



УДК 343

Осадчий Володимир Іванович

*доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри правосуддя
юридичного факультету Інституту управління,
технологій та права
Державного університету інфраструктури та
технологій,
м. Київ, Україна*

ЗМАГАЛЬНІСТЬ ПРИ ПРОВЕДЕННІ ДОСУДОВОГО СЛІДСТВА

Анотація. Досліджено зміст змагальності при проведенні досудового слідства. Наведено аргументи на користь розширення можливостей змагальності.

Ключові слова та словосполучення: змагальність, кримінальне провадження, сторони кримінального провадження, досудове слідство, суддя, слідчий суддя.

Summary. Criminal proceedings are conducted on the basis of competitiveness, which involves independent defense by the prosecution party and the party of protection of their legal positions, rights, freedoms and legal interests by the means provided by the Criminal Procedure Code. The parties to criminal proceedings have equal rights to collect and file in court things, documents, other evidence, motions, complaints, as well as the exercise of other procedural rights.

Parties to criminal proceedings - from the prosecution: the investigator, the head of the pre-trial investigation body, the prosecutor, as well as the victim, his representative and legal representative in cases established by the Criminal Procedure Code; from the side of the defense: suspect, accused (defendant), convicted, acquitted, a person for whom the use of compulsory measures of medical or educational character or the question of their application, their defenders and legal representatives is being decided.

Investigating the possibility of parties being competitive during the pre-trial investigation, the focus is on the case of the suspect, his lawyer on the one hand, and the prosecutor and the investigator on the other.

It is stated that the possibility for the implementation of the principle of competitiveness during the pre-trial investigation is provided in the CCP.

It is determined that the initial moment of competition during the pre-trial investigation for the suspect is the moment determined in part 1 of Art. 42 of the CCP, for his lawyer - Part 1 Art. 48 CPC.

The beginning of the pre-trial investigation is the starting point for implementation of the principle of competition by the prosecutor and the investigator.

Given the need to safeguard the rights, freedoms and legitimate interests of participants in criminal proceedings, to ensure prompt, full and impartial investigation and trial, given that a number of important procedural or procedural decisions are made by an investigating judge, greater opportunities for the parties to

compete by adjusting the procedure of the criminal proceedings themselves. Namely - in the case of application to a person of pre-trial detention in the form of detention (the application of this pre-trial measure already speaks about the weight of the available evidence of the commission of a criminal offense (paragraph 1 of Article 178 of the CCP), further criminal proceedings should be carried out exclusively in court, where the parties to the prosecution and defense would be competing, because the court investigates the evidence directly (Article 23 of the CCP), and no evidence for the court under Article 94 of the CCP has pre-established force.

Keywords and phrases: *competitiveness, criminal proceedings, parties to criminal proceedings, pre-trial investigation, judge, investigating judge.*

Ще до прийняття нового КПК України дослідниками висловлювались твердження щодо необхідності поширення дії елементів засад змагальності та диспозитивності на стадію досудового слідства [1, с. 9]. Інші стверджували, що найбільш повно змагальність проявляється в судових дебатах [2, с. 9], тим самим, напевно, не заперечували й позицію, яка наведена першою.

Вже після прийняття нового КПК України обґрунтовується точка зору, згідно якої «80 % прокурорів, 78 % працівників органів внутрішніх справ, 84 % адвокатів, 85 % суддів вважають, що з прийняттям КПК України дію принципу змагальності сторін поширено на стадію досудового розслідування» [3, с. 1].

В цьому ж руслі заявлено й таке. «... засада змагальності діє під час розгляду скарг слідчим суддею, але з певними особливостями», «... судовий контроль за досудовим розслідуванням та правосуддя є окремими видами діяльності суду, що також значно розірвані у часі. Разом з тим вони пов'язані...», «... досудове розслідування в Україні і надалі не може характеризуватися як однозначно змагальне в силу явного домінування сторони обвинувачення» [4, с. 5-6].

З'ясуємо, що представляє собою змагальність.

Відповідно до ст. 22 КПК України, кримінальне провадження здійснюється на основі змагальності, що передбачає самостійне обстоювання стороною обвинувачення і стороною захисту їхніх правових позицій, прав, свобод і законних інтересів засобами, передбаченими цим Кодексом (ч. 1). Сторони кримінального провадження мають рівні права на збирання та подання до суду речей, документів, інших доказів, клопотань, скарг, а також на реалізацію інших процесуальних прав, передбачених цим Кодексом (ч. 2).

Отже, змагальність в кримінальному провадженні відбувається між сторонами кримінального провадження.

Окреслимо зміст сторін кримінального провадження.

Сторони кримінального провадження — **з боку обвинувачення:** слідчий, керівник органу досудового розслідування, прокурор, а також потерпілий, його представник та законний представник у випадках, установлених цим Кодексом; **з боку захисту:** підозрюваний, обвинувачений (підсудний), засуджений, виправданий, особа, стосовно якої передбачається застосування примусових

заходів медичного чи виховного характеру або вирішувалося питання про їх застосування, їхні захисники та законні представники (п. 19 ч. 1 ст. 3 КПК).

Етимологічне значення термінів «змагання», «змагатися», «змагати» означає, зокрема, — намагання перемогти когось, домагаючись кращих результатів; мати змогу, бути спроможним щось зробити; сутичка, боротьба двох протилежних сил [5, с. 766]. Отже, в широкому розумінні, змагальність включає в себе не лише безпосередню «сутьку», «боротьбу двох протилежних сил», а й наявність «змоги, спроможності щось зробити».

Протилежними силами є сторони кримінального провадження. Дослідимо можливості змагальності сторін під час досудового слідства на прикладі позицій підозрюваного, його адвоката — з одного боку та прокурора і слідчого — з іншого.

Щодо реалізації принципу змагальності підозрюваним та його адвокатом. Підозрюваним є особа, якій у порядку, передбаченому статтями 276-279 цього Кодексу, повідомлено про підозру, особа, яка затримана за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення, або особа, щодо якої складено повідомлення про підозру, однак його не вручено їй внаслідок невстановлення місцезнаходження особи, проте вжито заходів для вручення у спосіб, передбачений цим Кодексом для вручення повідомлень (ч. 1 ст. 42 КПК).

Підозрюваний має право, зокрема, на першу вимогу мати захисника і побачення з ним до першого допиту з дотриманням умов, що забезпечують конфіденційність спілкування, а також після першого допиту — мати такі побачення без обмеження їх кількості й тривалості; на участь захисника у проведенні допиту та інших процесуальних дій; на відмову від захисника в будь-який момент кримінального провадження; збирати і подавати слідчому, прокурору, слідчому судді докази; брати участь у проведенні процесуальних дій; під час проведення процесуальних дій ставити запитання, подавати свої зауваження та заперечення щодо порядку проведення дій, які заносяться до протоколу (ст. 43 КПК).

Викладене показує, що КПК передбачає можливість реалізації принципу змагальності особою з моменту, коли вона стає підозрюваною. Скажімо, збирати і подавати слідчому, прокурору, слідчому судді докази.

Захисник користується процесуальними правами підозрюваного, захист якого він здійснює, крім процесуальних прав, реалізація яких здійснюється безпосередньо підозрюваним і не може бути доручена захиснику, з моменту надання документів, передбачених статтею 50 цього Кодексу, слідчому, прокурору, слідчому судді, суду. Захисник має право брати участь у проведенні допиту та інших процесуальних діях, що проводяться за участю підозрюваного, до першого допиту підозрюваного мати з ним конфіденційне побачення без дозволу слідчого, прокурора, суду, а після першого допиту — такі ж побачення без обмеження кількості та тривалості. Такі зустрічі можуть відбуватися під візуальним контролем уповноваженої службової особи, але в умовах, що виключають можливість прослуховування чи підслуховування (ч.ч. 4-5 ст. 46 КПК).

Захисник зобов'язаний використовувати засоби захисту, передбачені цим Кодексом та іншими законами України, з метою забезпечення дотримання прав, свобод і законних інтересів підозрюваного та з'ясування обставин, які спростовують підозру, пом'якшують чи виключають кримінальну відповідальність підозрюваного (ч. 1 ст. 47 КПК).

Захисник може у будь-який момент бути залученим підозрюваним, його законними представниками, а також іншими особами за проханням чи згодою підозрюваного до участі у кримінальному провадженні. Слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд зобов'язані надати затриманій особі чи особі, яка тримається під вартою, допомогу у встановленні зв'язку із захисником або особами, які можуть запросити захисника, а також надати можливість використати засоби зв'язку для запрошення захисника. Слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд зобов'язані утримуватися від надання рекомендацій щодо залучення конкретного захисника (ч. 1 ст. 48 КПК).

Захисник після його залучення має право відмовитися від виконання своїх обов'язків лише у випадках, передбачених законом (ч. 4 ст. 47 КПК).

Отже, головна місія захисника — відстоювання інтересів особи в рамках, визначених законами. Таке відстоювання інтересів можливе з моменту залучення адвоката і до повного вирішення питання. Саме з моменту залучення адвоката в нього виникає можливість розпочати реалізацію принципу змагальності, підготуватись до «боротьби двох протилежних сил»: наприклад, збирати відомості про факти, що можуть бути використані як докази, в установленому законом порядку запитувати, отримувати і вилучати речі, документи, їх копії, ознайомлюватися з ними та опитувати осіб за їх згодою (п. 7 ст. 20 ЗУ «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»).

Тобто, якщо змагальність передбачає можливість «перемогти когось, домагаючись кращих результатів; мати змогу, бути спроможним щось зробити; сутичку, боротьбу двох протилежних сил», то її початковим моментом для підозрюваного є момент визначений в ч. 1 ст. 42 КПК, для його адвоката — ч. 1 ст. 48 КПК.

Щодо реалізації принципу змагальності прокурором та слідчим.

Прокурор, здійснюючи нагляд за додержанням законів під час проведення досудового розслідування у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням, уповноважений, зокрема: починати досудове розслідування за наявності підстав, передбачених цим Кодексом; доручати слідчому, органу досудового розслідування проведення у встановлений прокурором строк слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій, інших процесуальних дій або давати вказівки щодо їх проведення чи брати участь у них, а в необхідних випадках — особисто проводити слідчі (розшукові) та процесуальні дії в порядку, визначеному цим Кодексом; повідомляти особі про підозру (ч. 2 ст. 36 КПК).

Слідчий уповноважений, зокрема: починати досудове розслідування за наявності підстав, передбачених цим Кодексом; проводити слідчі (розшукові) дії та негласні слідчі (розшукові) дії у випадках, встановлених цим Кодексом; повідомляти за погодженням із прокурором особі про підозру (ст. 40 КПК).

В своїй діяльності прокурор та слідчий відповідно до завдань кримінального провадження зобов'язані, зокрема: всебічно, повно і неупереджено дослідити обставини кримінального провадження, виявити як ті обставини, що викривають, так і ті, що виправдовують підозрюваного, а також обставини, що пом'якшують чи обтяжують його покарання, надати їм належну правову оцінку та забезпечити прийняття законних і неупереджених процесуальних рішень; роз'яснити підозрюваному його права та забезпечити право на кваліфіковану правову допомогу з боку обраного ним або призначеного захисника.

Отже, початковим моментом реалізації принципу змагальності прокурором та слідчим є початок досудового розслідування.

Як далі реалізується принцип змагальності при проведенні досудового слідства?

В подальшому при проведенні досудового слідства також можна говорити про «боротьбу двох протилежних сил» Адже інтереси сторін кримінального провадження, як правило, не співпадають (можна допустити випадки, коли особа, що вчинила діяння, яке їй інкримінується, визнає цей факт і кається; за таких умов «боротьба двох протилежних сил» відсутня). Зокрема, і підозрюваний (ст. 42 КПК), і потерпілий (ст. 56 КПК) мають право оскаржувати рішення, дії та бездіяльність слідчого, прокурора, слідчого судді в порядку, передбаченому КПК.

Скарги на рішення, дії чи бездіяльність слідчого чи прокурора розглядаються слідчим суддею місцевого суду згідно з правилами судового розгляду, передбаченими ст. ст. 318-380 КПК, з урахуванням положень глави 26 КПК. Відсутність слідчого чи прокурора не є перешкодою для розгляду скарги (ст. 306 КПК).

Хто такий «слідчий суддя»? Слідчий суддя — «суддя суду першої інстанції, до повноважень якого належить здійснення у порядку, передбаченому цим Кодексом, судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні, та у випадку, передбаченому ст. 247 КПК (розгляд клопотань щодо негласних слідчих (розшукових) дій — В.О.), — голова чи за його визначенням інший суддя Апеляційного суду Автономної Республіки Крим, апеляційного суду області, міст Києва та Севастополя.

Слідчий суддя (слідчі судді) у суді першої інстанції обирається зборами суддів зі складу суддів цього суду» (п. 18 ч. 1 ст. 3 КПК).

Який порядок обрання слідчого судді? З числа суддів місцевого загального суду обираються слідчі судді (суддя), які здійснюють повноваження з судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні в порядку, визначеному процесуальним законом.

Кількість слідчих суддів визначається окремо для кожного суду зборами суддів цього суду. Слідчі судді (суддя) обираються зборами суддів цього суду за пропозицією голови суду або за пропозицією будь-якого судді цього суду, якщо пропозиція голови суду не була підтримана, на строк не більше трьох років і можуть бути переобрані повторно. До обрання слідчого судді відповідного суду

його повноваження здійснює найстарший за віком суддя цього суду (ст. 21 Закону «Про судоустрій і статус суддів»).

Наведене показує, що на рівні апеляційного суду слідчі судді не обираються. Однак, в п. 18 ч. 1 ст. 3 КПК зазначено, що у випадку, передбаченому ст. 247 КПК, ними визнаються голова апеляційного суду чи за його визначенням інший суддя цього суду.

Щодо слідчого судді зауважимо й таке. Відповідно до ч. 8 ст. 21 Закону «Про судоустрій і статус суддів», слідчий суддя не звільняється від виконання обов'язків судді першої інстанції, проте здійснення ним повноважень із судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні враховується при розподілі судових справ та має пріоритетне значення.

Цим підкреслено різний статус судді та слідчого судді. І в ряді статей КПК така різниця постійно підкреслюється фактом одночасного вживання термінів: «слідчий суддя», «суд». Наприклад, в ч. 2 ст. 20 КПК читаємо: «Слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд зобов'язані роз'яснити підозрюваному, обвинуваченому його права». В ч. 3 ст. 26 КПК — «Слідчий суддя, суд у кримінальному провадженні вирішують лише ті питання, що винесені на їх розгляд сторонами та віднесені до їх повноважень цим Кодексом».

Більше того, сам факт надання слідчому судді окремого статусу говорить про те, що повноваження його інші, ніж судді. В протилежному разі немає ніякого сенсу «з числа суддів місцевого загального суду обирати слідчих суддів (суддю), які здійснюють повноваження з судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні в порядку, передбаченому процесуальним законом (ч. 5 ст. 21 Закону «Про судоустрій і статус суддів»).

А, значить, слідчий суддя, здійснюючи повноваження з судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні в порядку, передбаченому процесуальним законом, не діє як суд

(згідно в ч. 2 ст. 15 Закону «Про судоустрій і статус суддів»: «Суддя, який розглядає справу одноособово, діє як суд»).

І не тільки тому, що фактично судової справи ще немає, а і тому, що на нього покладені інші повноваження — повноваження із судового контролю.

Низка ухвал слідчого судді може бути оскаржена під час досудового розслідування. Оскарження ухвал слідчого судді здійснюється в апеляційному порядку (ст. 309—310 КПК). Апеляційний розгляд здійснюється згідно з правилами судового розгляду в суді першої інстанції з урахуванням особливостей, передбачених главою 31 КПК (ст. 405 КПК). Це означає, що при оскарженні ухвал слідчого судді в апеляційному порядку змагальність представлена більш широко. Адже саме в ході апеляційного оскарження сторони надають суду докази та доводять їх переконливість.

Ще один нюанс з приводу змагальності. Відповідно до ст. 290 КПК, прокурор або слідчий за його дорученням зобов'язаний надати доступ до матеріалів досудового розслідування, які є в його розпорядженні, у тому числі будь-які докази, які самі по собі або в сукупності з іншими доказами можуть

бути використані для доведення невинуватості або меншого ступеня винуватості обвинуваченого, або сприяти пом'якшенню покарання. Сторона захисту за запитом прокурора зобов'язана надати доступ та можливість скопіювати або відобразити відповідним чином будь-які речові докази або їх частини, документи або копії з них, а також надати доступ до житла чи іншого володіння, якщо вони знаходяться у володінні або під контролем сторони захисту, якщо сторона захисту має намір використати відомості, що містяться в них, як докази у суді. Сторони кримінального провадження зобов'язані здійснювати відкриття одне одній додаткових матеріалів, отриманих до або під час судового розгляду. Якщо сторона кримінального провадження не здійснить відкриття матеріалів відповідно до положень цієї статті, суд не має права допустити відомості, що містяться в них, як докази.

Однак, як відзначають дослідники, «під час практичного застосування зазначена норма (ст. 290 КПК — В.О.) діє переважно однобічно, оскільки сторона захисту лише в поодиноких випадках надає стороні обвинувачення для ознайомлення матеріали, якими буде обґрунтовувати в суді свою правову позицію. При подальшому розгляді матеріалів судом задовольняються клопотання сторони захисту на дослідження доказів, які не надавалися в порядку ст. 290 КПК» [3]. Іншими словами, принцип змагальності за таких умов реалізується однією із сторін дещо своєрідно.

В цілому ж, можна констатувати, що можливість для реалізації принципу змагальності при проведенні досудового слідства в КПК передбачена, хоча і реалізується певною мірою.

Виходячи із важливості реалізації принципу змагальності, наведемо кілька зауважень на користь розширення можливостей змагальності сторін.

В ст. 40 КПК окреслена низка повноважень слідчого. Однак, ряд дій слідчий вправі вчинити за погодженням з прокурором чи за погодженням з прокурором та з дозволу слідчого судді.

Наприклад, **за погодженням з прокурором** слідчий вправі, відповідно до КПК: повідомити про підозру (ст. 40); провести освідування на підставі постанови прокурора (ч. 1 ст. 241); провести негласну слідчу дію до постановлення ухвали слідчого судді (ч. 1 ст. 250); зупинити досудове розслідування (ст. 280); за дорученням прокурора надає доступ до матеріалів досудового розслідування (ст. 290).

Слідчий вправі, згідно до КПК, **за погодженням з прокурором звернутися з відповідним клопотанням до слідчого судді** для вирішення питання, наприклад, щодо: реалізації, переробки чи знищення, передачі для управління речових доказів (п. п. 2, 4, абз. 7 ч. 6 ст. 100); тимчасового обмеження у користуванні спеціальним правом (ст. 150); відсторонення особи від посади (ст. 155); тимчасового доступу до речей і документів (ст. 160); арешту майна (ч. 1 ст. 171); застосування запобіжних заходів (ч. 4 ст. 176); затримання з метою приводу (ст. 188); зміни запобіжного заходу (ч. 1 ст. 200); проведення обшуку (ст. 233, 234); проведення слідчого експерименту (ч. 5 ст. 240); проведення негласних слідчих (розшукових) дій у випадках, передбачених КПК (ст. 246); дозволу на втручання у приватне спілкування (ст. 258); негласного

отримання зразків, необхідних для порівняльного дослідження (ст. 274); здійснення спеціального досудового розслідування (ст. 297-2).

Викладене показує, що низку важливих процесуальних дій чи процесуальних рішень сам слідчий вчинити не вправі. Це, з одного боку, може говорити про надмірну опіку слідчого, нераціональне використання слідчого в кримінальному провадженні, з іншого — про потребу турботи про утвердження і забезпечення прав і свобод людини. Адже судова практика показує, що слідчий не завжди діє відповідно до завдань кримінального провадження.

Прикладом може слугувати наступний. Як встановлено вироком суду, старший слідчий слідчого управління фінансових розслідувань ГУ ДФС у Харківській області, майор податкової міліції з метою штучного підвищення особистих показників у роботі склав завідомо неправдиві офіційні документи, необхідні для повідомлення про підозру (протоколи допиту, огляду складських приміщень). Потім надав прокурору для погодження та підписання заздалегідь виготовлене та роздруковане повідомлення про підозру.

Прокурор, який здійснював процесуальне керівництво у кримінальному провадженні, в суді заявив, що «оскільки він не завжди впевнений у зібраних доказах, особі підозрюваних та зустрічав у практиці «добровольців», які погоджуються на притягнення до відповідальності за домовленостями», після розмови з потенціальним підозрюваним відмовив у погодженні повідомлення про підозру.

Суд констатував, що винний здійснив закінчений замах на притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності, поєднаного зі штучним створенням доказів обвинувачення, а дії кваліфікував за ч. 2 ст. 15, ч. 2 ст. 372 КК України. Засудженому призначено покарання у виді позбавлення волі строком на 5 років з позбавленням спеціального звання майора податкової міліції [6].

Враховуючи викладене, виходячи із необхідності охорони прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду, можливо слід розширити межі змагальності сторін шляхом корегування порядку самого процесу кримінального провадження. А саме — у випадку застосування до особи запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою (застосування цього запобіжного заходу вже говорить про вагомість наявних доказів про вчинення підозрюваним кримінального правопорушення (п. 1 ст. 178 КПК), подальше кримінальне провадження здійснювати виключно в суді, де сторони обвинувачення та захисту змагались би. Адже суд досліджує докази безпосередньо (ст. 23 КПК). І жоден доказ, в т.ч. для суду, згідно ст. 94 КПК, не має наперед встановленої сили.

Реалізація даної пропозиції можлива за умови належного функціонування суду та готовності обох сторін — обвинувачення [7, с.253] та захисту до змагальності.

Сприйняття висловленої нами пропозиції: після застосування до особи запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою здійснювати подальше

кримінальне провадження виключно в суді, де сторони обвинувачення та захисту змагались би, потребуватиме перегляду низки положень КПК.

Література:

1. Див, напр.: Ковальчук С.О. Здійснення захисту у кримінальних справах на засадах змагальності та диспозитивності: автореф. дис. на здобуття наук. ступ. канд. юрид. наук за спец. 12.00.09 — кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза. — Одеса: ОНЮА, 2007.
2. Див, напр.: Лунін С.В. Принцип змагальності сторін як конституційна гарантія справедливого судочинства в Україні: автореф. дис. на здобуття наук. ступ. канд. юрид. наук за спец. 12.00.10 — судоустрій; прокуратура та адвокатура. — К.: Акад. адвокатури, 2011.
3. Лисенкова К. Є. Принцип змагальності сторін у досудовому кримінальному провадженні: автореф. дис. на здобуття наук. ступ. канд. юрид. наук за спец. 12.00.09 — кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність. — К.: НАПУ, 2016.
4. Крикливець Д. Є. Реалізація засади змагальності під час розгляду скарг слідчим суддею: автореф. дис. на здобуття наук. ступ. канд. юрид. наук за спец. 12.00.09 — кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність. — Львів. нац. ун-т, 2016.
5. Новий тлумачний словник української мови. В 3-х томах. — К.: Видавництво «Аконіт», 2008, т. 1.
6. Вирок Ленінського районного суду м. Харкова від 24 березня 2017 року, справа № 642/5136/16-к [електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. — Режим доступу: www.reyestr.court.gov.ua.
7. Осадчий В.І. Суд присяжних // Діалектичні та практичні питання перспектив розвитку правової науки в сучасних умовах: Матеріали IX міжнародної наук. конф. (м. Київ, 11-12 квітня 2019р. — К.: ДУІТ, 2019, с.253-258.