

НАУКОВІ ДОПОВІДІ

Шумило Микола Єгорович,

голова Координаційного бюро з проблем кримінального процесу НАПрН України, професор кафедри кримінального процесу та криміналістики Київського національного університету імені Тараса Шевченка, член-кореспондент НАПрН України, доктор юридичних наук, професор;

Гмирко Валерій Петрович,

член Координаційного бюро з проблем кримінального процесу НАПрН України, кандидат юридичних наук, доцент

ФОРМУВАННЯ КОНЦЕПЦІЇ ТРАНСФОРМУВАННЯ ЧИННОЇ МОДЕЛІ ВІТЧИЗНЯНОГО КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ – АКТУАЛЬНЕ ЗАВДАННЯ НАУКИ

Більше десяти років пройшло з моменту набрання чинності КПК України 2012 року. Реалізація його положень природньо засвідчила наявність певних недоліків. Тому науковці і практики пропонують зміни і доповнення по його вдосконаленню. Більшість із них заслуговують на увагу. Водночас певна частина котрих, зазвичай, є локальними, не завжди мають системний характер і нерідко не відповідають сучасним науковим уявленням про соціальну і правову природу кримінального процесу. Загальновідомо, що норми закону об'єктивно не можуть ідеально регулювати не однотипні процесуальні ситуації. Це вимагає наукове опрацювання універсальних правових приписів здатних мінімізувати недоліки правового впливу. При вдосконаленні норм КПК України треба мати на увазі і те, що, хаотичне внесення змін і доповнень призводить до неузгодженості його положень та порушення логічності змісту. З цих та інших причин Координаційним бюро з проблем кримінального процесу відділення кримінально-правових наук НАПрН України підготовлено «Орієнтовний перелік перспективних напрямів наукових досліджень у науці кримінального процесу на період 2023–2028 років». Тому, на наш погляд, при вдосконаленні чинного КПК України необхідно дотримуватися наступних положень:

1. Для ефективної корекції КПК України відповідно до європейської традиції в першу чергу пропонується напрацювати концепцію його вдосконалення, яка б передбачала еволюційну орієнтацію на німецьку модель кримінального процесу і її реальність в умовах нашої дійсності.

2. Історико-правовий порівняльний аналіз литовських статутів, «Права за якими судиться малоросійський народ», статуту кримінального судочинства 1864 року, КПК 1922, 1927, 1960 років свідчить про те, що за роки дії періоду радянського права відбулося

применшення ролі суду у кримінальному процесі з метою пристосування його до потреб адміністративно-командного методу управління державою і суспільством. Тому природньо суддівські повноваження поступово були переорієнтовані органам виконавчої влади. Так, попереднє розслідування вилучено із компетенції судової влади, був період, коли органи прокуратури здійснювали нагляд за законністю діяльності судів, формування доказів і проведення доказування також віднесено до повноважень досудового розслідування.

3. На жаль, існуюча система стандартів праворозуміння і застосування положень кримінального процесуального законодавства отримана в спадок від радянського минулого, яка сформувалася під впливом слідчої традиції та процесуального догматизму. Панівне становище нормативізму в науці кримінального процесу та його застосуванні призвело до стагнації, явного спрощення його змісту, недооцінки людського фактору як важливого компоненту кримінальної процесуальної діяльності. Природньо що в епохи і періоди змін, коли у всіх сферах права на черзі перегляд усталених поглядів і переоцінка звичних цінностей, процесуальна догматика перестає бути достатньою в судовій діяльності і не в змозі вирішити поставлених всіх перед юриспруденцією завдань. Тому кримінальний процес потребує розширення бази свого вивчення шляхом включення у свій предмет «людського фактору». Процесуалісти повинні пам'ятати, що вони гуманітарії, що наука кримінального процесу – це наука про людину. Звідси вбачаються перспективи дослідження проблем судочинства на межі логіки, психології, лінгвістики, соціології які б збагатили філософію кримінального процесу. Такий підхід дасть поштовх для переосмислення і оновлення значної кількості усталених понять і категорій у кримінальному процесі.

4. Прийнятий у 2012 році КПК України загалом є законодавчим актом європейської орієнтації. Його вивчення, осмислення і застосування вимагає адекватного праворозуміння. Це передбачає заміну і корекцію значної долі фундаментальних понять і категорій сформованих в умовах дії радянського періоду права, як таких, що не відповідають сучасному призначенню кримінального процесу – різновиду юридичної діяльності. Особливо дана проблема актуальна при підготовці юристів. Їх треба належним чином готувати до застосування законодавства, що відповідає європейським традиціям. На наш погляд, у зв'язку з розширення змагальних засад потребує також осучаснення і сама концепція доказування у кримінальному процесі. Так, у ч. 2 ст. 91 чинного КПК України вказується «Доказування полягає у збиранні, перевірці та оцінці доказів з метою встановлення обставин, що мають значення для кримінального провадження». Даний підхід до такого тлумачення доказування був запропонований ще у кінці 19 століття відомими німецькими процесуалістами як «практична діяльність суду, що складається із збирання, дослідження і оцінки доказів і яка включає розумову логічну

діяльність судді». Таке розуміння змісту доказування в період дії радянського періоду права було поширено на інші стадії кримінального процесу. Збереження даної формули доказування у сучасному кримінальному процесі викликає чимало застережень. Так, воно нерідко ототожнюється з досудовим розслідуванням. Наявне у чинному КПК України визначення доказування як збирання, перевірка та оцінка доказів спрощує його зміст. За його межами залишається аргументаційна, логічна, психологічна, семантична, комунікаційна складові даного виду діяльності. Доказування в судовому процесі можна спробувати визначити як спеціальне юридичне поняття на позначення різновиду аргументаційної мислєдїяльності сторони обвинувачення в судї з обстоювання своєї правової позиції. На нашу думку воно має такі ознаки: 1) адресатом доведення є суд; 2) про доведення можна вести мову за наявності юридичної суперечки з приводу предмета кримінального позову між сторонами; 3) діяльність доведення відбувається у організаційно-правовій формі негативної кооперації сторони обвинувачення і захисту відкрито у присутності судової аудиторії; 4) доведення відбувається під контролем суду, як процесуального арбітра в рамках належної правової процедури; 5) результати виконання прокурором публічно-правового обов'язку по доведенню винуватості особи у вчиненні злочину оцінюються судом згідно стандарту доведеності «поза розумним сумнівом».

5. Застаріле уявлення про доказування спотворює природу доказів у кримінальному провадженні. Так, всупереч вимогам ч. 2 ст. 23 КПК України у ч. 1 ст. 84 КПК України сформульовано визначення доказів відповідно до стереотипів слідчої ідеології їх утворення, і в числі суб'єктів формування зазначено слідчого, дізнавача і прокурора. Для професіоналів зрозуміло, що збираються не докази, а відомості про слїди вчиненого соціально протиправного і суспільно небезпечного діяння. Наприклад, у ч. 2 ст. 23 КПК України зазначено: «не можуть бути визнані доказами відомості, що містяться в показаннях, речах і документах, які не були предметом безпосереднього дослідження суду, крім випадків передбачених цим Кодексом». У даній нормі встановлено новий принципіальний підхід до формування доказів на основі судового методу. Така вимога закону на рівні засади обґрунтовується тим, що у мислєдїяльнісних операціях по формуванню доказів, одночасно приймають участь безліч логічних, психологічних, семантичних, когнітивних чинників (індукція, дедукція, аналогія, гіпотеза, сумніви, впевненість, довіра), а також феномени нерациональної природи (інтуїція, здогадки, натхнення). Індивідуальний характер їх утворення зумовлює певну частку суб'єктивізму, тим більше коли такі операції вчиняються діючими особами сторони обвинувачення. Такі «випадковості», як зазначав у свого часу Г. Грос, можуть сформувати «упереджений погляд» на винність особи А тому для мінімізації негативного впливу суб'єктивного фактору на зміст доказів західна доктрина пропонує

їхнє формування в рамках належної судової процедури, яка «... образно, кажучи «розставляє» учасників доказування на свої бойові позиції, даючи їм в руки потужну зброю процесуальної боротьби – можливість використовувати критику і контркритику». Доказ – це процес, діяльність, в ході якої логічні ходи виникають і набувають змісту та актуалізуються», «доказ – це не сліпе відтворення, а виробництво смислової логічної структури.

6. Часто-густо у навчальних і наукових виданнях залишається твердження, що метою доведення у кримінальному процесі є встановлення об'єктивної істини. Цей ідеологічний штамп – залишок радянського кримінального процесу Його використання в процесі доказування спотворює юридичну природу даної діяльності. Прийшов час усвідомити те, що вона здійснюється особами, які мають різні процесуальні інтереси, наміри, психологію, досвід і світогляд. Тому даний вид діяльності є складним соціально-гуманітарним процесом, у якому людський фактор вносить свої корективи у механізм правозастосування. З цих причин кримінально-процесуальна діяльність структурується за правилами стримування і противаг. Із цього можна зробити висновок, що в ході кримінальної процесуальної діяльності відбувається моделювання з використанням юридичних конструкцій минулої соціальної реальності (здогадного злочину) як за фактичними так і правними ознаками в режимі судової комунікації між учасниками кримінального провадження. Тому соціальна подія (діяння), описана у вироку суду, і визнана ним як злочин – це два геть різні феномени: історичний факт і сформоване в суді знання з претензією на достовірність. Тому в такій ситуації ставити знак рівності між ними видається некоректним. Мабуть, не випадково закон вимагає *доведення* стороною обвинувачення (не судом!) *факту* вчинення злочину конкретною особою.

7. Гадаємо, значної шкоди викладанню кримінального процесу завдає догма примату матеріального над процесуальним. Так, радянська школа права відзначалась чітко вираженим «матеріальним детермінізмом», оскільки філософською базою радянського правознавства був діалектичний матеріалізм, тому у всіх теоретико-правових конструкціях на перше місце ставився матеріальний елемент. Це призвело до того, що на пострадянському просторі (Україна тут, на жаль, не виняток...) у науці кримінального права до цього часу панує позиція, що кримінальне процесуальне право є похідним від кримінального матеріального права. Тому не дивина, що розвиток кримінального і кримінально-процесуального законодавства, на жаль, відбувався (і далі відбувається) не синхронізовано і паралельно, а, скоріше, за різними віддаленими траєкторіями, на засадах своєрідного «галузевого сепаратизму». Через це домінують в українській правовій науці стала теорія первинності виникнення кримінально-правових відносин (з моменту вчинення злочину), на ґрунті яких виникали вже вторинні, підпорядковані першим, відносини кримінально-процесуальні.

Фактично така теоретична конструкція вже наперед визначала, задавала результати кримінально-процесуальної діяльності, сприяючи її *обвинувальному ухилу*, спрямовуючи її на забезпечення практичної реалізації абстрактної засади невідворотності покарання. Згідно такого підходу «... базисне матеріально-правове відношення існує об'єктивно і само по собі пронизує всю кримінально-процесуальну систему, визначає суть всіх елементів кримінально-процесуальних відносин, форми і види роботи правоохоронних органів». Зрозуміло, що це не могло не впливати й на зміст законодавства в сфері кримінальної юстиції, знецінюючи таким чином самий юридичний характер діяльності органів розслідування і суду, виводячи за юридичні дужки права і свободи людини. Дана конструкція давала підстави, на наш погляд, помилково розглядати кримінальний процес як засіб примусової реалізації норм матеріального права. В концепті виникнення кримінально-правових відносин в момент вчинення злочину має місце підміна фактичного юридичним.

8. При дослідженні проблем кримінального процесу слід мати на увазі, що у його структурі існують два різновиди юридичної діяльності між якими більше відмінностей чим спільного. Відмінність вельми суттєвого характеру у функціонуванні цих двох діяльнісних систем полягає в тому, що досудовим провадженням керує *засада інквізиційності* (слідча засада), тобто вимога забезпечити *перевагу* поліції як спеціальному державному органу кримінального переслідування в її переважно *закритій, негласній* діяльності з розкриття злочинів і готування кримінального позову проти конкретного винуватця. На цій засаді як на дійсно надійному *principium* тримається вся детективна діяльність поліцій світу, оскільки без неї і годі уявити дієздатне досудове розслідування, спроможне ефективно й в розумний термін захистити сумарний *суспільний* інтерес – *розкрити* злочин, *викрити* підозрюваного в інкримінованому злочині, а відтак і поставити його перед *судом*. Тому всі філіппіки, спрямовані проти засади інквізиційності у кримінальному процесі – це розмови для бідних або бажання бути святішим від Папи Римського...

Проте в суді бал має правити засада *арбітральності*, зміст якої полягає в тому, що сторони-учасники юридичного конфлікту для його вирішення *in merito* мають звертатися до спеціального вповноваженого рівновіддаленого від них і неупередженого державного *органу-посередника* (арбітра); останній, залежно від характеру правових позицій сторін, вирішує суперечку в рамках або *консенсуальної* (наприклад, в разі укладання сторонами однієї із угод в рамках ст. 468 КПК України), або ж *змагальної* належної правової процедури (коли неврегульований кримінальний правовий конфлікт переводиться в площину юридичного змагання сторін перед арбітром). Засада арбітральності покликана рівною мірою сприяти як реалізації *публічного*, так і *приватного* інтересу, даючи сторонам законний шанс бути почутими судом і вибороти свою рацію.