

*Тертишник Володимир Митрофанович,*  
професор кафедри правоохоронної  
діяльності Університету митної справи  
та фінансів, доктор юридичних наук,  
професор

## **ЮРИДИЧНІ ФІКЦІЇ ТА КОЛІЗІЇ КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА**

Юридична фікція – вигадка, вимисел, прийом, за допомогою якого в нормах права неіснуючий факт, явище чи подія декларується як істина та набуває юридичного значення [1, с. 743].

В нестримних бажаннях новизни законодавці навіть КПК України зробили спробу назвати на їх погляд новим модним терміном «Кримінальний процесуальний кодекс». Однак тут же змушені пояснювати, що терміни «кримінальний процесуальний кодекс» та «кримінально-процесуальний кодекс» є синонімами, рівнозначними і допустимими для використання в сфері юридичної науки і практики [2].

Юридичні фікції в сьогоднішньому кримінально-процесуальному праві часто носять ознаки створення штучно видуманої процесуальної форми там, де вона взагалі не потрібна, нерідко створюючи колапс у сфері правосуддя.

Наприклад, формулюючи поняття доказів ст. 84 КПК України містить зразу дві юридичні фікції.

*По-перше*, визначаючи, що «доказами у кримінальному провадженні є фактичні дані, отримані у передбаченому цим Кодексом порядку», виникає ситуація, коли під сумнівом щодо допустимості можуть опинитись як дані отримані при виконанні повноважень агентств запобігання легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом та протидії корупції, так і матеріали здобуті митними органами (в порядку Митного кодексу), або Бюро економічної безпеки (при виконанні ними повноважень, визначених в окремому законі), чи правоохоронними органами інших країн, в порядку окремих доручень в рамках міжнародного співробітництва в сфері правосуддя тощо.

Більш того, з названих в самому КПК України заходи не усі отримали юридичну визначеність порядку їх провадження. Наприклад «контроль за вчиненням злочину». Тут ч. 4 ст. 271 КПК України містить унікальний припис: «Порядок і тактика проведення контрольованої поставки, контрольованої та оперативної закупки, спеціального слідчого експерименту, імітування обстановки злочину визначається законодавством». У такому окремому законодавстві не було б потреби, якщо усі зазвані заходи були б регламентовані «цим кодексом».

Але в цілому визначений в КПК України концепт доказів не відповідає положенням Конституції України, зокрема ст. 62 Конституції України, де стверджується: «Обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, а також на

припущеннях». Тобто недопустимими стають лише дані, здобуті «незаконним шляхом». Відповідно усі дані «здобуті законним шляхом» (а не тільки в порядку передбаченому КПК України) можуть бути допустимими доказами. Поняття доказів має бути універсальним для усіх форм юридичних процесів.

Логічно було б врахувати положення інших процесуальних законодавчих актів та в КПК України викласти простий концепт – «Доказами є отримані в передбаченому законом порядку фактичні дані, які відповідають вимогам належності до справи, допустимості і достовірності». Пропонуємо також доповнити інститут доказового права КПК України нормою такого змісту: «Фактичні дані, отримані шляхом здійснення оперативно-розшукових дій, антикорупційних заходів, діяльності щодо запобігання легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, митних та інших передбачених законом адміністративних чи цивільно-процесуальних процедур, можуть використовуватися в кримінально-процесуальному доказуванні за умови, що з'ясовано й може бути перевірено джерело і спосіб їх здобуття, фактичні дані отримані без недопустимого втручання в гарантовані Конституцією України права і свободи громадян, не є «плодами отруйного дерева» чи даними, отриманими в умовах провокації злочину, такі здобуті фактичні дані відповідають вимогам належності до справи, допустимості та достовірності».

*По-друге*, визначаючи концепт «джерел доказів» КПК України закріплює алогізм – «джерелами доказів» є «речові докази», що зводиться до тавтології «джерелами доказів є докази». Виходячи з теорії інформації доказами може бути єдність інформації і матеріального носія, здатного переносити інформацію в просторі і часі. Відтак в законі доречніше вести мову про види доказів, якими і є речові докази, показання, документи, висновки експертів.

Класичним прикладом сучасної юридичної фікції в кримінальному процесі можна вважати ч. 8 ст. 95 КПК України згідно якої «сторони кримінального провадження, потерпілий мають право отримувати від учасників кримінального провадження та інших осіб за їх згодою пояснення, які не є джерелом доказів». Виникає питання – «Для чого отримувати пояснення від особи, коли вони не можуть бути використані в доказуванні?».

Черговим опусом законодавства є приписи ч. 2 ст. 104 КПК України про те, що дії та обставини проведення обшуку, не зафіксовані у відеозаписі слідчого, «не можуть бути внесені до протоколу обшуку та використані як доказ у кримінальному провадженні». Такі приписи суперечать навіть невдало сформованому загальному поняттю доказів викладеному в ст. 84 КПК України. Докази є отримані законним шляхом фактичні дані, а не те як вони були описані, зафіксовані, що вже є вторинним елементом доказової діяльності, яка враховується при визначенні достовірності і допустимості отриманого основного доказу. Дані положення не стикуються з приписами ст. 87 КПК України, щодо

поняття допустимості доказів та переліком підстав недопустимості доказів, а також практиці ЄСПЛ. Отже маємо штучно створену форму заради самої форми. Відповідно до ст. 87 КПК України «Недопустимими є докази, отримані внаслідок істотного порушення прав та свобод людини, гарантованих Конституцією та законами України, міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також будь-які інші докази, здобуті завдяки інформації, отриманій внаслідок істотного порушення прав та свобод людини». Ст. 89 КПК України визнання доказу недопустимим пов'язує з випадком «встановлення очевидної недопустимості доказу», під чим слід розуміти отримання таких з істотним порушенням указаних в ст. 87 правових норм, внаслідок чого виникають сумніви в достовірності таких матеріалів та можливості забезпечення справедливого правосуддя.

З урахуванням необхідності усунення безлічі колізій і юридичних фікцій доказового права ми пропонуємо прийняти виважений, відповідний положенням Конституції України та правовим позиціям ЄСПЛ окремих Кодекс доказового права.

Між тим, юридичні фікції стали таким «привабливим» для законодавця явищем, що з'явилися навіть серед визначених в КПК України системи принципів кримінального процесу. Наприклад, ст. 26 КПК України робить спробу закріпити нову засаду кримінального провадження під назвою «диспозитивність». Але ні в самому тексті названої статті, ні в словниках мови, ні в ст. 3 КПК України під назвою «визначення основних термінів кодексу», ні в сучасних наукових виданнях досі не дано чіткого тлумачення і розкриття змісту даного нового для закону терміну. Така «загадкова невідомість» не може претендувати на принципову ідею, та ще й піднесена до основних (непорушних) правових засад юридичної діяльності. Саме ця думка і стала вирішальною при прийнятті змін до Конституції України в 2016 році, якими даний принцип вилучений з системи принципів правосуддя, а отже і потребує вилучення також і з КПК України.

Значною проблемою в сфері правосуддя стала запроваджувана новим КПК України новела – «угода про визнання вини» та спрощеного судового розгляду. Зі змісту ч. 3 ст. 473 КПК України наслідком укладення та затвердження угоди про визнання винуватості для підозрюваного чи обвинуваченого є обмеження їх права оскарження вироку згідно з положеннями статей 394 та 424 КПК України, а також його відмова від здійснення прав, передбачених абзацами першим та четвертим пункту 1 частини четвертої статті 474 КПК України, зокрема що він (обвинувачений) має право на судовий розгляд, під час якого прокурор зобов'язаний довести кожную обставину щодо кримінального правопорушення, у вчиненні якого його обвинувачують, а він має право допитати під час судового розгляду свідків обвинувачення, подати клопотання про виклик свідків і подати докази, що свідчать на його користь. Разом з тим, в ч. 3 ст. 349

КПК України визначено: «Суд має право, якщо проти цього не заперечують учасники судового провадження, визнати недоцільним дослідження доказів щодо тих обставин, які ніким не оспоруються. При цьому суд з'ясує, чи правильно розуміють зазначені особи зміст цих обставин, чи немає сумнівів у добровільності їх позиції, а також роз'яснює їм, що у такому випадку вони будуть позбавлені права оскаржити ці обставини в апеляційному порядку». Указана новела законодавства в КПК України отримала нове дихання з запровадженням особливої форми судочинства – провадження на підставі угоди про визнання винуватості (ст. 468–475 КПК України). За такої моделі у нас можуть з'явитись засуджені «без суду і слідства», а, що ще гірше, – «без вини винуваті».

За своїм змістом указані новели суперечать принципу презумпції невинуватості, закріпленому в ст. 62 Конституції України, ст. 14 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права та іншим нормам права. Зокрема зазначимо такі положення процесуального законодавства: ч. 5 ст. 364 КПК України – «учасники судового провадження мають право в судових дебатах посилається лише на ті докази, які були досліджені в судовому засіданні, ч. 4 ст. 95 КПК України – суд може обґрунтовувати свої висновки лише на показаннях, які він безпосередньо сприймав; ч. 3 ст. 370 КПК України – «обґрунтованим є рішення, ухвалене судом на підставі об'єктивно з'ясованих обставин, які підтверджені доказами, дослідженими під час судового розгляду...».

Таким чином ч. 3 ст. 349, ст. 302, п. 2) ч. 1 ст. 468, ч. 2, 4 ст. 469, ст. 470, ст. 472, ч. 2 ст. 473, ч. 4 ст. 474 КПК України в яких закладена модель спрощеного правосуддя та судочинства на підставі угоди про визнання винуватості, не мають застосовуватись і підлягають скасуванню як норми, які звужують суттєві гарантії встановлення об'єктивної істини та існуючі права і свободи людини, суперечать ст. 22 та 62 Конституції України, міжнародним правовим актам, принципам справедливості та окремим положенням норм самого КПК України.

Удосконалення кримінально-процесуального права потребує розробки доктринальної моделі доказового права, а в перспективі – нового Кримінально-процесуального кодексу України, який би був стратегічно і доктринально вивіреном, гармонізував би приватні і публічні інтереси та ґрунтувався б на цілісній концептуальній моделі системи принципів права правової держави.

#### *Список використаних джерел*

1. Українська правнича енциклопедія / За заг. ред. В. М. Тертишника, Л. Р. Наливайко, А. Є. Фоменко, В. В. Ченцова. Київ : Алерта, 2023. С. 743.
2. Картка документа «Кримінальний процесуальний кодекс України». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/4651-17>.
3. Хабло О. Ю., Бойко О. В. Право на справедливий судовий розгляд у кримінальному судочинстві України: монографія. Київ: Кафедра, 2022. 216 с.