, фізичних чи психічних вад, відставання у розвитку від однолітків.

Для вирішення питання про наявність у неповнолітнього підозрюваного /обвинуваченого психічного захворювання чи затримки психічного розвитку, а також здатності його у конкретній ситуації повністю (частково) усвідомлювати значення власних дій та керувати ними повинна бути призначена психолого-психіатрична експертиза.

З метою з'ясування соціально-психологічних рис неповнолітнього підозрюваного /обвинуваченого (зокрема, його рівня розвитку), які слід враховувати при призначенні покарання та обранні примусового заходу виховного характеру, може бути призначена психологічна експертиза.

Позаяк більшість часу дитина живе вдома та виховується та закладах освіти, то під час кримінального провадження потрібно з'ясувати:

а) в яких побутових, матеріальних умовах проживає й виховується неповнолітній, як ставляться до виконання своїх обов'язків по вихованню дитини його законні представники, які стосунки між неповнолітнім та ними, якою є психологічна обстановка в сім'ї, чи контролюють законні представники поведінку дитини;

б) в якому освітньому закладі навчається дитина, чи створені у цьому закладі освіти умови для її навчання, виховання, творчого розвитку, яким є ставлення неповнолітнього до навчання, які у нього стосунки в вчителів та однолітками; чи працює неповнолітній, якщо так-як він ставиться до роботи та які у нього взаємовідносини з колегами;

б) зв'язки та поведінку дитини поза навчальним закладом, домом чи роботою.

Спільним для усіх неповнолітніх учасників процесу є інститут законного представництва. Видається, що участь законного представника у кримінальному провадженні зумовлене неповнотою процесуальної дієздатності неповнолітнього, а також роллю законного представника у вихованні дитини (а, відтак, і в її поведінці), особливим характером стосунків законного представника з підлітком, очевидною потребою у допомозі близьких йому людей. Законні представники неповнолітнього підозрюваного, обвинуваченого у кримінальному провадженні беруть участь поруч із ним.

Аналіз практики, що склалася, засвідчує, що батьків, усиновителів, опікунів, піклувальників не завжди доцільно залучати як законних представників, оскільки:

- вони іноді не проживають спільно з неповнолітнім та не займаються його вихованням (а тому від таких представників не можна отримати відомості про здоров'я неповнолітнього підозрюваного (обвинуваченого) чи потерпілого, про його особисті якості, про захоплення, стосунки в колі друзів, про взаємовідносини в сім'ї.);

- вони можуть бути не зацікавлені у забезпеченні захисту прав неповнолітніх, діяти всупереч їх інтересам або бути байдужими до цього.

У таких випадках законом передбачено механізм заміни законного представника неповнолітнього. Випадки, за яких органи досудового розслідування та суд змушені вдаватися до відсторонення батьків, усиновителів, опікунів, піклувальників від участі у провадженні як законних представників, часто виникає у неблагополучних сім'ях, або коли неповнолітній потерпілий є жертвою насильства з боку родичів.

У виключних випадках, за яких участь законного представника підозрюваного, обвинуваченого може заподіяти шкоду інтересам цього учасника процесу, суд (за власною ініціативою, клопотанням прокурора чи самого неповнолітнього) вправі обмежити участь законного представника при провадженні окремих процесуальних /судових дій чи взагалі усунути його від участі в кримінальному провадженні та залучити замість усунутого іншого законного представника. У подібних випадках за відсутності іншого із батьків, опікуна чи піклувальника, органи досудового розслідування чи суд зобов'язані залучати як законних представників органи опіки та піклування.

Слід зауважити, що на практиці трапляються ситуації, коли особи, які фактично виховують неповнолітнього, не можуть бути допущені до участі у процесі як законні представники, оскільки належним чином не оформили опіку чи піклування, і, як наслідок, інтереси неповнолітнього представляють особи, з якими він незнайомий (малознайомий).

Законні представники обов'язково повинні бути викликані у судові засідання. Їх неприбуття судові провадження не зупиняє, окрім випадку, коли суд визнає, що їх участь є обов'язковою. Вони повинні перебувати в залі суду протягом усього судового провадження, а за необхідності їх можна допитати як свідків.

За загальним правилом, органи, що ведуть кримінальний процес, повідомляють чи викликають неповнолітнього підозрюваного, обвинуваченого через законних представників. Водночас, можливий й інший порядок, передбачений ч.2 ст.489 КПК і стосується він тих випадків, коли є підстави припускати, що батьки чи інші законні представники намагатимуться зашкодити всебічному та об'єктивному дослідженню обставин кримінального

провадження і тому не забезпечать з'явлення дитини за викликом або ж є співучасниками такого кримінального правопорушення. У такому разі можливий безпосередній виклик неповнолітнього або через посильного.

Що стосується допиту неповнолітнього підозрюваного, обвинуваченого, то при цьому обов'язково має бути присутній захисник. Показання у протоколі допиту повинні бути викладені простою, зрозумілою для неповнолітнього мовою. При допиті неповнолітніх слід керуватися положенням щодо тривалості допиту малолітнього /неповнолітнього, передбаченими у ч.2 ст.226 КПК (без перерви - до однієї години, а в цілому – до двох годин на день).

Ю.В. Гошовська переконана, що за потреби проведення слідчих дій «по гарячих слідах», у тому числі й допитів (одночасних допитів) зазначеної категорії осіб у кримінальних провадженнях тривалість допитів до 2-х годин є недостатньою (вона вказує на те, що іноді цього часу достатньо лише для встановлення психологічного контакту із допитуваним)¹⁴³. Інші дослідники обґрунтовано критикують цю позицію, вказуючи, що малолітні можуть бути зосередженими та уважними нетривалий час. Саме тому тривалість допиту не мала б перевищувати: а) 15 хв. – для дітей, молодших 7 років та б) 1 години – для дітей до 14 років¹⁴⁴. Схожий підхід демонструють й інші науковці. Так, І.А. Арямов вказує, що діти 5-7 років здатні бути уважними приблизно 15 хв., 7-10 років – близько 25 хв., старші 12 років – біля 30 хв¹⁴⁵. Е.О. Черних та М.І. Єнікєєва вважають, що допит дітей доцільно проводити не більше 1 год, зокрема, дітей дошкільного та молодшого шкільного віку – не більше 20 та 30 хв. відповідно¹⁴⁶. З огляду на психофізичний чинник, як видається, немає необхідності у продовженні визначеного законодавцем часу для допиту неповнолітнього підозрюваного /обвинуваченого.

У літературі обґрунтовано пропонується проводити допити неповнолітніх у ранкові години, коли підлітки найменш емоційно збуджені і не

¹⁴³ Гошовська Ю. Допит неповнолітніх у кримінальному провадженні на стадії досудового розслідування. *Национальный юридический журнал: теория и практика*. 2016. №1/2(18). С.131.

¹⁴⁴ Порубов Н.И. Тактика допроса на предварительном следствии: учеб. Пособие. Москва: БЕК, 1998. С.150.

¹⁴⁵ Арямов И.А. Особенности детского возраста. Москва: Учпедгиз, 1953. С.14.

¹⁴⁶ Еникеев М.И., Черных Э.А. Психология допроса: учебное пособие. Москва: ВЮЗИ, 1990. С.56.

стомлені¹⁴⁷. Психологи стверджують, що організація свідомості пов'язана з добовими ритмами мозку (максимальний рівень досягається через 3 і 10 годин після пробудження, у цей час у людини з'являється найбільша працездатність)¹⁴⁸.

Якщо допит неповнолітнього не закінчився до 22 годин, то необхідно зробити перерву до ранку. Вітчизняний законодавець у виняткових випадках допускає можливість проведення слідчих дій вночі (у тому числі й за участі неповнолітніх) – ч.4 ст.223 КПК України. В цьому плані більш виправданим видається рішення законодавця Казахстану, який дозволяє проводити допити неповнолітніх підозрюваних, обвинувачених тільки «в денний час доби» (ч.2 ст.535 КПК Республіки Казахстан)¹⁴⁹.

Якщо неповнолітній підозрюваний /обвинувачений молодший 16 років або є розумово відсталим (факт розумової відсталості повинен бути констатований у висновку психологічної чи психолого-психіатричної експертизи), то за рішенням слідчого, прокурора, слідчого судді чи суду або за клопотанням захисника має бути забезпечено участь законного представника, психолога чи педагога, а за необхідності – й лікаря.

До початку допиту неповнолітнього підозрюваного, обвинуваченого законному представнику, педагогу, психологу, лікарю слід роз'яснити їх право ставити такому неповнолітньому запитання. У ч. 2 ст.491 КПК йдеться про те, що слідчий, дізнавач та прокурор вправі відвести запитання, але при цьому відведене запитання повинно бути занесене до протоколу. Вочевидь, аналогічним правом на відведення запитання повинен користуватися й суддя /слідчий суддя.

Наразі відсутнє чітке регулювання усіх питань, що пов'язані із участю у кримінальному провадженні педагога. Законодавець прямо не визначає функцію педагога, не розкриває, кого ж слід розуміти під даним суб'єктом.

¹⁴⁷ Гуковская Н.И., Долгова А.И., Миньковский Г.М. Расследование и судебное разбирательство дел о преступлениях несовершеннолетних. Москва: Юридическая литература, 1974. С.88; Тетюев С.В. Использование педагогических и психологических знаний в производстве по уголовным делам с участием несовершеннолетних /под ред. докт. юрид. наук, проф. А.В. Кудрявцевой. Москва: Юрлитинформ, 2009. С.161.

¹⁴⁸ Еникеев М.И. Общая и юридическая психология: учебник в 2ч.Ч.1. Общая психология. Москва: Юридическая литература, 1996. С.96, 103, 384.

¹⁴⁹ Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан: Закон Республики Казахстан от 04 июля 2014 г. №231-V ЗРК. URL.:https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31575852.

Окремими фахівцями висловлюється точка зору, згідно якої слідчий здатен і сам впоратися із отриманням правдивих відомостей від неповнолітнього підозрюваного без будь-чиєї допомоги (педагога зокрема).

Деякі дослідники зазначають, що присутність на допиті (як, зрештою, й при проведенні інших слідчих дій) сторонніх осіб «сковує» допитуваного, не сприяє створенню довірливої атмосфери. Неповнолітні за присутності знайомого педагога часто соромляться, не хочуть показати себе з негативної сторони у його присутності. Іноді й самі педагоги почувають себе незручно - адже для них незвичною є участь у допиті неповнолітнього.

Але доцільність участі педагога в ході кримінального провадження за участі неповнолітнього підозрюваного /обвинуваченого визначається тим, що педагог при цьому виконує виховну функцію. До того ж, педагог повинен сприяти реалізації законних інтересів та прав неповнолітнього. Доводиться констатувати, що інколи працівники органів, що ведуть кримінальний процес, ставляться до участі педагога формально. Це є приводить до того, що така його участь зводиться до присутності як пасивного спостерігача.

Деякі фахівці у сфері кримінального процесу вважають, що педагог бере участь у кримінальному провадженні не тільки з метою налагодження психологічного контакту з дитиною, але й є гарантом забезпечення прав неповнолітнього (тобто виконує правозахисну функцію). Але на педагога не можна покладати виконання невластивих йому функцій (зокрема, й захист інтересів інших осіб). Це обов'язок інших суб'єктів кримінального процесу – захисника та законного представника.

Головною функцією педагога при провадженні слідчих дій є встановлення контакту з дитиною, забезпечення оптимального емоційного стану з неповнолітнього. Не виключено також, що допомогу педагога можна використати при складенні протоколі слідчих дій задля детальної фіксації мови неповнолітнього.

Важливим питанням при проведенні слідчих дій за участі неповнолітнього є питання про те, чи знайомого /незнайомого неповнолітньому педагога викликати для проведення даної слідчої дії. З даної проблематики

однозначних рекомендацій не напрацьовано. Мабуть, варто запрошувати педагога, котрий здатен позитивно вплинути на допитуваного, користується його повагою, може сприяти встановленню комунікативного контакту¹⁵⁰. Як видається, педагог, що бере участь у кримінальному провадженні, повинен мати досвід роботи не з будь-якими дітьми, а саме того віку, до якого належить допитуваний підліток¹⁵¹.

Проте існує й інша позиція, згідно якої педагога не обов'язково слід обирати з-поміж осіб, відомих неповнолітньому. Це питання потрібно вирішувати виходячи з конкретних обставин провадження. Іноді, навпаки, присутність знайомого педагога при провадженні слідчих дій дисциплінує підлітка та позбавляє його можливості давати завідомо неправдиві показання. Завдання педагога – допомогти дитині подолати почуття страху та сорому, налаштувати його на повідомлення правдивої процесуально значущої інформації. Із знайомим педагогом, зазвичай, легше встановити контакт. Педагога при проведенні слідчих дій варто залучати за наявності даних про наявність у підлітка психофізичних аномалій, внаслідок яких він є замкнутим, складно контактує.

А тому запрошення для проведення слідчих дій незнайомого педагога (який для неповнолітнього підозрюваного /обвинуваченого буде геть чужою людиною) часто буває недоцільним. Знайомий же педагог, навпаки, може допомогти у встановленні контакту з дитиною, подоланні її замкнутості.

Загального правила тут нема, та й не може бути. Підходити до вирішення цього питання потрібно дуже індивідуально. Одні неповнолітні можуть некомфортно себе почувати за присутності знайомих педагогів; натомість інші легко з ними контактують. При допиті неповнолітніх у провадженнях про кримінальні правопорушення проти статевої свободи та недоторканості видається бажаним залучення педагогів однієї із ними статі. Знічення, яке відчують неповнолітні в ході такого допиту за присутності осіб

¹⁵⁰ Романюк В.В. Деякі особливості допиту неповнолітнього підозрюваного у кримінальному провадженні. Право і безпека. 2016. №4. С.83. URL.:<https://core.ac.uk/download/pdf/187222284.pdf>.

¹⁵¹ Курс уголовного судопроизводства: Учебник: В 3т. /под ред. В.А. Михайлова. Москва: Изд.-во Московского психолого-социально ин-т: Воронеж: НПО «МОДЭК», 2006. Т.3. С.23; Скичко О.Ю. Тактико-психологические основы допроса несовершеннолетних свидетелей и потерпевших на предварительном следствии /под ред. В.И. Комисарова. Москва: Юрлитинформ, 2006. С.106-107.

іншої статі, не тільки може негативно відобразитися на повноті показань, але й заподіяти їм моральну травму.

Педагог як учасник слідчої дії не обов'язково повинен мати педагогічну освіту. Наприклад, на думку деяких авторів, педагог може і не мати педагогічної освіти (керівник гуртка, дворового клубу, тренер), але йому повинен довіряти неповнолітній¹⁵². Тому доцільно саме поняття «педагог» в кримінальному процесі тлумачити більш широко, ніж це зазвичай прийнято.

Участь педагога у слідчих діях за участі неповнолітнього підозрюваного /обвинуваченого, особи, щодо якої вирішується питання про застосування примусових заходів виховного характеру, не виключає участі й психолога. Передусім, психолог (фахівець у галузі підліткової психології) може бути залучений в ході допиту для допомоги у вирішенні питань, що пов'язані з психічними особливостями, для вирішення питання про визначення ступеня усвідомленості вчинення ним юридично значимих діянь та можливого керування ними, здатності особи правильно сприймати факти оточуючої дійсності, запам'ятовувати та відтворювати певну інформацію, для вирішення питання про призначення судово-психіатричної чи судово-психологічної експертизи.

До неповнолітнього підозрюваного, обвинуваченого може бути застосовано один із запобіжних заходів, передбачених КПК. Застосовуючи до неповнолітнього запобіжний захід, окрім загальних підстав, потрібно ще й враховувати його психологічні та вікові особливості.

У ст.37 Конвенції про права дитини вказано, що арешт, затримання чи тюремне ув'язнення дитини має використовуватися як крайній захід та протягом найкоротшого періоду¹⁵³. Відповідно до п. 13.2 Пекінських правил, тримання під вартою до судового розгляду за можливості слід замінити іншими

¹⁵² Лившиц Ю.Д., Кудрявцева А.В. Вопросы использования специальных познаний в уголовном процессе. Челябинск: НТЦ НИИОГР, 2001. С.14; Комаров В.К. Психологические и тактические особенности расследования преступлений несовершеннолетних: автореф. дис. ...канд. юрид. наук. /Свердловск: СЮИ, 1972. С.13; Тетюев С.В. Использование педагогических и психологических знаний в производстве по уголовным делам с участием несовершеннолетних /под ред. докт. юрид. наук, проф. А.В. Кудрявцевой. Москва: Юрлитинформ, 2009. С.166.

¹⁵³ Конвенція про права дитини: резолюція 50/55 Генеральної Асамблеї ООН від 20 листопада 1989 р. URL.: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_021#Text.

альтернативними заходами¹⁵⁴. У ч.2 Закону «Про охорону дитинства», затримання й арешт неповнолітніх потрібно застосовувати як винятковий захід у випадку та в порядку, передбаченого законом. Про затримання дитини потрібно без зволікань повідомити батьків чи осіб, котрі їх замінюють, а також органи прокуратури. Утримання дитини в одному приміщенні з повнолітніми затриманими, заарештованими чи засудженими заборонено¹⁵⁵.

Підстави затримання неповнолітнього ті ж самі, що й для дорослих. Особливо обережно та виважено потрібно приймати рішення про застосування до дитини запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою. Цей запобіжний захід може бути застосовано тільки у виняткових випадках, коли це зумовлено тяжкістю злочину, у вчиненні якого підозрюється дитина. При цьому вимоги закону застосувати тримання під вартою до неповнолітнього у виключних випадках не означає застосування цього запобіжного заходу якомога рідше. Сенс відповідного положення полягає у тому, аби в кожному випадку забезпечити особливу обережність у вирішенні питання про взяття під варту підлітка. При цьому необхідно, аби тримання під вартою за наявних умов було єдиною можливістю заходом¹⁵⁶.

З огляду на тяжкість вчиненого кримінального правопорушення та конкретні обставини провадження, особу неповнолітнього, умови його виховання та життя, взаємовідносини із законними представниками, здатність останніх забезпечити належний контроль за поведінкою дитини, суд може передати неповнолітнього під їх нагляд, а осіб, котрих виховують в дитячій установі - під нагляд адміністрації такої установи (ст.493 КПК України).

Таке рішення суд може прийняти, тільки попередньо переконавшись у тому, що відповідні особи спроможні забезпечити належну поведінку неповнолітнього та його з'явлення до органів, що ведуть кримінальний процес.

¹⁵⁴ Мінімальні стандартні правила ООН, що стосуються здійснення правосуддя щодо неповнолітніх («Пекінські правила») від 29.11. 1985 р. URL.: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_211#Text.

¹⁵⁵ Про охорону дитинства: Закон України від 26 квітня 2001 року. URL.: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2402-14#Text>.

¹⁵⁶ Ченцова Л.В. Особенности уголовно-процессуального производства по делам несовершеннолетних, не являющихся субъектами уголовной ответственности: дисс. ...канд. юрид. наук: 12.00.09 /Московская академия МВД России. Москва, 2002. С.119.

Передавання неповнолітнього під нагляд можливе лише за згоди на це відповідних осіб та згоди самого неповнолітнього підозрюваного /обвинуваченого.

Спеціальними установами, в яких виховують неповнолітніх, є: а) приймальники-розподільники для дітей органів Національної поліції, б) школи соціальної реабілітації, професійні училища соціальної реабілітації органів освіти, в) центри медико-соціальної реабілітації дітей закладів охорони здоров'я, г) спеціальні виховні установи Державної кримінально-виконавчої служби; г) дитячі притулки; д) центри соціально-психологічної реабілітації дітей, е) дитячі містечка (соціально-реабілітаційні центри)¹⁵⁷.

При вирішенні питання про передавання дитини під нагляд, суд повинен роз'яснити особам, яким вона передається, про можливість застосування до них грошового стягнення за порушення зобов'язання (у розмірі від 2 до 5 розмірів мінімальної зарплати).

У кожному випадку, коли кримінальне правопорушення вчинене водночас і неповнолітнім, і дорослим, суд повинен розглянути питання про доцільність виділення провадження стосовно неповнолітнього (ст.494 КПК України).

Слід зауважити, що закон передбачає лише обов'язкове з'ясування можливості виділення в окреме провадження щодо неповнолітнього, а не обов'язкове його виділення. Виділення неможливе, коли це негативно позначиться на повноті та об'єктивності дослідження обставин кримінального правопорушення

Метою виділення кримінального провадження є не стільки уникнення негативного впливу з боку дорослого співучасника (хоча якщо дитина була втягнута в злочинну діяльність, то негативного впливу вона уже зазнала, а роздільний судовий розгляд чи досудове розслідування навряд чи зможе цьому істотно перешкодити), а, передусім, виконання вимоги засади розумності строків провадження щодо неповнолітнього (адже згідно ч.4 ст.28 КПК

¹⁵⁷ Про органи і служби у справах дітей та спеціальні установи для дітей. Закон України від 24 січня 1995 р. №20/95-ВР. URL.: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/20/95-%D0%B2%D1%80#Text>.

України, кримінальне провадження щодо неповнолітнього повинно бути здійснено невідкладно і розглянуто в суді першочергово).

Виділення в окреме провадження можливе тільки під час досудового розслідування (бо роздільне провадження в суді не буде сприяти всебічності та повноті дослідження обставин вчиненого кримінального правопорушення та ролі у ньому дитини).

У постанові про виділення досудового розслідування щодо неповнолітнього слід вказати підстави прийняття такого рішення. Відповідне рішення може бути прийняте прокурором, в межах територіальної юрисдикції якого було вчинене останнє кримінальне правопорушення (ч.5 ст. 217 КПК України).

Якщо в залі судового засідання (причому, як під час відкритого, так і під час закритого судового розгляду) досліджуватимуться обставини, що, ймовірно, можуть негативно вплинути на неповнолітнього обвинуваченого, то суд на час дослідження таких обставин може видалити його із залу суду (ст.495 КПК України). Ініціативу щодо прийняття цього рішення може проявити як суд, так й інші учасники судового розгляду. Після того, як неповнолітній обвинувачений повернеться до зали суду, йому надають можливість ознайомитися з доказами, що були досліджені за його відсутності та давати щодо них пояснення.

Хоча законодавець говорить про можливість видалення із зали суду лише неповнолітнього обвинуваченого (щоб певні обставини провадження на нього негативно не впливали), але, за аналогією, таке рішення може бути прийняте і щодо неповнолітнього, який не є обвинуваченим та щодо якого вирішується питання про застосування примусових заходів виховного характеру.

Про місце й час розгляду справи за участі неповнолітнього обвинуваченого суд має повідомити уповноважений підрозділ органів Нацполіції та відповідну службу у справах дітей (ст.496 КПК України). Тим самим суд повідомляє їх про їхнє право бути учасником певного судового провадження.

Зазначені представники вправі: висловлюватися щодо найдоцільніших заходів з метою перевиховання обвинуваченого, ставити запитання неповнолітньому обвинуваченому (та його законним представникам), потерпілому, експерту, спеціалісту, свідкам, заявляти клопотання

Якщо ж відповідні представники з якихось причин у судове засідання не з'явилися, то провадження може здійснюватися і без їх участі. За потреби суд вправі викликати представників цієї служби та підрозділу органів Національної поліції для допиту їх як свідків.

Якщо дитину вперше обвинувачують у вчиненні кримінального проступку чи необережного нетяжкого злочину і в ході досудового розслідування прокурор прийшов до висновку, що її виправлення можливе без застосування покарання, він надсилає до суду клопотання про застосування до неповнолітнього примусових заходів виховного характеру (ст.497 КПК України).

Таке клопотання може бути складено і надіслано до суду лише тоді, коли неповнолітній обвинувачений і його захисник згодні із цим.

Встановлення можливості виправлення дитини шляхом застосування до неї примусових заходів виховного характеру є вирішальним для прийняття рішення про закриття кримінального провадження. Така обставина передбачає оцінку діяльності суду, викликає складнощі у правозастосувачів. Деякі дослідники пов'язують можливість виправлення з окремим елементом ризику. Висновок про можливість виправлення дитини носить прогностичний характер. Достовірність передбачення поведінки залежить від детальності встановлення та аналізу усіх ознак, котрі характеризують обставини провадження в сукупності (особливості діяння та його мотивацію, ступінь участі особи у кримінальному правопорушенні тощо), дані про особу.

Встановлення можливості виправлення дитини за допомогою примусових заходів виховного характеру відбувається через доказування різноманітних обставин. Як правило, про це може свідчити відсутність у минулому судимості, належна поведінка в побуті, прагнення відшкодувати завдану шкоду. І, навпаки, на неможливість перевиховання та виправлення цієї

особи можуть вказувати наявність в особи стійких антисоціальних звичок, котрі можуть провокувати антисуспільну поведінку (зокрема, вживання наркотичних засобів, пияцтво).

Можливість виправлення неповнолітнього без ізоляції від суспільства залежить від обставин, що характеризують особу дитини та вчинене нею діяння, а також від наявності здорової сімейної та побутової обстановки, обстановки в навчальному чи трудовому колективі.

Найповніше уявлення про особу дає з'ясування обставин, що пом'якшують чи обтяжують покарання (ст.66, 67 КК України). Ці обставини формально не повинні впливати на прийняття судом рішення про закриття кримінального провадження щодо неповнолітнього із застосуванням примусових заходів виховного характеру. Але фактично чимало із них (наприклад, вчинення кримінального правопорушення внаслідок збігу тяжких сімейних, особистих чи інших життєвих обставин, вагітність, неповноліття винного) все ж враховуються судом при оцінці зібраних фактичних даних та свідчать на користь можливого /неможливого виправлення дитини без покарання.

Деякі дослідники обстоюють позицію про неприпустимість закриття кримінального провадження стосовно неповнолітнього, якщо той не визнає себе винним – бо визнання вини є необхідною умовою для висновку про можливе виправлення та перевиховання без застосування покарання¹⁵⁸. Я погоджуюся з такою позицією, адже відсутність щирого розкаяння свідчить про небажання виправлення.

Провадження по застосуванню примусових заходів виховного характеру і справа з обвинувальним актом про притягнення до відповідальності особи, з якою неповнолітній вчинив кримінальне правопорушення, можуть бути вирішені в одному провадженні.

Якщо матеріали провадження щодо дитини надійшли до суду з обвинувальним актом, але в ході судового розгляду прокурор (в порядку ст.338

¹⁵⁸ Чувилев А. Новые основания прекращения уголовного дела в отношении и несовершеннолетнего. Законность. 1999. №2. С.22; Косова С.А. Прекращение уголовного дела в отношении несовершеннолетнего в связи с применением принудительных мер воспитательного характера: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 /Омская академии. Омск. С.109.

КПК) змінює обвинувачення із перекваліфікацією його дій (за якими дитина у зв'язку із недосягненням віку, передбаченого ст.22 КК України, не може бути притягненою до кримінальної відповідальності), і, водночас, ставить питання про застосування до неповнолітнього примусових заходів виховного характеру, а потерпілий (чи його представник) виступає проти цього і підтримує обвинувачення в раніше пред'явленому обсязі, суд має в загальному порядку продовжити розгляд справи і провести дебати. За недоведеності обвинувачення в повному обсязі, але наявності в діях неповнолітнього ознак іншого кримінального правопорушення, суб'єктом якого він за віком все ж бути не може, суд (на підставі ч.2 ст.97 КК) приймає рішення про застосування до нього примусових заходів виховного характеру.

До числа керівних міжнародно-правових принципів слід віднести більш широке застосування до підлітків, які вчинили кримінальні правопорушення, заходів кримінально-правового характеру, альтернативних позбавленню свободи (що здатні «повернути» правопорушника в суспільство, захистити від негативного впливу тюремного середовища та які ґрунтуються на раціональних педагогічних ідеях).

Перевагою примусових заходів виховного характеру є те, що вони надають кращі (порівняно із заходами кримінального покарання) умови для розвитку позитивних якостей особи.

Примусові заходи виховного характеру можуть бути застосовані лише до неповнолітнього. Вони застосовуються не тільки за умови вчинення особою, яка після досягнення 11 років та до досягнення віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, вчинила суспільно небезпечне діяння (ст.495 КПК), але й якщо під час постановлення ухвали про застосування цих заходів особа перебувала в неповнолітньому віці¹⁵⁹. Якщо неповнолітній не досягнув 11-річного віку, то провадження підлягає закриттю.

Примусові заходи виховного характеру застосовують у таких випадках:

1) при постановленні судом рішення про звільнення дитини від кримінальної відповідальності на підставі ч.1 ст.97 КК України;

¹⁵⁹ Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 12 квітня 2018 р. (справа №198/8/17). URL.:<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73438119>.

2) до особи, котра вчинила суспільно небезпечне діяння до досягнення віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність (ч.2 ст.97 КК України);

3) при звільненні неповнолітнього від покарання згідно ч.1 ст.105 КК України.

Передбачений у ч.2 ст.105 КК України перелік примусових заходів виховного характеру є вичерпним.

Застереження (п.1 ч.2 ст.105 КК України) є найбільш м'яким примусовим заходом виховного характеру і полягає у роз'ясненні неповнолітньому суті завданої ним шкоди та її наслідків вчиненого ним діяння. Таке роз'яснення здійснюється усно. Після цього у дитини варто взяти письмове зобов'язання, у якому зазначити, що їй зрозуміла суть попередження. Зобов'язання варто скріпити підписом неповнолітнього та особи, яка таке попередження здійснила. Застереження має здійснюватися у залі суду, про що слід зробити відмітку у журналі судового засідання. Застереження доцільно застосовувати тоді, коли неповнолітній повністю усвідомив вчинене та розкаявся, а заподіяна ним шкода є мінімальною. На практиці такий примусовий захід виховного характеру застосовується, як правило, одночасно з іншими примусовими заходами виховного характеру. Існуюча тенденція свідчить, і що судами, фахівцями цей захід сприймається як низькоефективний, такий, що не вчиняє належного впливу на неповнолітнього правопорушника¹⁶⁰. Якщо неповнолітній розкаявся - то доцільніше застосовувати звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з дієвим каяттям (який є безумовним та пріоритетним щодо неповнолітнього)¹⁶¹.

Обмеження дозвілля й встановлення особливих вимог до поведінки неповнолітнього (п.2 ч.2 ст.105 КК України) є одним із найбільш серйозних та ефективних примусових заходів виховного характеру. Обмеження дозвілля й встановлення особливих вимог до поведінки можуть передбачати заборону

¹⁶⁰ Бурлака С.А. Принудительные меры воспитательного воздействия и их реализация в деятельности органов внутренних дел: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 /Санкт-Петербургский юридический институт Генеральной прокуратуры Российской Федерации. Санкт-Петербург, 2005. С.97.

¹⁶¹ Угольников Н.В. Прекращение уголовного дела в отношении несовершеннолетнего с применением принудительных мер воспитательного воздействия: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.09/ Московская академия МВД России. Москва, 2000. С.29-30.

відвідування неповнолітнім певних місць, використання певних форм дозвілля, обмеження перебування поза домом в певний час доби чи виїзду в іншу місцевість. Неповнолітньому може бути поставлена вимога повернутися в освітню установу. Звісно, цей перелік особливих вимог приблизний і невичерпний. Вимоги щодо поведінки неповнолітнього повинні бути чіткими, конкретизованими судом (наприклад, не можна вимагати від дитини «ідеальної поведінки», «поваги до дорослих» тощо). Обмеження дозвілля й встановлення особливих вимог до поведінки неповнолітнього буде дієвим тоді, коли дитина буде позбавлена спілкування із середовищем, що негативно на неї впливало.

Із урахуванням особи неповнолітнього, доцільним є застосування в рамках обмеження дозвілля та встановлення особливих вимог до поведінки підлітків таких заходів як:

- пред'явлення вимоги повернення в навчальний заклад;
- обмеження перебування поза домом в певний час (що може виключити непотрібне спілкування з неформальним оточенням та, як наслідок, втягнення у злочинні групи);
- заборона відвідування певних місць (що теж допоможе виключити чи мінімізувати негативний вплив мікросередовища на неповнолітнього).

Передача неповнолітнього під нагляд (п.3 ч.2 ст.105 КК України), як правило, застосовується за наявності у дитини обох батьків й встановленні факту, що підліток не вийшов з-під їхнього контролю. При застосуванні даного заходу потрібно враховувати характеристику самих батьків (або осіб, що їх замінюють) з місця роботи або проживання. Цей захід варто застосовувати щодо неповнолітніх із «повних» сімей та тоді, коли батьки чи інші законні представники здатні позитивно впливати на дитину¹⁶². Застосування вказаного примусового заходу виховного характеру не дає батькам (чи іншим особам) щодо неповнолітнього жодних додаткових прав, яких вони не мали, виходячи з норм сімейного права. І хоча закон не вимагає згоди законних представників як умови застосування даного заходу, його застосування без такої згоди

¹⁶² Андриянова О.Ю. Особенности судопроизводства по уголовным делам о преступлениях несовершеннолетних: дисс. канд. юрид. наук: 12. 00.09 /Владимирский юридический институт Федеральной службы исполнения наказаний. Владимир, 2006. С.131.

недоцільне. Бо у протилежному випадку вказаним заходом не буде досягнуто бажаного позитивного результату. Якщо ж батьки чи особи, які їх замінюють, не спроможні взяти обов'язки по нагляду чи належно виконати ці обов'язки, неповнолітнього можна передати під нагляд педагогічному чи трудовому колективу (або застосувати інший примусовий захід виховного характеру).

Передавання неповнолітнього під нагляд батькам (або особам, які їх замінюють) їх батьківських обов'язків актом суду насправді зводяться до процедури, яка не має в своєму змісті ніякого правового рішення. Виховання дітей є обов'язком батьків. Для цього не вимагається спеціального рішення суду. Вважаю, що покладення на батьків чи осіб, які їх замінюють, обов'язків по виховному впливу на неповнолітнього є формальною нормою, яка повинна бути виключена із переліку примусових заходів виховного характеру.

Водночас виходячи із вимог законодавства вважаю, що призначаючи такий захід, суд повинен враховувати можливості особи, якій доручено здійснювати нагляд за неповнолітнім. Суддя повинен з'ясувати характер стосунків неповнолітнього обвинуваченого з батьками, умови його проживання, як характеризуються батьки за місцем роботи, чи благополучна сім'я підлітка. Цей вид примусового заходу виховного характеру не може бути застосований до неповнолітніх, які перебувають у шлюбі. Таке обмеження зумовлене тим, що згідно положень Сімейного кодексу, батьківські права й обов'язки припиняються при вступі неповнолітніх у шлюб.

Покладення на неповнолітнього, який досяг 15-річного віку і має кошти, майно чи заробіток, обов'язку відшкодування завданих майнових збитків (п.4 ч.2 ст.115 КК України) також є одним із ефективних примусових заходів виховного характеру. В юридичній літературі іноді висловлюють міркування, що обов'язковою умовою цього заходу є наявність у потерпілого істотних майнових збитків. Таке твердження не відповідає чинному законодавству. Зрештою, якщо виходити із сказаного, то термін «істотні збитки» є оцінним та потребує певних критеріїв його встановлення правозастосувачем.

Розмір шкоди, загладжування якої можна покласти на неповнолітнього, законодавцем не обмежено. Варто звернути увагу на безстроковий характер

аналізованої норми. Це не сприяє її ефективному застосуванню та позбавляє можливості проконтролювати виконання та довести невиконання дитиною аналізованого примусового заходу виховного характеру. Тому судам при застосуванні даного заходу, при покладенні на неповнолітнього обов'язку відшкодування завданої шкоди варто із урахуванням об'єктивної ситуації встановлювати реальні строки його виконання. Найбільш оптимальним строком застосування даного заходу є один-два роки. Протягом цього часу можна більш-менш достовірно зробити висновок про відшкодування дитиною завданою нею шкоди, про можливість її виправлення або про її намагання ухилитися від виконання примусового заходу виховного характеру¹⁶³.

Також законодавцю було б передбачити можливість для неповнолітнього загладжування заподіяної шкоди і власною працею, власними зусиллями – це якраз і переслідуватиме виховну мету. Окрім того, варто було б передбачити також можливість відшкодування неповнолітнім не лише майнових збитків, але й моральної (немайнової) шкоди, завданої потерпілому.

Найбільш суворим примусовим заходом виховного характеру, є направлення неповнолітніх до спеціальної навчально-виховної установи для дітей і підлітків до його виправлення але, у будь-якому, разі на строк, що не перевищує 3-х років) – п.5 ч.2 ст.105 КК України. Направлення неповнолітніх судами до спеціальних навчально-виховних установ повинно відбуватися із урахуванням особистості правопорушника, його індивідуальності. Це узгоджується з правилом 17.1 Пекінських правил.

Поміщення дитини до спеціальної навчально-виховної установи є дієвим заходом виховного характеру, який дозволяє забезпечити індивідуальну роботу з неповнолітніми, які вчинили суспільно-небезпечні діяння без їх згоди та без згоди їх батьків (інших законних представників), що особливо важливе у тих випадках, коли законні представники ведуть асоціальний спосіб життя і заперечують щодо направлення дітей до спеціалізованої реабілітаційної установи.

¹⁶³ Навроцька В.В. Закриття провадження щодо неповнолітніх із застосуванням примусових заходів виховного характеру. *Засади функціонування кримінальної юстиції: збірник тез Всеукраїнської заочної науково-практичної конференції* (м. Хмельницький, 15 травня 2020 р.). Хмельницький: Хмельницький університет управління та права імені Леоніда Юзькова. С.14.

В ході досудового розслідування обов'язково слід проводити медичний огляд кожного неповнолітнього обвинуваченого згідно Інструкції про медичне обстеження дітей і підлітків, які направляються до загальноосвітніх шкіл та професійних училищ соціальної реабілітації для дітей і підлітків, які потребують особливих умов виховання¹⁶⁴.

Якщо у матеріалах провадження є й інші підстави для звільнення дитини від кримінальної відповідальності, що за правовими наслідками (зокрема, передбачені ст.ст.45-49 КК України) є сприятливішими для її інтересів, мають бути обрані саме ці підстави¹⁶⁵. При цьому слід виходити із того, що за конкуренції положень Кримінального кодексу, якими передбачено види звільнення неповнолітнього від відповідальності, матимуть ті, що передбачають: обов'язкові види звільнення – над факультативними, безумовні – над умовними, без застосування умовного строку – над тими, де цей строк встановлено¹⁶⁶.

Якщо неповнолітній ухиляється від застосування до нього примусового заходу виховного характеру, то, згідно ч.3 ст.97 КК України, це може бути підставою для скасування відповідного рішення суду. Хоча порядок такого скасування у КПК не передбачено, але це не повинно зупиняти правозастосувачів - застосування закону за аналогією ніхто не відміняв¹⁶⁷.

У ч.1 ст.502 КПК України передбачено можливість дострокового звільнення неповнолітнього, чия поведінка свідчить про перевиховання, від застосованого до нього примусового заходу виховного характеру. Незважаючи на те, що вказана стаття міститься у §2 Глави 38, яка стосується застосування примусових заходів виховного характеру до дітей, що не досягли віку, з якого

¹⁶⁴ Інструкція про медичне обстеження дітей і підлітків, які направляються до загальноосвітніх шкіл та професійних училищ соціальної реабілітації для дітей і підлітків, які потребують особливих умов виховання: Наказ Міністерства охорони здоров'я від 05.05.1997 р. №137/131. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0328-97#Text>.

¹⁶⁵ Кримінальний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар /за заг. ред. В.Г. Гончаренка, В.Т. Нора, М.С. Шумила. Київ: Юстиніан, 2012. С.1019.

¹⁶⁶ Навроцька В. Конкуренція між нормами Кримінального кодексу України при вирішенні питання про звільнення від кримінальної відповідальності неповнолітніх. *Соціально-правові студії*. 2021. Випуск 1. С.103-109

¹⁶⁷ Навроцька В.В. Взаємозв'язки та колізії норм кримінального та кримінального процесуального кодексів України. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2016. №1. С.250.

настає кримінальна відповідальність, видається, що такий вид заохочення варто застосовувати і до дітей більш старшого віку.

Аналіз судової практики з питань дострокового звільнення неповнолітнього від застосування примусового заходу виховного характеру у вигляді направлення до спеціальної навчально-виховної установи для дітей і підлітків свідчить про те, що іноді таке рішення приймається без участі самого неповнолітнього, його законного представника, захисника, представника відповідного навчального закладу¹⁶⁸. Такий підхід, звісно ж, суперечить основним засадам кримінального провадження – зокрема, безпосередності дослідження доказів, забезпечення права на захист. А тому виправданою видається зовсім інша позиція суддів з цього приводу¹⁶⁹.

У провадженнях щодо неповнолітніх строки досудового розслідування повинні перебувати в межах, передбачених ст.219 КПК України. Але слідчим та прокурором повинно бути враховано, що згідно ст.40 Конвенції про права дитини, будь-яке рішення стосовно неповнолітнього слід невідкладно приймати судовим органом¹⁷⁰. Це ж означає, що й досудове розслідування стосовно дитини теж потрібно завершити у найкоротший строк (аби суд міг виконати вимоги зазначеної Конвенції).

Вимога забезпечення швидкого розгляду кримінальних проваджень щодо неповнолітніх підозрюваних /обвинувачених міститься у багатьох міжнародних документах. У ст.40 Конвенції про права дитини однією із гарантій прав неповнолітнього деліквента є право на «невідкладне прийняття рішення із розглядуваного питання компетентним, незалежним та неупередженим органом». У ст.20 Пекінських правил підкреслено важливість

¹⁶⁸ Ухвала Петрівського районного суду Кіровоградської області від 16 березня 2018 року (справа №400/199/18). URL.: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/72772396>; ухвала Петрівського районного суду Кіровоградської області від 29 липня 2021 року (справа №941/858/21). URL.: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/98698713>; ухвала Петрівського районного суду Кіровоградської області від 31 липня 2018 року (справа №400/804/18). URL.: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/75613393>.

¹⁶⁹ Ухвала Оріхівського районного суду Запорізької області від 11.09.2020 р. (справа №323/2199/20). URL.: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91485461>; ухвала Оріхівського районного суду Запорізької області (справа №20). URL.: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/48793506>; ухвала Охтирського міськрайонного суду Сумської області від 12 грудня 2016 року (справа №583/3476/16-к). URL.: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/63353390>; ухвала Охтирського міськрайонного суду Сумської області від 22 вересня 2014 року (справа №583/2983/14-к). URL.: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/40563882>.

¹⁷⁰ Конвенція про права дитини: резолюція 50/55 Генеральної Асамблеї ООН від 20 листопада 1989 р. URL.: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_021#Text.

здійснення провадження щодо неповнолітніх «швидко, без зайвих зволікань». Відповідно до ст.17 Правил ООН, що стосуються захисту неповнолітніх, позбавлених свободи, «слідчі органи повинні приділяти першочергову увагу швидкому розгляду справ, аби період утримання під арештом був якнайменш тривалим». Аналогічний підхід відображено і в вітчизняному КПК. Там зазначено, що кримінальне провадження стосовно неповнолітнього слід здійснювати невідкладно і розглядати в суді першочергово (ч.4 ст.28 КПК України).

На засідання суду потрібно викликати законного представника неповнолітнього обвинуваченого. Проте його неявка не перешкоджає розгляду справи. Як уже зазначалося, у виключних випадках, коли участь такого представника здатна завдати шкоди інтересам представляваної дитини, суд мотивованим рішенням повинен або обмежити її участь у якійсь частині судового розгляду або повністю усунути цю особу від участі у кримінальному провадженні і замінити іншим законним представником.

У випадках, передбачених ст.27 КПК України, можливий закритий розгляд справ зазначеної категорії.

Про місце та час розгляду справи про застосування примусового заходу виховного характеру суд повинен повідомити службу у справах дітей та уповноваженого підрозділів органу Нацполіції – якщо вони з'явилися або були викликані в судові засідання (ст.500 КПК України). У судовому засіданні представники цих органів висловлюють, зокрема, й міркування про те, який примусовий захід виховного характеру у конкретному випадку буде найдієвішим.

Якщо провадження у суді здійснюється стосовно неповнолітнього, щодо якого одночасно надійшло і клопотання про застосування примусового заходу виховного характеру, і обвинувальний акт про вчинення цим неповнолітнім кримінального правопорушення, суд має право об'єднати ці провадження в єдине та ухвалити два процесуальні документи: а) ухвалу про застосування чи, навпаки, про незастосування до дитини примусового заходу виховного характеру - за результатами розгляду відповідного клопотання; б) і вирок або

інше рішення, наприклад, ухвалу про звільнення від кримінальної відповідальності - за результатами розгляду обвинувального акту. При цьому постановлені рішення не повинні суперечити один одному; їх потрібно виконувати окремо.

Також суд може об'єднати в єдине декілька кримінальних проваджень стосовно одного неповнолітнього: ті, котрі надійшли від прокурора (в порядку передбаченому ст.497 КПК України) із клопотанням про застосування примусових заходів виховного характеру й справи з обвинувальним актом про вчинення кримінального проступку чи необережного нетяжкого злочину та ухвалити спільний процесуальний документ – ухвалу про звільнення неповнолітнього від кримінальної відповідальності за усі вчиненні ним кримінальні правопорушення із застосуванням до нього примусових заходів виховного характеру або два процесуальні документи - ухвалу щодо застосування таких заходів та вирок чи інше рішення щодо тих діянь, у разі вчинення яких застосування примусових заходів виховного характеру щодо нього неможливе чи недоцільне.

Підсумовуючи, слід вказати, що вступ України до Ради Європи покладає на неї зобов'язання по удосконаленню судової системи, по подоланню наявних прогалин у законодавстві (у тому числі й тих, що стосуються належного забезпечення інтересів неповнолітніх при здійсненні кримінального провадження), по приведенню національного законодавства у відповідність до норм та принципів міжнародного гуманітарного права.

Особливості кримінального процесу у справах неповнолітніх пов'язані з тим, що він одночасно реалізує два завдання: підвищений захист прав неповнолітніх та кримінальне переслідування. Підвищений захист неповнолітніх значною мірою повинна забезпечити ювенальна юстиція, центральною ланкою якої є спеціальний суд. Водночас, створення системи ювенальної юстиції – справа непроста, яка передбачає тривале обговорення.

5. КРИМІНАЛЬНЕ ПРОВАДЖЕННЯ ЩОДО ЗАСТОСУВАННЯ ПРИМУСОВИХ ЗАХОДІВ МЕДИЧНОГО ХАРАКТЕРУ

Україна, згідно Конституції, є демократичною, правовою державою, в якій людина, її права та свободи є найвищою соціальною цінністю. Для кожної особи ці цінності надзвичайно важливі, особливо, коли виникає загроза їх втрати. Одним із факторів підвищеного ризику», який нерідко призводить до ущемлення прав та свобод людей, є психічні розлади.

Інколи психічні захворювання трактують як щось ганебне, а осіб, які страждають на психічні захворювання - як небезпечних для суспільства. Це ж у кінцевому рахунку призводить до необґрунтованого обмеження їх прав.

Ще в недалекому минулому уявлення про суспільну небезпеку психічно хворих зумовлювало занадто антигуманні та занадто суворі способи ставлення до них (зокрема, і в сфері кримінального судочинства). Водночас, особи, які страждають на психічні розлади – такі ж члени суспільства, як і інші громадяни. Тому завдання держави полягає у тому, щоб дати цим правам й свободам належне юридичне оформлення та передбачити процедури, щоб захищали їх носіїв від яких-небудь посягань на них. Звісно, і посягання з боку психічно хворих на законні інтереси та охоронювані законом соціальні блага є небезпечними, чому держава повинна протидіяти.

Примусові заходи медичного характеру застосовуються до осіб, які вчинили суспільно небезпечне діяння в стані неосудності, обмеженої осудності, а також захворіли на психічну хворобу після вчинення кримінального правопорушення, що робить неможливим призначення покарання та його виконання. Виникнення останньої ситуації можливе за психотравмуючих умов досудового розслідування та в ході розгляду справи в суді. Іноді вражені вчиненням, а також негативними наслідками, що настали, особи захворюють на душевну хворобу, що унеможливорює керування своїми діями та усвідомлення їх. У таких випадках піднімається питання про необхідність застосування примусових заходів медичного характеру. Такі заходи не є кримінальним покаранням. Хоча, як і заходи державного примусу, можуть застосовуватися лише судом в порядку, передбаченому КПК України.

Застосування примусових заходів медичного характеру не обмежено якимось заздалегідь встановленим строком, не має на меті виправлення осіб,

до яких ці заходи застосовуються, вони не тягнуть судимості. Від покарання примусові заходи медичного характеру відрізняє їх суто медичний (психіатричний) зміст. Вони становлять систему лікувальних, медико-реабілітаційних, медико-профілактичних заходів, а також заходів по догляду на нагляді за психічно хворими.

Метою застосування примусових заходів медичного характеру є: захист суспільства від небезпечної, протиправної поведінки осіб із психічними розладами, зумовлених хворобливим станом їх психіки, вилікування таких хворих, чи, принаймні, покращення їх психічного стану - якщо одужання неможливе, попередження вчинення ними нових суспільно небезпечних діянь.

Процесуальні права осіб, щодо яких застосовуються чи можуть бути застосовані примусові заходи медичного характеру, отримали закріплення в джерелах міжнародного права універсального та регіонального рівня, Конституції України та галузевому законодавстві, стали предметом розгляду найвищих судових інстанцій (Європейського суду з прав людини та Верховного суду України).

Права та свободи людини й громадянина гарантуються в Україні згідно загальновизнаних принципів та норм міжнародного права та Конституції. При цьому загальновизнані принципи та норми міжнародного права й міжнародні договори України є частиною її правової системи.

Загальна декларація прав людини проголошує, що кожна людина має право на визнання її правосуб'єктності¹⁷¹. Термін «кожна людина» слід тлумачити і щодо осіб, до яких можуть бути застосовані чи застосовуються примусові заходи медичного характеру. А тому розглядати їх як об'єктів кримінально-процесуальної діяльності неприпустимо.

17 грудня 1991 р. Генеральною Асамблеєю ООН було прийнято важливий документ - Принципи захисту психічно хворих осіб і поліпшення психіатричної допомоги¹⁷². Ці принципи передбачають право будь-якої

¹⁷¹ Загальна декларація прав людини: Резолюція Генеральної Асамблеї ООН від 10 грудня 1948 р. URL.: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015#Text.

¹⁷² Принципи захисту психічно хворих осіб і поліпшення психіатричної допомоги: Резолюція Генеральної Асамблеї ООН від 17 грудня 1991 р. №46/119. URL.: <http://prava-lyudyny.org/pryntsyphu-zahystu-psyhichno-hvoryh-osib-i-polipshennya-psyhiatrychnoyi-dopomogy/>.

психічно хворої особи на здійснення всіх визнаних міжнародними нормами цивільних, політичних, економічних, соціальних та культурних прав та прямо вказують на неприпустимість якоїсь дискримінації (тобто встановлення у зв'язку із психічним захворюванням таких обмежень, виключень або.

Для осіб, які вчинили заборонені кримінальним законом діяння, якщо передбачається чи встановлено, що вони страждають на психічні захворювання, принципи, поряд з іншим, передбачають наступні гарантії: а) повсюдне визнання як суб'єктів права (підп. «а» п.1 принципу 13); б) право на найкращу психіатричну допомогу (п.2 принципу 19); в) право вибирати і призначати адвоката, включаючи представництво в ході будь-якої процедури розгляду скарги чи апеляції. Якщо пацієнт не забезпечує самотійно такі послуги, адвокат надається пацієнту безоплатно (п.1 принципу 18); г) загальні принципи захисту підлягають застосуванню в повному обсязі з такими мінімальними, необхідними у даних обставинах змінами та винятками, які не будуть заподіювати шкоду правам осіб, які страждають на психічні розлади (принцип 22). Ці принципи отримали свій подальший розвиток в Законі України «Про психіатричну допомогу».

Окрім того, слід згадати Декларацію про права розумово відсталих осіб¹⁷³. В п.6 даного документа особливо обумовлюється, що у разі судового переслідування у зв'язку з якимось діянням, ці особи повинні мати право на належне здійснення законності, що повністю враховує ступінь розумового розвитку.

Існує низка міжнародних актів, прийнятих в рамках Ради Європи, приписи яких носять рекомендаційний характер. Серед них слід згадати Рекомендацію Парламентської Асамблеї Ради Європи 818 (1977) «Про становище психічно хворих»¹⁷⁴, в якій містяться такі пропозиції (адресовані урядам країн-учасниць) для забезпечення підвищеної уваги до прав та законних інтересів осіб, щодо яких застосовуються чи можуть бути застосовані примусові заходи медичного характеру:

¹⁷³ Декларація про права розумово відсталих осіб: Резолюція Генеральної Асамблеї ООН від 20 грудня 1971 р. URL.:https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_119#Text.

¹⁷⁴ Про становище психічно хворих: Рекомендація Парламентської Асамблеї Ради Європи 818 (1977) URL.:http://www.consultant.ru/law/podborki/zaschita_prav_nedeesposobnyh/.

- передати під юрисдикцію медичних властей всіх, хто за рішенням суду був душевнохворим на момент вчинення злочину чи на момент обстеження;
- звести до мінімуму утримання під вартою протягом «невизначеного строку»;
- запровадити процедури розгляду апеляцій проти заходів затримання;
- забезпечити, аби судові рішення не приймалися лише на основі медичних висновків, щоб у випадку обвинувачення у злочинах в судовому процесі брав участь також адвокат (підп. «а», «в». п.І) переваг, наслідком яких є заперечення чи обмеження рівності в реалізації прав – п.4.5. принципу І).

В Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи № R83 (2) «Щодо правового захисту осіб, які страждають на психічні розлади та примусово утримуються як пацієнти», державам-учасницям для даної групи осіб пропонується встановити наступні процесуальні гарантії:

1) Прийняття рішення про госпіталізацію та утримання для лікування тільки компетентними судовими чи іншими властями шляхом простої та швидкої процедури і тільки за медичними показниками (п.1 ст.4);

2) Судові рішення повинні підлягати оскарженню. Пацієнту слід повідомити про його права, і він повинен мати реальну можливість особистої бесіди з суддею, хіба суддя зважаючи на стан здоров'я пацієнта не вирішить вислухати тільки його представника. Пацієнт повинен бути проінформований про його право оскаржити рішення, що підтверджує його утримання і повинен, якщо вимагатиме цього сам чи суддя вважатиме це корисним, мати можливість отримати допомогу адвоката чи іншої особи (п.3 ст.4);

3) Обмеження особистої свободи пацієнта повинні зводитися тільки до тих, які необхідні з огляду на стан його здоров'я та для забезпечення успішного лікування, однак право пацієнта звертатися до будь-яких відповідних властей та адвоката не повинні обмежуватися (ст.6);

4) Пацієнт може вимагати, щоб необхідність його утримання розглядалася судовою владою через розумні інтервали часу (п.1 ст.8)¹⁷⁵.

¹⁷⁵ Рекомендация R83 (2) Комитета министров государствам –участникам относительно правовой защиты лиц, страдающих психическими расстройствами, принудительно содержащихся в качестве пациентов от 22 февраля 1983 г. URL.: <https://ips.ligazakon.net/document/MU83313>.

В Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи №R 99 (4) «Про принципи, що стосуються правового захисту недієздатних дорослих¹⁷⁶» та Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи 2004 (10) «Щодо захисту прав людини та гідності осіб з психічним розладом»¹⁷⁷ державам-членам Ради Європи запропоновано встановити, щоб судові рішення не приймалися лише на основі медичних висновків, а пацієнту з психічним захворюванням, як і будь-якій іншій особі, було забезпечено право бути вислуханим і щоб у разі припущення про можливе вчинення правопорушення протягом усього розгляду був присутній адвокат; особи з психічними розладами повинні мати можливість здійснювати всі свої громадянські та політичні права, а будь-які їх обмеження допускаються лише відповідно до положень Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод і не можуть ґрунтуватися лише на одному факті наявності у особи психічного розладу.

Європейський суд з прав людини у рішенні «Романов проти Російської Федерації» визнав, що присутність заявника в судовому засіданні є необхідною умовою для того, щоб суддя міг особисто переконатися в його психічному стані та прийняти справедливе рішення; розгляд справи судом першої та касаційної інстанції за відсутності заявника (всупереч його бажанню), яке нічим не може бути компенсоване, допустиме лише за наявності особливих обставин, наприклад, якщо є ознаки агресивної поведінки чи якщо фізичний чи психічний стан не дозволяє йому постати перед судом¹⁷⁸.

11 січня 2000 р. Верховною Радою було ратифіковано Конвенцію про передачу осіб, які страждають психічними розладами, для проведення примусового лікування¹⁷⁹. Ця Конвенція регулює передання для примусового лікування осіб, які вчинили суспільно-небезпечні діяння в стані неосудності,

¹⁷⁶ Про принципи, що стосуються правового захисту недієздатних дорослих: Рекомендація Комітету Міністрів Ради Європи № R99 (4). від 23.02. 1999 р. URL.:<http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=INT&n=55167#BENkceS7C926yhWN>.

¹⁷⁷ Щодо захисту прав людини та гідності осіб з психічним розладом: Рекомендація Комітету Міністрів Ради Європи 2004 (10) від 22.09. 2004 р. URL.:<http://base.garant.ru/70161780/>.

¹⁷⁸ Романов проти Російської Федерації: Рішення Європейського суду з прав людини від 24 липня 2008 р. URL.:<https://docs.cntd.ru/document/902152132>.

¹⁷⁹ Конвенція про передачу осіб, які страждають психічними розладами, для проведення примусового лікування від 28 березня 1997 р. URL.:https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/997_028#Text.

щодо яких є рішення суду про застосування до них примусових заходів медичного характеру.

Згідно ст.1, 2 такі особи - громадяни держав, що ратифікували дану Конвенцію, за взаємною згодою цих держав передаються для проведення примусового лікування в ту державу, громадянами якої вони є, при дотриманні низки умов, серед яких слід особливо відмітити наявність у приймаючої сторони можливості забезпечити необхідне лікування та отримання згоди хворого, а у разі нездатності його до вільного волевиявлення - згоди його законного представника. Згідно ст.7 Конвенції передання здійснюється із урахуванням того, що транспортування не відобразиться негативно на стані хворого, не призведе до втечі чи вчинення якогось небезпечного діяння. Пов'язані із переданням особи витрати, що виникли до її передання, несуть ті сторони, у яких вони виникли (ст.9). Особа, направлена на примусове лікування, не може бути знову притягнута до кримінальної відповідальності в тій державі, яка прийняла її для проходження лікування, за те ж діяння, за яке вона була визнана неосудною. За висновком медичної комісії у разі необхідності зміни чи скасування примусових заходів медичного характеру із урахуванням зміни психічного стану особи, яка знаходиться на примусовому лікуванні, відповідне рішення про зміну чи скасування примусових заходів медичного характеру, вправі прийняти суд тієї сторони, яка передала особу для проходження примусового лікування чи суд сторони за місцем проходження примусового лікування (ст.10)

Ці норми покликані забезпечити неухильне дотримання всіх прав та визнання законних інтересів осіб, до яких застосовувалися примусові заходи медичного характеру. Вони спрямовані на покращення становища даних осіб та повністю відповідають цілям застосування примусових заходів медичного характеру - вилікування, а у разі його неможливості - стійкого покращення стану здоров'я осіб, які страждають на психічні розлади.

Що стосується категорії осіб, до яких можуть бути застосовані примусові заходи медичного характеру, то законодавець регулює це питання

дуже суперечливо (на що окремими дослідниками уже зверталася увага)¹⁸⁰. Так, у ч.1 ст.503 КПК сказано, що кримінальне провадження по застосуванню примусових заходів медичного характеру здійснюється, коли є достатні підстави вважати, що: особа вчинила суспільно небезпечне діяння в стані неосудності; а також, коли особа вчинила кримінальне правопорушення, будучи осудною, але до постановлення вироку захворіла на психічну хворобу. А у ст.93 КК йдеться, що ці заходи можуть бути застосовані ще й до осіб, які: вчинили кримінальні правопорушення в стані обмеженої осудності; вчинили кримінальні правопорушення у стані осудності, але захворіли на психічну хворобу під час відбування покарання.

Згідно ч. 1 ст.94 КК України, суд може застосувати такі примусові заходи медичного характеру як надання амбулаторної психіатричної допомоги в примусовому порядку; госпіталізація до закладу із надання психіатричної допомоги із звичайним, посиленням чи суворим наглядом.

Суду при призначенні певного примусового заходу медичного характеру слід виходити не тільки із реального психічного стану особи на момент розгляду провадження судом (що, можливо, характеризується тимчасовим покращенням), але й з об'єктивної оцінки всього характеру та перебігу наявного розладу психічної діяльності, тенденцій його розвитку (адже сучасна психіатрія володіє достатніми даними не тільки для об'єктивної оцінки наявного психічного розладу, але й прогнозування можливих тенденцій його розвитку в певних часових рамках).

Якщо згідно висновку судово-психіатричної експертизи така особа не становить істотної небезпеки для суспільства і для себе, але потребує лікування, суд не вправі призначити їй примусовий захід медичного характеру (не залежно від характеру та тяжкості вчиненого суспільно-небезпечного діяння та діагнозу хвороби). Кримінальне провадження щодо цих осіб припиняється, і суд повідомляє про них органам охорони здоров'я за місцем

¹⁸⁰ Навроцька В.В. Кримінальний процесуальний та кримінальний закон: взаємозв'язки й колізії. Кримінальний процесуальний кодекс 2012 року: ідеологія та практика правозастосування: колективна монографія /За заг. ред. Ю.П. Аленіна; відп. за вип. І.В. Гловюк. Одеса: Видавничий дім «Гельветика». Одеса, 2018. С.1124-1125.

проживання для вжиття необхідних лікувальних та реабілітаційних заходів відповідно до норм Закону «Про психіатричну допомогу».

Амбулаторна психіатрична допомога як вид примусового заходу медичного характеру може бути застосована щодо осіб, які за своїм психічним станом і з урахуванням характеру вчиненого суспільно-небезпечного діяння, становлять найменшу небезпеку для суспільства. Такий медичний захід може бути застосований до осіб, які здатні відносно правильно оцінювати свій психічний стан, дотримуватися призначеного режиму, мають достатньо впорядковану поведінку і не потребують постійного контролю з боку медичного персоналу.

Перевага надання амбулаторної психіатричної допомоги у примусовому порядку як виду примусового заходу медичного характеру (порівняно із примусовим поміщенням до психіатричного стаціонару певного типу) достатньо очевидна. Адже особа, яка страждає на психічний розлад, на весь період застосування даного заходу зберігає звичний для себе спосіб життя та оточення, продовжує займатися звичною трудовою діяльністю (хіба характер захворювання вимагає її зміни чи припинення), продовжує залишатися суб'єктом виконання цивільних, сімейних та інших прав та обов'язків. Все це, як правило, сприяє швидшій та більш ефективній соціальній реабілітації (реадаптації) даної особи, їївилікуванню та стійкому покращенню її психічного стану. Істотним є також те, що у разі зростання суспільної небезпеки даної особи чи такої зміни характеру хвороби, яка потребує стаціонарного лікування й спостереження, воно у будь-який момент може бути застосовано судом за поданням комісії лікуючих лікарів-психіатрів та адміністрації психіатричної установи.

У п.5 уже згадуваної Постанови Пленуму «Про практику застосування судами примусових заходів медичного характеру та примусового лікування» №7 від 03.06. 2005 року зазначено, що визначаючи тип психіатричного закладу, до якого потрібно госпіталізувати особу, необхідно виходити як з її психічного стану, так і з характеру вчиненого нею діяння. Для об'єктивної оцінки судом ступеня небезпеки психічно хворого для себе чи інших, треба спочатку

з'ясувати позицію експертів-психіатрів стосовно виду примусового заходу медичного характеру, що може бути призначено психічно хворому, а потім (із урахуванням висновків експертів та характеру вчиненого особою суспільно небезпечного діяння) ухвалити рішення про обраний примусовий захід медичного характеру (тип психіатричного закладу, який його здійснюватиме). При цьому у відповідному рішенні суду не треба вказувати назву конкретного психіатричного закладу, до якого має бути госпіталізована особа та вказувати строк застосування примусового заходу медичного характеру, але потрібно зазначити про скасування з часу прийому (доставлення) особи до цього закладу запобіжного заходу (якщо він був застосований)¹⁸¹.

Загальною підставою застосування усіх примусових заходів медичного характеру є можливість заподіяння особою істотної шкоди чи її небезпека для себе або інших осіб. Але чіткого та вичерпного визначення поняття «небезпека для себе та інших осіб» не існує в жодному законодавчому акті.

Питання про суспільну небезпеку особи із психічними розладами, яка вчинила діяння заборонене КК України, розробляється в судовій психіатрії та юридичній науці. Якщо законодавець диференціює можливі види примусових заходів медичного характеру, то виникає питання про об'єктивні критерії призначення судом того чи іншого примусового заходу медичного характеру. Про потенційну суспільну небезпеку особи, яка потребує застосування примусового заходу медичного характеру, пропонують судити за характером та ступенем тяжкості психічного розладу в минулому (на момент вчинення суспільно небезпечного діяння), так і на час кримінального провадження¹⁸².

Деякі дослідники при визначенні необхідності та достатності застосування примусових заходів медичного характеру справедливо пропонують деталізувати ці критерії. До них відносять: а) медико-соціальні (діагноз хвороби, прогнозований її розвиток, поведінку особи до, під час та

¹⁸¹ Про практику застосування судами примусових заходів медичного характеру та примусового лікування: Постанова Пленуму ВСУ №7 від 03.06. 2005 року. URL.:<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0007700-05#Text>.

¹⁸² Ленский А.В., Якимович Ю.К. Производство по применению принудительных мер медицинского характера. Москва: Юристъ, 1999. С.8-9; Протченко Б.А. Принудительные меры медицинского характера. Москва, 1976. С.17; Назаренко Г.В. Принудительные меры медицинского характера. Москва, 2000. С.11-12; Козлов В.В., Новикова Е.Е. Основы судебно-психиатрической экспертизы. Общая психопатология: учебное пособие. Саратов, 2002. С.42.

після вчинення діяння); та б) юридичні ознаки (характер та ступінь тяжкості суспільно небезпечного діяння, вчиненого даною особою, форма вини, вчинення подібних діянь неодноразово, з особливою жорстокістю тощо)¹⁸³.

Примусові заходи медичного характеру повинні застосовуватися тільки у випадках, коли іншим шляхом неможливо досягнути вилікування чи покращення психічного стану особи, а також попередження вчинення нею нових суспільно небезпечних діянь, а вид примусового заходу медичного характеру повинен бути достатнім для досягнення мети, сформульованої у ст.92 КК України.

Поряд з потенційною небезпекою особи, що потребує застосування примусового лікування, при виборі конкретного примусового заходу медичного характеру треба враховувати і її ставлення до лікування та критики хвороби¹⁸⁴. Наприклад, у зв'язку із систематичним порушенням лікарняного режиму, впертою відмовою від лікування, на практиці іноді доводиться вдаватися до зміни примусового заходу медичного характеру, що полягає у госпіталізації до закладу із надання психіатричної допомоги із звичайним наглядом до госпіталізації до закладу із надання психіатричної допомоги із посиленням наглядом, хоча потенційну небезпеку таких осіб (можливість вчинення нових тяжких діянь) не можна оцінити як високу.

При застосуванні примусових заходів медичного характеру повинні дотримуватися такі загальні положення:

- необхідність та достатність медичних заходів для компенсації хворобливих порушень психіки, вироблення стійкої ремісії та попередження нових суспільно небезпечних діянь,

- індивідуальний підхід та вибір показань для їх застосування із урахуванням віку особи та специфіки психопатичних розладів.

Призначаючи примусові заходи медичного характеру, суд не визначає їх тривалість. Це зумовлено психопатологією, адже не можна наперед визначити

¹⁸³ Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации /отв. ред. А.А. Чекалин, под ред. В.Т. Томина, В.С. Устинова, В.В. Сверчкова. Москва, 2004. С.46-247.

¹⁸⁴ Колмаков П.А. О некоторых проблемных ситуациях правового регулирования принудительных мер медицинского характера. URL.:<https://cyberleninka.ru/article/n/o-nekotoryh-problemnyh-situatsiyah-pravovogo-regulirovaniya-prinuditelnyh-mer-meditsinskogo-haraktera/viewer>; Колмаков П.А. Законодателью необходимо двигаться вперед. URL.:<https://cyberleninka.ru/article/n/zakonodatelyu-neobhodimo-dvigatsya-vpered/viewer>.

конкретну дату вилікування чи покращення психічного стану особи, якій було призначено примусовий захід медичного характеру (внаслідок чого відпадає необхідність застосування примусового лікування).

До неосудних та обмежено осудних за медичними критеріями не можна застосовувати однакові примусові заходи медичного характеру. Надання в примусовому порядку амбулаторної психіатричної допомоги застосовується щодо осіб, котрі мають психічні розлади, наявність яких є критерієм обмеженої осудності (ч.1 ст.20, ч.2 ст.94 КК України). До осіб, визнаних обмежено осудними, може бути застосовано тільки цей вид примусового заходу медичного характеру. Своєрідність такої психіатричної допомоги у тому, що її надають обмежено осудним особам примусово одночасно із відбуванням покарання, призначеного за вироком суду.

Надання обмежено осудному (за змістом ст.20 та 94 КК України) примусово амбулаторної психіатричної допомоги не зумовлено призначенням їй якогось виду покарання. Тому ця допомога може бути надана цим особам незалежно від виду призначеного покарання. Якщо покарання пов'язане із позбавленням волі, то здійснення такого примусового заходу медичного характеру покладається на медичну службу кримінально-виконавчих установ, якщо ж не пов'язано – то на заклади із надання психіатричної допомоги органів охорони здоров'я за місцем проживання засуджених.¹⁸⁵

Якщо в ході досудового розслідування будуть встановлені підстави для здійснення кримінального провадження по застосуванню примусових заходів медичного характеру, то прокурор, слідчий, дізнавач приймають рішення про зміну порядку досудового розслідування і продовження його згідно правил Глави 39 КК України.

Кримінально-правова оцінка суспільно-небезпечного діяння, вчиненого в стані неосудності, має базуватися тільки на відомостях, що характеризують суспільну небезпеку вчиненого. При цьому не повинна враховуватися попередня судимість, те, що особа раніше вчиняла кримінальні правопорушення, за які її було звільнено від відповідальності чи покарання, а

¹⁸⁵ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 11-те вид., переробл. та допов. Київ: ВД «Дакор», 2019. С.278-279.

також те, що до особи колись уже застосовувалися примусові заходи медичного характеру (ч.3 ст.503 КПК). Враховуючи це положення, слід прийти до висновку, що у випадку вчинення суспільно небезпечного діяння в стані неосудності, таке діяння не можна кваліфікувати за ознакою повторності.

Стан обмеженої осудності може бути враховано судом як підставу застосування примусового заходу медичного характеру. За наявності обтяжуючих обставин обмежено осудному може бути призначене і найбільш суворе покарання виходячи із максимальної санкції відповідної статті Особливої частини КК. У цьому разі обмежена осудність може бути і не взята до уваги суддею, однак це рішення обов'язково має бути ним мотивоване.

Що стосується реалізації принципу гласності у провадженнях по застосуванню примусових заходів медичного характеру, то він тут діє з певними винятками. Звичайно, переваги гласності та відкритості кримінального провадження безсумнівні. Це одна із кримінально-процесуальних гарантій, діяльність суду здебільшого повинна бути діяльністю публічною, відкритою. Присутність сторонніх осіб, як правило, дисциплінує суд; за умов гласності не кожен суддя наважиться на явне порушення прав учасників процесу¹⁸⁶. Однак провадження по застосуванню примусових заходів медичного характеру, повинно бути закритим. Цей виняток з принципу гласності певним чином урівноважується вимогою про обов'язкову присутність у цих провадженнях захисника та законного представника. Важливо «відгородити» психіку такого учасника судового розгляду від негативного впливу з боку присутніх в залі осіб та виключити випадки негативної поведінки такої особи в присутності сторонніх внаслідок наявності у психопатичних осіб комплексу емоційних, вольових та інтелектуальних особливостей. Іншою (і, мабуть, головною) причиною проведення такого засідання в закритому режимі є необхідність збереження в таємниці відомостей про стан психічно хворого (які є охоронюваною законом таємницею)¹⁸⁷.

¹⁸⁶ Навроцька В.В. Суд над Ісусом Христом з позицій древньоіудейського та сучасного кримінального права й процесу. Київ: Видавничий дім «АртЕК», 2016. С.115.

¹⁸⁷ Навроцька В.В. Гарантії нерозголошення охоронюваних законом таємниць у судових стадіях процесу. *Українська модель кримінальної юстиції: блукаючи задзеркаллям*. VI Львівський форум кримінальної юстиції: збірник матеріалів науково-практичної конференції (17-18 вересня 2020 року). Львів: ЛьвДУВС, 2020. С.64;

В ході кримінального провадження про застосуванню примусових заходів медичного характеру слід встановити:

- місце, час та спосіб й інші обставини вчинення кримінального правопорушення чи іншого суспільно небезпечного діяння;

- що кримінальне правопорушення чи інше суспільно небезпечного діяння було вчинене саме особою, стосовно якої і було розпочате провадження;

- наявність у такої особи психічного розладу в минулому, характер та ступінь розладу психічної діяльності чи психічної хвороби під час вчинення кримінального правопорушення чи іншого суспільно небезпечного діяння чи на момент кримінального провадження;

- поведінку особи до та після вчинення кримінального правопорушення чи іншого суспільно небезпечного діяння;

- безпеку особи (через її психічний стан) для себе та інших людей, а також можливість заподіяння нею іншої істотної шкоди правоохоронюваним благам;

- те, що гроші чи інше майно, що підлягає спеціальній конфіскації, було отримано внаслідок вчинення кримінального правопорушення чи іншого суспільно небезпечного діяння та/ чи є доходом від такого майна або призначалося для схилення особи до вчинення діяння, забороненого КК України, його фінансування чи матеріального забезпечення, або ж мало бути винагородою за його вчинення чи є предметом кримінального правопорушення або іншого суспільно небезпечного діяння, або ж знаряддями чи засобами його вчинення.

Суд (залежно від обставин провадження) також вирішує питання про речові докази, судові витрати, оплату праці адвоката, про скасування заходів

Смирнова М.Е. К вопросу о процессуальной природе судопроизводства о применении принудительных мер медицинского характера. URL.: https://www.lvduvs.edu.ua/documents_pdf/biblioteka/nauk_konf/17_09_2020.pdf; Смирнова М.Е. Особенности судебного рассмотрения уголовных дел по применению принудительных мер медицинского характера в России, Англии и США. URL.: <https://cyberleninka.ru/article/n/osobennosti-sudebnogo-rassmotreniya-ugolovnyh-del-po-primeneniyu-prinuditelnyh-mer-meditsinskogo-haraktera-v-rossii-anglii-i-ssha/viewer>; Мищенко Е.В. Процессуально-правовое регулирование принудительных мер медицинского характера: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 /Оренбургский государственный аграрный университет. Оренбург, 1999. С.75-78; Татьяна Л.Г. Процессуальные проблемы производства по уголовным делам с участием лиц, имеющих психические недостатки: дисс. ...докт. юрид. наук: 12. 00.09 /Удмуртский государственный университет. Ижевск, 2003. С.390-392; Элькинд П.С. Расследование и судебное рассмотрение дел о невменяемых. Москва: Госюриздат, 1959. С.80-81.

забезпечення кримінального провадження, про заходи піклування про неповнолітніх дітей та заходи з охорони майна особи, до якої застосовано примусовий захід медичного характеру.

Обмежуючи обсяг процесуальних прав осіб, щодо яких вирішується питання про застосування примусових заходів медичного характеру, законодавець встановлює компенсаторні гарантії здійснення цих прав шляхом участі захисника і законного представника. Позиція про обов'язкову участь у провадженнях по застосуванню примусових заходів медичного характеру законного представника висловлювалася і Верховним судом¹⁸⁸.

Особа, стосовно якої вирішується (чи вирішувалося раніше) питання про застосування примусових заходів медичного характеру, має права підозрюваного (обвинуваченого) в обсязі, що визначається характером розладу діяльності психіки чи психічного захворювання та здійснює ці права через захисника, законного представника.

Законодавець нечітко вирішив питання про законного представника особи, щодо якої вирішується питання про застосування примусових заходів медичного характеру. У ч.1 ст.505 КПК передбачено, що ці особи здійснюють свої права через законного представника. Але у Главі 3 про такого учасника як законного представника особи, щодо якої передбачається застосування примусових заходів медичного характеру, не йдеться. При цьому вказано, що якщо підозрюваний, обвинувачений є особою, визнаною недієздатною /обмежено дієздатною, то до участі у процесуальних діях поряд з ним має бути залучено його законного представника. Але ж особа, щодо якої передбачається застосування примусових заходів медичного характеру чи вирішувалося питання про їх застосування, не є підозрюваним /обвинуваченим (про що йдеться ч.1 ст.506 КПК України).

Що стосується участі у таких провадженнях захисника, то він допускається з моменту винесення постанови про призначення психіатричної експертизи – якщо він раніше не брав участі у цьому кримінальному провадженні

¹⁸⁸ Постанова Верховного суду України (справа №30/2609/16-к; провадження №51-2486км18) від 9 липня 2019 р. URL.:<https://reyestr.court.gov.ua/Review/82997428>.

До особи, стосовно якої вирішується (вирішувалося) питання про застосування примусових заходів медичного характеру, можуть бути застосовані такі запобіжні заходи:

- поміщення до закладу із надання психіатричної допомоги (в умовах, де виключено її небезпечна поведінка);
- передання на піклування членам сім'ї, близьким родичам, опікунам із обов'язковим лікарським наглядом.

Якщо є підстави вважати, що особа на момент вчинення діяння, забороненого КК України була неосудною, обмежено осудною, або вчинила кримінальне правопорушення, будучи осудною, а уже після цього захворіла на психічну хворобу, що позбавляє її можливості усвідомлювати своє діяння та/або керувати ним, має бути призначена психіатрична експертиза (ст.509 КПК України), яка проводиться згідно Порядку проведення судово-психіатричної експертизи¹⁸⁹.

Про важливість висновку експерта у таких категоріях проваджень звертав увагу й Європейський суд з прав людини. Зокрема, у рішенні «Ходжич проти Хорватії», Суд вказав, що у такій складній сфері як психічний стан людини і передбачення небезпечності цієї людини, важко оскаржити висновок експерта без допомоги іншого експерта¹⁹⁰. Висновок експерта (і в таких провадженнях в тому числі) не має для суду наперед встановленої сили й переваги перед іншими джерелами доказів, і підлягає перевірці та оцінці за внутрішнім переконанням суду, що має ґрунтуватися на повному, всебічному та об'єктивному розгляді усіх обставин провадження в сукупності.

На думку Європейського суду з прав людини, рішення про госпіталізацію та лікування осіб з психічними розладами, повинні прийматися на основі достовірних та надійних стандартів медичної експертизи із урахуванням необхідності лікування осіб із психічними розладами¹⁹¹. У справі

¹⁸⁹ Порядок проведення судово-психіатричної експертизи: Наказ Міністерства охорони здоров'я України від 08.05. 2018 р. №865. URL.:<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0719-18#Text>.

¹⁹⁰ Ходжич проти Хорватії: Рішення Європейського суду з прав людини (заява №28932/14) URL.:<https://www.echr.com.ua/oskarzhennya-rishennya-pro-pomishhennya-u-psixiatrichnij-zaklad-tilki-cherez-alternativnu-ekspertizu/echr-psihiatrichna-ekspertyza-oskarzhennia/>

¹⁹¹ Прошкин против Российской Федерации: Решение ЕСПЧ от 07 февраля 2012 г. URL.: <https://ip-centre.ru/biblioteka/resheniya-evropejskogo-suda/proshkin-protiv-rossii-zhaloba-28869-03/>

«Загідуліна проти Росії»¹⁹², вказано, що для того, щоб відповідати підпункту «е» п.1 ст.5 Конвенції, провадження щодо примусової госпіталізації особи до психіатричного закладу повинно передбачати ефективні та чіткі гарантії від свавілля із урахуванням вразливості осіб, які страждають на психічні розлади та потребу у наведенні вкрай вагомих причин для виправдання хоча б якихось обмежень їх прав.

Європейський суд у рішенні по справі «Вінтерверп проти Нідерландів» також звертав увагу на те, що ніхто не може вважатися «психічно хворим» та позбавлена волі, якщо не дотримано таких трьох мінімальних умов:

- 1) об'єктивна медична експертиза повинна достовірно підтвердити, що особа є психічно хворою;
- 2) психічний розлад повинен бути таким, що обумовлює примусове тримання особи у психіатричній лікарні;
- 3) потреба продовжуваного тримання в психіатричній лікарні залежить від стійкості захворювання¹⁹³.

При цьому слід пам'ятати про те, що експерт не вправі давати висновок з юридичних питань, як-от: про осудність, обмежену осудність, винуватість, суспільну небезпечність особи, про необхідність застосування до неї примусових заходів медичного характеру, визначати вид закладу з надання психіатричної допомоги, вказувати на необхідність передачі особи на піклування родичам чи опікунам із обов'язковим лікарським наглядом. Подібні питання виходять за межі спеціальних знань експерта будь-якої спеціальності. Їх вирішення належить до виключної компетенції суду¹⁹⁴.

В юридичній літературі висловлюється позиція, згідно якої об'єктивний підхід забороняє залучати до проведення судово-психіатричних експертиз лікарів, які здійснювали лікування такої категорії осіб чи лікарів того

¹⁹² Загідуліна против России: Решение Европейского суда по правам человека от 2 мая 2013 г. URL.: <http://hrlibrary.umn.edu/russian/euro/Rzagidulinacase.html>

¹⁹³ Вінтерверп проти Нідерландів: Рішення Європейського суду з прав людини від 24 жовтня 2009 р. URL.: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_155#Text.

¹⁹⁴ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 11-те вид., переробл. та допов. Київ: ВД «Дакор», 2019. С.281 ; Смирнова М.Е. К вопросу о процессуальной природе судопроизводства о применении принудительных мер медицинского характера. *Сибирский юридический вестник*. 2007. №3(38). С.6.

медичного закладу, в якому лікувалася особа, направлена на таку експертизу¹⁹⁵. Мені ж такий підхід видається занадто категоричним. Принаймні, законодавець такої заборони не встановлює.

Також стверджується, що з точки зору безпосередності судового розгляду надзвичайно важливо, щоб експертний висновок, представлений в ході провадження, перевірявся та досліджувався в судовому засіданні за обов'язкової участі експерта-психіатра¹⁹⁶. Я такої нагальної необхідності не бачу. Якщо експертний висновок чіткий, зрозумілий, у ньому відсутні суперечності, то й викликати експерта, щоб він просто був присутній при зачитуванні такого висновку, потреби немає¹⁹⁷.

На те, що особа на момент вчинення діяння, забороненого КК, перебувала в неосудному, обмежено осудному стані, або захворіла на психічну хворобу після вчинення такого діяння, може вказувати, зокрема:

- наявність в особи розладу психічної діяльності чи психічного захворювання згідно із медичними довідками;
- те, що на момент вчинення суспільно небезпечного діяння чи після нього її поведінка була неадекватною.

Якщо існує потреба у тривалому спостереженні за особою, то щодо неї може бути проведена стаціонарна психіатрична експертиза. Для цього її направляють (в ході досудового розслідування – слідчий суддя, в ході судового розгляду – суд) до відповідного медичного закладу на строк до 2-х місяців. Відповідна ухвала суду підлягає апеляційному оскарженню.

¹⁹⁵ Туренко Д.В. Застосування примусових заходів медичного характеру в кримінальному процесі. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2019. №4. Частина 3. С.71; Афанасьев А.А.¹⁹⁵. Гарантии прав лиц, нуждающихся в применении принудительных мер медицинского характера: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 /Нижегородская академия. Нижний Новгород, 2001. С.71

¹⁹⁶ Смирнова М.Е. К вопросу о процессуальной природе судопроизводства о применении принудительных мер медицинского характера. URL.:<https://cyberleninka.ru/article/n/k-voprosu-o-protsessualnoy-prirode-sudoproizvodstva-o-primeneni-prinuditelnyh-mer-meditsinskogo-haraktera/viewer>; Аветисян А.Д. Отдельные аспекты совершенствования уголовно-процессуального законодательства, регламентирующего производство о применении принудительных мер медицинского характера. URL.:<https://cyberleninka.ru/article/n/otdelnye-aspekty-sovershenstvovaniya-ugolovno-protsessualnogo-zakonodatelstva-reglamentiruyuschego-proizvodstvo-o-primeneni/viewer>; Татьяна Л.Г. Процессуальные проблемы производства по уголовным делам с участием лиц, имеющих психические недостатки: дисс. ...докт. юрид. наук: 12. 00.09 /Удмуртский государственный университет. Ижевск, 2003. С.392-393

¹⁹⁷ Навроцька В. Обґрунтованість призначення додаткових та повторних експертиз. *Науково-практичний огляд актуальних проблем судової експертизи та криміналістики*. Збірник матеріалів всеукраїнської науково-практичної конференції. (Івано-Франківськ, 18 червня 2021 р.). Івано-Франківськ: видавник Голіней О.В., 2021. С.110.

Кримінальне провадження по застосуванню примусових заходів медичного характеру та кримінальне провадження, що здійснюється в загальному порядку можуть бути (залежно від потреби) як об'єднані в єдине, так і виділені в окремі кримінальні провадження.

Досудове розслідування по застосуванню примусових заходів медичного характеру закінчується або закриттям кримінального провадження (відповідна постанова надсилається до місцевих органів охорони здоров'я) або складенням клопотання про застосування примусового заходу медичного характеру (надсилається до суду).

Судовий розгляд здійснюється одноосібно суддею за обов'язкової участі самої особи, стосовно котрої вирішується питання про застосування примусових заходів медичного характеру (її захисника, законного представника), ну і, звісно ж, прокурора.

М.Є. Смирновою висловлюється думка про необхідність законодавчого закріплення правила про обов'язковість розгляду провадження по застосуванню примусових заходів медичного характеру колегією у складі 3-х професійних суддів. Це, на її думку, стане однією із важливих процесуальних гарантій максимального захисту законних інтересів осіб, щодо яких ведеться провадження по застосуванню примусових заходів медичного характеру, та буде сприяти винесенню справедливих та обґрунтованих рішень¹⁹⁸.

Як на мене, дослідницею не було наведено аргументів на користь твердження, що одноосібний розгляд таких проваджень неефективний та недовірливий. Окрім того, не слід забувати, що недоліком колегіального розгляду справ є їхня більша «витратність» у порівнянні з аналогічним одноособовим розглядом. А тому підхід українського законодавця про те, що розгляд таких справ має здійснюватися судом одноосібно, я вважаю виправданим.

Ст.6 Конвенції (у її витлумаченні Європейським судом з прав людини) закріплює за особою, що страждає на психічні розлади, право на справедливий судовий розгляд, необхідним елементом якого є гарантована законом

¹⁹⁸ Смирнова М.Е. К вопросу о процессуальной природе судопроизводства о применении принудительных мер медицинского характера. URL.: <https://cyberleninka.ru/article/n/k-voprosu-o-protsessualnoy-prirode-sudoproizvodstva-o-primeneni-primuditelnyh-mer-meditsinskogo-haraktera/viewer>.

можливість особистої та ефективної участі такої особи в судовому процесі. У рішенні ЄСПЛ «Романов проти Російської Федерації»¹⁹⁹ вказано, що особа, яка страждає психічним розладом, повинна зберігати можливість особисто здійснювати свої процесуальні права, адекватні правам обвинуваченого, поки органами влади не доведено наявності «особливих обставин», що виключають її участь у судочинстві з медичних показників. Слід констатувати, що вітчизняний законодавець надає психічно хворим в цьому плані більш широкі гарантії, передбачивши (ст.512 КПК України), що участь у судовому розгляді особи, щодо якої вирішується питання про застосування примусових заходів медичного характеру, є обов'язковою.

Практична значимість реалізації положення безпосередньої участі особи, щодо якої вирішується питання про застосування примусових заходів медичного характеру, у судовому розгляді зумовлена такими міркуваннями:

1) суд, спираючись на засади безпосередності дослідження та свободи оцінки доказів, в процесі вербальної комунікації та візуального сприйняття цих осіб, має можливість краще оцінити особливості їх стану психіки на час судового розгляду та прийняти рішення про застосування адекватного примусового заходу медичного характеру;

2) особа, щодо якої розглядається кримінальне провадження, має можливість бути почутою судом та реалізувати належне їй право на доступ до правосуддя у формі змагального судочинства (що є важливим компонентом справедливої процедури провадження згідно практики Європейського суду)²⁰⁰.

Судове засідання по даній категорії кримінальних проваджень можливе і в формі виїзного засідання до психіатричного стаціонару, де знаходиться психічно хворий. Цей варіант можливий при вирішенні судом питання про продовження, зміну чи скасування застосування примусового заходу медичного характеру. Окрім того, особа, яка знаходиться в психіатричному стаціонарі, повинна бути повідомлена судом про дату, місце та час судового

¹⁹⁹ Романов проти Російської Федерації: Рішення Європейського суду з прав людини від 24 липня 2008 р. URL.:<https://docs.cntd.ru/document/902152132>.

²⁰⁰ Навроцька В.В. Особиста участь особи, щодо якої вирішується питання про застосування примусових заходів медичного характеру, як елемент права на справедливий суд. *Психічне здоров'я особистості у кризовому суспільстві*: збірник матеріалів VI Всеукраїнської науково-практичної конференції (22 жовтня 2021 року) /уклад. В.С. Бліхар. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2021. С.207-208.

розгляду, щоб мати можливість реалізувати свої процесуальні права. Виходячи з цих же критеріїв, треба вирішувати питання про забезпечення таким особам можливості участі у судових засіданнях вищестоящих судових інстанцій.

Слід звернути увагу на те, що законодавець не вирішив питання про доказове значення даних, повідомлених особою, стосовно якої ведеться провадження по застосуванню примусових заходів медичного характеру. Її право давати показання у Главі 39 КПК України прямо не передбачено. Однак психічний розлад особи на момент допиту може бути більш-менш адекватним, вона може надати інформацію про стан свого захворювання, про стан до й після вчинення діяння, забороненого КК України, про стосунки з потерпілим, про оцінку скоєного тощо. А тому варто було б законодавчо закріпити положення про те, що така особа може бути допитана у разі, якщо її психічний стан дозволяє це робити і на час допиту особа усвідомлювала свої дії та керувала ними²⁰¹.

Окремі дослідники і зараз вказують на те, що ці особи належать до групи суб'єктів, які надають певну інформацію, що у кримінальному провадженні може бути використана як докази. Я визнаю логічність такої пропозиції, але наразі, за чинних норм, вона не підлягає реалізації. А тому варто передбачити, що показання таких осіб є джерелом доказів.

Особа, щодо якої ведеться провадження по застосуванню примусових заходів медичного характеру повинна бути допущена а виголошення останнього слова (останнє слово - додаткова гарантія захисту її прав та свобод).

Такий розгляд завершується винесенням ухвали про застосування примусових заходів медичного характеру чи про відмову у їхньому застосуванні.

У разі прийняття рішення про об'єднання в єдине провадження, що здійснюється в загальному порядку та кримінального провадження по застосуванню примусових заходів медичного характеру, вони розглядаються в

²⁰¹ Сенченко Н.М. Кримінальне провадження щодо застосування примусових заходів медичного характеру: дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.09 /Київський національний університет ім. Тараса Шевченка. Київ, 2013. С.123; Шумило М.Є., Тетерятник Г.К. Охорона прав і законних інтересів особи, щодо якої здійснюється провадження із застосування примусових заходів медичного характеру на стадії досудового розслідування. Донецьк: ДЮІ МВС, 2012. С.102.

єдиному провадженні. Після закінчення розгляду справи в суді, суд ухвалює вирок (або інше остаточне судове рішення) щодо обвинуваченого і ухвалу про застосування примусових заходів медичного характеру.

В ході кримінального провадження стосовно застосування примусових заходів медичного характеру, суд повинен з'ясувати: чи було вчинене кримінальне правопорушення, інше суспільно небезпечне діяння; чи було вчинене таке діяння особою, щодо якої ведеться провадження; чи була особа на момент вчинення діяння неосудною; чи захворіла така особа після вчинення кримінального правопорушення на психічну хворобу, що виключає застосування покарання; чи потрібно застосувати до такої особи примусовий захід медичного характеру, якщо так - то які саме.

Стан неосудності пов'язаний із відсутністю в особі інтелектуальної та/чи вольової ознак. З цим несумісні наявність у свідомості такої особи мети та мотиву (як ознак суб'єктивної сторони складу злочину). А тому встановлення будь-якої форми вини в діянні неосудного неможливе об'єктивно. Як вказав з цього приводу Верховний суд України, юридичну оцінку суспільно небезпечного діяння у такому разі слід робити виходячи із суспільно небезпечних наслідків скоєного та наслідків, які настали²⁰².

Після доведення того, що особа вчинила діяння, заборонене КК України у стані неосудності чи після вчинення такого діяння захворіла на психічну хворобу, що виключає застосування покарання, суд виносить ухвалу про застосування примусового заходу медичного характеру.

Якщо ж буде встановлено, що суспільно небезпечне діяння вчинила особа, будучи неосудною, а на час розгляду справи в суді вона видужала або через зміни у її стані здоров'я зникла потреба у застосуванні примусових заходів медичного характеру, суд закриває провадження по застосуванню примусових заходів медичного характеру.

Суд закриває провадження по застосуванню застосуванні примусових заходів медичного характеру, якщо неосудність особи на момент вчинення суспільно небезпечного діяння не було встановлено, а також у разі одужання

²⁰² Постанова Верховного суду України (справа № 234/18511; провадження №51-4960км19) від 06.02.2020 р. URL.:<https://reyestr.court.gov.ua/Review/87527892>.

особи, яка захворіла на психічну хворобу після вчинення кримінального правопорушення. У цьому разі після того, як суд закриває провадження по застосуванню примусових заходів медичного характеру, прокурор зобов'язаний розпочати кримінальне провадження в загальному порядку.

Продовження, зміна, припинення застосування примусових заходів медичного характеру здійснюється за ухвалою суду, в межах територіальної юрисдикції якого відбувається застосування цього заходу чи лікування.

Зміна чи припинення застосування примусових заходів медичного характеру здійснюється за умови, що особа, яка, будучи неосудною, вчинила суспільно небезпечне діяння, видужала чи коли через зміни у її стані здоров'я, відпала потреба у примусових заходах медичного характеру, що були застосовані раніше.

Згідно ч.2 ст.95 КК України, особа, до якої застосовано примусові заходи медичного характеру, не рідше одного разу на 6 місяців повинна проходити освідчення комісією лікарів-психіатрів з метою встановлення підстав для звернення до суду з заявою про продовження, зміну чи припинення застосування примусових заходів медичного характеру. За такої частоти освідчення тяжко пропустити зміни в стані хворого та затримати його в стаціонарі без достатніх на те підстав; з іншого боку, є можливість змінити чи припинити конкретний вид примусового заходу медичного характеру і до спливу 6 місяців.

У ч.2 ст.514 КПК України чомусь йдеться про зміну чи припинення застосування примусових заходів медичного характеру лише щодо особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, будучи неосудною. Однак безсумнівним є те, що рішення про зміну чи припинення застосування примусових заходів медичного характеру можливе й щодо інших осіб, до яких раніше були застосовані ці заходи, а саме: до обмежено осудної особи; до особи, яка вчинила кримінальне правопорушення у стані осудності, однак захворіла на психічну хворобу до постановлення вироку чи під час відбування покарання.

Окремі дослідники стверджують, що зміна примусових заходів медичного характеру може полягати тільки у його пом'якшенні у зв'язку з

покращенням психічного стану особи (наприклад, у переведенні її із закладу з надання психіатричної допомоги з посиленням наглядом до закладу із звичайним наглядом чи у скороченні строку перебування у психіатричному закладі)²⁰³. Такий висновок не відповідає дійсності і не ґрунтується на чинному законодавстві. Зміна примусового заходу медичного характеру може полягати як у його посиленні, так і у пом'якшенні²⁰⁴. І може бути зумовлена не тільки покращенням психічного стану хворого, але й значним погіршенням такого стану, внаслідок чого суспільна небезпека особи істотно зменшується.

Питання про продовження, зміну чи припинення застосування примусового заходу медичного характеру вирішується судом за письмовою заявою:

а) лікаря-психіатра – представника закладу із надання психіатричної допомоги, де дана особа тримається (до заяви додається відповідний висновок комісії лікарів-психіатрів):

б) самої особи до якої застосовують примусові заходи медичного характеру або її захисника чи законного представника – якщо за станом здоров'я вона самотійно не може подати до суду таку заяву (до заяви додається висновок комісії лікарів-психіатрів закладу, де особі надають психіатричну допомогу чи висновок обраного нею незалежного лікаря-психіатра).

Незалежний лікар-психіатр - це лікар-психіатр, що був обраний пацієнтом самотійно чи через свого захисника /законного представника, який не є працівником закладу із надання психіатричної допомоги з метою проведення альтернативного психіатричного огляду пацієнта. Керівництво закладу, в якому до особи застосовують примусовий захід медичного характеру (чи адміністрація кримінально-виконавчої установи - якщо примусовий захід медичного характеру застосовують до особи за місцем відбування покарання) повинні забезпечити можливість безперешкодного обстеження особи обраної

²⁰³ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 9-те вид., переробл. та доповн. Київ: Юридична думка, 2012. С.234; Кримінальний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар / Відп. ред. С.В. Ківалов, С.М. Міщенко, В.Ю. Захарченко. Харків: Одиссей, 2013. С.895.

²⁰⁴ Кримінальний процес: підручник. За заг. ред. О.В. Капліної, О.Г. Шило. Харків: Право, 2018. С.516.

нею незалежним лікарем-психіатром на території закладу з надання психіатричної допомоги (чи кримінально-виконавчої установи відповідно). Допуск до пацієнта лікаря-психіатра має бути забезпечено протягом робочого дня після пред'явлення лікарем: документа, що посвідчує особу, документа про вищу медичну освіту та посвідчення про наявність кваліфікаційної категорії (сертифікат лікаря-спеціаліста) лікаря-психіатра.

У разі видужання особи, котра після вчинення кримінального правопорушення захворіла на психічну хворобу чи в неї настав тимчасовий розлад психічної діяльності або інший хворобливий стан психіки, що позбавляли її можливості усвідомлювати свої дії та/ чи керувати ними, суд ухвалою (базуючись на висновку комісії лікарів-психіатрів) припиняє застосування примусового заходу медичного характеру. Це ж є підставою для здійснення досудового розслідування чи судового розгляду (ч.1-2 ст.515 КПК України).

Якщо таку особу було засуджено до арешту, тримання в дисциплінарному батальйоні для військовослужбовців, обмеження волі чи позбавлення волі, то час її перебування в медичній установі зараховується в строк відбування покарання (ч.3 ст.515 цього ж Кодексу). В цілому ідея, відображена у ч.3 ст.515 КПК, заслуговує на схвалення. Правда, слід констатувати, що це положення має матеріально-правовий характер, і місце йому – не в КПК, а в КК України²⁰⁵.

Якщо ж на час розгляду питання про відновлення кримінальне провадження строк давності сплив чи було прийнято закон, що усуває кримінальну відповідальність за вчинене, кримінальне правопорушення повинно бути закрито (хіба особа, стосовно якої розглядається питання, заперечує проти цього).

Судова ухвала про застосування /відмову в застосуванні примусових заходів медичного характеру, а також про продовження, зміну чи припинення

²⁰⁵ Навроцька В.В. Кримінальний процесуальний та кримінальний закон: взаємозв'язки й колізії. Кримінальний процесуальний кодекс 2012 року: ідеологія та практика правозастосування: колективна монографія /за заг. ред. Ю.П. Аленіна; відп. за вип. І.В. Гловюк. Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2018. С.1112; Навроцька В.В. Взаємозв'язки та колізії норм Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична*. 2016. Вип.1. С.247.

їх застосування чи відмову у цьому, може бути оскаржена в порядку, передбаченому КПК.

На судову ухвалу про закриття кримінального провадження по застосуванню примусових заходів медичного характеру можуть бути внесені заперечення, що викладаються в апеляційній скарзі, яку подають за наслідками судового розгляду в загальному порядку.

Неосудний, обмежено осудний, та особа, яка захворіла на психічну хворобу після вчинення кримінального правопорушення та стосовно якої приймалося рішення про застосування примусових заходів медичного характеру (тобто, та особа, інтересів якої безпосередньо стосується це питання) не вказана як самостійний суб'єкт права на апеляційне (п.5 ч.1 ст.393 КПК) та касаційне (п.5 ч.1 ст.45 КПК) оскарження. Оскаржити відповідне рішення суду (якщо виходити з буквального тлумачення закону) може лише її законний представник та захисник. Але це не правильно, бо не будь-який розлад психічної діяльності автоматично свідчить про процесуальну недієздатність²⁰⁶.

Верховний суд України неодноразово висловлював позицію про те, що особа, стосовно якої вирішувалося питання про застосування примусових заходів медичного характеру, вправі самостійно оскаржувати рішення, ухвалене в порядку, передбаченому главою 39 КПК України²⁰⁷. Крім того, ця позиція узгоджується із практикою Європейського суду, відображеною у рішеннях «Плахтєєв та Плахтєєва проти України»²⁰⁸, «Наталія Михайленко проти України»²⁰⁹, «Анатолій Руденко проти України»²¹⁰.

²⁰⁶ Навроцька В. Оскарження питання про застосування примусового заходу медичного характеру неосудним, обмежено осудним чи особою, яка захворіла на психічну хворобу після вчинення суспільно-небезпечного діяння. URL.:https://www.lvduvs.edu.ua/documents_pdf/biblioteka/nauk_konf/konf_23_10_2020.pdf; Смірнова І. Примусові заходи медичного характеру. Деякі аспекти, на які необхідно звернути увагу при здійсненні захисту неосудної особи. URL.:<https://www.hsa.org.ua/blog/prymusovi-zahody-medychnogo-harakteru-deyaki-aspekty-na-yaki-neobhidno-zvernuty-uvagu-pry-zdijsnenni-zahystu-neosudnoyi-osoby/>; Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар. За заг. ред. В.Г. Гончаренка, В.Т. Нора, М.Є. Шумила. Київ: Юстиніан, 2012. С.1041.

²⁰⁷ Ухвала Верховного суду України (справа №756/11021/18; провадження №51-358км19) від 14 березня 2019 р. URL.:<https://reyestr.court.gov.ua/Review/80458385>; постанова Верховного суду (справа №308/1397/3-к) від 31 липня 2018 р. URL.:<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75691980>; постанова Верховного Суду України (справа №5-46кц15(16) від 29.09. 2016 р. 246кц15(16). URL.:<http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf>.

²⁰⁸ Плахтєєв та Плахтєєва проти України: Рішення Європейського суду з прав людини від 12 березня 2009 р. URL.: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_471#Text.

²⁰⁹ Михайленко проти України: Рішення Європейського суду з прав людини від 15 травня 2008 р. URL.:https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_465#Text.

В ухвалі Верховного суду України від 27.02. 2020 р. зазначено (із посиланням на п.44 рішення ЄСПЛ «Горшков проти України» від 8 листопада 2005 р.²¹¹), що ключовою гарантією за п.4 ст.5 Європейської конвенції те, що особа, яка примусово утримується у психіатричному закладі, повинна мати право на судовий перегляд за власним бажанням. Там же ж Верховний суд констатує, що конституційні положення й норми Конвенції закріплюють повноту права особи на доступ до правосуддя, при цьому окремі норми КПК містять обмеження щодо права цих учасників процесу на самостійне оскарження рішень суду. Верховний суд говорить про те, що не можна погодитися із вузьким та буквальним підходом до тлумачення таких положення КПК. На думку Суду, очевидним є те, що при встановленні положення п.5 ч.1 ст.393 КПК України, особа, яка нездатна самостійно подати апеляційну скаргу, має додаткові гарантії у вигляді автономних дій законного представника або захисника. Причому стан неспроможності особи в період права на апеляцію повинен бути дійсним²¹².

Отож, провадження по застосуванню примусових заходів медичного характеру є ускладненим порівняно із «основним» кримінальним провадженням та має низку істотних особливостей - специфічний предмет доказування, обов'язкове проведення судово-психіатричної експертизи особи, обов'язкова участь захисника та законного представника, існують також особливості щодо припинення, зміни, продовження судом примусових заходів медичного характеру – обов'язкова участь захисника, специфічна підстава для продовження, зміни, припинення обраного примусового заходу медичного характеру - психічний стан особи, до якої було цей захід було застосовано.

Ці та низка інших особливостей дозволяють зробити висновок про те, що провадження по застосуванню примусових заходів медичного характеру є видом особливого провадження, який (головним чином внаслідок свого

²¹⁰ Анатолій Руденко проти України: Рішення Європейського суду з прав людини від 17 квітня 2014 р. URL.:https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_a10#Text.

²¹¹ Горшков проти України: Рішення Європейського суду з прав людини від 8 листопада 2005 р. URL.:https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_090#Text.

²¹² Ухвала Верховного суду України (справа №716/1511/16-к; провадження №51-6058км19) від 27.02. 2020 р. URL.:<https://reyestr.court.gov.ua/Review/87985280>.

специфічного суб'єкта) відрізняється від загального провадження за КПК України в сторону ускладнення.

6. КРИМІНАЛЬНЕ ПРОВАДЖЕННЯ, ЯКЕ МІСТИТЬ ВІДОМОСТІ, ЩО СТАНОВЛЯТЬ ДЕРЖАВНУ ТАЄМНИЦЮ

Одним із основних напрямків діяльності органів державної влади є зміцнення державної безпеки. Безпека ж держави нерозривно пов'язана із державною таємницею. Державна таємниця – це правовий інститут сучасної держави, що дозволяє проводити їй незалежну політику, відстоювати свої інтереси, мати змогу впливати на поведінку інших держав та хід міжнародних подій у бажаному для себе напрямку.

Актуальність захисту державної таємниці зумовлена тим, що:

- збільшується обсяг відомостей, що їх держава вважає за потрібне зберігати в режимі конфіденційності (таке зростання державних секретів пов'язане із багатьма відкриттями та дослідженнями у науково-технічній сфері;
- навіть окремі прецеденти витоку державної таємниці можуть завдати непоправної шкоди інтересам України в найрізноманітніших сферах суспільних відносин (іноді державі доводиться шукати нові наукові шляхи вирішення наукових завдань, «заморожувати» окремі розробки чи відмовлятися від них взагалі).

Розвиток та оптимальне функціонування всього суспільства неможливе без відстоювання національних інтересів (у тому числі шляхом надійного захисту державної таємниці). Певна частина інформації повинна мати (і має) ліміти на поширення, обумовлені інтересами національної безпеки, економічними вигодами країни, військовими міркуваннями тощо. Розвиток інформаційної сфери та забезпечення її безпеки є одним із пріоритетів національної політики України. Інформація є національним ресурсом, фундаментом економічної та політичної сили держави, а тому інформаційна безпека є важливим елементом національної безпеки. Певно не випадково у Стратегії національної безпеки йдеться про те, що одним із пріоритетів

забезпечення кібербезпеки та безпеки інформаційних ресурсів є реформування системи охорони державної таємниці²¹³.

Відповідно до даних, наведених В. Галушкою та Г. Тіхоновим, у 2020 р. за порушення законодавства про охорону державної таємниці до відповідальності притягнуто 269 осіб, також контррозвідкою СБУ викрито 73 намагання іноземних громадян отримати інформацію з обмеженим доступом в сфері оборони²¹⁴.

Зараз у більшості держав (і Україна тут не виняток) іде поступове збільшення обсягу охоронюваних відомостей, які стосуються військової, політичної, економічної сфер, та зачіпають фундаментальні публічні інтереси. Незаконне розголошення таких відомостей може завдати істотної шкоди державним інститутам, призвести до значних фінансових втрат, знецінити працю сотень фахівців, потягнути за собою політичну напруженість.

Отож, і вітчизняні, і зарубіжні дослідники абсолютно справедливо вказують на те, що державна таємниця є однією з невід'ємних елементів будь-якої суверенної держави. Тобто, жодна держава, котра проводить самостійну внутрішню та зовнішню політику, не може обійтися без того, аби якась інформація про її діяльність мала суворо обмежений обіг та знаходилася під особливим захистом²¹⁵.

²¹³ Стратегія національної безпеки: Рішення Ради Національної безпеки і оборони від 14 вересня 2020 р. URL.: <https://www.president.gov.ua/documents/3922020-35037>.

²¹⁴ Галушка В., Тіхонов Г. Особливості правового регулювання захисту державної таємниці в Україні та за її межами. *Підприємництво, господарство і право*. 2021. №1. С.205.

²¹⁵ Рогатинська Н.З. Кримінальне провадження, яке містить відомості, що становлять державну та банківську таємницю. *Актуальні проблеми правознавства*. 2016. Випуск 1. С.181; Єфіменко І.М. Охорона державної таємниці на стадії досудового розслідування кримінального провадження: проблемні питання та шляхи їх вирішення. *Митна справа*. 2013. №6. С.133; Дворников А. А. Уголовно-правовая охрана государственной и служебной тайны в органах внутренних дел: дисс. канд. юрид. наук: 12.00.08/Тюменский юридический институт. Тюмень, 2007. С.27-53; Корсун Р.В. Правовой институт государственной тайны и его отражение в законодательстве государств, входящих в СНГ: дисс. канд. юрид. наук: 12.00.08/ Московский инженерно-физический институт. Москва, 2007. С.35-46; Терехов М.Ю. Получение дознавателями и следователями органов внутренних дел сведений, составляющих государственную или иную охраняемую федеральным законом тайну: особенности уголовно-процессуальной формы: дисс. канд. юрид. наук: 12.00.09 /Московский университет. Москва, 2010. С.15-32; Харченко О.В. Правовая защита тайн, отражающих государственные интересы, в оперативно-розыскной деятельности и уголовном судопроизводстве: автореф. дисс. на соиск. науч. степени канд. юрид. наук: 12.00.09. Воронеж, 2009. С.5-6; Крюков С.В. Конституционные основы ограничения основных прав и свобод человека и гражданина в целях защиты государственной тайны: автореф. дисс. на соиск. науч. степени канд. юрид. наук: 12.00.02. Москва, 2009. С.12-14; Федоров А.В. Государственная тайна в уголовном процессе. *Правоведение*. 2000. №4. С.102-104; Лобанова Л.В. Преступления против правосудия: проблемы классификации посягательств, регламентации и дифференциации ответственности: дис. ...докт. юрид. наук: 12.00.08 /Волгоградский государственный университет. Казань, 2000. С.185-187; Новиков С.А. Правдивые показания: правовые меры стимулирования в России и за рубежом (уголовное судопроизводство). Монография. Санкт-Петербург: Издательский дом С.-Петерб. гос. ун-та, Издательство юридического

Державною таємницею (ст.1 Закону України «Про державну таємницю») є таємна інформація, яка включає відомості у сфері оборони, охорони правопорядку та державної безпеки, науки, техніки, економіки, зовнішніх відносин, оприлюднення якої здатне завдати шкоди національній безпеці України та яка визнана державною таємницею і, відтак, підлягає охороні).

У Главі 40 КПК України в загальних рисах вказано, яким чином має здійснюватися кримінальне провадження, котре містить відомості, які становлять державну таємницю. Законодавець передбачає необхідність дотримання у кримінальному провадженні (під час досудового розслідування й судового провадження), котре містить відомості, які становлять державну таємницю, вимог режиму секретності.

Необхідність забезпечення охорони державної таємниці в ході кримінального провадження передбачає вжиття заходів, що спрямовані на запобігання розголошенню такої секретної інформації й втраті її матеріальних носіїв, а саме:

- забезпечення спеціального порядку допуску й доступу учасників кримінального провадження до державної таємниці (ч.3 та ч.4 ст.517 КПК України);

- забезпечення дотримання вимог таємного діловодства при складенні процесуальних документів (ч.2 ст.517 КПК України);

- закріплення обов'язку в органів, що ведуть процес, роз'яснити учасникам кримінального провадження їхні обов'язки стосовно збереження державної таємниці (передбачені ст.28 Закону України «Про державну таємницю»²¹⁶) й попередити про загрозу настання кримінальної відповідальності у разі розголошення відповідних відомостей;

- встановлення обмежень прав учасників кримінального процесу, що містить державну таємницю (закріплення заборони виготовлення копій із матеріалів, що містять державну таємницю, а також порядку виготовлення й

факультета СПБГУ, 2008. С.120-121; Смолькова И.В. Проблемы охраняемой законом тайны в уголовном процессе: дис. ...д-ра юрид. наук: 12.00.09 /Иркутская государственная экономическая академия. Иркутск, 1998. С.147-263.

²¹⁶ Про державну таємницю: Закон України від 21.01. 1994 р. № 3855-XII. URL.: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3855-12#Text>.

зберігання копій із матеріалів, що містять державну таємницю, порядку виготовлення й зберігання виписок із таких матеріалів й ознайомлення з їх змістом тих, хто зробив відповідні виписки) – ч.5 ст.517 КПК України;

- забезпечення дотримання вимог стосовно зберігання, передавання, транспортування та обліку матеріальних носіїв секретної інформації, що передбачено ч.6 ст.517 КПК;

- закріплення обов'язку суду, слідчого судді прийняти рішення про здійснення судового провадження у закритому засіданні, за умови, що здійснення провадження у відкритому засіданні здатне призвести до розголошення охоронюваної законом таємниці (п.4 ч.2 ст. 27 КПК України), зокрема, й державної таємниці.

Процесуальні рішення у кримінальному провадженні, що складаються слідчим, прокурором, суддею, слідчим суддею, повинні відповідати загальним вимогам стосовно форми та змісту, передбачених чинним КПК. При цьому процесуальні рішення не можуть містити відомості, які становлять державну таємницю.

Існують додаткові вимоги стосовно ознайомлення учасників кримінального провадження із процесуальними рішеннями у таких провадженнях та надання їм копій цих рішень. Відповідно до положень ч.7 ст.27 КПК України, якщо судовий розгляд здійснювався у закритому засіданні, то судові рішення, як зазвичай, проголошується прилюдно, але при цьому пропускається інформація, задля дослідження якої і проводилося закрите засідання та яка підлягає подальшому захисту від розголошення на момент проголошення рішення суду. Надання копії рішення суду (окрім судових рішень у провадженнях із грифом «цілком таємно» та «таємно») здійснюється згідно процесуального законодавства (п.4.5. Положення про автоматизовану систему документообігу суду)²¹⁷.

Що ж стосується умов допуску учасників кримінального провадження до участі у конкретному провадженні, котре містить відомості, які становлять державну таємницю, то вони залежать від їхнього процесуального статусу. Для

²¹⁷ Положення про автоматизовану систему документообігу суду: Рішення Ради суддів України від 26 листопада 2010 р. URL.: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/vr030414-10#Text>.

осіб, котрі здійснюють досудове розслідування чи судовий контроль за дотриманням прав та законних інтересів учасників кримінального провадження; нагляд за дотриманням законів у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням, судове провадження (прокурора, слідчого, судді, слідчого судді) обов'язковою умовою допуску їх до участі у кримінальному провадженні, котре містить відомості, які становлять державну таємницю, є наявність допуску (відповідної форми) до державної таємниці. Наявність у них допуску до державної таємниці підтверджується копією довідки (засвідченої у встановленому порядку) про надання відповідної форми допуску до державної таємниці. Така копія має бути долучена до матеріалів кримінального провадження. За відсутності у прокурора, слідчого, судді, слідчого судді допуску до державної таємниці, вони не можуть здійснювати провадження. До прикладу, згідно п. 3.1.14 Положення про автоматизовану систему документообігу суду, в ході автоматизованого розподілу справ враховуються відомості про наявність у судді допуску до державної таємниці.

Щодо інших учасників кримінального провадження, котре містить відомості, що становлять державну таємницю, то законодавець встановлює 2-і взаємозв'язані умови допуску до участі:

- наявність у них допуску (відповідної форми) до державної таємниці;
- надання їм доступу до конкретної секретної інформації (категорії секретної інформації та її матеріальних носіїв).

Це загальне правило, із якого передбачено два винятки для:

а) підозрюваного, обвинуваченого (цей учасник процесу бере участь у кримінальному провадженні після роз'яснення йому вимог ст.28 Закону «Про державну таємницю» без оформлення допуску до державної таємниці);

б) іноземців й осіб без громадянства, стосовно яких передбачено особливий порядок надання доступу до державної таємниці (ч.7 ст.27 Закону «Про державну таємницю»).

Про надання допуску (відповідної форми) до державної таємниці орган СБУ видає довідку. Її засвідчена копія має бути долучена до матеріалів кримінального провадження.

Підозрюваний / обвинувачений бере участь у кримінальному провадженні без оформлення допуску до державної таємниці. Слідчий / прокурор повинні роз'яснити підозрюваному / обвинуваченому обов'язки, що передбачені у ст.28 Закону України про державну таємницю, а саме:

- не розголошувати державну таємницю, що стала йому відома у зв'язку з участю у кримінальному провадженні;
- дотримуватися вимог режиму секретності;
- повідомляти орган, що веде кримінальний процес і який надав йому доступ до державної таємниці, про виникнення обставин, згадуваних ст.23 Закону «Про державну таємницю» чи інших обставин, що перешкоджають збереженню державної таємниці;
- дотримуватися інших вимог законодавства про державну таємницю.

Також підозрюваного/ обвинуваченого попереджають про відповідальність за розголошення інформації, котра становить державну таємницю за ст.328 КК України (про це він надає розписку).

Для участі у слідчих /розшукових діях, передбачених ч.7 ст.223 КПК України (а саме - освідування особи, слідчого експерименту, огляду трупа (зокрема, й пов'язаного з ексгумацією), пред'явлення особи, речі чи трупа для впізнання) слідчий, прокурор повинні запросити не менш як 2-х понятих. У таких провадженнях це можуть бути виключно особи, котрі мають допуск до державної таємниці. Їх окремі дослідники називають «спеціальними» понятими²¹⁸. Як правило, понятими в цьому разі залучають працівників режимно-секретних органів, що створені у державних організаціях, які здійснюють діяльність, пов'язану із державною таємницею.

Іноземцям та особам без громадянства доступ до відомостей, що становлять державну таємницю надається в порядку, передбаченому Законом «Про державну таємницю» й Положенням про порядок підготовки документів щодо надання доступу до державної таємниці іноземцям та особам без

²¹⁸ Терехов М.Ю. Получение дознавателями и следователями органов внутренних дел сведений, составляющих государственную или иную охраняемую федеральным законом тайну: особенности уголовно-процессуальной формы: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 /Московский университет. Москва, 2010. С.43.

громадянства²¹⁹. Їм доступ до державної таємниці може бути надано у виключних випадках на підставі міжнародних договорів, ратифікованих Верховною Радою або письмового розпорядження Президента України (із урахуванням пропозицій Ради Національної безпеки й оборони).

Розпорядження Президента України про надання іноземцю чи особі без громадянства доступу до інформації, що міститься у матеріалах кримінального провадження та віднесена до державної таємниці, мають індивідуальний характер. У таких розпорядженнях може бути передбачено надання доступу:

а) до всієї інформації, що міститься у матеріалах кримінального провадження і є державною таємницею²²⁰;

б) до частини цієї інформації із вказівкою на ступінь її секретності й томи справи, у яких вона міститься²²¹.

У розпорядженні Президента України про надання іноземцю чи особі без громадянства доступу інформації, котра є в матеріалах кримінальної справи та є державною таємницею, має бути вказано:

- строки, протягом яких особі надано доступ до таких відомостей:
- обов'язок органу досудового розслідування забезпечити надання доступу до матеріальних носіїв секретної інформації, доступ до якої надано згідно розпорядження;
- обов'язок цього органу контролювати передання секретної інформації, доступ до якої надається.

Про надання доступу до конкретної таємної інформації, а також її матеріальних носіїв, керівник органу досудового розслідування, прокурор, суд приймає рішення. Воно оформляється у формі наказу (чи письмового розпорядження). У цьому наказі (чи письмовому розпорядженні) вказується:

²¹⁹ Положення про порядок підготовки документів щодо надання доступу до державної таємниці іноземцям та особам без громадянства: Указ Президента України від 17 липня 2006 року № 621/2006. URL.: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/621/2006#Text>.

²²⁰ Про надання громадянці Грузії Гонгадзе О.Т. доступу до державної таємниці: Розпорядження Президента України від 03 травня 2006 року №64/2006-рп. URL.: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/64/2006-%D1%80%D0%BF#Text>.

²²¹ Про надання Є. Шиленку доступу до відомостей, що становлять державну таємницю: Розпорядження Президента України від 17 липня 2006 року №621/2006. URL.: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/392/2006-%D1%80%D0%BF#Text>.

- відомості про особу, котрій надається доступ (прізвище, ім'я, по батькові (за наявності), місце та дата народження, громадянство, місце роботи);
- дані про наявність в особи допуску до державної таємниці (форма допуску та термін його дії);
- підстави надання допуску до конкретної таємної інформації (та її матеріальних носіїв);
- відомості про конкретну таємну інформацію, до якої надається доступ, перелік її матеріальних носіїв, належність її до певної категорії та ступінь секретності (із посиланням на Звід відомостей, що становлять державну таємницю від 23.12. 2020 р.²²²);
- строк, на який надається доступ до конкретної таємної інформації та її матеріальних носіїв;
- інші відомості, спрямовані на забезпечення охорони державної таємниці.

У разі завершення строку, на який було надано доступ до конкретної таємної інформації (та її матеріальних носіїв), він може бути продовжений.

За наявності до того підстав такий доступ підлягає скасуванню. Підставами для скасування доступу до таємної інформації (та її матеріальних носіїв) є наступні:

- закінчення строку, на котрий було надано доступ;
- відсутність потреби у допуску до державної таємниці;
- порушення учасником кримінального провадження режиму секретності (що може мати наслідком розголошення секретної інформації та/ чи втрати її матеріальних носіїв);
- звернення (у письмовій формі) учасника кримінального процесу про скасування відповідного доступу;
- виникнення / виявлення обставин, що внаслідок надання учаснику кримінального процесу доступу можуть заподіяти шкоду національній безпеці.

У ч.5 ст.517 КПК України встановлено заборону на виготовлення копій із матеріалів, котрі містять державну таємницю та закріплено порядок

²²² Звід відомостей, що становлять державну таємницю: Наказ Центрального управління Служби безпеки України від 23.12. 2020 р. №383. URL.: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0052-21#Text>.

виготовлення й зберігання виписок із таких матеріалів та ознайомлення з їх змістом осіб, які ці виписки робили. Відповідно до цих правил:

- захисникам/ законним представникам підозрюваного / обвинуваченого, потерпілому (та його представникам), перекладачу, спеціалісту, експерту, секретарю судового засідання, а також судовому розпоряднику заборонено робити копії з матеріалів, що містять державну таємницю;

- а потерпілому (та його представникам), перекладачу, спеціалісту, експерту, секретарю судового засідання, а також судовому розпоряднику заборонено робити виписки із таких матеріалів.

Підозрюваний/ обвинувачений (а також його захисник / законний представник) вправі робити виписки з матеріалів, що містять державну таємницю. При цьому:

- такі виписки опечатуються підозрюваним / обвинуваченим (його захисником / законним представником) таким чином, що це унеможливило б ознайомлення сторонніх осіб з їх змістом;

- ці виписки зберігаються із дотриманням вимог режиму секретності (в органу досудового розслідування чи в суді);

- ознайомлення зі змістом виписок кого-небудь, окрім особи, яка їх зробила, виключене;

- ці виписки надаються підозрюваному / обвинуваченому (його захиснику / законному представнику), яким вони були зроблені на його вимогу (в ході досудового розслідування- у приміщенні органу досудового розслідування, а в ході судового провадження – у приміщенні суду).

Законодавцем передбачено самостійний вид експертизи, котру проводять у кримінальному провадженні, яке містить державну таємницю – експертизу стосовно законності віднесення відомостей у сфері оборони, науки, техніки, економіки, державної безпеки, зовнішніх відносин, охорони правопорядку до державної таємниці, а також зміни ступеня секретності такої інформації та її розсекречування.

Така експертиза призначається винятково слідчим, прокурором, судом. І це відрізняє її від інших видів експертиз, що можуть проводитися за зверненням сторони захисту (ч.2 ст.101 та ч.2 ст.243 КПК України).

Відповідна експертиза проводиться особою, на яку покладено виконання функцій державного експерта з питань таємниць (ч.1 ст.518 КПК України, ст.1 Закону «Про державну таємницю»). Перелік посадових осіб, на яких покладається виконання функцій державного експерта з питань таємниць, достатньо широкий і визначений відповідним Указом Президента України²²³.

Якщо в ході проведення такого виду експертизи застосовуються технології, методики чи використовується інформація, котра містить охоронювану державою таємницю, то в описовій частині експертного висновку ці відомості не вказуються.

У КПК України не встановлено строків проведення експертизи стосовно законності віднесення інформації у сфері оборони, науки, техніки, економіки, державної безпеки, зовнішніх відносин, охорони правопорядку до державної таємниці, а також зміни ступеня секретності такої інформації та її розсекречування. Але враховуючи положення ч.2 ст.11 Закону «Про державну таємницю», де закріплено обов'язок державного експерта з питань таємниць прийняти рішення про віднесення інформації до державної таємниці, а також продовження строку дії прийнятого раніше рішення про віднесення інформації до державної таємниці, а так само зміну ступеня секретності інформації, скасування раніше прийнятого рішення про віднесення інформації до державної таємниці протягом 1-го місяця із моменту надходження звернення, слід погодитися із міркуванням про доцільність поширення цього місячного строку і на проведення такої експертизи, визнавши його граничним²²⁴.

Хотіла б звернути увагу на певні проблемні питання, які виникають у провадженнях, що містять відомості, які віднесені до державної таємниці.

²²³ Перелік посадових осіб, на яких покладається виконання функцій державного експерта з питань таємниць: Указ Президента України від 19 травня 2020 р. №190/2020. URL.: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/190/2020#Text>.

²²⁴ Кримінальний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар /Відп. ред. С. В. Ківалов, С. М. Міщенко, В. Ю. Захарченко. Харків: Одиссей, 2013. С.908.

Свого часу я пропонувала проводити допит особи стосовно відомостей, які містять державну таємницю тільки з дозволу того органу, від якого секретні відомості стали відомі допитуваному²²⁵. І аргументувала це тим, що повне уявлення про важливість розголошення державної таємниці мають державні органи, які цю таємницю довірили. Зараз я цю позицію змінила та погоджуюся із міркуваннями інших дослідників (та аргументами, висловленими ними), відповідно до якої такий підхід не узгоджується із процесуальною самотійністю слідчого (ч.5 ст.40 КПК України). Адже слідчий має бути самотійним у своїй процесуальній діяльності, втручання в яку осіб, які не мають на те законних повноважень, заборонено. А тому слідчий має тільки погодити проведення допиту за обставинами, що становлять державну таємницю, із керівництвом відповідного органу та, за потреби, склавши протокол про нерозголошення цим керівником даних досудового розслідування²²⁶.

З огляду на це пропоную доповнити статтю 517 КПК України положенням, відповідно до якого особа, котрій орган, що здійснює кримінальне провадження, пропонує повідомити або надати відомості, що становлять державну таємницю, вправі переконатися у тому, що ці відомості збираються у розпочатому кримінальному провадженні, у протилежному ж разі – відмовити у повідомленні чи наданні таких відомостей. Така особа не може відмовитися від виконання цієї вимоги із посиланням на необхідність дотримання державної таємниці, але вправі попередньо отримати від органу, який веде кримінальний процес роз'яснення (що підлягає внесенню до протоколу допиту чи іншої відповідної слідчої (розшукової) дії, яке підтверджує необхідність отримання вказаних відомостей) органом, що веде процес. Окрім того, слід передбачити обов'язок державного службовця, котрий дає показання стосовно довірених йому відомостей, що становлять державну таємницю, письмово повідомити про

²²⁵ Навроцька В. Правова регламентація використання відомостей, що становлять державну таємницю в кримінальному процесі *Часопис Академії адвокатури України* 2010. №2. URL.: <http://www.nbu.gov.ua/e-journals/Chaau/2010-2/09nvvpzs.pdf>.

²²⁶ Парфіло О. А., Пінчук Д. В. До питання забезпечення охорони державної таємниці у кримінальному процесі. *Право України*. 2010. №11. С.171-177.

це керівника відповідного органу (хіба йому це буде прямо заборонено органом, що веде кримінальний процес).

Ще однією проблемою є те, що у главі 40 КПК України не врегульовано процесуальні форми захисту державної таємниці у разі, коли в ході досудового розслідування вона стає відомою потерпілому, свідку, спеціалісту, експерту чи понятим, які не мають відповідного допуску до неї. У кримінальних провадженнях щодо розголошення державної таємниці завжди є ті, кому така інформація була розголошена. Позаяк свідкам уже розголошено відомості, які становлять державну таємницю, то постає питання: а як же захистити цю інформацію від її подальшого оприлюднення? На практиці слідчий відбирає від таких свідків (та їх адвокатів) письмове зобов'язання про нерозголошення державної таємниці. Але у діючому КПК не передбачено обов'язок свідка та адвоката надавати такі зобов'язання.

А тому з метою належного забезпечення захисту державної таємниці в ході досудового розслідування потрібне внесення змін до кримінального процесуального законодавства. Зокрема, К.В. Антонов радить (з цими пропозиціями я повністю згодна):

- доповнити ст.517 КПК України новою частиною, де б було передбачено обов'язок свідків та їхніх адвокатів, котрі беруть участь у кримінальному провадженні, пов'язаному із державною таємницею, надавати на вимогу слідчого зобов'язання у письмовій формі про нерозголошення державної таємниці, що стала їм відома у зв'язку з участю у кримінальному провадженні;

- доповнити ст.517 КПК України новою частиною, де встановити умови й процедуру надання свідком, котрий за родом займаної посади володіє відомостями, що є державною таємницею, показань щодо секретних відомостей після отримання письмового погодження посадової особи, яка надала йому доступ до державної таємниці та лише в частині, що стосується даного кримінального провадження²²⁷.

²²⁷ Антонов К.В. Проблеми правової охорони інституту державної таємниці у кримінальному провадженні. *Юридичний електронний науковий журнал*. 2020. №2. С.357-358.

Окрім того, хотіла б ще раз звернути увагу на відображене у ст.517 КПК України положення, згідно якого підозрюваний, обвинувачений у таких кримінальних провадженнях вправі обирати тільки адвоката, який має спеціальний допуск до відомостей, що становлять державну таємницю²²⁸. Видається, що такий підхід іде врозріз із положенням ст.59 Конституції України²²⁹, згідно якого кожен є вільним у виборі захисника своїх прав. Причому згідно тих же конституційних норм, право на вільний вибір захисника не підлягає обмеженню навіть в умовах надзвичайного чи воєнного стану(ч.2 ст.64). Схожі положення містяться і в міжнародних актах, що ратифіковані українським парламентом, а, відтак, є частиною національного законодавства. Зокрема, у Міжнародному пакті про громадянські та політичні права йдеться про те, що держава зобов'язана гарантувати кожному, чиї права і свободи порушено, ефективний засіб правового захисту (ст.2) та можливість *вільного* вибору захисника обвинуваченим (п.3 ст.14)²³⁰. У ст.6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод також передбачено право кожного обвинуваченого використовувати правову допомогу захисника, *обраного ним на власний розсуд*²³¹. В Основних положеннях про роль адвокатів (прийнятих Конгресом ООН по запобіганню злочинам) вказано, що будь-хто вправі звернутися по допомогу до адвоката за власним вибором для відстоювання своїх прав у всіх стадіях кримінальної процедури (принцип 1)²³².

В жодній із сусідніх з Україною держав подібного положення (що стосується допуску до участі у кримінальному провадженні щодо відомостей, які становлять державну таємницю виключно захисника, у якого є доступ до

²²⁸ Про те, яким повинен бути порядок оформлення /скасування допуску на надання/ припинення доступу до державної таємниці для захисника, котрий бере участь у кримінальному провадженні, що містить державну таємницю; як мають здійснюватися ці процедури на стадіях досудового розслідування, судового розгляду та у випадках, коли адвокат бере участь у кількох кримінальних провадженнях такого типу, йдеться в одному із роз'яснень Ради адвокатів України (див.: Щодо питання участі захисника у кримінальному провадженні, яке містить відомості, що становлять державну таємницю: Роз'яснення Ради адвокатів України від 05 серпня 2020 р. №26/2-4804. URL.: https://unba.org.ua/assets/uploads/3c977a0cb5815010d341_file.pdf; Адвокатам раз'яснили порядок доступа к государственной тайне в ходе уголовных производств. URL.: https://zib.com.ua/ru/144189-dopusk_advokata_k_gosudarstvennoy_tayne_v_sau_predostavili_r.html).

²²⁹ Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. URL.: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>.

²³⁰ Міжнародний пакт про громадянські та політичні права: Документ Генеральної Асамблеї ООН від 16 грудня 1996 р. URL.: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043#Text

²³¹ Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод від 04.11. 1950 р. URL.: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text.

²³² Основні положення про роль адвокатів: прийняті VII Конгресом ООН по запобіганню злочинам) в серпні 1990 р. URL.: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_835#Text.

такої таємниці) немає. Зокрема, у ч.5 ст.49 КПК Російської Федерації, вказано, що «якщо захисник бере участь у провадженні у кримінальній справі, в матеріалах якої містяться відомості, що становлять державну таємницю, і не має відповідного допуску до зазначених відомостей, він зобов'язаний дати підписку про їх нерозголошення»²³³. Схожий підхід міститься, зокрема, і у ч.5 ст.171 КПК Республіки Вірменія²³⁴, ч.4 ст.200 КПК Азербайджанської Республіки²³⁵. Аналогічно це питання вирішено і у ч.5 ст.5 Модельного КПК для держав-учасниць СНД²³⁶.

До речі, Конституційний Суд Російської Федерації в одному із своїх рішень прийшов до висновку про те, що усунення адвокатів від участі у справі у зв'язку з відсутністю допуску до державної таємниці суперечить Конституції РФ²³⁷.

Видається, що положення ст.517 КПК України обмежують конституційне право на захист учасників кримінального судочинства з огляду на те, що:

1) тільки достатньо невелика кількість адвокатів в Україні мають допуск до державної таємниці (тим паче, це стосується допуску належного рівня). Окремий облік цих адвокатів Центрами безоплатної правової допомоги та Радами адвокатів регіонів України не здійснюється. А тому підозрюваний в рамках кримінального провадження, котре містить відомості, що становлять державну таємницю, без зайвих зволікань не зможе отримати належну правову допомогу;

2) за недобросовісної поведінки сторони обвинувачення можливе штучне віднесення проваджень до тих, що містять відомості, які становлять

²³³ Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации: Закон Российской Федерации от 18 декабря 2001 г. №174-ФЗ. URL.: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_34481/.

²³⁴ Уголовно-процессуальный кодекс Республики Армения: Закон Республики Армения от 01.07. 1998. URL.: https://www.legislationline.org/download/id/4261/file/Armenia_CPC_am2006_ru.pdf.

²³⁵ Уголовно-процессуальный кодекс Азербайджанской Республики: Закон Азербайджанской Республики от 14июля 2000 г. №907-Ю. URL.: file:///C:/Users/Dell/Downloads/Azerbaijan_CPC_2000_am2013_ru.pdf.

²³⁶ Модельный Уголовно-процессуальный кодекс для государств-участников Содружества Независимых Государств: постановление Межпарламентской Ассамблеи для государств-участников Содружества Независимых Государств от 17 февраля 1996 г. URL.: <https://www.icrc.org/ru/doc/assets/files/other/ipa.pdf>.

²³⁷ По делу о проверке конституционности статей 1 и 21 Закона Российской Федерации от 21 июля 1993 г. «О государственной тайне в связи с жалобами граждан В.М. Гурджиянца, В.Н. Синцова, В.Н. Бугрова и А.К. Никитина: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 27 марта 1996 г. №8-П. URL.: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_9861/.

державну таємницю (що, своєю чергою, тягне відповідні наслідки для сторони захисту). До прикладу, до кримінального провадження, частина інформації в якому була отримана в порядку оперативно-розшукової справи, за бажання можна приєднати документи та речі, які містять дані, що становлять державну таємницю і розглядати таке провадження за процедурою, передбаченою главою 40 КПК;

3) у ч.2 ст.22 Закону України «Про державну таємницю» з-поміж підстав одержання особою допуску до державної таємниці названо потребу у наявності відповідної форми допуску внаслідок виконання своїх службових, виробничих, наукових, науково-технічних чи навчальних потреб. Але у ньому не вказано таку підставу відповідної форми допуску як надання адвокатом правової допомоги. Крім того, потреба в отриманні допуску до держтаємниці виникає в адвоката тільки з моменту укладення договору між ним та учасником кримінального судочинства у провадженні, що містить відомості, які становлять державну таємницю. Однак процедура перевірки адвоката і надання йому допуску становить кілька місяців²³⁸ і протягом цих кількох місяців учасник процесу не зможе користуватися правовою допомогою адвоката за власним вибором²³⁹.

З огляду на це законодавцю варто було б подумати над питанням про те, аби захисникам у таких кримінальних провадженнях достатньо було надавати підписку про нерозголошення цих відомостей.

Один з акторів культового фільму «Сімнадцять миттєвостей весни» говорив: «Was wissen Zwei wisst Schwein» (нім. – «що знають двоє, те знає і свиня»). Звісно, таку фразу не варто розуміти аж надто буквально, але доля істини у ній все ж є: чим ширше коло осіб, котрим відомі державні секрети (чи будь-яка інша інформація, що становить охоронювану законом таємницю), тим

²³⁸ У КПК Азербайджанської Республіки (ст.200) передбачено, що судді в період виконання своїх обов'язків, а також адвокати, які виступають як захисник у провадженнях щодо злочинів у зв'язку з інформацією, що становить державну таємницю, допускаються до роботи з державною таємницею без проходження відповідної перевірки (Уголовно-процессуальный кодекс Азербайджанской Республики: Закон Азербайджанской Республики от 14июля 2000 г. №907-Ю. URL.: file:///C:/Users/Dell/Downloads/Azerbaijan_CPC_2000_am2013_ru.pdf)

²³⁹ Буняк В. Вибір захисника у кримінальному провадженні, що містить держтаємницю. URL.: <https://blog.liga.net/user/vbunyak/article/14590>; Буняк В. Захист в таємному провадженні. URL.: <http://bsb-partners.com/zahist-v-tayemnomu-provadhenni/>.

більшим є ризик її розголошення. У ч.3 ст.217 КПК України йде мова про ситуації, за яких можливе виділення матеріалів кримінальних проваджень. Але, там не прописано необхідність розділення провадження у разі притягнення до кримінальної відповідальності кількох осіб за умови, що підстави для обмеження гласності стосуються не всіх підозрюваних / обвинувачених. І даремно! Адже якщо в єдиному провадженні інформація, що становить державну таємницю, стає «надбанням» і тих учасників процесу, які до того з нею не були ознайомлені, то при цьому, як уже зазначалося, збільшується ризик її розголошення (а, отже, і завдання шкоди обороноздатності та безпеці держави). Окрім того, це пов'язано із подальшим обмеженням прав та свобод таких осіб, незручностями для них (що полягає, зокрема, в можливому обмеженні виїзду за межі України, обмеженні права на недоторканість приватного життя в ході проведення перевірки для оформлення допуску до державної таємниці). Видається, що навряд чи варто інформувати про конфіденційні відомості тих учасників процесу, які з ними з самого початку (до моменту провадження) не володіли. В юридичній літературі уже була висловлена позиція, відповідно до якої один із способів захисту охоронюваних законом таємниць у кримінальному провадженні могло б бути розділення кримінального провадження стосовно окремих підозрюваних/ обвинувачених у частині епізодів протиправної діяльності, коли у них є відомості, котрі не підлягають розголошенню²⁴⁰. Подібне положення міститься й у п.1 ч.1 ст.44 КПК Республіки Казахстан²⁴¹.

З огляду на це раджу викласти ч.3 ст.217 КПК України так: «За необхідності матеріали досудового розслідування щодо одного чи кількох кримінальних правопорушень можуть бути виділені в окреме провадження, якщо одна особа підозрюється у вчиненні кількох правопорушень або дві чи більше особи підозрюються у вчиненні одного чи більше кримінальних правопорушень, або коли це зумовлено міркуваннями захисту відомостей, що становлять охоронювану законом таємницю».

²⁴⁰ Ларин А.М. Разъединение уголовных дел и качество расследования. *Актуальные проблемы социалистической законности и правопорядка*. Куйбышев: КГУ, 1982. С.86-88.

²⁴¹ Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан: Закон Республики Казахстан от 4 июля 2014 г. №231-V. URL.: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31575852#pos=41;-51.

Підсумовуючи вищесказане, слід констатувати, що така увага до відомостей, що становлять державну таємницю зумовлена тим, що її розголошення може завдати шкоди суверенітету, обороноздатності територіальній цілісності та недоторканості, економічній та інформаційній безпеці держави. А тому використання відповідної інформації у всіх сферах життя суспільства потребує посиленого захисту від розголошення.

Водночас видається, що діюче законодавство не достатньо регламентує суспільні відносини у цій сфері; у ньому є прогалини, які не дають чіткого розуміння можливих та необхідних обмежень конституційних прав учасників процесу з метою захисту державної таємниці. Захист державної таємниці та допустимі при цьому обмеження основних прав та свобод потребують глибокого теоретичного та практичного осмислення.

7. КРИМІНАЛЬНЕ ПРОВАДЖЕННЯ НА ТЕРИТОРІЇ ДИПЛОМАТИЧНИХ ПРЕДСТАВНИЦТВ, КОНСУЛЬСЬКИХ УСТАНОВ УКРАЇНИ, НА ПОВІТРЯНОМУ, МОРСЬКОМУ ЧИ РІЧКОВОМУ СУДНІ, ЩО ПЕРЕБУВАЄ ЗА МЕЖАМИ УКРАЇНИ ПІД ПРАПОРОМ АБО З РОЗПІЗНАВАЛЬНИМ ЗНАКОМ УКРАЇНИ, ЯКЩО ЦЕ СУДНО ПРИПИСАНЕ ДО ПОРТУ, РОЗТАШОВАНОГО В УКРАЇНІ

У КПК України передбачено перелік посадових осіб органів влади та управління, котрі наділені законодавцем правом здійснювати процесуальну діяльність тоді, коли слідчі та прокурори реагувати на факт вчинення кримінального правопорушення не можуть з об'єктивних причин.

Так, ст.519 КПК України делегує право на проведення окремих процесуальних дій керівнику консульської установи чи дипломатичного представництва України (згідно п.1 ст.22 Віденської конвенції про

дипломатичні зносини 1961 р.²⁴² та п.1 ст.31 Віденської конвенції про консульські зносини 1963 р.²⁴³).

Якщо ж кримінальне правопорушення вчинене на морському, річковому чи повітряному судні, яке знаходиться за межами України під українським прапором або розпізнавальним знаком України та приписане до порту, яке розташоване в Україні, то процесуальні дії уповноважений вчиняти капітан українського судна (п.2 ч.1 ст.519 КПК України, ст.27 Конвенції з морського права²⁴⁴).

Щодо можливості кримінального провадження та виконання процесуальних дій, важливим є віднесення до території консульської установи та дипломатичного представництва приватної резиденції дипломатичного агента. Згідно ст.30 Віденської конвенції 1961 р. така резиденція користується тим самим захистом і недоторканістю, що й приміщення дипломатичного представництва. Мова йде передусім про приміщення, де проживає дипломат та члени його сім'ї, номер у готелі, дачу, каюту на судні, купе поїзда під час пересування дипломата по території країни перебування внаслідок виконання дипломатичної місії. Подібними імунітетами (згідно ст.37 згадуваної Конвенції) також наділяють членів адміністративно-технічного персоналу та тих членів їх сім'ї, що проживають спільно з ними – за умови, що вони не є громадянами держави перебування чи не проживають у ній постійно. Важливий є також імунітет дипломатичних засобів пересування транспортних засобів (водних, сухопутних, повітряних), які належать дипломатичним представництвам і членам їх сімей (а також орендованих чи переданих у регулярне користування).

Таким чином, службові особи, згадані у ст.519 КПК України, можуть вчиняти процесуальні дії у приватній резиденції дипломатичного агента й членів адміністративно-технічного персоналу представництва, якщо вони не є громадянами держави перебування чи не проживають у ній постійно. Усе ж , що розташоване поза оточеної огорожею (парканом) ділянки (до прикладу,

²⁴²Віденська конвенція про дипломатичні зносини від 18 квітня 1961 р.
URL.: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_048#Text.

²⁴³Віденська конвенція про консульські зносини від 24 квітня 1963 р.
URL.: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_047#Text.

²⁴⁴Конвенція ООН з морського права. URL.: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_057#Text.

орендовані не членами дипломатичного та адміністративно-технічного персоналу представництва квартири, дачні будиночки, будівлі для проживання, транспорт для пересування обслуги, прибиральників, покоївок тощо, не належить до території дипломатичного представництва чи консульської установи за кордоном. Якщо ж навколо консульської установи чи дипломатичного представництва немає земельної ділянки, то у такому разі територією представництва є тільки будівля (частина будівлі, окремий поверх чи офіс у будівлі). Межі такої території визначаються входними-вихідними дверима, тамбурами тощо.

В рамках даного дослідження варто звернути увагу на такий момент: відповідно до чинного КПК України *постійні представництва України при міжнародних організаціях* (до прикладу, Постійне представництво України при ООН, Постійне представництво України при ЮНЕСКО, Постійне представництво України при координаційних інститутах СНД, Місія України при НАТО, Представництво України при ЄС, Постійне представництво України при Раді Європи тощо) не належать до території дипломатичних представництв та консульських установ, хоча й мають усі ознаки закордонної дипломатичної установи України. Це є недоглядом у процесуальному законі, який потрібно усунути. Окремі фахівці рекомендують главу 41 КПК України перейменувати на «Кримінальне провадження на території закордонних дипломатичних установ України...» (далі – за текстом), бо це формулювання охоплювало б і території консульських установ, і дипломатичних представництв, і постійних представництв при міжнародних організаціях²⁴⁵. Зокрема, Ю.І. Іванов радить внести до КПК застосовувану у законі «Про дипломатичну службу»²⁴⁶ конструкцію «закордонні дипломатичні установи», котра охоплює і

²⁴⁵ Процаєв В.В. Поняття території дипломатичного представництва та консульської установи України за кордоном. URL.: <https://journals.indexcopernicus.com/api/file/viewByFileId/690772.pdf>; Іванов Ю.А. Міжнародно-правові аспекти здійснення кримінального провадження на території дипломатичних представництв та консульських установ України. URL.: https://legalactivity.com.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=450%3A010313-.

²⁴⁶ Про дипломатичну службу: Закон України від 07 червня 2018 р. №2449-VIII. URL.: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2449-19#Text>.

дипломатичні представництва, і консульські установи, і представництва України при міжнародних організаціях²⁴⁷.

Також слід вказати, що ні в КПК України, ні в жодному міжнародному документі, який є джерелом консульського та дипломатичного права, відсутнє визначення термінів «керівник консульської установи України» або «керівник дипломатичного представництва України». Водночас, у ст.3 Віденській конвенції 1961 р. вжито термін не «керівник», а «*глава представництва*», а у ст.19 йдеться про те, що якщо глава представництва не може виконувати свої функції або цей пост вакантний, то відповідні обов'язки тимчасово виконує тимчасовий повірений у справах²⁴⁸. У Віденській конвенції про консульські зносини 1963 р. особу, яка керує консульську установу, також іменують не «керівник», а «*глава*»²⁴⁹. У ст.2 Консульського статуту України вжито термін «консульська посадова особа», під якою слід розуміти будь-яку особу (включно із *главою консульської установи*), якій доручено виконання консульських функцій²⁵⁰.

Як зазначають З. Сміттиєнко та І. Кобилянська, такі розбіжності у термінології слід усунути, внівши для цього зміни до ст.519 та ст.520 КПК України, передбачивши, що особами, котрі уповноважені на вчинення процесуальних дій, є глава консульської установи чи дипломатичного представництва України²⁵¹.

При цьому потрібно вказати, що керівник консульської установи чи дипломатичного представництва України (як зрештою, й капітан українського судна) зараз не визначений як особа, котра уповноважена починати досудове розслідування за наявності до того підстав. Цей висновок можна зробити виходячи з аналізу положень КПК України, Закону України про дипломатичну

²⁴⁷Іванов Ю.А. Міжнародно-правові аспекти здійснення кримінального провадження на території дипломатичних представств та консульських установ України.
URL.: https://legalactivity.com.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=450%3A010313-.

²⁴⁸Віденська конвенція про дипломатичні зносини від 18 квітня 1961 р.
URL.: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_048#Text.

²⁴⁹Віденська конвенція про консульські зносини від 24 квітня 1963 р.
URL.: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_047#Text.

²⁵⁰Консульський статут України: затверджений Указом Президента України від 02 квітня 1994 року №127/94.
URL.: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/127/94#Text>

²⁵¹Сміттиєнко З., Кобилянська І. Затримання підозрюваного в дипломатичних представництвах України. *Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право*. 2016. №. С.114.

службу²⁵², Консульського статуту України, Положення про порядок ведення Єдиного реєстру досудових розслідувань²⁵³.

До прикладу, у ч. ст.12 Консульського статуту України²⁵⁴ сказано, що консул виконує функції, передбачені Консульським статутом та законодавством України. До цих функцій можуть бути віднесені необхідні процесуальні дії, що визначені, зокрема, українським кримінальним процесуальним законодавством. Зокрема, у ст.547 КПК України (якою регламентовано виконання консульськими установами або дипломатичними представництвами процесуальних дій в рамках міжнародного співробітництва в ході кримінального провадження) передбачено тільки, що консульські установи й дипломатичні представництва іноземних держав в Україні можуть отримувати на добровільній основі речі, документи, пояснення від громадян тієї держави, котру вони представляють та вручати таким особам документи. У ст.28 згаданого Консульського статуту вказано, що консул може виконувати доручення українських слідчих та судових органів (із дотриманням процесуального законодавства України) стосовно громадян України за умови , що таке не заборонено законами держави перебування.

Отож, у проаналізованих нормативних актах про повноваження керівника консульської установи чи дипломатичного представництва України стосовно початку досудового розслідування мова не йде. Не вирішує це питання і положення ст.17 Консульського статуту, згідно якого консул (в межах свого консульського округу) вправі звертатися до влади держави перебування стосовно усіх питань, що пов'язані із діяльністю консульської установи. Аналіз норм Віденської конвенції про дипломатичні зносини 1961 р. дозволяє зробити висновок, згідно якого у разі вчинення кримінального правопорушення на території українського диппредставництва за кордоном, правоохоронні органи іноземної держави не мають повноважень стосовно попередження, виявлення

²⁵²Про дипломатичну службу: Закон України від 07 червня 2018 р. №2449-VIII. URL.:<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2449-19#Text>.

²⁵³ Положення про Єдиний реєстр досудових розслідувань, порядок його формування та ведення: Наказ Генерального прокурора України від 30.06.2020 №298. URL.: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0298905-20#Text>.

²⁵⁴ Консульський статут України: затверджений Указом Президента України від 02 квітня 1994 року №127/94. URL. :<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/127/94#Text>.

та документування таких правопорушень та початку провадження. Отож, нормативна неврегульованість відповідного питання проявляється у тому, що керівник консульської установи чи дипломатичного представництва України уповноважені проводити процесуальні дії (як з власної ініціативи, так і за дорученням українських слідчих/судових органів), а з іншого – він не уповноважений вносити дані про кримінальне правопорушення до ЄРДР, а, відтак, і не може розпочинати досудове розслідування.

Є кілька напрямів вирішення такого питання:

1) Один із них може полягати у визначенні на законодавчому рівні обов'язку керівника консульської установи чи дипломатичного представництва України розпочинати досудове розслідування відповідно до ч.ч.1-2 ст.214 КПК. Але такий підхід передбачає надання відповідному керівнику як реєстратору ЄРДР можливості накладення електронного цифрового підпису. Але, як резонно зазначається з цього приводу, надання коду доступу до ЄРДР не є необхідним через низьку розповсюдженість потреби прийняття рішення стосовно початку досудового розслідування на території закордонного дипломатичного представництва чи консульської установи²⁵⁵.

2) Окремі дослідники радять закріпити на рівні законодавства оптимальний порядок початку досудового розслідування службовими особами, про яких йдеться у ст.519 КПК України та конкретизувати процедуру вчинення ними відповідних процесуальних дій. Це ж, своєю чергою, передбачає внесення запропонованих змін та доповнень до ч.3 ст.214 КПК України та до ч.1-2 ст.520 цього ж Кодексу²⁵⁶.

3) В.І. Галаган та О.І. Калачова пропонують, як видається, найоптимальніший процесуальний порядок вирішення такого питання:

²⁵⁵ Галаган В.І., Калачова О.М. Особливості початку досудового розслідування при виявленні ознак кримінального правопорушення на території дипломатичних представництв чи консульських установ України. *Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право»*. 2013. №2. С.7.

²⁵⁶ Давиденко С.В. Проблеми здійснення кримінального провадження на території дипломатичних представництв та консульських установ України за кордоном. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2016. Випуск 39. Том.2. С.81; Галаган В.І., Калачова О.М. Особливості початку досудового розслідування при виявленні ознак кримінального правопорушення на території дипломатичних представництв чи консульських установ України. *Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право»*. 2013. №2. 6-7.

а) до внесення даних до ЄРДР керівник консульської установи чи дипломатичного представництва України можуть (згідно ч.3 ст.214 КПК України) можуть у невідкладних випадках провести тільки огляд місця події;

б) про обставини, котрі можуть вказувати на вчинення кримінального правопорушення, такий керівник по дипломатичних каналах має невідкладно повідомити Генеральну прокуратуру України (як державний орган, що є одним із центральних органів України, котрий (згідно ч.1 ст.545 КПК) здійснює діяльність при наданні міжнародної правової допомоги у кримінальному провадженні);

в) після отримання повідомлення про вчинення кримінального правопорушення та внесення даних до ЄРДР, Генеральна прокуратура України має негайно повідомити про це такого керівника та визначити орган досудового розслідування для подальшого здійснення досудового розслідування.

При цьому варто керуватися не ч.1 ст.523 КПК (де йдеться про те, що розслідування здійснюється слідчим органу досудового розслідування, юрисдикція якого поширюється на територію місцезнаходження центрального органу виконавчої влади у сфері закордонних справ України), а ч.3 ст.218 КПК. Згідно цієї норми, якщо кримінальне правопорушення вчинене за межами України, то місце здійснення досудового розслідування визначає відповідний прокурор із урахуванням місця виявлення ознак кримінального правопорушення, місця перебування підозрюваного, більшості свідків, місця закінчення кримінального правопорушення чи настання його наслідків тощо. Тому у цьому разі прокурор може доручити досудове розслідування не тільки слідчому Шевченківського району м. Києва (на територія якого знаходиться українське Міністерство закордонних справ), а й будь-якому органу досудового розслідування;

г) після цього (отримання повідомлення від Генпрокуратури України про внесення даних до ЄРДР та початку досудового розслідування) керівник консульської установи чи дипломатичного представництва України за потреби проводить передбачені ч.2 ст.520 КПК процесуальні дії і направляє органу

досудового розслідування матеріали кримінального провадження через Генеральну прокуратуру України;

д) орган досудового розслідування, визначений прокурором, на підставі його письмового доручення (згідно п.3 ч.2 ст.36 КПК України) після надходження до нього матеріалів кримінального провадження продовжує здійснення досудового розслідування²⁵⁷.

Хоча у ст.519 КПК України і відсутні обумовлення стосовно стадії кримінального провадження, на якій керівник консульської установи чи дипломатичного представництва України або капітан українського судна може здійснювати процесуальні дії, але з огляду на зміст ч.3 цієї ж статті, видається, що такі дії можуть бути здійснені тільки під час досудового розслідування (окрім випадків, що передбачені у п.«j» ст.5 Конвенції про консульські зносини)²⁵⁸.

Водночас, якщо капітан українського судна чи керівник дипломатичного представництва або консульської установи сам є потерпілим внаслідок кримінального правопорушення, то він зобов'язаний призначити іншу службову особу, уповноважену на вчинення процесуальних дій (ч.2 ст.519 КПК). При цьому постають такі питання: а яка ж саме службова особа (згідно визначеного у ст.15 КПК засади публічності) зобов'язана у цьому разі починати розслідування і здійснювати процесуальні дії, які повноваження стосовно початку досудового розслідування має така призначена службова особа? Адже законодавча регламентація цього питання є нечіткою²⁵⁹.

В подальшому кримінальне провадження продовжується, а вказані вище службові особи, котрі спочатку здійснювали процесуальні дії, підлягають залученню як свідки та зобов'язані давати пояснення прокурору, слідчому

²⁵⁷Галаган В.І., Калачова О.М. Особливості початку досудового розслідування при виявленні ознак кримінального правопорушення на території дипломатичних представництв чи консульських установ України. *Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право»*. 2013. №2. С.8-10.

²⁵⁸Віденська конвенція про консульські зносини від 24 квітня 1963 р. URL.: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_047#Text.

²⁵⁹Давиденко С.В. Проблеми здійснення кримінального провадження на території дипломатичних представництв та консульських установ України за кордоном. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2016. Випуск 39. Том.2. С.81; Галаган В.І., Калачова О.М. Особливості початку досудового розслідування при виявленні ознак кримінального правопорушення на території дипломатичних представництв чи консульських установ України. *Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право»*. 2013. №2. С.3-4.

стосовно проведених процесуальних дій. Потреба у такому допиті пов'язана із необхідністю з'ясування підстав й обставин вчинення відповідної процесуальної дії та вирішення питання щодо допустимості зібраних доказів

Службові особи, про яких йде мова у ч.1 ст.519 КПК України, повинні невідкладно провести потрібні процесуальні дії, якщо їм (внаслідок самостійного виявлення відповідного факту чи заяви або повідомлення від інших осіб тощо) стало відомо про обставини, які можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення на території морського, річкового чи повітряного судна, котре перебуває за межами України під прапором чи розпізнавальним знаком України та яке приписане до українського порту або про кримінальне правопорушення на території української консульської установи чи дипломатичного представництва. У ст.520 КПК України йдеться про можливість здійснення відповідних процесуальних дій ще до початку досудового розслідування, тобто до внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань. Такий законодавчий підхід, як резонно зауважують В.І. Галаган та О.М. Калачова,²⁶⁰ іде врозріз із положенням ч.2 ст.214 КПК України, згідно якої розслідування починається з моменту внесення відомостей до ЄРДР. Це питання не вирішено і у ч.3 ст.214 цього ж Кодексу, де йдеться про те, що у разі виявлення ознак кримінального правопорушення на *морському та річковому судні*, яке перебуває за межами України, досудове розслідування починається негайно. Таким чином, законодавець залишає поза увагою питання стосовно початку досудового розслідування на *повітряному транспорті*, а також на території *консульських установ й дипломатичних представництв*.

Вказані службові особи (чи особи, котрі діють за їх призначенням) вправі здійснити обмежений перелік процесуальних дій, а саме:

- застосовувати тимчасове вилучення майна (як захід забезпечення кримінального провадження) та здійснювати затримання особи;

²⁶⁰ Галаган В.І., Калачова О.М. Особливості початку досудового розслідування при виявленні ознак кримінального правопорушення на території дипломатичних представництв чи консульських установ України. *Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право»*. 2013. №2. С.7.

- здійснювати слідчі/ розшукові дії, що полягають в обшуку житла або іншого володіння особи й особистого обшуку без отримання на це ухвали суду, огляду місця вчинення кримінального правопорушення.

Такі процесуальні дії повинні детально описуватися у відповідних процесуальних документах, фіксуватися за допомогою технічних засобів фіксації (окрім випадків, коли через технічні причини таке фіксування неможливе) – ч.2 ст.520 КПК України.

Проведення допиту, впізнання після прийняття слідчим чи прокурором кримінального провадження можливе в режимі відеоконференції згідно порядку, передбаченого ст.232 КПК України.

Слід зазначити, що у ст.520 та 522 КПК України використано термін *«законне затримання»*. Але постає питання: а чи можна те затримання, яке здійснюють глави (керівники) консульських установ, дипломатичних представництв України чи керівники українських суден згідно ч.2 ст.520 КПК України іменувати *«законним»*? Ні, не можна! Адже такі особи не є уповноваженими службовими особами у сенсі ст.208 КПК України (де йдеться про затримання без ухвали слідчого судді уповноваженою службовою особою). Згідно вітчизняного кримінального процесуального законодавства під *«уповноваженою службовою особою»* маються на увазі працівники органів внутрішніх справ, органів безпеки, органів Державної пенітенціарної служби, органів державної прикордонної служби, органів Державної митної служби, органів, котрі здійснюють контроль за дотриманням податкового законодавства та інших правоохоронних органів, які вправі здійснити затримання особи.

Вочевидь, під *«законним затриманням особи»* (в контексті ст.520 та ст.522 КПК України) треба розуміти затримання без ухвали слідчого судді згідно ст.207 цього ж Кодексу особою, котра не є уповноваженою службовою особою. А тому слід погодитися із твердженням окремих дослідників про деяку дивність визначення законного затримання особи як якоїсь виняткової особливості у главі 41 КПК України для визначеної категорії осіб²⁶¹. Адже таке затримання буде законним, якщо його здійснить будь-яка особа із дотриманням

²⁶¹ Сміттєнко З., Кобилинська І. Затримання підозрюваного в дипломатичних представництвах України. *Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право*. 2016. №. С.115.

вимог ст.38 КК України та ст.207 КПК України. Зокрема, у ч.2 ст.207 КПК названо загальні підстави законного затримання будь-кого без ухвали слідчого судді/ суду, а саме:

- при вчиненні чи замаху на вчинення кримінального правопорушення;
- одразу після вчинення кримінального правопорушення або під час безпосереднього переслідування особи, котру підозрюють у його вчиненні.

Відповідно до ч.1 ст.38 КК України, не є кримінально протиправними дії осіб, котрі одразу ж після вчинення посягання були спрямовані за затримання того, хто вчинив кримінальне правопорушення та на доставлення його відповідним органам влади (якщо при цьому, звісно ж, не було перевищено заходи, потрібні для затримання цієї особи)²⁶².

Клопотання прокурора про арешт майна, яке було тимчасово вилучене, слід подати не пізніше наступного робочого дня після доправлення на територію України особи, яку затримали в консульській установі, дипломатичному представництві або на українському судні. У протилежному разі таке майно слід невідкладно повернути тому, у кого воно було вилучене. (ст.521 КПК).

Керівник української консульської установи чи вітчизняного дипломатичного представництва вправі здійснити затримання особу (із наданням їй доступу до одержання правової допомоги) на строк до 48 годин, а капітан українського судна може затримати *особу на строк, потрібний для її доставлення на територію України* (ч.1 ст.522 КПК України). Таким чином, строк затримання особи капітаном українського судна може перевищувати 72 години. Це ж не узгоджується як із положенням ч.2 ст.29 Конституції України, так і з положеннями ч.1 ст.211 КПК України. З огляду на це я повністю погоджуюся з позицією, згідно якої у подібному випадку потрібно вирішувати питання про одержання дозволу від слідчого судді на затримання²⁶³.

²⁶²Кримінальний кодекс України: Закон України від 05 квітня 2001 року №2341-III. URL.: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>.

²⁶³ Кримінальний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар/ Відп. ред.: С.В. Ківалов, С.М. Міщенко, В.Ю. Захарченко. Харків: Одиссей, 2013. С.913.

При цьому вищезазначені службові особи повинні забезпечити доставлення затриманого до підрозділу органу державної влади України, котрий уповноважений на тримання затриманих осіб (ч.2 ст.522 КПК). Але таке доставлення для керівника консульської установи чи дипломатичного представництва може бути проблематичним з огляду на те, що передбачає залишення затриманим консульської установи/ дипломатичного представництва та переміщення уже по території іншої держави. А, отже, потрібно буде отримати згоду іноземної держави – аналогічно до інституту транзитного перевезення під час екстрадиції особи (ст.21 Європейської конвенції про видачу правопорушників 1957 року²⁶⁴). Подібна ситуація може трапитися і у разі заходу українського судна, на борту якого перебуває затриманий, до внутрішніх вод іноземної держави.

Згідно норм дипломатичного права затримання на території диппредставництва та подальше доставлення особи в Україну є правомірним тільки за умови, що ця особа не є громадянином країни перебування, належить до відповідної категорії персоналу цього представництва та користується недоторканістю та імунітетом від юрисдикції країни перебування. Бо у протилежному разі таке процесуальне затримання і намагання її подальшого перевезення в Україну розцінюється як порушення суверенітету та територіального верховенства держави перебування, втручання у внутрішні справи іншої держави й використання приміщень представництва задля цілей, що несумісні з його офіційними функціями. Подібно вирішується питання стосовно можливості затримання особи на території консульської установи України та її подальшого вивезення до України. Але потрібно враховувати те, що особиста недоторканість працівників консульської установи та їхній імунітет від юрисдикції країни перебування істотно обмежений у порівнянні із персоналом дипломатичного представництва. Це ж може потягнути за собою реалізацію держави перебування належної їй юрисдикції стосовно особи, яка вчинила кримінальне правопорушення і зробити неможливим її вивезення в

²⁶⁴ Європейська конвенція про видачу правопорушників від 13 грудня 1957 року. URL.: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_033#Text.

Україну²⁶⁵. А тому окремі фахівці радять усунути такий недолік у діючій редакції Глави 41 українського КПК внаслідок розмежування застосування запобіжних заходів щодо персоналу консульської установи та персоналу дипломатичного представництва України²⁶⁶.

Ці ж дослідники звертають увагу ще на такий момент: система запобіжних заходів, перелічених у ч.1 ст.176 КПК України передбачає альтернативу при їх обранні. Це ж, у свою чергу, дає можливість індивідуалізувати їхнє застосування, тобто обрати найбільш ефективний та оптимальний. Натомість у главі 41 КПК подібна альтернатива не передбачена, адже допускає тільки затримання особи. Водночас із урахуванням тяжкості кримінального правопорушення, варто було б не обмежуватися лише затриманням особи, а передбачити можливість застосування й інших, неізоляційних запобіжних заходів. Зокрема, пропонується запровадження взяття особи, котру підозрюють у вчиненні кримінального правопорушення, під нагляд глави консульської установи чи дипломатичного представництва України із заборonoю (або без неї) залишати приміщення консульської установи чи дипломатичного представництва України²⁶⁷.

²⁶⁵ Іванов Ю.А. Міжнародно-правові аспекти здійснення кримінального провадження на території дипломатичних представництв та консульських установ України. URL.: https://legalactivity.com.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=450%3A010313; Сміттиєнко З., Кобилянська І. Затримання підозрюваного в дипломатичних представництвах України. *Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право*. 2016. №. С.116-117.

²⁶⁶ Сміттиєнко З., Кобилянська І. Затримання підозрюваного в дипломатичних представництвах України. *Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право*. 2016. №. С.117, 120.

²⁶⁷ Сміттиєнко З., Кобилянська І. Затримання підозрюваного в дипломатичних представництвах України. *Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право*. 2016. №1. С.117, 119.

ПІСЛЯМОВА

Актуальність теми, задекларованої у вступі, цілком підтвердилася в ході дослідження проблем особливих порядків кримінальних проваджень. Викладене вище дає підставу констатувати, що загалом чинний кримінальний процесуальний закон дозволяє адекватно реагувати на виклики, що постають перед правозастосовною практикою під час досудового розслідування та судового розгляду в особливих порядках провадження. Існуючі його недоліки, зокрема, й виділені та проаналізовані у цій праці, є частковими. Більшість із них може бути подолана шляхом грамотного тлумачення статей КПК України та зверненням до його загальних засад. Понад те, констатую, що саме недостатнє врахування засад процесу або їх своєрідна інтерпретація законодавцем, правозастосувачем та, ніде правди діти, і представниками теорії кримінального процесу, є передумовою законодавчих «ляпів», правозастосовної сваволі чи упущень. Приємно констатувати прогрес у втіленні в законодавстві гуманістичних ідей, виражених у Європейській конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, а також у рішеннях Європейського суду з прав людини. Водночас, ціла низка ідей, як і все нове та прогресивне, прокладає свій шлях (втілюються в законодавчих формулюваннях) важко, з подоланням перешкод, інколи - з необґрунтованою відмовою від норм, які довели свою доцільність та ефективність. Наприклад, у діючому КПК невинуватого, на мою думку, не згадано положення його «попередника» (КПК 1960 р.), яке надавало можливість прокурору з власної ініціативи розпочинати кримінальне провадження у формі приватного обвинувачення, якщо постраждалий не спроможний це зробити самостійно через похилий вік, неналежний стан здоров'я, залежність від обвинуваченого тощо.

А з цього випливає ще один висновок - що регламентація особливих порядків кримінальних проваджень має здійснюватися із урахуванням вимог наступності законодавчої регламентації, збереженням низки існуючих норм та інститутів, без необґрунтованої відмови від них. При європеїзації законодавства потрібно враховувати і прогресивні положення раніше чинного КПК 1960 р.

Доводиться також констатувати відсутність належного зв'язку між положеннями кримінального та кримінального процесуального законодавства. Виражається, це, до прикладу, у тому, що до категорії діянь, кримінальне провадження щодо яких здійснюється у формі приватного обвинувачення, віднесено із десятків тих, що посягають не лише на приватні, а й на публічні інтереси або ж, приміром, у положеннях чинного КПК залишено поза увагою ту обставину, що примусові заходи медичного характеру можуть бути застосовані не лише до осіб, згаданих у ч.1 ст.503 цього Кодексу, але й до осіб які вчинили кримінальні правопорушення в стані обмеженої осудності чи вчинили кримінальні правопорушення у стані осудності, але захворіли на психічну хворобу під час відбування покарання.

Подібні ситуації обумовлені тим, що матеріальне кримінальне право і процесуальне кримінальне право в Україні розвиваються паралельно, взаємообусоблено, невзаємопов'язано. Звісно, такий серйозний закид потребує свого окремого детального аналізу та глибокої аргументації, але категорії правопорушень, які розслідуються в порядку особливих проваджень, на жаль, яскраво ілюструють озвучену тезу.

В цілому ж, висновок у частині оцінки законодавства полягає в тому, що воно у цій частині не потребує кардинальних змін (принаймні, не йде мова про повну відмову від інститутів особливих проваджень), але без часткових змін та доповнень не обійтися.

Оцінка практики застосування норм про особливі провадження, яка доволі відображена в цьому виданні, полягає в наступному: працівники правозастосовних органів зв'язані положеннями чинного законодавства, його недоліки (прогалини, суперечності) прямо відображені у процесуальних діях і рішеннях, що цілком зрозуміло. Але важко зрозуміти, а тим більше, виправдати, ті поширені ситуації, коли правозастосовні помилки обумовлені небажанням чи невмінням тлумачити норми про особливі провадження, застосовувати загальні засади кримінального процесу, а тим, більше, ігноруванням прямих законодавчих приписів.

В окремих особливих порядках кримінального провадження не досягається належний баланс між інтересами потерпілого, обвинуваченого, суспільства та держави. З-поміж найбільш одіозних прикладів – ігнорування законодавцем позиції підозрюваного/обвинуваченого, котрий, вважаючи себе невинуватим у вчиненні інкримінованого йому діяння, виступає проти закриття кримінального провадження у формі приватного обвинувачення у зв'язку з відмовою потерпілого від обвинувачення та домагається винесення виправдувального вироку.

Вивчення практики засвідчує, що значна частина неправильних, як на мене, правозастосовних рішень, обумовлена небажанням чи невмінням з'ясувати справжню суть правовідносин між учасниками проваджень та крайнім формалізмом при тлумаченні правових норм (до прикладу, суди нерідко відмовляють у затвердженні угоди про примирення тільки з огляду на те, що ініціатором таких угод виступав слідчий, у тому числі й тоді, коли сторони відповідних домовленостей прямо зазначають, що ця обставина жодним чином не впливає на їх волевиявлення).

Наївно було б розраховувати, що застосування саме норм про особливі порядки кримінальних проваджень буде здійснюватися на більш високому рівні, аніж загальний рівень досудового розслідування та судового розгляду проваджень в цілому. Адже який загалом рівень слідства та судового розгляду в Україні – такий він і щодо цієї категорії проваджень. Звідси ще один висновок – піднесення рівня юридичної освіти, покращення стану перепідготовки та підвищення кваліфікації слідчих, прокурорів та суддів, підвищення вимогливості до них – є запорукою реалізації законодавчих вимог та очікувань суспільства щодо розгляду особливих проваджень.
