МІНІСТЕРСТВО ВНУТРІШНІХ СПРАВ УКРАЇНИ
НАЦІОНАЛЬНА АКАДЕМІЯ ВНУТРІШНІХ СПРАВ

Кваліфікаційна наукова
праця на правах рукопису

СЕРЕДА КАТЕРИНА ОЛЕКСАНДРІВНА

УДК 343.125:343.126:343.13

ДИСЕРТАЦІЯ
ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ЗАПОБІЖНИХ ЗАХОДІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

12.00.09 – кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність
(081 – Право)

Подається на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук

Дисертація містить результати власних досліджень. Використання ідей, результатів і текстів інших авторів мають посилання на відповідне джерело _____ **К.О. Середа**

Науковий керівник: **Удалова Лариса Давидівна**,
доктор юридичних наук, професор,
заслужений діяч науки і техніки України

Київ – 2018

АНОТАЦІЯ

Середа К.О. Правове регулювання запобіжних заходів у кримінальному провадженні. – Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису.

Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність» (081 – Право). – Національна академія внутрішніх справ, Київ, 2018.

У дисертації здійснено комплексне дослідження правового регулювання запобіжних заходів у кримінальному провадженні. Досліджено сутність запобіжних заходів як предмету правового регулювання у кримінальному процесі. Проведено аналіз наукових поглядів та норм кримінального процесуального законодавства щодо запобіжних заходів та визначено їх поняття та систему.

Обґрунтовано, що система запобіжних заходів може бути істотно розширена за рахунок обов’язків, передбачених ч. 5 ст. 194 КПК України. Більша кількість запобіжних заходів, ніж їх наразі регламентовано в кримінальному процесуальному законі, у сукупності з дозволом застосовувати декілька з них одночасно значно знизить ступінь кримінальної процесуальної «репресії».

Розкрито функціональне призначення запобіжних заходів у кримінальному провадженні. Доведено, що запобіжні заходи у кримінальному процесі виконують такі функції: забезпечення належної поведінки підозрюваного, обвинуваченого під час кримінального провадження; забезпечення доказової діяльності у кримінальному провадженні; гарантування змагальності кримінального провадження; забезпечення законного обмеження прав і свобод підозрюваного, обвинуваченого під час кримінального провадження; забезпечення ефективності кримінального провадження; відокремлення процесу кримінального провадження від результату

кримінального провадження; забезпечення реалізації кримінальної процесуальної відповідальності.

Досліджено предмет кримінального процесуального права в частині регламентації запобіжних заходів та методи кримінального процесуального права, застосовувані для правового регулювання запобіжних заходів.

Визначено, що широке розуміння примусу при визначенні запобіжних заходів в сучасному кримінальному процесі є не доцільним. Існуючий інститут кримінального процесуального примусу потребує ґрунтовного переосмислення і зміни.

Імперативний метод правового регулювання в частині регламентації запобіжних заходів у вітчизняному кримінальному процесуальному праві повинен використовуватися з урахуванням принципу пропорційності. Останній в частині регламентації запобіжних заходів в кримінальному процесі означає, що встановлювані законодавцем методи впливу на поведінку підозрюваних, обвинувачених, засуджених мають перебувати у розумному співвідношенні з ризиками, встановленими у ч. 1 ст. 177 КПК України, а також з об’єктивними можливостями особи реалізувати ці ризики.

Запропоновано запровадити у кримінальне процесуальне законодавство положення про те, що сторони можуть укласти угоду щодо різновиду запобіжного заходу, порядку і строку його застосування, яка підлягає затвердженню судом (слідчим суддею). Якщо ж така «диспозитивна процедура» не може бути застосована із-за неможливості сторін домовитися, то тоді повинна застосовуватися змагальна процедура.

Проведено дослідження загальних та спеціальних правил застосування запобіжних заходів у кримінальному провадженні. Визначено, що істотними ознаками загальних правил застосування запобіжних заходів є такі: вони обумовлені засадами кримінального провадження і не повинні їм суперечити; розповсюджують дію на усі запобіжні заходи; не виходять за межі правового регулювання системи запобіжних заходів; ілюструють специфіку запобіжних заходів в системі заходів забезпечення кримінального провадження.

Сформульовано положення, що складають систему загальних правил застосування запобіжних заходів. Розглянуто недоліки спеціальних правил застосування запобіжних заходів у кримінальному провадженні.

Доведено, що положеннями, що визначають зміст діяльності з обрання і застосування запобіжних заходів, є такі: 1) презумпція поступового збільшення суворості запобіжного заходу при обранні щодо особи суворішого запобіжного заходу в разі порушення нею умов попередньо застосованого заходу; 2) врахування думки потерпілого з приводу потреби застосування запобіжного заходу та його суворості. Зазначені положення наразі не враховуються при обранні запобіжних заходів, хоча повинні бути регламентовані в кримінальному процесуальному законі і враховуватися в діяльності слідчих, прокурорів, судів.

Досліджено норми права, якими регулюються запобіжні заходи у кримінальному процесі. Розкрито структурні елементи норм права, якими регулюються запобіжні заходи у кримінальному провадженні. Констатовано, що гіпотези норм кримінального процесуального інституту запобіжних заходів є складними. Обставинами, які обумовлюють їхню складність, є: «присутність» норм кримінального права і норм-засад та інших процесуальних норм розділу 1 КПК України, а також норм, в яких викладені підстави до застосування усіх заходів забезпечення кримінального провадження; викладення як мети, так і підстав та «допустимих» ризиків застосування запобіжних заходів; положення щодо пропорційності втручання в права і свободи особи, щодо якої буде вирішуватися питання про застосування запобіжного заходу.

Обґрунтовано, що використання змагального методу регулювання відносно процедури застосування запобіжних заходів зумовлює існування не лише імперативних і диспозитивних диспозицій кримінальних процесуальних норм, а й змагальних диспозицій норм кримінального процесуального права.

Визначено, що за порушення правил обрання і застосування запобіжних заходів встановлені санкції в різних галузях права. Однак це не дає підстав для того, щоб санкції, викладені в інших галузях права і пов’язані з недотриманням

гіпотез та диспозицій норм кримінального процесуального права, не вважати санкціями останніх. Окрім того, це свідчить про взаємозв'язок всіх санкцій норм кримінального процесуального права, які утворюють галузевий інститут запобіжних заходів.

Сформульовано пропозиції стосовно удосконалення нормативного забезпечення застосування запобіжних заходів у кримінальному провадженні.

Ключові слова: запобіжні заходи, правове регулювання, кримінальні процесуальні норми, кримінальне провадження, правила застосування запобіжних заходів, підозрюваний, обвинувачений.

SUMMARY

Sereda K.O. Legal regulation of preventive measures in criminal proceedings. – Qualifying research paper in the form of a manuscript.

Dissertation for the Candidate Degree in Law, specialty 12.00.09 – Criminal Process and Criminalistics, Forensic Enquiry, Operative-Investigative Activity (081 – Law). – National Academy of Internal Affairs, Kyiv, 2018.

In the dissertation, the complex research of legal regulation of preventive measures in criminal proceedings was carried out. The essence of preventive measures as a subject of legal regulation in the criminal process is investigated. The analysis of scientific attitudes and norms of criminal procedural legislation concerning preventive measures is carried out and their concepts and system are defined.

It is substantiated that the system of precautionary measures can be substantially expanded at the expense of the duties provided for in Part 5 of Art. 194 CPC of Ukraine. A greater number of precautionary measures than they are currently regulated in the criminal procedural law, together with the permission to apply several of them at the same time, will significantly reduce the degree of criminal procedural «repression».

The functional purpose of preventive measures in criminal proceedings is disclosed. It is proven that preventive measures in the criminal process perform the following functions: ensuring proper behavior of the suspect, accused during criminal proceedings; providing evidence in criminal proceedings; guarantee of competition in criminal proceedings; ensuring legal restriction of the rights and freedoms of the suspect, accused during criminal proceedings; ensuring the effectiveness of criminal proceedings; separation of the criminal proceedings from the outcome of criminal proceedings; ensuring the implementation of criminal procedural liability.

The subject of criminal procedural law in the part of regulation of precautionary measures and methods of criminal procedural law used for legal regulation of precautionary measures is investigated.

It is determined that a broad understanding of coercion in determining preventive measures in a modern criminal process is not appropriate. The existing institute of criminal procedural coercion needs a thorough rethinking and change.

The imperative method of legal regulation in the part of the regulation of precautionary measures in the domestic criminal procedural law should be used taking into account the principle of proportionality. The latter, insofar as the regulation of precautionary measures in the criminal process, means that the methods established by the legislator to influence the behavior of suspects, defendants, convicts must be reasonably correlated with the risks set forth in Part 1 of Art. 177 of the CPC of Ukraine, as well as with the objective capabilities of individuals to realize these risks.

It is proposed to introduce in the criminal procedural law the provision that the parties may enter into an agreement regarding the type of precautionary measure, the procedure and the term of its application, which is subject to approval by the court (investigating judge). If such a «discretionary procedure» can not be applied because of the impossibility of the parties to agree, then a competitive procedure should be applied.

The study of general and special rules of application of preventive measures in criminal proceedings was conducted. It is determined that the essential features of the

general rules for the application of precautionary measures are as follows: they are conditioned by the principles of criminal proceedings and should not contradict them; distribute the action to all precautionary measures; do not go beyond legal regulation of the system of precautionary measures; Illustrate the specifics of precautionary measures in the system of measures for ensuring criminal proceedings. Provisions formulating a system of general rules for the application of precautionary measures are formulated. The disadvantages of special rules of application of preventive measures in criminal proceedings are considered.

It is proved that the provisions defining the content of activities for the selection and application of preventive measures are as follows: 1) the presumption of a gradual increase in the severity of a preventive measure when electing a person with a more stringent preventive measure in case of violation of the conditions of a previously applied measure; 2) taking into account the opinion of the victim regarding the need for the application of the preventive measure and its severity. These provisions are not currently taken into account in the selection of precautionary measures, although they should be regulated in the criminal procedural law and taken into account in the activities of investigators, prosecutors, and courts.

The rules of law that regulate precautionary measures in the criminal process are investigated. The structural elements of the law that regulate preventive measures in criminal proceedings are disclosed. It is stated that the hypotheses of the rules of the criminal procedural institute of preventive measures are complex. The circumstances that determine their complexity are: «presence» of the norms of criminal law and norms-principles and other procedural rules of section 1 of the CPC of Ukraine, as well as norms, which set out the grounds for the application of all measures for ensuring criminal proceedings; statement of both the purpose and the grounds and «permissible» risks of the application of precautionary measures; the provision on the proportionality of interference with the rights and freedoms of the person to whom the issue of the application of a preventive measure will be resolved.

It is substantiated that the use of a competitive regulatory method concerning the procedure for the use of precautionary measures determines the existence of not

only imperative and dispositive dispositions of criminal procedural norms, but also competing disposition of the rules of criminal procedural law.

It has been determined that sanctions have been imposed in various branches of law for violating the rules of election and application of precautionary measures. However, this does not give grounds for the sanctions imposed in other branches of law and related to non-compliance with the hypotheses and disposition of the rules of criminal procedural law, not to be considered sanctions of the latter. In addition, this indicates the relationship of all sanctions to the rules of criminal procedural law, which form a branch institution of preventive measures.

The proposals concerning the improvement of normative provision of application of preventive measures in criminal proceedings are formulated.

Keywords: preventive measures, legal regulation, criminal procedural rules, criminal proceedings, the rules of application of preventive measures, the suspect, the accused.

СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧА ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ:

в яких опубліковані основні наукові результати дисертації:

1. Середа К.О. Процедура «habeas corpus act»: щодо відповідності вітчизняного правового регулювання міжнародним стандартам. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2016. Вип. 41. Т. 2. С. 171–174.

2. Середа К.О. Обставини, що зумовлюють складність гіпотез норм кримінального процесуального інституту запобіжних заходів. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2016. Вип. 6 (15). С. 179–183.

3. Середа К.О. Штрафні (каральні) санкції норм кримінального процесуального права, що регламентують запобіжні заходи. *Jurnalul juridic naţional: teorie şi practică*. 2017. № 3 (25). С. 122–124.

4. Середа К.О. Кримінальний процесуальний примус у системі запобіжних заходів. *Питання боротьби зі злочинністю*. 2017. № 33. С. 273–284.

5. Середа К.О. Резерви розширення системи запобіжних заходів. *Право і суспільство*. 2017. № 5. С. 268–272.

які засвідчують апробацію матеріалів дисертації:

6. Середа К.О. Відновлювальні санкції норм кримінального процесуального права, якими регламентовані запобіжні заходи. *Актуальні питання кримінального права та процесу*: матеріали III Всеукр. наук.-практ. конф. (Кривий Ріг, 16 черв. 2017 р.). Кривий Ріг: Донецький юрид. ін-т МВС України, 2017. С. 285–288.

7. Середа К.О. Щодо потреби правового регулювання обставин, що виключають злочинність діяння, у главі 18 КПК України. *Актуальні проблеми удосконалення кримінального процесуального законодавства*: матеріали Всеукр. наук.-практ. Інтернет-конференції (Одеса, 21 квіт. 2017 р.). Одеса: Національний університет «Одеська юридична академія», 2017. С. 197–199.

8. Середа К.О. Загальні правила застосування запобіжних заходів: істотні ознаки і система. *Нове міжнародне право та національне законодавство – нові завдання юридичної науки*: матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (Київ, 10–11 листоп. 2017 р.). Київ: Центр наукових правових досліджень, 2017. С. 124–126.

ЗМІСТ

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ……..……. 12

ВСТУП ……... 13

РОЗДІЛ 1. СУТНІСТЬ ЗАПОБІЖНИХ ЗАХОДІВ ЯК ПРЕДМЕТУ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ 21

1.1. Поняття та система запобіжних заходів ……... 21

1.2. Функціональне призначення запобіжних заходів ……. 46

1.3. Предмет кримінального процесуального права в частині регламентації запобіжних заходів ……..... 63

1.4. Методи кримінального процесуального права, застосовувані для правового регулювання запобіжних заходів ….. 87

Висновки до розділу 1 …… 106

РОЗДІЛ 2. ПРАВИЛА ЗАСТОСУВАННЯ ЗАПОБІЖНИХ ЗАХОДІВ 109

2.1. Загальні правила застосування запобіжних заходів 109

2.2. Спеціальні правила застосування запобіжних заходів 127

Висновки до розділу 2 …… 141

РОЗДІЛ 3. НОРМИ ПРАВА, ЯКИМИ РЕГУЛЮЮТЬСЯ ЗАПОБІЖНІ ЗАХОДИ ……..... 144

3.1. Загальна характеристика норм права, якими регулюються запобіжні заходи 144

3.2. Характеристика структурних елементів норм права, якими регулюються запобіжні заходи 159

3.2.1. Гіпотеза норм права, якими регулюються запобіжні заходи 159

3.2.2. Диспозиція норм права, якими регулюються запобіжні заходи 180
3.2.3. Санкція норм права, якими регулюються запобіжні заходи 196
Висновки до розділу 3 211
ВИСНОВКИ 215
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ 221
ДОДАТКИ 238

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ

КПК	Кримінальний процесуальний кодекс України
КПК 1960 р.	Кримінально-процесуальний кодекс України 1960 р.
КК	Кримінальний кодекс України
ЦК	Цивільний кодекс України
КУпАП	Кодекс України про адміністративні правопорушення
ЄРДР	Єдиний реєстр досудових розслідувань
СІЗО	Слідчий ізолятор
ЄКПЛ	Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод
ЄСПЛ	Європейський суд з прав людини
ст.	стаття
ч.	частина
п.	пункт

ВСТУП

Обґрунтування вибору теми дослідження. Чинний Кримінальний процесуальний кодекс (КПК) України суттєво змінив підходи до врегулювання підстав та порядку застосування запобіжних заходів. До набрання чинності КПК України 2012 р. запобіжні заходи в науці кримінального процесу розглядали як частину процесуальних заходів примусу. Наразі ж законодавець замість терміну «заходи примусу» використовує термін «заходи забезпечення кримінального провадження», який в юридичній науці сприйнятий переважно позитивно. Такий (гуманістичний) підхід до термінології потребує перегляду наявних теоретичних напрацювань щодо правового регулювання запобіжних заходів у кримінальному провадженні.

У чинному КПК України законодавець, дбаючи про права і свободи людини, ускладнив як в якісному, так і в кількісному плані нормативне регулювання запобіжних заходів, правову регламентацію підстав, умов і процесуального порядку їх застосування у кримінальному провадженні.

Різні питання правової регламентації запобіжних заходів у кримінальному провадженні були предметом дослідження в наукових роботах таких українських учених, як О.Н. Агакерімов, О.А. Банчук, А.П. Бущенко, Р.М. Білокінь, К.Б. Волков, С.О. Гемай, Н.В. Глинська, І.В. Гловюк, Г.І. Голуб, Ю.М. Грошевий, А.Л. Даль, А.В. Захарко, В.А. Завтур, В.С. Зеленецький, О.В. Капліна, О.М. Коріняк, Л.М. Лобойко, М.А. Макаров, В.Т. Маляренко, Ю.Д. Москалюк, В.Т. Нор, А.О. Побережник, М.А. Погорецький, А.В. Підгородинська, В.О. Попелюшко, С.В. Прилуцький, В.В. Рожнова, Д.Б. Сергєєва, В.М. Тертишник, Л.Д. Удалова, В.І. Фаринник, О.Г. Шило, М.Є. Шумило, М.С. Цуцкірідзе, О.О. Юхно та інших. Однак у їх публікаціях йдеться про загальні питання правового регулювання окремих запобіжних заходів у кримінальному процесі. Питання ж про системну нормативну регламентацію, тобто правове регулювання усіх запобіжних заходів після

набрання чинності КПК України 2012 р. у науці кримінального процесу не ставилося.

В умовах дії чинного КПК України норми кримінального процесуального права, якими регламентовані запобіжні заходи, в юридичній науці ще не розглядалися. Викладене свідчить про існування проблеми теоретичного і практичного характеру, яка полягає в недослідженості правового регулювання запобіжних заходів у кримінальному провадженні.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами, грантами. Дисертаційне дослідження виконане відповідно до положень Національної стратегії у сфері прав людини, затвердженої Указом Президента України від 25 серпня 2015 р. № 501/2015 та Плану заходів з її реалізації, схваленого розпорядженням Кабінету Міністрів України від 23 листопада 2015 р. № 1393-р; Стратегії національної безпеки України, затвердженої Указом Президента України від 26 травня 2015 р. № 287/2015; Стратегії реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015-2020 роки, затвердженої Указом Президента України від 20 травня 2015 року № 276/2015; Переліку пріоритетних напрямів наукового забезпечення діяльності органів внутрішніх справ України на період 2015–2019 років, затвердженого наказом МВС України від 16 березня 2015 р. № 275; Основних напрямів наукових досліджень Національної академії внутрішніх справ на 2014–2017 роки, схвалених Вченою радою Національної академії внутрішніх справ 29 жовтня 2013 р. (протокол № 28). Тему дисертаційного дослідження затверджено рішенням Вченої ради Національної академії внутрішніх справ 27 вересня 2016 р. (протокол № 19).

Мета і завдання дослідження. *Метою* дисертаційного дослідження є отримання нових наукових результатів стосовно сутності запобіжних заходів як предмету правового регулювання у кримінальному процесі, правил застосування запобіжних заходів та норм права, якими регулюються запобіжні заходи у кримінальному провадженні.

Для досягнення зазначеної мети поставлено такі *задачі:*

– визначити поняття та систему запобіжних заходів;

– з’ясувати функціональне призначення запобіжних заходів;

– визначити предмет кримінального процесуального права в частині регламентації запобіжних заходів;

– розкрити методи кримінального процесуального права, що застосовуються для правового регулювання запобіжних заходів;

– з’ясувати загальні правила застосування запобіжних заходів, їх ознаки та систему;

– визначити спеціальні правила застосування запобіжних заходів;

– охарактеризувати норми права, якими регулюються запобіжні заходи;

– розкрити структурні елементи норм права, якими регулюються запобіжні заходи;

– запропонувати пропозиції щодо вдосконалення нормативного забезпечення застосування запобіжних заходів у кримінальному провадженні.

Об’єкт дослідження – кримінальні процесуальні відносини, що виникають, розвиваються та припиняються під час застосування запобіжних заходів у кримінальному провадженні.

Предмет дослідження – правове регулювання запобіжних заходів у кримінальному провадженні.

Методи дослідження Для досягнення поставленої мети, виконання обумовлених нею задач, забезпечення наукового обґрунтування результатів дослідження використано комплекс загальнонаукових та спеціальних методів, які застосовуються в юридичній науці. Зокрема *історико-правовий* – під час дослідження поняття та системи запобіжних заходів (підрозділ 1.1); *формально-логічний*, *формально-правовий* та *порівняльно-правовий* – для дослідження сутності та особливостей правового регулювання запобіжних заходів у кримінальному провадженні (усі розділи). *Структурно-функціональний* – з метою дослідження предмету кримінального процесуального права в частині регламентації запобіжних заходів та методів кримінального процесуального права, що застосовуються для правового регулювання запобіжних заходів

(підрозділи 1.3, 1.4), а також стосовно загальної характеристики норм права, якими регулюються запобіжні заходи, у тому числі характеристики структурних елементів зазначених норм права (розділі 3). *Метод системного аналізу* – для дослідження системи загальних та спеціальних правил застосування запобіжних заходів (розділі 2). *Статистичний і соціологічний* – для отримання та узагальнення результатів анкетування слідчих, прокурорів, слідчих суддів та суддів.

Емпіричну базу дослідження становлять узагальнення судової практики Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ та інших судів України; рішення Європейського суду з прав людини та Конституційного Суду України; постанови Пленуму Верховного Суду України; судові рішення, розміщені в Єдиному державному реєстрі судових рішень; статистичні та аналітичні матеріали Генеральної прокуратури, Міністерства внутрішніх справ України, Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ; узагальнені результати опитування 300 слідчих Національної поліції України, 150 прокурорів місцевих прокуратур, 70 суддів та слідчих суддів місцевих судів з різних регіонів України упродовж 2016–2018 років, а також практичний досвід здобувача набутий під час роботи на посаді судді.

Наукова новизна отриманих результатів полягає в тому, що дисертація є першим після набрання чинності КПК України 2012 р. комплексним дослідженням правового регулювання запобіжних заходів у кримінальному провадженні. У результаті дослідження зазначеної теми сформульовано низку наукових результатів, що є важливими у теоретичному та практичному аспекті для кримінального провадження, зокрема:

вперше:

– обґрунтовано, що система запобіжних заходів може бути істотно розширена за рахунок обов’язків, передбачених ч. 5 ст. 194 КПК України. Більша кількість запобіжних заходів, ніж їх наразі регламентовано в кримінальному процесуальному законі, у сукупності з дозволом застосовувати

декілька з них одночасно значно знизить ступінь кримінальної процесуальної «репресії». Надання суду розширеного інструментарію впливу на поведінку підозрюваних та обвинувачених дозволить суду діяти ефективніше в плані забезпечення їх належної поведінки;

– доведено, що запобіжні заходи у кримінальному процесі виконують такі функції: забезпечення належної поведінки підозрюваного, обвинуваченого під час кримінального провадження; забезпечення доказової діяльності у кримінальному провадженні; гарантування змагальності кримінального провадження; забезпечення законного обмеження прав і свобод підозрюваного, обвинуваченого під час кримінального провадження; забезпечення ефективності кримінального провадження; відокремлення процесу кримінального провадження від результату кримінального провадження; забезпечення реалізації кримінальної процесуальної відповідальності;

– запропоновано запровадити у кримінальне процесуальне законодавство положення про те, що сторони можуть укласти угоду щодо різновиду запобіжного заходу, порядку і строку його застосування, яка підлягає затвердженню судом (слідчим суддею). Якщо ж така «диспозитивна процедура» не може бути застосована із-за неможливості сторін домовитися, то тоді повинна застосовуватися змагальна процедура;

– доведено, що положеннями, що визначають зміст діяльності з обрання і застосування запобіжних заходів, є такі: 1) презумпція поступового збільшення суворості запобіжного заходу при обранні щодо особи суворішого запобіжного заходу в разі порушення нею умов попередньо застосованого заходу; 2) врахування думки потерпілого з приводу потреби застосування запобіжного заходу та його суворості;

удосконалено:

– положення про загальні правила застосування запобіжних заходів. Визначено, що такі правила розташовуються в ієрархічній послідовності: засади (загальні правила кримінального провадження), загальні правила застосування заходів забезпечення кримінального провадження, загальні

правила застосування запобіжних заходів; загальні правила застосування ізоляційних і неізоляційних запобіжних заходів. Загальні правила застосування запобіжних заходів займають проміжне становище в системі загальних правил, за якими здійснюється діяльність з обрання і застосування запобіжних заходів. При цьому правила, що є «вищими в ієрархії», визначають зміст загальних правил застосування запобіжних заходів, а останні визначають зміст правил, які є «нижчими в ієрархії»;

– положення про існування складних гіпотез кримінальних процесуальних норм. Констатовано, що гіпотези норм кримінального процесуального інституту запобіжних заходів є складними. Обставинами, які обумовлюють їх складність, є «присутність» норм кримінального права і норм-засад та інших процесуальних норм розділу 1 КПК України, а також норм, в яких викладені підстави до застосування усіх заходів забезпечення кримінального провадження; викладення як мети, так і підстав та «допустимих» ризиків застосування запобіжних заходів; положення щодо пропорційності втручання в права і свободи особи, щодо якої буде вирішуватися питання про застосування запобіжного заходу;

– положення про те, що ступінь загальності (абстрактності) гіпотези кримінальних процесуальних норм є різним. Обґрунтовано, що загальна гіпотеза у вигляді мети застосування усіх заходів забезпечення через можливість виконання певного завдання кримінального провадження конкретизується у загальній гіпотезі щодо мети застосування запобіжних заходів до підозрюваного, обвинуваченого;

– положення про сутність кримінальних процесуальних санкцій. Доведено, що не є кримінальною процесуальною санкцією відмова прокурора у погодженні клопотання слідчого про обрання запобіжного заходу, а також відмова слідчого судді у задоволенні відповідного клопотання прокурора. Зазначені відмови вищестоящих у процесуальному плані посадових осіб нижчестоящим особам є лише елементами процедури обрання запобіжного

заходу, регламентованої з застосуванням арбітрального методу правового регулювання кримінальних процесуальних відносин;

дістало подальший розвиток:

– наукова позиція, що предмет кримінального процесуального регулювання не повністю покриває права і свободи людини у кримінальному провадженні. Визначено, що предмет кримінального процесуального права в частині регламентації запобіжних заходів неналежним чином забезпечує право на свободу і особисту недоторканість у кримінальному провадженні, про що свідчать недоліки процесуальних норм статей 206, 210, 208, 315 КПК України та нормативна неузгодженість між ч. 2 ст. 211 КПК України та статей 14, 15-1 Закону України від 20 березня 2003 року «Про боротьбу з тероризмом»;

– теоретичні погляди про виключення усіх норм дефініцій з предмету кримінального процесуального регулювання. Доведено, що процесуальні норми, у яких міститься лише перелік запобіжних заходів, а так саме процесуальні приписи, у змісті яких визначаються поняття запобіжних заходів не повинні знаходитися у КПК України;

– положення про зміст диспозиції кримінальної процесуальної норми. Констатовано, що у диспозиціях правових норм інституту запобіжних заходів регламентуються не лише процесуальні права і обов'язки учасників кримінального процесу, а й правообов'язки державних органів кримінального провадження.

Практичне значення отриманих результатів полягає у тому, що сформульовані та обґрунтовані в дисертаційному дослідженні висновки впроваджено та можуть бути використані в:

– *законотворчій діяльності* – для удосконалення кримінального процесуального законодавства України у частині правової регламентації запобіжних заходів (лист Комітету Верховної Ради України з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності від 15 травня 2018 р. № 04-18/12-902);

– *правозастосовній діяльності* органів досудового розслідування – під час розроблення та вдосконалення відомчих нормативно-правових актів, методичних рекомендацій з питань правової регламентації та застосування запобіжних заходів (акт впровадження Головного слідчого управління Національної поліції України від 23 квітня 2018 р.);

– *освітньому процесі* – для підготовки лекцій, методичних рекомендацій, навчальних програм, тестових завдань, а також під час проведення різних видів занять із таких дисциплін: «Кримінальний процес», «Теорія судових доказів» (акт впровадження Національної академії внутрішніх справ від 25 січня 2018 р.).

Апробація матеріалів дисертації. Теоретичні положення та висновки дисертації оприлюднені на міжнародних і всеукраїнських науково-практичних конференціях, зокрема: «Актуальні питання кримінального права та процесу» (м. Кривий Ріг, 16 червня 2017 р.); «Актуальні проблеми удосконалення кримінального процесуального законодавства» (м. Одеса, 21 квітня 2017 р.); «Нове міжнародне право та національне законодавство – нові завдання юридичної науки» (м. Київ, 10–11 листопада 2017 р.).

Публікації. Основні положення і висновки дисертаційного дослідження відображено у 8 публікаціях, серед яких чотири статті – у збірниках, включених МОН України до переліку наукових фахових видань з юридичних наук, одна стаття – у зарубіжному науковому виданні та трьох тезах – у збірниках матеріалів міжнародних і всеукраїнських науково-практичних конференцій.

Структура та обсяг дисертації. Робота складається із анотації, вступу, трьох розділів, що містять вісім підрозділів, висновків, списку використаних джерел (173 найменування на 17 сторінках) та 5 додатків на 9 сторінках. Повний обсяг дисертаційної становить 246 сторінок, з них основний текст – 208 сторінок.

РОЗДІЛ 1
СУТНІСТЬ ЗАПОБІЖНИХ ЗАХОДІВ ЯК ПРЕДМЕТУ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

1.1. Поняття та система запобіжних заходів

Перед вітчизняним кримінальним процесом поставлені завдання захисту особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, охорони прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, а також забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду з тим, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений, жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу і щоб до кожного учасника кримінального провадження була застосована належна правова процедура (ст. 2 КПК). Виконання цих завдань покладається переважно на державні органи: органи досудового розслідування, прокуратури і суду.

Одним із дієвих засобів забезпечення виконання завдань кримінального провадження є запобіжні засоби. У плані з'ясування сутності останніх важливо з'ясувати принаймні два питання: 1) чи правильним є після набрання чинності КПК 2012 р. віднесення запобіжних заходів до числа заходів кримінального процесуального примусу; 2) вони є елементом більш широкого поняття чи самостійним (автономним) поняттям у системі кримінального процесу. Послідовно розглянемо ці питання.

1. Органи досудового розслідування, прокуратури і суду (і лише вони) наділені повноваженнями застосовувати норми права кримінального та кримінального процесуального. Однією з основних ознак норм права, як відомо, є забезпеченість їх реалізації державним примусом, який у науці кримінального процесу називають процесуальним примусом, а дії і рішення з його реалізації – заходами процесуального примусу.

Зазначений вище підхід до розуміння сутності заходів кримінального процесуального примусу був усталеним до набрання чинності КПК 2012 р., в якому використана нова для процесуального законодавства термінологія: «заходи забезпечення кримінального провадження». Автори чинного КПК вважають, що «теперішнє розуміння примусу в українському кримінальному процесі є застарілим, а тому непридатним для майбутнього розвитку інституту процесуального примусу. Це пов'язано зі збереженням радянського підходу до права і жодним чином не стосується захисту прав людини. Під час перевірки документів чи відвідування житла не відбувається жодного «примусу». Адже особа може добровільно надавати документи або допускати осіб у житло чи на інші об'єкти володіння. Ці заходи в законодавстві СРСР іменувалися «примусовими» тільки на тій підставі, що посадові особи *уповноважувалися* вимагати здійснювати певні дії, а інші особи були *зобов'язані* дотримуватися цих вказівок. Тобто відбувалося змішування в межах одного інституту юридичного змісту і емоційного, вольового ставлення осіб до юридичних положень» [7, с. 131][1]. Це пояснюється панівним на той час підходом до права, закладеним в працях К. Маркса, Ф. Енгельса, В. Леніна і продовженим А. Вишинським [27, с. 1305–1324]. Коротко узагальнюючи цю відому позицію, О. А. Банчук та Л. М. Лобойко зазначають, що держава тоді «визначалася як машина для придушення (пригнічення або підтримки панування) одного класу іншим. А право було формою політики диктатури пролетаріату. Іншими словами, право – сукупність правил поведінки, що виражають волю панівного класу, які встановлено в законодавчому порядку, а також звичаїв та правил співжиття, що їх санкціоновано державною владою, застосування яких забезпечується *примусовою* силою держави для цілей охорони, закріплення та розвитку суспільних порядків, вигідних і бажаних для панівного класу. В цьому

[1] Нам не вдалося віднайти в юридичній літературі подібної позиції, яку б висловлювали інші автори. Враховуючи стиль викладення матеріалу в навчальній літературі, позиція щодо потреби перегляду поняття і природи запобіжних подана безапеляційно. У науковому дослідженні та чи інша позиція потребує серйозного обґрунтування, що ми і спробуємо зробити в цій частині дисертації.

виявлявся винятково інструментальний підхід до права, який означає, що будь-яке рішення органів держави забезпечується примусовою силою» [7, с. 131–132].

Проаналізувавши праці вчених-юристів, виданих до Жовтневого перевороту 1917 р., в тому числі професора Київського університету І. Т. Тарасова, автори дійшли висновку про те, що на той час примус розглядався тільки як один із елементів у процедурі виконання прийнятого акту, коли особи відмовляються ці акти виконувати добровільно. Для застосування примусу потрібно, щоб була протидія з боку особи, яка не бажає виконувати рішення адміністрації [7, с. 131–132]. «Необхідно встановити такі перехідні моменти від розпорядження до примусу, які, з одного боку, забезпечували б застосування примусу тільки у виняткових випадках і за наявності спротиву, а з іншого – попереджувало б заінтересованих про те, що настане примус», – зауважував І. Т. Тарасов [146, с. 66].

До 1917 р. основними вимогами до права примусової влади визнавалися такі: межі примусу залежать не від значення того, що має бути виконане, а від роду і міри протидії; примус має місце тільки там, де є протидія, а тому припиняється із припиненням протидії; форми примусу можуть передбачатися тільки законом; сила примусу повинна бути пропорційна протидії, а тому має відбуватися послідовно, від нижчих до вищих заходів доти, доки не буде зламано спротив; законність застосування примусових заходів повинна підлягати судовому контролю за скаргами потерпілих осіб [146, с. 66].

Врешті-решт, автори посібника зазначають, що різновидами примусових заходів були: наказ; наказ з погрозою виконання наказаного за рахунок зобов’язаної особи; наказ з погрозою покарання; наказ з погрозою фізичного примусу. На підставі здійсненого аналізу поняття «примусові заходи» автори пропонують повернутися до дореволюційного поняття примусу і вважають, що існуючий у теорії кримінального процесу підхід до розуміння інституту процесуального примусу потребує ґрунтовного переосмислення і змін в напрямах: відмови від широкого розуміння примусу; звуження змісту примусу

лише до процедури примусового виконання актів; визнання нинішніх заходів примусу різновидами заходів забезпечення провадження. Вони пропонують також заходами примусу визнавати лише привід, затримання особи, вилучення майна чи документів, під час яких застосовується фізична сила [7, с. 133].

Немає принципової різниці між примусовими заходами, які застосовували в юридичній діяльності до 1917 р., в радянський час і в період незалежності України, в тому числі й після набрання чинності КПК 2012 р. До речі, в КПК 1960 р. терміни «примус» і «примусові заходи» не вживалися. Ці терміни були традиційними для науки кримінального процесу. Вважаємо, що вони можуть і надалі використовуватися у цій галузі науки.

Висновок О. А. Банчука і Л. М. Лобойка щодо доцільності запровадження в кримінальне процесуальне законодавство як заходів процесуального примусу лише тих, що пов’язані з безпосереднім застосуванням правоохоронцями фізичної сили, є неспроможним.

Як можна побачити, з чотирьох «примусових заходів», що застосовувалися у юридичній діяльності до 1917 р., три не пов’язані з фізичним примусом, а четвертий передбачає лише «погрозу» його застосування.

Викликає суттєві заперечення і думка про те, що лише привід, затримання особи, вилучення майна чи документів, під час яких застосовується фізична сила, варто розглядати як заходи процесуального примусу.

По-перше, заходи, які називають примусовими, не завжди супроводжуються застосуванням фізичної сили. Наприклад, в перебігу вилучення майна чи документів фізична сила може застосовуватися (за наявності до того підстав), а може і не застосовуватися (за відсутності підстав). Тому, коли говорять про розглядувані заходи як про примусові, то мають на увазі не обов’язкове застосування сили, а лише потенційну можливість цього. М. І. Капінус правильно зазначає, що примусовий характер цих заходів залежить не від порядку реалізації процесуального засобу, а від його законодавчої моделі. Навіть коли особа не заперечує проти обмеження її прав і свобод, що пов’язане із застосуванням кримінального процесуального примусу,

такі заходи все одно мають примусовий характер, оскільки сама можливість застосування примусу передбачена законом [48, с. 21].

По-друге, примус може полягати й в інших способах впливу, наприклад, психологічному, на поведінку особи, щодо якої вирішується питання про притягнення до кримінальної відповідальності. Бо слово «примусити» в українській мові означає не лише фізичний примус, а й будь-які інші дії, що полягають у вимозі в кого-небудь виконати щось незалежно від його волі, бажання [46, с. 365]. В іншому словнику «примус» трактують як «натиск із чийогось боку; примушування», «зумовлена кимсь або чимсь необхідність діяти певним способом, незалежно від бажання», «натиск, обумовлений законом», а «з примусу: а) силуючи себе; вимушено; б) без бажання, з обов'язку, виконуючи повинності» [15, с. 1124].

До речі, інший учений-процесуаліст – Н. Н. Розін, період творчої діяльності якого припав на період до 1917 р., вживав термін «примусові» щодо запобіжних заходів. Він писав, що «до того часу, як був виданий Звід законів, порядок і характер процесуальних *примусових* (курсив наш – К. С.) заходів в російському праві відмічений такими ж рисами, якими він був відмічений століття тому: поліцейське свавілля, змішування заходів поліцейських і заходів судових, відсутність належних способів оскарження. Цей порядок закріплявся і в Зводі законів. Нова епоха в цій царині починається тільки з виданням судових Статутів 1864 р. Але і в новому порядку ще в значному ступені збереглись сліди порядку старого» [127, с. 320].

«Сліди порядку старого» у застосуванні запобіжних (примусових) заходів безумовно збереглися і в радянському кримінальному процесі. Тут немає потреби наводити консолідовану думку маси вчених і практиків, висловлювану у радянський період розвитку процесуальної науки щодо віднесення запобіжних заходів до числа примусових. Вона є загально відомою і викладеною в багатьох наукових і навчальних публікаціях: запобіжні заходи є частиною примусових заходів. У цій частині по суті відсутній предмет пошуку нових знань.

А ось що стосується розуміння родового для запобіжних заходів поняття – «заходи кримінального процесуального примусу» - єдності думок вчених не досягнуто.

Одні вчені під заходами процесуального примусу розуміють передбачені кримінальним процесуальним законом заходи *примусового характеру*, які застосовуються уповноваженими на те державними органами та посадовими особами за наявності передбачених законом підстав та у встановленому законом порядку до підозрюваного, обвинуваченого та інших учасників кримінального процесу, що спрямовані на припинення та запобігання з боку останніх неправомірних дій, що перешкоджають належному здійсненню досудового розслідування, розгляду, вирішенню кримінальної справи у суді та виконанню вироку [48, с. 28; 59, с. 20; 89, с. 8].

Інші вважають, що заходами процесуального примусу є заходи державного примусу *попереджувального характеру*, які, не будучи покаранням, застосовуються органами прокуратури, слідства і суду для здійснення завдань правосуддя лише у випадку дійсної до того необхідності до обвинуваченого, свідка, експерта, понятого, перекладача та інших осіб у суворій відповідності з кримінальним процесуальним законом і з урахуванням прав та законних інтересів цих осіб [36, с. 15; 74, с. 24].

У підручнику з кримінального процесу Л.Д. Удалова визначили запобіжні заходи саме як способи примусового впливу на обвинуваченого, а у виняткових випадках і на підозрюваного, метою яких є запобігання такій поведінці, що може перешкодити досягненню завдань кримінального судочинства [156, с. 111].

Автори навчального посібника Ю.В. Бубир,Г.І. Глобенко, О.О. Юхно зазначили, що заходи забезпечення кримінального провадження виражаються у зовнішньому психічному і фізичному впливові на учасників кримінального провадження, їх діяльність, майно, та мають характер особистого, майнового і організаційного обмеження суб’єктивних прав [13, с. 10–11].

Окрім того, в навчальній юридичній літературі під заходами процесуального примусу розуміють передбачені кримінальним процесуальним законом заходи примусового характеру, які застосовуються компетентними особами та органами за наявності підстав та в порядку, передбачених законом, з метою подолання негативних обставин, що перешкоджають або можуть перешкоджати вирішенню завдань кримінального судочинства, та забезпечення виконання рішень органів досудового розслідування та суду [34, с. 131; 63, с. 246].

Практично не змінився підхід до розуміння заходів процесуального примусу і після набрання чинності КПК 2012 р. Так, в підручнику з кримінального процесу, підготовленому викладачами Національної академії внутрішніх справ, зазначено, що «серед кримінально-процесуальних заходів, які забезпечують реалізацію кримінально-процесуальних норм, особливе місце займають заходи кримінально-процесуального примусу, які є заходами впливу з боку державних органів або посадових осіб на поведінку суб’єктів кримінально-процесуальної діяльності, що направлені на забезпечення виконання процесуальних обов'язків, якщо вони не виконуються добровільно, або на попередження небажаних з точки зору права дій з метою забезпечення нормального руху кримінального судочинства» [64, с. 163]. Автори згаданого підручника ототожнюють заходи забезпечення кримінального провадження і заходи процесуального примусу і надають визначення перших через зміст других: « … заходи забезпечення кримінального провадження – це передбачені кримінальним процесуальним законом процесуальні засоби державно-правового *примусу* (курсив наш – К. С.), що застосовуються уповноваженими на те органами (посадовими особами), які здійснюють кримінальне провадження, у чітко визначеному законом порядку стосовно осіб, які залучаються до кримінально-процесуальної діяльності, з метою досягнення дієвості кримінального провадження (для запобігання та припинення неправомірних дій, забезпечення виявлення та закріплення доказів тощо)» [64, с. 164].

Не відрізняється суттєво від попереднього визначення і дефініція поняття заходів забезпечення кримінального провадження, викладена в підручнику викладачів Донецького юридичного інституту МВС України, як їх визначають як «передбачені КПК заходи кримінального процесуального *примусу* (курсив наш – К. С.), що застосовуються відносно осіб, залучених до кримінального судочинства, з метою досягнення дієвості кримінального провадження шляхом тимчасового обмеження їх конституційних прав і свобод, на підставах і в порядку визначених законом» [62, с. 134].

Так само пов'язують заходи забезпечення кримінального провадження з процесуальним примусом викладачі кафедри кримінального процесу Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого у своєму підручнику, визначаючи їх «передбачені КПК заходи *примусового* (курсив наш – К. С.) характеру, що застосовуються за наявності підстав та в порядку, встановлених законом, з метою подолання негативних обставин, що перешкоджають або можуть перешкоджати вирішенню завдань кримінального провадження, забезпечення його дієвості» [61, с. 256]. Далі автори правильно зазначають, що «спільною ознакою заходів забезпечення кримінального провадження є, як зазначено, поєднання їх із застосуванням примусу, який тією чи іншою мірою притаманний кожному з них» [61, с. 257].

На нашу думку, в наведених вище визначеннях поняття заходів процесуального примусу викладені не усі притаманні їм іманентно ознаки. Найбільш повно систему таких ознак заходів процесуального примусу викладено у монографії О. В. Верхогляд-Герасименко. Учена вважає, що специфічними ознаками цих заходів є «(а) мають процесуальний характер і регулюються кримінально-процесуальним законом, а тому є складовою кримінальної процесуальної форми. Цією ознакою вони відрізняються від інших примусових заходів, які застосовуються при провадженні по кримінальній справі (наприклад, адміністративних або дисциплінарних стягнень); (б) підстави, межі та порядок їх застосування детально регламентовані законом; (в) спрямовані на досягнення єдиної мети –

забезпечити (курсив наш – К. С.) належний порядок кримінально-процесуальної діяльності та вирішення завдань кримінального судочинства; (г) мають виражений *примусовий характер* (курсив наш – К. С.) – застосовуються незалежно від волевиявлення осіб, щодо яких допустимий кримінально-процесуальний примус …; (д) мають виключний характер – тобто застосовуються лише в тих випадках, коли іншими заходами публічні завдання кримінального процесу досягнути неможливо; (є) специфічний суб'єкт застосування – процесуальний примус є різновидом державного примусу, а тому суб'єктом його застосування завжди є виключно компетентні державні органи та посадові особи, які здійснюють кримінальне провадження» [17, с. 22]. Вивчення змісту зазначених ознак дає можливість для відповіді щодо правильності найменування розглядуваних у цій роботі заходів. Так в п. «г» цитованого тексту йдеться про їх примусовий характер, а в п. «в» – про забезпечувальний характер. Тобто в першому випадку термін, якими позначаються заходи – «заходи процесуального примусу» - акцент робиться на сутнісній їх ознаці, а в другому – «заходи забезпечення кримінального провадження» - на меті їхнього застосування.

До речі в ст. 2 КПК одне із завдань кримінального провадження полягає в тому, щоб «жодна особа не була піддана необґрунтованому *процесуальному примусу*», а в Розділі ІІ КПК врегульовані *«заходи забезпечення кримінального провадження»*.

Як бачимо, примус в кримінальному процесі не можна пов'язувати виключно з фізичною силою. Тому недоцільно ставити кардинально питання про зміну термінології для позначення заходів процесуального *примусу*, спрямованих на *забезпечення* виконання завдань кримінального процесу.

На сучасному етапі розвитку науки і практики кримінального процесу не варто також переглядати термін «запобіжні заходи». Бо саме такий термін є усталеним і в науці і в практиці. Пропозиції ж щодо перейменування цих заходів (наприклад, у «попереджувальні заходи» чи якісь інші) будуть

позбавлені практичного значення. Це підтримали 98,7 % опитаних слідчих, 99,3 % прокурорів та 97,1 % суддів.

У кримінальних процесуальних законах держав Європейського Союзу також використовується термін (і поняття) «заходи процесуального примусу». Так, наприклад, ст. 242 Кримінально-процесуального закону Литовської Республіки має назву «Заходи процесуального примусу», в частині 1 якої зазначено: «Для *забезпечення* (курсив наш – К. С.) кримінального процесу права особи можуть бути обмежені такими заходами процесуального примусу: …» [153].

Тепер перейдемо до розгляду другого питання, поставленого на початку цієї частини дослідження – «запобіжні заходи є елементом більш широкого поняття чи самостійним (автономним) поняттям у системі кримінального процесу».

Беззаперечним є те, що кожне поняття в кримінальному процесі є пов’язаним більш чи менш тісно з іншими його поняттями. Вище йшлося про те, що запобіжні заходи є частиною заходів кримінального процесуального примусу. Попри те, що в КПК 2012 р. вжитий термін «заходи забезпечення кримінального провадження», в науковій літературі їх продовжують називати (а отже і вважати) заходами процесуального примусу. Так, В. О. Попелюшко пише: «Запобіжні заходи за своїм характером є різновидом кримінального *процесуального примусу* (курсив наш – К. С.) попереджувального (випереджувального) характеру, пов’язаного з тимчасовим обмеженням (позбавленням) слідчим суддею, судом права особи (підозрюваного, обвинуваченого, засудженого) на свободу та особисту недоторканість» [108, с. 4]. Як частину заходів процесуального примусу запобіжні заходи розглядають й інші учені [11; 17; 38; 105, с. 180, 182; 144].

Інтерес викликає питання про те, які саме заходи є елементами системи заходів процесуального примусу, до якої входять запобіжні заходи. Визначення системи і класифікації заходів процесуального примусу дасть поштовх для роздумів про те, чому одні примусі заходи включені законодавцем до системи

запобіжних заходів, а інші – ні, а також про те, чи існують підстави для включення інших примусових процесуальних заходів до цієї системи.

Система запобіжних заходів не є сталою ні за кількісними, ані за якісними характеристиками. Аби з'ясувати питання щодо системи запобіжних заходів, врегульованих у чинному кримінальному процесуальному законі, з застосуванням історико-правового методу достатньо з'ясувати як змінювалася система цих заходів у законодавстві, що діяло на території України протягом певного історичного періоду.

Статут кримінального судочинства 1864 року (далі – СКС) включав такі запобіжні заходи: «відібрання виду на проживання або зобов'язання їх підпискою про явку до слідчого і не відлучення з місця проживання (п.1 ст.416 СКС); віддання під особливий нагляд поліції (п.2 ст.416 СКС); віддання на поруки (п.3 ст.416, ст.ст.422, 424-427 СКС); взяття застави (п.4 ст.416, ст.ст. 423-427 СКС); домашній арешт (п.5 ст.416, ст.428 СКС); і взяття під варту (п.6 ст.416, ст.ст.417-419, ст.430, 431 СКС)» [158]. Між ученими-процесуалістами того часу точилися дискусії щодо віднесення тих чи інших врегульованих в Статуті заходів до системи запобіжних заходів.

Проводячи аналіз запобіжних заходів за СКС 1864 р., О. Н. Агакерімов дійшов висновку про доцільність поділу зазначених запобіжних заходів «на дві групи, а саме: 1-а група: заходи особистого забезпечення: відібрання виду на проживання або зобов'язання їх підпискою про явку до слідчого і невідлучення з місця проживання; віддавання під особливий нагляд поліції; домашній арешт; і взяття під варту; 2-а група: заходи майнового забезпечення: віддавання на поруки; взяття застави» [1, с. 21]. Але при цьому, цей вчений зазначає, що «запобіжні заходи, передбачені вище в 2-й групі носили не тільки майновий характер, а й особистий, так як в ст. 429 СКС 1864 р. зазначається, що «Віддавання обвинуваченого на поруки або залишення його на свободі під забезпеченням застави не звільняє його від дотримання правила, передбаченого в статті 415-й» [1, с. 22]. У ст. 415 СКС 1864 року йшлося про те, що «підслідні не повинні відлучатись без дозволу слідчого з того міста або дільниці, де

провадиться слідство». Така вимога, де-юре, не була запобіжним заходом, хоча де-факто, була складовою частиною запобіжного заходу, передбаченого в п. 1 ст. 416 СКС 1864 г., а саме «відібрання виду на проживання або зобов'язання їх підпискою про явку до слідчого і не відлучку з місця проживання», але оскільки дана вимога була законодавчою нормою, тому підлягала виконанню. Таким чином, як мінімум два елементи даного запобіжного заходу були зайві, так як по суті були дублюванням кримінального процесуального закону того часу [1, с. 22-23].

А ось М. В. Духовський розглядав «відібрання виду на проживання чи зобов'язання їх підпискою про явку до слідчого і невідлучення з місця проживання» як три заходи: 1) відібрання виду на проживання; 2) обов'язок з'являтися до слідчого; 3) обов'язок не відлучатись з місця проживання. Два останніх зобов'язання забезпечувались відібранням підписки, котру, на його думку, не можна було вважати запобіжним заходом, бо кожен обвинувачений, не бажаючий бути підданий приводу, був зобов'язаний і без підписки з'являтись до судового слідчого за його викликами [35, с.268-269].

О.Ф. Кістяковський же зазначав, що «відібрання підписки про не відлучення варто розглядати як на юридичну форму цілком природного обов'язку, котрий лежить на кожному, хто перебуває під слідством, а разом з тим не стільки як на самостійний, скільки як на додатковий запобіжний захід» [51, с.148].

В. К. Случевський в свою чергу зазначав, що цей захід не був ефективним в плані досягнення ним своєї мети: «практика показує, що закон помиляється: окрім того, що при теперішніх шляхах сполучення можна сховатися і без виду (на проживання – прим. автора – К. С.), можливо легко жити по чужому чи підробленому виду на проживання. Захід цей не має тому дієвого значення» [142, с.122].

Можна й далі продовжувати аналіз точок зору дореволюційних і сучасних учених щодо визначення системи запобіжних заходів за Статутом кримінального судочинства 1864 р., однак і наведеного вище достатньо для

висновку про те, що одностайності думок учених не існувало і не існує [1, с. 23-27]. Єдине, що не викликало дискусій, є те, що найсуворішим запобіжним заходом, згідно СКС 1864 року (до речі, як і за чинним КПК), було взяття під варту. Так, М.В. Духовський зазначав, що «за думкою СКС застосування під час попереднього слідства арешту (очевидно, М. В. Духовський вживав терміни «взяття під варту» і «арешт» як синоніми – К. С.) може мати місце тільки тоді, коли, не дивлячись на заставу або поруку особа, яка його застосовує, має побоюватись втечі обвинуваченого або коли виникає з його боку можливість приховати сліди злочину. В інших випадках, яким би не був тяжким злочин, яким би не були значними докази, попередній арешт рішуче не знаходив собі підстав в СКС» [35, с. 273].

Однак варто зауважити, що система запобіжних заходів, врегульованих в СКС 1864 року, відзначалася стабільністю і залишалася незмінною до 1917 року. 24 листопада 1917 року виданий Декрет про суд № 1 Ради Народних Комісарів, в п. 5 якого зазначалось таке: «Місцеві суди вирішують справи ім'ям Російської Республіки і керуються в своїх рішеннях і вироках законами повалених урядів лише остільки, оскільки вони не скасовані революцією і не суперечать революційній совісті і революційній правосвідомості» [32].

У зв'язку з тим, що обсяг дисертаційного дослідження обмежується вимогами, які ставляться до такого роду досліджень, не будемо викладати усі історичні етапи розвитку системи запобіжних заходів. Тим паче, що це вже зроблено раніше попередниками [44, с. 12-31].

Складність вирішення питання про віднесення тих чи інших засобів кримінальної процесуальної діяльності (процесуальних дій і/або процесуальних рішень) обумовлена тим, що багато їх пов'язані з застосуванням примусу. Це, в принципі, є характерним для такої галузі юридичної діяльності як кримінальна процесуальна діяльність, врегульована переважно із застосуванням імперативного методу правового регулювання. Основою для останнього є

«енергетичне поле» правового регулювання [2, с. 384-385][2] кримінальної процесуальної діяльності. Як правильно зазначає Л. М. Лобойко, «в залежності від характеру і змісту інтересів суб'єктів кримінального процесу це «енергетичне поле» може бути полем стримування (негативним полем), коли сукупність інтересів суб'єкта, виражена в його діях, суперечить завданням процесу, не узгоджується з ними, або не створює сприятливих передумов для їх реалізації ...» [82, с. 28]. Існування негативного «енергетичного поля» правового регулювання викликає до життя дає підставу для виокремлення в загальній теорії права зобов'язальної системи: «обов'язок + відповідальність» [2, с. 385-386]. Як правильно відзначає С. С. Алексєєв, за такої системи правового регулювання, як це не виглядає парадоксальним, оскільки «ця система функціонує в «негативному полі» (а деяке негативне середовище вона утворює і сама для себе: люди не дуже схильні підкорятися обов'язковим вимогам, коли хтось думає і вирішує за них), то ланцюжок правових засобів, що йде від завдання до результату, увесь час перебуває під тиском різноманітних, в багатьох випадках постійних інтересів, які часто можуть вклинюватися в цей ланцюжок, ускладнювати його, а іноді і позбавляти сили» [2, с. 385]. Але які б негативні моменти не мала аналізована система правового регулювання, вона на даний час є чи найбільш ефективною при врегулюванні діяльності з обрання і застосування запобіжних заходів, в якій найбільш повно проявляються інтереси суб'єктів правовідносин, що пов'язано іноді з протидією досудовому розслідуванню та судовому її розгляду.

Відповідальність завжди пов'язана з потенційною можливістю застосування примусу до учасника правових (в тому числі й кримінальних процесуальних) відносин, який порушив обов'язок. Відтак, за великим рахунком, будь-яка дія чи рішення посадової особи чи державного органу, які ведуть процес, спрямовані на виконання обов'язку особою, можуть супроводжуватися примусом. Саме цим можна пояснити існування широкого

[2] Уперше поняття «енергетичне поле» правового регулювання було запроваджене в науковий обіг С. С. Алєксєєвим [2, с. 384-385].

спектру думок учених щодо віднесення тих чи інших процесуальних засобів до заходів процесуального примусу.

Одні учені розмежовують примусові процесуальні заходи на запобіжні заходи та «інші заходи процесуального примусу» [52, с. 377; 59, с. 85].

Інші учені є прибічниками поділу заходів процесуального примусу на: а) спрямовані головним чином на запобігання неналежній поведінці учасників кримінально-процесуальної діяльності (запобіжні заходи, затримання підозрюваного, відсторонення обвинуваченого від посади, накладення арешту на майно, зміна обраного запобіжного заходу на інший) і б) пов'язані переважно зі збиранням і дослідженням засобів кримінально-процесуального доказування (обшук, виїмка, огляд, отримання зразків для порівняльного дослідження, поміщення обвинуваченого до медичного закладу для проведення стаціонарного дослідження, привід) [45, с. 10-13; 48, с. 30-31].

Ф. М. Кудін, взявши за основу диференціації кримінального процесуального примусу спосіб охорони кримінальних процесуальних відносин, поділяє заходи примусу за цією ознакою на засоби (1) попередження, (2) припинення та (3) забезпечення. До першої групи він відніс: запобіжні заходи; затримання; примусовий привід обвинуваченого без попереднього виклику; відсторонення від посади; до другої: привід обвинуваченого, свідка, потерпілого, експерта у разі нез'явлення їх за викликом свідка, прокурора чи суду; видалення з зали суду учасників судового розгляду та інших громадян за порушення розпорядку судового засідання: до третьої: обшук, виїмка, освідування, поміщення до медичної установи для стаціонарного спостереження; отримання зразків для порівняльного дослідження, накладення арешту на майно з метою забезпечення відшкодування матеріальної шкоди чи забезпечення можливої конфіскації майна [69, с. 146-147].

З. Ф. Ковригою заходи процесуального примусу поділені на засоби припинення і засоби забезпечення [54, с. 29-30][3].

Відтак, запобіжні заходи є частиною заходів кримінального процесуального примусу (заходів забезпечення кримінального провадження). Тому мета застосування запобіжних заходів як частини заходів забезпечення кримінального провадження співпадає з метою останніх: забезпечення дієвості кримінального провадження, що логічно обумовлює назву всіх заходів, про які йдеться у ст. 131 КПК. «Крім загальної мети, на досягнення якої спрямовано кожен із заходів, характерною для них є також наявність власної специфічної мети, яка у структурі цілеспрямованості кримінальної процесуальної діяльності займає окреме місце. Так, тимчасовий доступ до речей і документів має на меті забезпечення можливості формування правової позиції сторін кримінального провадження і збирання доказів; тимчасове вилучення майна та арешт майна спрямовані на забезпечення можливості відшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, можливої конфіскації майна, збирання і збереження доказів; тимчасове обмеження у користуванні спеціальним правом має на меті припинення кримінального правопорушення, запобігання вчиненню іншого чи припинення або запобігання протиправній поведінці підозрюваного, обвинуваченого щодо перешкоджання кримінальному провадженню; затримання особи та *запобіжні заходи* (курсив наш – К. С.) спрямовані на припинення кримінального правопорушення, а також створюють необхідні умови для забезпечення участі *підозрюваного, обвинуваченого* в кримінальному провадженні, а отже, для здійснення правосуддя» [61, с. 256-257].

Запобіжні заходи та інші заходи процесуального примусу характеризуються спільними ознаками: вони мають процесуальний характер і регулюються кримінально-процесуальним законом, а тому є складовою кримінально-процесуальної форми. Цією ознакою вони відрізняються від інших примусових заходів, які застосовуються при провадженні щодо кримінальних

[3] У наведених вище класифікаційних групах переліки заходів процесуального примусу ґрунтуються на законодавстві, чинному на момент підготовки відповідних наукових і навчальних публікацій.

правопорушень; підстави, межі та порядок їх застосування детально регламентовані законом; специфічна їх мета − забезпечити досягнення дієвості кримінально-процесуального провадження та вирішення завдань кримінального судочинства; примусовий характер, який залежить не від порядку їх реалізації, а від самої законодавчої моделі, що передбачає можливість застосування примусу; виключний характер − вони застосовуються лише в тих випадках, коли іншими заходами завдання кримінального судочинства досягнути неможливо; специфічний суб'єкт застосування − процесуальний примус є різновидом державного примусу, а тому суб'єктом його застосування завжди є виключно компетентні державні органи та посадові особи, які здійснюють кримінальне провадження. В основі застосування заходів забезпечення кримінального провадження лежить наступне: застосування процесуального примусу може полягати у фізичному, матеріальному чи моральному (психологічному) впливі державного органу на суб'єкта кримінального процесу; застосування заходів процесуального примусу завжди пов'язано з певними обмеженнями особистих, майнових та інших прав і свобод учасників процесу. Це може бути обмеження свободи, недоторканості житла, таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції, банківських вкладів і рахунків тощо. Обмеження майнового характеру − позбавлення права користуватися або розпоряджатися певним майном; застосовується всупереч волі та бажанню суб'єктів та виключно на підставі закону. Заходи забезпечення кримінального провадження можуть застосовуватися до різних суб'єктів кримінальної процесуальної діяльності − підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, свідка, а також інших осіб залежно від обставин кримінального провадження та поведінки його суб'єктів [70, с. 331-332].

Система заходів кримінального процесуального примусу не є «сталою величиною». Вона здатна змінюватися через зміну процесуальної регламентації цих заходів. Так, наприклад, надаючи коментарі до одного з проектів Кримінально-процесуального кодексу України [68], експерти Ради Європи

запропонували його розробникам вирішити питання про розширення системи заходів процесуального примусу. Вони зазначали таке: «Розділ Четвертий Проекту розглядає “Заходи процесуального примусу” (Статті 118 – 156). В ньому говориться про „затримання підозрюваного”, „запобіжні заходи” та „інші “заходи процесуального примусу”. Положення про “огляд, освідування, ексгумацію, виїмку, обшук, накладення арешту на кореспонденцію, застосування технічних засобів отримання інформації з комунікаційних каналів” (Статті 263 – 278) викладені у Розділі Шостому Проект, який містить положення про „досудове провадження” (Статті 177 – 324). Такий порядок, здається, покладається на традиційне уявлення про те, що виїмки, обшуки та інші заходи, про які йдеться у Статтях 263 – 278, повинні перш за все вважатися засобами збору доказів. Однак, з сучасної точки зору виїмки, обшуки та інші заходи, про які йдеться у Статтях 263 - 278, можуть нести в собі ущемлення прав особи таким же чином, як і затримання та інші „заходи процесуального примусу”. Це не фізичний „процесуальний примус”, а скоріше – недоторканність прав особи, яка кваліфікує затримання з одного боку, а виїмки та обшуки - з іншого. Отже, треба запитати, чи не потрібно розмістити положення про виїмки, обшуки та інші заходи, про які йдеться у Статтях 263 – 278, у розділі, який містить положення про “заходи процесуального примусу”. Зрештою, виїмки та обшуки можуть також передбачати дії фізичного примусу» [55].

Тісно пов’язаним з розглядуваними питаннями є питання про систему запобіжних заходів. Останні, будучи частиною більш широкого поняття – заходів кримінального процесуального примусу, «черпають можливість» свого розширення за рахунок цих заходів. Окрім того, система запобіжних заходів в українському кримінальному процесі може бути розширена за рахунок обов’язків, регламентованих частиною 5 ст. 194 КПК: 1) прибувати до визначеної службової особи із встановленою періодичністю; 2) не відлучатися із населеного пункту, в якому він зареєстрований, проживає чи перебуває, без дозволу слідчого, прокурора або суду; 3) повідомляти слідчого, прокурора чи

суд про зміну свого місця проживання та/або місця роботи; 4) утримуватися від спілкування з будь-якою особою, визначеною слідчим суддею, судом, або спілкуватися з нею із дотриманням умов, визначених слідчим суддею, судом; 5) не відвідувати місця, визначені слідчим суддею або судом; 6) пройти курс лікування від наркотичної або алкогольної залежності; 7) докласти зусиль до пошуку роботи або до навчання; 8) здати на зберігання до відповідних органів державної влади свій паспорт (паспорти) для виїзду за кордон, інші документи, що дають право на виїзд з України і в'їзд в Україну; 9) носити електронний засіб контролю [154] [4].

Ще на етапі підготовки проекту КПК Робочою групою Національної комісії зі зміцнення демократії та утвердження верховенства права [117] експерти Ради Європи зазначали, що «ці зобов'язання мають також на увазі значні обмеження і втручання в права підозрюваних і звинувачених. Перелік таких заходів включає обов'язок з'являтися в суд або до іншого державного органу; залишатися в «межах певної територіальної юрисдикції»; повідомляти прокурора чи суд про зміну свого місця проживання та/або місця роботи; утримуватися від спілкування із будь-якою визначеною особою або спілкуватися з певною особою на умовах, визначених слідчим суддею або судом; не відвідувати певних місць; пройти лікування від наркотичної або алкогольної залежності; здати паспорт, а також носити електронні засоби контролю» [19]. Не можна погодитися з висновком (п. 183) зазначених експертів стосовно того, що ці зобов'язання характеризуються як альтернатива «запобіжним заходам». Зобов'язання є не альтернативою запобіжним заходам, а можуть бути охарактеризовані як додаткові до запобіжних заходів (застави, домашнього арешту) способи впливу на поведінку підозрюваного (обвинуваченого), бо вони викладені в процесуальній нормі з використанням сполучника «також», яке в українській мові тлумачать як «водночас, одночасно» і вживають у значенні «крім того, до того ж» [15, с. 1428].

[4] Подібні зобов'язання можуть покладатися на особу і за КПК Грузії – ч. 2 ст. 199 [154].

У зв’язку з викладеним, виникає запитання: до якої категорії примусових заходів можуть бути віднесені зобов’язання, врегульовані у ч. 5 ст. 194 КПК ? Очевидно, що вони належать до числа «інших заходів кримінального процесуального примусу», але ж вони не можуть бути застосовані до підозрюваного (обвинуваченого) без застосування запобіжного заходу. Саме тому ці зобов’язання розміщені у ст. 194 КПК, яка має назву «Застосування запобіжного заходу». Зобов’язань, які, можуть бути покладені на особу одночасно з обранням щодо неї запобіжного заходу, не пов’язаного з триманням під вартою, встановлено дев’ять. У той час як запобіжних заходів усього п’ять, враховуючи і тримання під вартою.

Зобов’язання (ч. 5 ст. 194 КПК) мають досить автономний характер. Вони є предметом клопотання слідчого, прокурора про зміну запобіжного заходу (ч. 1 ст. 200 КПК), а також аналогічного клопотання підозрюваного, обвинуваченого (ч. 1 ст. 201 КПК). Строки цих заходів співпадають зі строками запобіжних заходів.

Застосування зобов’язань до підозрюваного, обвинуваченого може мати серйозні наслідки у плані обмеження його прав і свобод. Наприклад, зобов’язання «не відлучатися із населеного пункту, в якому він зареєстрований, проживає чи перебуває, без дозволу слідчого, прокурора або суду» суттєво обмежує право особи на пересування, не будучи при цьому запобіжним заходом. До речі зміст цього зобов’язання у чинного КПК повністю відтворює зміст запобіжного заходу «підписка про невиїзд» у КПК 1960 р. Попри це, зобов’язання у КПК лише перераховані, а ось підстави і процесуальний порядок їх застосування законом не врегульовані[5]. Таке ставлення законодавця до викладення у законі зобов’язань, що можуть бути застосовані до особи одночасно з обранням щодо неї запобіжного заходу, є причиною того, що втручання у права громадян відбувається не згідно з законом. Хоча втручання і

[5] Виняток складає зобов’язання «носити електронний засіб контролю» (п. 9 ч. 5 ст. 194 КПК), порядок застосування якого встановлений у ст. 195 КПК.

переслідує законну мету – забезпечення кримінального провадження – та є необхідним у демократичному суспільстві задля досягнення цієї мети.

ЄСПЛ у абз. 2 п. 49 свого Рішення від 2 листопада 2006 р. у справі «Волохи проти України» зазначив таке: «Суд завжди дотримувався думки, що словосполучення «згідно із законом» не просто відсилає до національного законодавства, а й пов'язане з вимогою якості «закону», тобто вимогою дотримання принципу «верховенства права», про що прямо говориться у преамбулі Конвенції ... Отже, цей вислів означає … що в національному законодавстві має існувати засіб правового захисту від свавільного втручання державних органів у права …» [122]. Відсутність в процесуальному законі регламентації підстав (за винятком хіба що того, що їх можна застосувати за наявності підстав до обрання запобіжних заходів) та порядку (за винятком того, що їх застосовують одночасно з обранням запобіжних заходів) застосування зобов'язань створює ситуацію правової невизначеності, за якої існує велика ймовірність їх свавільного застосування. Отже, процесуальний закон в цій частині не є якісним і обумовлює об'єктивне існування значного ступеню дискреції суду.

Оскільки дискреційні повноваження щодо покладання на підозрюваного (обвинуваченого) того чи іншого зобов'язання суд реалізує у кримінальних процесуальних рішеннях, то звернімося до наукових робіт, в яких досліджено різновиди рішень залежно від характеру дискреційної складової. Останньою за часом такою роботою є докторська дисертація Н. В. Глинською, в якій її авторка виділяє такі основні групи кримінальних процесуальних рішень, в яких реалізований той чи інший характер дискреційної складової: 1) КПР (кримінальні процесуальні рішення – К. С.), в яких реалізується дискреція ОПР (особи, що приймає рішення – К. С.) щодо оцінки фактів. Цей елемент розсуду означає можливість «вбачати» певні фактичні обставини в конкретному провадженні та розцінювати їх як такі, що свідчать про наявність підстав ухвалення певного різновиду КПР; 2) КПР, в яких реалізується дискреція ОПР щодо обрання належної правової норми, що підлягає застосуванню при

встановленні конкретних фактів. Йдеться як про застосування правової аналогії для подолання певної правової невизначеності (прогалин кримінального процесуального законодавства – ч. 6 ст. 9 КПК), так і обрання правової норми за результатом критичного аналізу нормативних положень, що безпосередньо розраховані на врегулювання встановлених фактичних обставин (у межах принципу законності, сформульованого в частинах 3, 4 ст. 9 КПК); 3) КПР, в яких реалізується дискреція щодо обрання передбаченого в законі варіанту правової поведінки у разі встановлення певних фактів. Дискреційна складова тут виявляється не лише у можливості інтерпретації фактів як таких, що підпадають від нормативну регламентацію обставин, з якими закон пов'язує можливість ухвалення конкретного різновиду КПР, а й у визначенні доцільності (потреби) вжиття тих чи інших правових заходів у такому разі; 4) КПР, в яких реалізується дискреція щодо обрання одного з допустимих законом варіантів правової поведінки у разі встановлення певних фактів. Причому така варіантність стосується як обрання певної величини (розміру) одного з параметрів (характеристик) у цілому достатньо визначеної дії (обмеження) (наприклад, установлення розумного строку, що, зокрема, є найкоротшим із достатніх для досягнення цілей досудового розслідування (ч. 2 ст. 296 КПК), визначення розміру застави у межах, визначених ч. 5 ст. 182 КПК, тощо), так і сукупної його якісної характеристики (наприклад, обрання одного з запобіжних заходів, перелічених у ст. 176 КПК, додаткових зобов'язань, перелічених у ч. 5 ст. 194 КПК) [24, с. 66-69].

Неповна регламентація зобов'язань, що покладаються судом на підозрюваного одночасно з обранням щодо нього запобіжного заходу, є передумовою того, що в кожному кримінальному процесуальному рішенні, в якому йдеться про застосування таких зобов'язань, є всі чотири викладених вище різновидів дискреції суду. Не спростовує цього висновку і законодавча регламентація (частини 3 і 4 ст. 194 КПК) можливості застосування судом разом з запобіжними заходами певних зобов'язань залежно від доведеності стороною обвинувачення ризиків, визначених ч. 1 ст. 194 КПК.

Викладене вище свідчить про існування проблеми у правовому регулюванні запобіжних заходів, зміст якої полягає у відсутності повного і якісного регламентування підстав і порядку застосування судом зобов'язань, перелік яких встановлений у ч. 5 ст. 194 КПК. Вирішити зазначену проблему можна у такий спосіб: віднести усі ці зобов'язання до числа запобіжних заходів. Наведемо аргументи на користь цієї пропозиції. Цю пропозицію підтримали 84,3 % опитаних слідчих, 83,3 % прокурорів, 87,1 % суддів.

Запобіжні заходи у чинному КПК викладені в ч. 1 ст. 176 в певній послідовності: від найбільш м'якого (особисте зобов'язання) до найбільш суворого (тримання під вартою), що слідує з положень ч. 3 ст. 176 КПК. Однак певні обов'язки, передбачені ч. 5 ст. 194 КПК, мають ступінь обмеження прав людини більший, ніж деякі запобіжні заходи. Наприклад, згадуваний вище обов'язок не відлучатися із населеного пункту, в якому громадянин зареєстрований, проживає чи перебуває, без дозволу слідчого, прокурора або суду може мати для особи більш тяжкі наслідки, ніж застава.

Дев'ять обов'язків, встановлених ч. 5 ст. 194 КПК, можуть поодинці або декілька чи навіть усі визначати зміст запобіжних заходів (окрім взяття під варту), регламентованих в ч. 1 ст. 176 КПК. Так, згідно з ч. 1 ст. 179 КПК, особисте зобов'язання полягає у покладенні на підозрюваного, обвинуваченого зобов'язання виконувати покладені на нього слідчим суддею, судом *обов'язки, передбачені ст. 194 КПК*. Частиною 1 ст. 180 КПК встановлено, що особиста порука полягає у наданні особами, яких слідчий суддя, суд вважає такими, що заслуговують на довіру, письмового зобов'язання про те, що вони поручаються за виконання підозрюваним, обвинуваченим покладених на нього *обов'язків відповідно до ст. 194 КПК* і зобов'язуються за необхідності доставити його до органу досудового розслідування чи в суд на першу про те вимогу. Отже, зазначені два запобіжних заходи напряму пов'язані з розглядуваними обов'язками. Але в одних випадках (статті 179 і 180 КПК) вони складають зміст запобіжних заходів, а в інших (ч. 5 ст. 194 КПК) – мають додатковий характер до запобіжних заходів, не пов'язаних з триманням під вартою, тобто і щодо

особистого зобов'язання та особистою поруки. Тут існує повна законодавча невизначеність ч. 5 ст. 194 КПК: як можна обрати якийсь (якісь) обов'язок (обов'язки) додатково до запобіжного заходу, змістом якого якраз і є ці самі обов'язки.

Презумпція перебування підозрюваного на свободі до суду повинна ґрунтуватися на можливості обрання щодо нього інших, ніж тримання під вартою, запобіжних заходів. З метою забезпечення реалізації цієї презумпції закон має визначати широкий спектр альтернатив позбавленню волі. Згідно ж з чинним КПК, окрім тримання під вартою, регламентовані лише чотири інші запобіжні заходи. Причому зміст двох з них, як було проілюстровано вище, складають обов'язки, передбачені ч. 5 ст. 194 КПК.

Між тим, як зазначили експерти Ради Європи в одному з висновків на проект КПК, деякі, якщо навіть не всі з зазначених вище альтернатив, могли б бути самодостатніми «запобіжними заходами». Тому було б доцільно їх прямо включити їх в рамки, визначені у відповідних статтях (173–175), та в інші положення проекту КПК. Це уможливило б розширення спектру альтернатив триманню під вартою і в багатьох випадках зменшило б потребу застосовувати інші суворі запобіжні заходи [19].

Виклад в кримінальному процесуальному законі системи запобіжних заходів доцільно було би побудувати за схемою, застосованою в КПК Литовської республіки. У статті 243 цього КПК викладені запобіжні заходи, серед яких є й такі, що в КПК України викладені в ч. 5 ст. 194 як обов'язки (наприклад, заборона наближатися до певної особи чи до певного місця; перебування за певним місцем проживання тощо). У ч. 4 ст. 243 КПК Литовської Республіки зазначено, що чотири з запобіжних заходів (пункти 1-4 частини 1 статті: повідомлення адреси отримання відправлення; заборона наближатися до певної особи чи до певного місця; заборона на певні зайняття; заборона на виїзд із держави) можуть застосовуватися також додатково до будь-яких інших запобіжних заходів [153]. При цьому усі запобіжні заходи

мають розгорнуту регламентацію в Кримінальному процесуальному законі Литовської Республіки.

У КПК ж України два з п'яти запобіжних заходів – особисте зобов'язання і особиста порука – по суті є не самостійними запобіжними заходами, а невизначеним набором обов'язків (ч. 5 ст. 194 КПК), зміст яких в законі не розкритий. Норми, якими регламентовані ці запобіжні заходи (статті 179, 180 КПК) лише відсилають до ч. 5 ст. 194 КПК, яка, як була зазначено вище, характеризується значним ступенем невизначеності. Лише один з дев'яти розглядуваних обов'язків – застосування електронних засобів контролю – врегульований в КПК в окремій статті (ст. 195).

Запропонований нами порядок вирішення проблеми правового регулювання запобіжних заходів і обов'язків, застосовуваних разом з ними, сприятиме гуманізації кримінального процесуального законодавства. У літературі правильно зазначено, що «з моменту запровадження нового Кримінального процесуального кодексу України … у 2012 році спостерігається тенденція до значної гуманізації сфери кримінальної юстиції. Це проявляється у зменшенні кількості осіб в СІЗО і місцях позбавлення волі, збільшенні кількості застосованих альтернативних запобіжних заходів, зменшенні кількості затримань …» [173, с. 4][6]. Збільшенню кількості застосованих альтернативних триманню під вартою запобіжних заходів певним чином сприятиме сам факт збільшення їхньої кількості. Більша кількість запобіжних заходів у сукупності з дозволом застосовувати декілька з них одночасно значно знизить ступінь кримінальної процесуальної «репресії». Надання суду обширного інструментарію впливу на поведінку підозрюваних та обвинувачених дозволить суду діяти ефективніше в плані забезпечення їхньої належної поведінки.

[6] Гуманізацію запобіжних заходів зараховують до позитивів чинного КПК й інші автори [141].

1.2. Функціональне призначення запобіжних заходів у кримінальному процесі

Застосування заходів забезпечення кримінального провадження під час досудового та судового провадження у кримінальному процесі має важливе значення для виконання завдань кримінального судочинства. Через обрання до осіб заходів забезпечення кримінального провадження у ході кримінального провадження забезпечується дієвість усієї процедури, що здійснюється у межах норм кримінального процесуального законодавства.

За своєю правовою природою заходи забезпечення не є кримінальним покаранням, деякі з них являють собою вид кримінальної процесуальної відповідальності, проте всі вони мають забезпечувальний характер і спрямовані на досягнення єдиної мети – подолання негативних обставин, що перешкоджають або можуть перешкоджати здійсненню кримінального провадження, забезпечення його дієвості. Така їх спрямованість обумовлює можливість їх примусового застосування, оскільки вони розраховані не тільки на конкретні випадки протидії законній діяльності органів досудового розслідування, прокурора, захисника, суду, а, передусім, на перешкоджання можливій негативній поведінці того чи іншого учасника кримінального провадження [159, с. 475].

До іманентних ознак заходів забезпечення кримінального провадження, які відображають їх правову природу та дозволяють виокремити ці заходи із сукупності інших процесуальних дій, відносяться: а) забезпечувальний характер, що означає їх спрямованість на створення належних умов для здійснення кримінального провадження, забезпечення його дієвості, тобто вирішення завдань, заради яких воно здійснюється. У зв’язку з цим для абсолютної більшості таких заходів нехарактерною є пізнавальна спрямованість (на відміну від слідчих (розшукових) дій); б) державно-владний характер відносин, що виникають, розвиваються і припиняються під час застосування цих заходів; в) наскрізний характер, тобто можливість

застосування цих заходів на будь-якому етапі кримінального провадження (що також відрізняє їх від інших процесуальних дій, у тому числі слідчих (розшукових)); г) індивідуально-визначений характер, що означає, що їх застосування, як правило, є персоніфікованим, особоцентрованим, тобто здійснюється стосовно конкретної особи, про що, як правило, завжди зазначається у відповідному процесуальному документі, який виступає правовою підставою застосування цих заходів; д) правообмежувальний характер, у зв'язку з чим допускається можливість застосування примусу за умови невиконання зобов'язаною особою своїх процесуальних обов'язків або відповідно до конкретного виду заходу забезпечення кримінального провадження примус передбачається як його необхідна складова; е) їх закріплення у вичерпному переліку в КПК України [159, с. 476-477].

Важливе місце серед заходів забезпечення кримінального провадження займають запобіжні заходи, котрі у кримінальному процесі мають власне функціональне призначення, що може розкриватися шляхом виконання відповідних функцій. Розглянемо, які саме функції запобіжні заходи виконують у кримінальному провадженні.

1. Забезпечення належної поведінки підозрюваного, обвинуваченого під час кримінального провадження. Застосування запобіжних заходів у кримінальному провадженні спрямоване на забезпечення належної поведінки певних учасників кримінального процесу, зокрема підозрюваного та обвинуваченого. Вказана спрямованість цього виду заходів забезпечення кримінального провадження зумовлюється положеннями КПК України у частині регламентації запобіжних заходів, зокрема їх мети і підстав застосування. Відповідно до ст. 177 КПК України, метою застосування запобіжного заходу є забезпечення виконання підозрюваним, обвинуваченим покладених на нього процесуальних обов'язків, а також запобігання спробам: 1) переховуватися від органів досудового розслідування та/або суду; 2) знищити, сховати або спотворити будь-яку із речей чи документів, які мають істотне значення для встановлення обставин кримінального правопорушення;

3) незаконно впливати на потерпілого, свідка, іншого підозрюваного, обвинуваченого, експерта, спеціаліста у цьому ж кримінальному провадженні; 4) перешкоджати кримінальному провадженню іншим чином; 5) вчинити інше кримінальне правопорушення чи продовжити кримінальне правопорушення, у якому підозрюється, обвинувачується.

У зазначеному аспекті закономірним видається виведення А.В. Захарком змісту належної поведінки особи у кримінальному процесі. Вчений зазначає, що під належною поведінкою особи, якій інкримінується вчинення злочину, слід розуміти неухильне виконання нею таких обов'язків:

– з'являтися на виклик органу дізнання, слідчого, прокурора, судді та суду;

– повідомляти органу дізнання, слідчому, прокурору, судді та суду про зміну свого місця проживання;

– не ухилятися від дізнання, слідства та суду;

– не перешкоджати встановленню істини в кримінальній справі в незаконний спосіб;

– не продовжувати злочинну діяльність;

– не заважати виконанню процесуальних рішень та самій їх виконувати;

– виконувати законні вказівки та розпорядження особи, яка провадить розслідування, та інші процесуальні обов'язки [44, с. 166]. На забезпечення усіх цих обов'язків для отримання результату у виді належної поведінки особи направлено застосування запобіжних заходів у кримінальному провадженні.

Крім запобіжних заходів, інші види заходів забезпечення кримінального провадження також спрямовані на забезпечення належної поведінки учасників кримінального провадження. Так, М.В. Лиманська зазначає, що як свідчить практика, учасники кримінального процесу іноді порушують свій процесуальний обов'язок з'явитися в судове засідання, у зв'язку з чим суд має вирішувати питання можливості проведення у їхню відсутність або необхідності відкладення підготовчого судового засідання, а також необхідності застосування до них таких заходів забезпечення кримінального

провадження, як привід та накладення грошового стягнення [75, с. 117]. Рішення суду про застосування заходів забезпечення кримінального провадження характеризується: спеціальною метою прийняття, яка полягає у необхідності створення умов, що унеможливлюють перешкоджання здійсненню кримінального провадження з боку його учасників, а також стимулюванні їх до правомірної поведінки [39, с. 12].

Щодо забезпечення належної поведінки заходами забезпечення кримінального провадження цікавою є позиція В.І. Фаринника, який пропонує впровадити у вітчизняне кримінальне процесуальне законодавство нові заходи забезпечення кримінального провадження, такі як: «розшук свідка, потерпілого, цивільного відповідача, які не з'являються без поважної причини та місцезнаходження яких невідоме», «доставлення», «проведення перевірок та ревізій» [160, с. 6]. Вказана точка зору є слушною, тому що у деяких ситуаціях кримінального провадження неможливо законно і обґрунтовано вирішити кримінально-правовий конфлікт за відсутності певних учасників кримінального провадження, зокрема свідків та потерпілого.

Отже, заходи забезпечення кримінального провадження, зокрема запобіжні заходи забезпечують процесуальні обов'язки щодо належної поведінки учасників кримінального провадження. Причому, О.В. Мироненко наголошує, що підставами застосування запобіжних заходів не правильно вважати припущення, що підозрюваний, обвинувачений ухилиться від слідства, тому що в цьому разі не можна вести мову про обґрунтованість прийнятого процесуального рішення, справедливість й економію кримінально-процесуальної репресії [91, с. 73]. Тобто автор натякає на те, що слідчий з прокурором мають керуватися не припущеннями про неналежну поведінку підозрюваного, обвинуваченого, а мають виходити з наявності фактів про вже існуючу неналежну поведінку та невиконання процесуальних обов'язків. У той же час, О.В. Мироненко зазначає, що органи досудового розслідування реально не мають можливості цілеспрямовано відслідковувати поведінку кожного підозрюваного, обвинуваченого з метою вчасного виявлення їхніх приготувань

і спроб перешкодити кримінальному провадженню. Інша крайність полягає у тому, що слідчі, прокурори, вносячи клопотання про застосування запобіжного заходу, часто використовують зайву можливість перестрахувати себе від неналежної поведінки підозрюваної особи, а також можливість здійснити на цю особу певний психологічний вплив з метою забезпечення її законослухняної поведінки та надання певних свідчень [91, с. 73].

На нашу думку, для забезпечення належної поведінки підозрюваного, обвинуваченого у кримінальному провадженні шляхом застосування запобіжних заходів слідчий та прокурор можуть з наявності фактів про вже існуючу неналежну поведінку та невиконання процесуальних обов'язків або з фактів про можливу неналежну поведінку підозрюваного, обвинуваченого у кримінальному процесі. Останні факти мають більш обґрунтовуватися слідчим та прокурором, тому що вони свідчать не про існуючу, а про можливу неналежну поведінку підозрюваного та обвинуваченого та невиконання ними своїх процесуальних обов'язків.

Тут важко не погодитися В.І. Фаринником, який зазначає, що зважаючи на відсутність поширеної практики обґрунтування ризиків належними та достатніми доказами при застосуванні запобіжних заходів, ним доведено необхідність встановлення відповідних ризиків під час досудового розслідування й обов'язковість їх відображення у процесуальних документах (протоколах слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій, матеріалах за результатами проведення оперативно-розшукових заходів) чи підтвердження показаннями свідків, потерпілих, інших підозрюваних тощо [160, с. 15]. Неналежна поведінка учасників кримінального провадження, у тому числі підозрюваного, обвинуваченого має обґрунтовуватися фактичними даними провадження та відображатися у кримінальних процесуальних формах фіксування кримінального провадження.

Разом з тим, кримінальне переслідування забезпечується запобіжними заходами у разі необхідності. Коли у слідчого немає достатніх підстав вважати, що особа буде намагатися ухилитися від слідства і суду або від виконання

процесуальних рішень, перешкоджати встановленню істини у справі або продовжувати злочинну діяльність, то він жоден запобіжний захід не застосовує. У такому випадку забезпечувати кримінальне переслідування шляхом застосування запобіжних заходів не доцільно, оскільки у слідчого щодо особи є припущення про її належну поведінку [86, с. 100].

На підставі результатів аналізу положень чинного кримінального процесуального законодавства України зроблено висновок, що жодна норма КПК України не передбачає обов'язкового застосування запобіжних заходів у конкретному кримінальному провадженні [161, с. 339]. Для застосування запобіжних заходів необхідними є наявність мети (забезпечення виконання процесуальних обов'язків і запобігання визначених законодавцем ризикам) та підстав їх застосування (сукупності доказів, здобутих під час кримінального провадження, які надають можливість прийняття слідчим суддею відповідного процесуального рішення) [161, с. 340].

Таким чином, запобіжні заходи як і інша частина заходів забезпечення кримінального провадження спрямовані на забезпечення належної поведінки учасників кримінального провадження, зокрема підозрюваного та обвинуваченого.

2. Забезпечення доказової діяльності у кримінальному провадженні. Здійснюючи доказову діяльність, слідчий має право застосовувати заходи примусу. Останні відіграють значну роль для забезпечення ефективності кримінально-процесуальної діяльності, зокрема кримінального переслідування, що здійснює слідчий. Слідче кримінальне переслідування є не бажаним для особи щодо якої воно здійснюється. Тому особа, яка переслідується, намагається незаконно протидіяти кримінальному переслідуванню. Для забезпечення законного доведення причетності особи до вчинення злочину застосовуються заходи примусу. Примус виступає важливою гарантією досягнення мети кримінального переслідування, що здійснює слідчий [86, с. 95].

Слідчий збирає обвинувальні докази шляхом проведення слідчих та інших процесуальних дій, що спрямовані на викриття осіб у вчиненні злочину. Процесуальні примусові заходи гарантують отримання доказів, оскільки забезпечують належну поведінку осіб, щодо яких є припущення про винність їх у вчиненні злочину [86, с. 110]. Без застосування заходів забезпечення кримінального провадження, а передусім, запобіжних заходів до підозрюваного, обвинуваченого, останні б протидіяли обвинувальній діяльності слідчого, прокурора, щоб негативно відображалося на кримінальному процесуальному доказуванні під час досудового розслідування.

Протидія досудовому провадженню явно б перешкоджала проведенню слідчих (розшукових) дій, шляхом проведення котрих слідчий та прокурор збирають та перевіряють докази під час досудового розслідування. Зниження ефективності проведення слідчих (розшукових) дій або неможливість здійснення деяких з них унеможливлять досягнення потрібного результату доказової діяльності у кримінальному провадженні на його досудовій стадії.

Відповідним чином обвинувачений може створювати та збільшувати перешкоди для доказової діяльності органів обвинувачення під час судового розгляду. Починаючи з власної неналежної поведінки стосовно переховування від органів досудового розслідування та, або суду, знищення, хування або спотворення будь-якої із речей чи документів, які мають значення для кримінального провадження, продовжуючи незаконно впливати на учасників кримінального провадження обвинувачений буде гальмувати перебіг діяльності з доказування у межах судового провадження.

Для забезпечення доказової діяльності у кримінальному провадженні слідчий, прокурор ініціюють перед слідчим суддею, судом застосування до підозрюваного обвинуваченого запобіжних заходів. Винесення слідчим суддею, судом ухвали про застосування запобіжних заходів направлене на гарантування належного кримінального процесуального доказування у кримінальному провадженні.

Крім того, що запобіжні заходи виконують функцію забезпечення доказової діяльності у кримінальному провадженні, такі заходи пов’язані з доказовим кримінальним процесом стосовно їх застосування.

Дослідивши особливості доказування при розгляді та вирішенні слідчим суддею та судом клопотань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження В.А. Завтур межі доказування при вирішенні слідчим суддею клопотань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження розкриває через питання співвідношення понять «стандарт» та «межі» доказування в контексті нормативної моделі порядку застосування заходів забезпечення кримінального провадження, закріпленої у КПК України 2012 року. Стандарт доказування у цьому значенні розглядається як певний рівень переконання, наявність якого необхідна для прийняття рішення про застосування заходів забезпечення кримінального провадження, натомість межі доказування – це ідеальна сукупність доказів, що є достатньою для встановлення усіх обставин, які складають відповідний локальний предмет доказування та формування переконання про необхідність прийняття такого рішення. Автор пропонує закріпити у положеннях Розділу 2 КПК України трьох ключових стандартів доказування необхідності застосування заходів забезпечення кримінального провадження – «обґрунтованої підозри», «розумної підозри» та «достатніх підстав» [39, с. 10]. Ми погоджуємося із В.А. Завтуром відносно співвідношення меж та стандартів доказування при вирішенні слідчим суддею клопотань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження, зокрема запобіжних заходів та підтримуємо його пропозицію відносно нормативного закріплення для заходів забезпечення кримінального провадження різних стандартів доказування – «обґрунтованої підозри», «розумної підозри» і «достатніх підстав». Зазначені стандарти доказування мають застосовуватися залежно від виду заходів забезпечення кримінального провадження. Якщо стандарти доказування «розумної підозри» і «достатніх підстав» можуть реалізовуватися стосовно декількох видів заходів забезпечення кримінального провадження та з урахуванням виду кримінальної

процесуальної форми, то стандарт доказування «обґрунтованої підозра» повинен застосовуватися тільки щодо запобіжних заходів, тому що вони є найсуворішим різновидом примусу серед заходів забезпечення кримінального провадження.

3. Гарантування змагальності кримінального провадження. Заходи процесуального примусу (запобіжні заходи) є гарантією змагальності на стадії досудового розслідування. Застосування слідчим заходів процесуального примусу забезпечує належну (правомірну) поведінку особи для підтримання балансу між сторонами під час протистояння функцій кримінального переслідування і захисту [86, с. 101].

Змагальний кримінальний процес передбачає рівні процесуальні права сторін: кримінального переслідування і захисту. Коли особа, яка викривається (сторона захисту) незаконно протистоїть слідчому (сторона кримінального переслідування), тоді баланс між функціями кримінального переслідування і захисту порушується. У такій ситуації сторона захисту отримує переваги, оскільки слідчий здійснює діяльність тільки у межах закону. Для недопущення порушення рівноваги між сторонами використовується кримінально-процесуальний примус. Кримінально-процесуальний примус унеможливлює незаконну протидію кримінальному переслідуванню. Заходи кримінально-процесуального примусу, законно обмежуючи деякі права особи, щодо якої є припущення про її винність, гарантують рівність сторін, тобто забезпечують змагальність на стадії досудового розслідування [86, с. 101-102].

Таким же чином заходи процесуального примусу, запобіжні заходи гарантують здійснення змагальності під час судового кримінального провадження. Застосування до особи заходів забезпечення кримінального провадження, зокрема запобіжних заходів унеможливлює її незаконний вплив на сторону обвинувачення, суб’єкти котрої намагаються притягнути винну особу до кримінальної відповідальності шляхом винесення обвинувального вироку та призначення покарання.

Отже, заходи кримінального процесуального примусу, запобіжні заходи гарантують реалізацію змагальності у перебігу кримінального провадження.

Крім того, забезпечують змагальність кримінального процесу не лише самі по собі примусові заходи, а й встановлений законом порядок застосування таких заходів, зокрема заходів забезпечення кримінального провадження.

К.Є. Лисенкова вірно зазначає, що додержання принципу змагальності під час застосування заходів забезпечення гарантується можливістю ініціювання застосування заходів забезпечення не лише стороною обвинувачення, а й іншими учасниками кримінального провадження. Так, наприклад, клопотання про тимчасовий доступ до речей і документів може бути подано не лише стороною обвинувачення, а й стороною захисту (ст. 160 КПК України), клопотання про здійснення судового виклику – підозрюваним його захисником, потерпілим його представником (ст. 134 КПК), приводу – стороною кримінального провадження, потерпілим (ч. 2 ст. 140 КПК), арешту майна – цивільним позивачем (ст. 171 КПК) [76, с. 152].

Закріплення у ч. 5 ст. 132 КПК України положення, відповідно до якого під час розгляду питань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження сторони повинні подати слідчому судді або суду докази обставин, на які вони посилаються, фактично вказує на активний процес доказування під час розгляду відповідних клопотань, що відбувається в межах змагальної судової процедури [39, с. 1].

Принцип змагальності розповсюджується і на такий види заходів забезпечення кримінального провадження як запобіжні заходи. Останні застосовуються до особи за змагальною кримінальною процедурою, оскільки застосовуються вони під час досудового розслідування – слідчим суддею за клопотанням слідчого, погодженим з прокурором, або за клопотанням прокурора, а під час судового провадження – судом за клопотанням прокурора (ч. 4 ст. 176 КПК). Розгляд клопотання про застосування запобіжного заходу здійснюється за участю прокурора, підозрюваного, обвинуваченого, його захисника (ч. 1 ст. 193 КПК). Слідчий суддя, суд зобов’язаний вжити

необхідних заходів для забезпечення захисником підозрюваного, обвинуваченого, якщо останній заявив клопотання про залучення захисника, якщо участь захисника є обов'язковою або якщо слідчий суддя, суд вирішить, що обставини кримінального провадження вимагають участі захисника (ч. 3 ст. 193 КПК). А за клопотанням сторін або за власною ініціативою слідчий суддя, суд має право заслухати будь-якого свідка чи дослідити будь-які матеріали, що мають значення для вирішення питання про застосування запобіжного заходу (ч. 4 ст. 193 КПК).

Разом з тим, процедуру щодо застосування запобіжних заходів та інших заходів забезпечення кримінального провадження не можна визначити такою, що безумовно відповідає загальній засаді змагальності кримінального провадження. Так, В.А. Завтур для реалізації засади змагальності пропонує нормативно закріпити право сторони захисту подати письмове заперечення на клопотання прокурора, слідчого, погодженого із прокурором, про застосування заходів забезпечення кримінального провадження задля спростування доводів, що викладені у ньому з метою оптимізації порядку подання відповідних доказів [39, с. 4]. З цією пропозицією вченого щодо розширення дії засади змагальності під час застосування заходів забезпечення кримінального провадження можна погодитися, оскільки нормативна регламентація письмового заперечення сторони захисту на відповідне клопотання слідчого та прокурора сприятиме дії змагальності сторін та свободі в поданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості.

4. Забезпечення законного обмеження прав і свобод підозрюваного, обвинуваченого під час кримінального провадження. Застосування запобіжних заходів у кримінальному процесі забезпечується законне обмеження прав і свобод підозрюваного, обвинуваченого у досудовому розслідуванні та судовому кримінальному провадженні. Не можна не погодитись з науковцями про те, що кримінальне переслідування забезпечується через кримінально-процесуальні заходи примусу (в т.ч. запобіжні заходи), що завжди обмежують права людини. Таке обмеження прав людини під час кримінального

переслідування обумовлене найвищим ступенем суспільної небезпеки, що притаманний злочинному діянню. Тому кримінально-процесуальні норми допускають такі обмеження [86, с. 101].

Правий К.Д. Волков, який сутність забезпечення права особи на свободу та особисту недоторканність під час застосування запобіжних заходів у кримінальному провадженні розуміє як цілісний правовий механізм, який передбачає чітко визначені підстави правомірного обмеження невід'ємного права людини та спрямований на недопущення свавілля органів державної влади під час застосування заходів кримінального процесуального примусу в поєднанні з наданням особі відповідних гарантій [21, с. 9].

На думку вченого структура механізму забезпечення права особи на свободу та особисту недоторканність під час застосування запобіжних заходів у кримінальному провадженні складається із системи правового регулювання, яка має відповідати засаді правової визначеності, інституту процесуального контролю, забезпечення права людини на захист, системи правових гарантій і позапроцесуальних елементів [21, с. 178].

Відповідність названим складовим системи правового регулювання не усуває можливість різного ступеню законного обмеження прав і свобод особи у кримінальному провадженні шляхом застосування запобіжних заходів. Вірно зазначає Ю.Д. Москалюк, що одні запобіжні заходи обмежують свободу обвинуваченого, створюють лише психологічні перешкоди ухилення від обов'язків (особисте зобов'язання, особиста порука), інші − частково або повністю позбавляють підозрюваного, обвинуваченого фізичної можливості ухилитися від слідства та суду (тримання під вартою) [93, с. 65]. З позицією авторки важко не погодитися, тому що менш суворі запобіжні заходи залишають фізичну можливість для підозрюваного та обвинуваченого протидіяти розслідуванню та судовому розгляду у порівнянні з більш суворими запобіжними заходами. Водночас, застосування у кримінальному провадженні як менш суворих запобіжних заходів, так і більш суворих запобіжних заходів забезпечує законне обмеження прав і свобод особи у кримінальному

провадженні. Тому що усі запобіжні заходи щодо підозрюваного, обвинуваченого обираються на підставі закону, що встановлює загальні та спеціальні правила застосування запобіжних заходів у кримінальному провадженні.

Разом з тим, ми підтримуємо В.А. Завтура, який на підставі положень ч. 4 ст. 194 КПК України довів існування у КПК України презумпції мінімального обмеження прав та свобод особи у зв'язку із застосуванням до неї запобіжного заходу [39, с. 9-10]. Дійсно, у відповідності до ч. 4 ст. 94 КПК України у разі недоведеності прокурором обставини стосовно наявності обґрунтованої підозри у вчиненні підозрюваним, обвинуваченим кримінального правопорушення та наявності достатніх підстав вважати, що існує хоча б один із ризиків, передбачених КПК України слідчий суддя, суд має можливість обрати до особи більш м'який запобіжний захід, порівняно з тим, котрий вказаний у клопотанні щодо застосування запобіжного заходу.

Продовжуючи розглядати захист прав і свобод людини в кримінальному провадженні, відзначимо, що дія цієї засади під час застосування запобіжних заходів поширюється не тільки на розглянутих суб'єктів. У такому випадку йдеться про засудженого. Однак під час розгляду його процесуального положення у сфері захисту прав та свобод людини при застосуванні запобіжних заходів потрібно першочергово визначитись із юридичними підставами їх застосування щодо нього. Такою підставою виступає вирок суду обвинувальний чи виправдувальний, у зв'язку із чим можна говорити про обрання запобіжного заходу або його скасування відповідно до постановленого вироку суду (наприклад, зміна особистого зобов'язання на запобіжний захід у вигляді тримання під вартою для забезпечення виконання покарання у вигляді позбавлення волі на певний строк) і, у першу чергу, про законність та обґрунтованість такого рішення суду, що впливає на зміст додержання прав і свобод людини [58, с. 34-35].

Аналізуючи зміст захисту прав і свобод людини як засади кримінального провадження при дії інституту запобіжних заходів, розкриємо її сутність щодо

інших учасників кримінального процесу. Так, потерпілий, свідок, цивільний позивач та відповідач при реалізації законодавчих положень щодо обрання певного виду запобіжного заходу до підозрюваного чи обвинуваченого (підсудного) реалізовують своє право на захист від неправомірних посягань із боку останніх на їхнє життя, здоров'я, на недоторканність житла та іншого майна. У разі обрання запобіжних заходів, пов'язаних із позбавленням свободи, можна говорити про забезпечення безпеки перелічених осіб шляхом позбавлення можливості підозрюваного, обвинуваченого (підсудного) прямого спілкування з ними тощо. Таким чином, засада захисту прав і свобод людини у сфері дії інституту запобіжних заходів має реалізацію в процесуальних відносинах із кожним учасником кримінального провадження [58, с. 38]. Але з іншого боку слід зважати на права підозрюваного та обвинуваченого під час обрання запобіжного заходу. Справедливо наголошує В.І. Фаринник, який вказує, що беручи до уваги ключове завдання кримінального провадження – охорону прав, свобод та інтересів учасників кримінального провадження, вирішення питання про обрання запобіжного заходу має здійснюватися з урахуванням принципу презумпції невинуватості, насамперед щодо тлумачення усіх сумнівів у доведеності обставин, на яких ґрунтуються клопотання та відповідних ризиків, на користь підозрюваного [160, с. 15].

Отже, застосування запобіжних заходів під час кримінального провадження гарантує права і свободи особи у кримінальному процесі, зокрема забезпечує законне обмеження прав і свобод підозрюваного, обвинуваченого та засудженого у кримінальному провадженні.

5. *Забезпечення ефективності кримінального провадження.* Заходи забезпечення кримінального провадження, запобіжні заходи, відповідно до ст. 131 КПК України застосовуються з метою досягнення дієвості певного провадження. Забезпечуючи належну поведінку підозрюваного, обвинуваченого шляхом застосування запобіжних заходів слідчий, прокурор, слідчий суддя, суддя забезпечують ефективність розслідування та судового розгляду, тобто досягнення мети кримінального провадження, що виявляється

через виконання завдань кримінального провадження, що встановлені у ст. 2 КПК України, а саме: захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, а також забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду з тим, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений, жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу і щоб до кожного учасника кримінального провадження була застосована належна правова процедура.

Застосування у законному порядку запобіжних заходів спрямоване на отримання бажаного результату кримінального провадження, що засвідчується виконанням вищезазначених завдань на різних стадіях кримінальної процесуальної діяльності, тобто реалізація запобіжних заходів забезпечує ефективність кримінального провадження.

6. *Відокремлення процесу кримінального провадження від результату кримінального провадження.* Застосування запобіжних заходів до підозрюваного, обвинуваченого є свідченням процесу кримінального провадження, оскільки такі заходи спрямовані на упередження певних перешкод розслідування та судового розгляду у кримінальному процесі. Якщо застосовуються не процесуальні заходи примусу, зокрема запобіжні заходи, а кримінально-правові, то це підтверджує закінчення процесу кримінального провадження та свідчить про його результат. Слушно зазначає Т.О. Лоскутов, про те що, кримінально-правові заходи застосовуються після законного визнання особи винною у вчиненні злочину. Кримінально-правові примусові заходи є конкретними видами покарання за вчинений злочин, що визначаються в обвинувальному вироку суду. Звідки випливає, що кримінально-правові заходи є проявом кримінальної відповідальності особи за вчинений злочин і тому апріорі не можуть входити до слідчого кримінального переслідування (обвинувачення), що завжди передує кримінальній відповідальності [86, с. 97-

98]. Так само кримінально-правові заходи не можуть входити обвинувачення під час судового провадження, тому що незакінченість кримінального провадження унеможливлює призначення покарання, тобто будь-яких кримінально-правових заходів примусу.

З огляду на те, що запобіжні заходи можуть бути застосовані тільки у процесі кримінального провадження, результатом котрого буде застосування вже інших примусових заходів кримінально-правового характеру, слід підкреслити, що запобіжні заходи у кримінальному процесі виконують функцію стосовного відокремлення процесу кримінального провадження від результату кримінального провадження.

7. Забезпечення реалізації кримінальної процесуальної відповідальності. Запобіжні заходи є найсуворішими заходами процесуального примусу, що обмежують конституційні права громадян, не порушуючи принципу презумпції невинуватості, застосовуються слідчим суддею, судом за погодженим прокурором клопотанням слідчого до підозрюваного, обвинуваченого, мають превентивний (профілактичний) характер для забезпечення успішного здійснення досудового провадження та судового розгляду кримінальних правопорушень, виконання підозрюваним, обвинуваченим процесуальних обов’язків, а також запобігання спробам його можливої неправомірної поведінки, з метою та на підставі, передбачених ст. 177 КПК України, в окремих випадках можуть виступати як процесуальна реакція на допущене порушення, одночасне є й заходами кримінально-процесуальної відповідальності [137, с. 4]. Якщо деякі ознаки зазначеного поняття запобіжних заходів були відображені у вищезазначених функціях запобіжних заходів у кримінальному провадженні, то функціональне призначення останніх щодо реалізації кримінальної процесуальної відповідальності нами не розглядалося. Як же запобіжні заходи забезпечують реалізацію кримінальної процесуальної відповідальності?

Слушно зазначає Р.М. Білокінь про те, що зміна запобіжного заходу на більш суворий є заходом кримінально-процесуальної відповідальності, що

застосовується до підозрюваного, обвинуваченого, який не виконав обов'язки, покладені на нього під час обрання менш суворого запобіжного заходу, і здійснюється з метою погіршення його правового становища та забезпечення виконання процесуальних обов'язків. Зміна запобіжного заходу на більш суворий не є заходом кримінально-процесуальної відповідальності, якщо підставою зміни є встановлення нових фактичних даних, які існували під час прийняття попереднього рішення, але про які слідчий, прокурор на той час не знав і не міг знати [9, с. 25]. Звісно, зміна запобіжного заходу на більш суворий здійснюється для погіршення правового становища особи, більшого обмеження її прав для забезпечення здійснення процесуальних обов'язків у межах кримінального провадження, котрі особа не виконала при реалізації попереднього запобіжного заходу. Тому зміна запобіжного заходу на більш суворий для особи, яка не виконала відповідні процесуальні обов'язки є забезпечення реалізації кримінальної процесуальної відповідальності.

Окрім заміни запобіжного заходу на більш суворий забезпеченням реалізації кримінальної процесуальної відповідальності є застосування деяких заходів забезпечення кримінального провадження.

Грошове стягнення є самостійним заходом кримінально-процесуальної відповідальності, який відрізняється від штрафу (визначеного в КК чи КУпАП) за правовою природою, підставами застосування, розмірами та формою реалізації (суб'єктами прийняття рішень, процедурою виконання, можливістю заміни на інше покарання). Накладення грошового стягнення має двояку природу та є як заходом забезпечення кримінального провадження, так і заходом кримінально-процесуальної відповідальності. Грошове стягнення накладається за вчинення двох груп кримінальних процесуальних правопорушень: неприбуття на виклик (неповідомлення про причини неприбуття) та невиконання обов'язків, які покладалися на особу під час обрання запобіжного заходу. При регулюванні накладення грошового стягнення слід використовувати імперативний метод правового регулювання (слідчий, прокурор чи суд зобов'язані, а не вправі вирішувати питання про

накладення грошового стягнення) [9, с. 32-33]. За зазначеними ознаками відносно зміни запобіжного заходу на більш суворий, а саме за тим, що накладення грошового стягнення спрямоване на погіршення правового становища особи, яка не виконала процесуальні обов'язки, зокрема у вигляді неприбуття на виклик, накладення грошового стягнення також слід віднести до забезпечення реалізації кримінальної процесуальної відповідальності.

Таким чином, зміна запобіжного заходу та застосування деяких заходів забезпечення кримінального провадження є кримінальної процесуальної відповідальністю за невиконання процесуальних обов'язків.

Отже, запобіжні заходи у кримінальному процесі виконують такі функції:

– забезпечення належної поведінки підозрюваного, обвинуваченого під час кримінального провадження;

– забезпечення доказової діяльності у кримінальному провадженні;

– гарантування змагальності кримінального провадження;

– забезпечення законного обмеження прав і свобод підозрюваного, обвинуваченого під час кримінального провадження;

– забезпечення ефективності кримінального провадження;

– відокремлення процесу кримінального провадження від результату кримінального провадження;

– забезпечення реалізації кримінальної процесуальної відповідальності.

1.3. Предмет кримінального процесуального права в частині регламентації запобіжних заходів

В юридичній літературі предмет правового регулювання визначається як сукупність якісно однорідних суспільних відносин, урегульованих правовими нормами. Предмет правового регулювання вказує, на яку групу суспільних відносин спрямований вплив норм права, зокрема їх диспозицій (прав і обов'язків) [139, с. 349]. Предмет правового регулювання являє собою умовне виділення певного відособленого кола (сукупності) суспільних відносин, що

мають єдину якість. Це дозволяє узагальнити норми права, які регулюють коло (сукупність) суспільних відносин у таку нормативну спільність як галузь права. Наприклад, предметом екологічного права є відособлена група суспільних відносин з раціонального використання природних ресурсів і охорони довкілля. Предмет аграрного права складають суспільні відносини з організації і діяльності сільськогосподарських товаровиробників. Предмет земельного права – суспільні відносини з раціонального використання і охорони земель. Предмет адміністративного права – управлінські відносини. Предмет трудового права – трудові відносини тощо [139, с. 349-350].

В науці кримінального процесу дане загальне положення зазнає деяких модифікацій. Кримінальний процес традиційно розглядається не як сукупність правовідносин, а як специфічний вид людської діяльності. Останній, як відомо, є притаманними такі характеристики, як мета, завдання, дії, функції, учасники, стадії, рішення тощо. У зв'язку з цим одні вчені-процесуалісти стверджують, що предметом правового регулювання кримінально-процесуального права є певна сукупність однорідних суспільних відносин, а інші висловлюють думку про те, що даною галуззю права регулюється діяльність з порушення, розслідування та судового розгляду кримінальних справ. Таким чином, проблема поняття предмету кримінально-процесуального права насамперед полягає у вирішенні питання про співвідношення кримінально-процесуальної діяльності і суспільних відносин у сфері кримінального судочинства [81, с. 36].

Зазначене питання є непростим для розв'язання з огляду на різні наукові уявлення на предмет правового регулювання у кримінальному провадженні. Є погляд щодо визначення предмета правового регулювання через діяльність учасників кримінального провадження [71, с. 18]. Разом з тим, у теорії кримінального провадження також є позиція, відповідно до якої предметом правового регулювання є саме суспільні відносини [90, с. 12-13].

Використання категорії суспільних відносин при визначенні предмету правового регулювання є характерним для загальної теорії права і для матеріальних галузей права (цивільного, кримінального права тощо). В

останніх суспільні відносини, врегульовані правом, залишаються стабільними протягом тривалого часу. Окрім того, кримінальним правом регулюється значна кількість різних суспільних відносин. Так, в спеціальній частині Кримінального кодексу України, кожна норма регламентує окремі суспільні відносини, на які посягає злочинне діяння. В одній статті кримінального закону, в якій міститься завершена правова норма, міститься повний перелік прав і обов'язків суб'єктів кримінально-правового відношення. Певні сукупності таких норм в залежності від якісних характеристик суспільних відносин, що ними охороняються, утворюють спеціальні правові інститути, виділені в кримінальному законі в окремі глави. Такою є специфіка предмету правового регулювання матеріального (кримінального) права [81, с. 38].

Специфіка предмету регулювання кримінально-процесуального права полягає в його постійній рухомості, що відображає динамічність кримінального судочинства. У зв'язку з цим покладати виключно суспільні відносини в основу визначення предмету правового регулювання процесуального права не зовсім правильно. Таке визначення предмету регулювання в теорії кримінального процесу не сприяє розумінню специфіки процесу, як динамічної системи. Для практики таке визначення також буде мало корисним. За такого підходу динамізм діяльності у кримінальних справах не дає змоги вчасно прослідкувати зміну процесуальних правовідносин. В той же час суспільні відносини ні в якому разі не можуть повністю ігноруватися і виключатися із предмету правового регулювання цієї галузі права, бо, як зазначалося вище, кримінальний процес є спільною діяльністю багатьох суб'єктів [81, с. 38-39].

Справедливо зазначає Л.М. Лобойко, що до предмету правового регулювання кримінально-процесуального права слід включати як діяльність державних органів та їхніх посадових осіб з порушення, досудового розслідування та судового розгляду кримінальних справ, так і відносини, що складаються в ході цієї діяльності [81, с. 39]. Кримінальні процесуальні відносини та кримінальна процесуальна діяльність співвідносяться як форма і зміст, що характеризують окремі аспекти предмету правового регулювання у

кримінальному процесі. Тому предметом правового регулювання у кримінальному процесі є кримінальна процесуальна діяльність, що здійснюється у формі кримінальних процесуальних відносин [85, с. 35].

Водночас, у процесуальній літературі правильно наголошується, що доктрина суспільних відносин як предмету правового регулювання виникла та розвивалася у Радянському Союзі. На її основі будувалися усі теоретичні дослідження і усі галузі вітчизняного законодавства. Доктрина до цього часу продовжує «переможну ходу» теоретичними правовими полями та й у законодавстві. Чи не в цьому криється причина того, що якість законодавства і ефективність його дії в Україні, яка живе не за радянськими правилами, є доволі низькими [77, с. 31-32]?

У зв’язку з цим, дозволимо собі припустити, що кримінальна процесуальна діяльність та кримінальні процесуальні відносини не вичерпують собою елементи предмету кримінального процесуального регулювання. Потреба у правовому регулюванні відносин та діяльності обумовлюється життям людини, її правами, свободами та законними інтересами [85, с. 35]. У ст. 8 Конституції України встановлюється, що в Україні визнається і діє принцип верховенства права. Людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави (ст. 3 Конституції України).

Найбільш «чутливою» сферою у плані дотримання прав людини є кримінальний процес. Тому цілком логічним було би, щоб саме теорія кримінального процесу започаткувала серію наукових досліджень щодо перегляду доктрини предмету правового регулювання як суспільних відносин у напрямку наповнення цього предмету новим змістом. Якщо ученим-процесуалістам вдасться переконливо аргументувати необхідність перегляду

теоретичних положень щодо предмету правового регулювання, то і вчені із загальної теорії права долучаться до цієї роботи [77, с. 32].

В умовах демократичної, правової держави, де людина визнається найвищою цінністю, має діяти нова доктрина предмету правового регулювання. Якщо за нашою Конституцією людина є важливішою за державу цінністю, то права людини мають бути предметом правового регулювання, а суспільні відносини право має «вибудовувати» під ці права. А не навпаки – права «підлаштовувати» під суспільні відносини [77, с. 32].

Це дає підстави висунути гіпотезу про те, що права, свободи і законні інтереси людини є самостійним елементом предмету правового регулювання у кримінальному процесі. Чинне кримінальне процесуальне законодавство чітко регламентує процедури обмеження органами кримінального судочинства прав, свобод і законних інтересів людини. Так, положення КПК встановлюють порядок отримання дозволу суду та санкції прокурора на здійснення процесуальних дій, що пов’язані із обмеженням таких правових дозволів людини: право на свободу і особисту недоторканність (ст.ст. 183, 208, КПК), право на недоторканність житла чи іншого володіння (ст.ст. 234, 237 КПК), право на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції (ст.ст. 258, 261, 262, 263, 264 КПК) [85, с. 36-37].

Пріоритет прав і свобод людини над діяльністю органів кримінального судочинства встановлює ч. 2 ст. 3 Конституції України. Закріплення цих положень у Основному Законі нашої держави свідчить про те, що всі державні органи (у тому числі органи кримінального судочинства) функціонують лише заради забезпечення прав і свобод людини [85, с. 38]. Щодо кримінального процесу, то показовим у КПК України є першочергове місце загальної засади верховенства права (ст. 8) серед інших загальних засад процесу, котрі повинні визначати змістовне та формальне наповнення всього кримінального провадження.

З огляду на все вищезазначене слід констатувати, що «предмет правового регулювання у кримінальному процесі» є складним поняттям, що його слід

визначати через такі правові категорії: 1) права, свободи і законні інтереси людини; 2) кримінальні процесуальні відносини; 3) кримінальна процесуальна діяльність. Кожна вказана категорія характеризує окремий аспект предмету правового регулювання у кримінальному процесі [85, с. 39]. Проте, основними елементами предмету регулювання є права, свободи і законні інтереси, другорядними елементами регулювання – кримінальні процесуальні відносини, кримінальна процесуальна діяльність [85, с. 10-11].

У контексті назви даного підрозділу необхідно зазначити, що предметом кримінального процесуального права в частині регламентації запобіжних заходів є кримінальна процесуальна діяльність, кримінальні процесуальні відносини учасників кримінального провадження стосовно застосування запобіжних заходів, а також права, свободи і законні інтереси особи щодо якої обираються запобіжні заходи. Причому остатній елемент є основним у предметі кримінального процесуального права щодо правової регламентації запобіжних заходів у кримінальному провадженні.

Важливе місце у предметі кримінального процесуального регулювання належить конвенційним правам та свободам, що забезпечуються європейськими стандартами тобто нормативними положеннями ЄКПЛ, що є релевантними кримінальному провадженню (ст.ст. 3, 5, 6, 7, 8, 13), та рішеннями ЄСПЛ, що прийняті у зв’язку з порушенням норм ЄКПЛ під час кримінального провадження [85, с. 37-38]. Відносно нашої теми нас цікавить предмет кримінального процесуального права в частині правового регулювання ст.5 ЄКПЛ щодо застосування запобіжних заходів у кримінальному провадженні.

Європейським судом з прав людини неодноразово зверталася увага на недотримання Україною відповідних вимог під час застосування заходів кримінального процесуального примусу через недосконаліть і архаїчність положень КПК України 1960 р., більшість з яких ґрунтувалися на радянській ідеології та інквізиційній доктрині кримінального процесу [160, с. 1]. Як приклад невідповідності КПК України 1960 р. положенням ст. 5 ЄКПЛ можна навести

умовивід Т.О. Лоскутова, який посилаючись на практику ЄСПЛ стосовно зазначеного питання, зазначає, що порушення ст. 5 ЄКПЛ констатовано ЄСПЛ у рішенні у справі «Свершов проти України» (2008 р.) у зв'язку із неврегульованістю у положеннях національного законодавства процедури встановлення юридичних підстав щодо тримання особи під вартою після направлення кримінальної справи із обвинувальним висновком до суду першої інстанції [85, с. 82]. Окрім цієї проблеми предмету регулювання КПК 1960 р. в частині регламентації запобіжних заходів існували і багато інших недоліків правового регулювання підстав і процесуального порядку застосування запобіжних заходів. Насамперед, проблеми регламентації запобіжних заходів у КПК 1960 р. стосувалися судового контролю на стадії досудового розслідування, питання безальтернативності застосування такого запобіжного заходу як взяття під варту. Зокрема науковці наголошували на численності незаконних і необґрунтованих арештів[7] в Україні, кількість яких мала б скоротитися з набуттям судом виняткових повноважень щодо обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою [116, с. 3].

Вірно зазначає А.В. Захарко, що практика ЄСПЛ виявила недосконалості українського кримінально-процесуального законодавства, що зумовлює не завжди виправдане поширене застосування в Україні такого запобіжного заходу, як взяття під варту. Це пояснюється наявністю неефективної системи неізоляційних запобіжних заходів, яка не здатна забезпечити рівновагу між правами підозрюваного (обвинуваченого) та умовами, необхідними для забезпечення ефективного розслідування злочину. Деякі неізоляційні запобіжні заходи, передбачені Кримінально-процесуальним кодексом України 1960 року, які могли б бути альтернативою взяттю під варту, майже не застосовуються, бо є неефективними. Утратив колишню ефективність такий запобіжний захід, як порука громадської організації або трудового колективу. Багато складнощів у слідчій практиці виникає із застосуванням інших неізоляційних запобіжних заходів [44, с. 5].

[7] Тут «арешт» авторами вживається як синонім «взяття під варту».

Це зумовило прийняття нового КПК України, який концептуально змінив правозастосовну практику в аспекті забезпечення прав, свобод та інтересів людини, насамперед, через запровадження інституту заходів забезпечення кримінального провадження [160, с. 1]. Науковці відмічають гуманізацію кримінального процесу та його наближення до європейських правових стандартів у сфері захисту прав і свобод людини з прийняттям нового кримінального процесуального закону, зокрема такі зміни стосуються регламентації запобіжних заходів [30, с. 40-41]. Відповідні зміни безсумнівно позначилися на правозастосовній практиці, а також на рівні гарантування прав осіб, які притягуються до кримінальної відповідальності [163, с. 34].

Разом з тим, незважаючи на концептуальну зміну правового регулювання заходів забезпечення кримінального провадження у вітчизняному кримінальному процесі, імплементацію європейських стандартів захисту прав і свобод людини, доведено, що чинне кримінальне процесуальне законодавство України не повною мірою забезпечує належний рівень гарантованості прав, передбачених ст.ст. 3, 5 та 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод [160, с. 11].

П’ятирічний досвід застосування заходів забезпечення кримінального провадження свідчить про недосконалість правової регламентації цього інституту, відсутність ефективних механізмів їх реалізації, що в цілому створює підґрунтя для невірного тлумачення законодавчих приписів і формування неоднозначної правозастосовчої практики [160, с. 1].

На протязі тривалого часу з дня набуття чинності КПК України у ньому залишалася норма, що була проблемною відносно продовження тримання під вартою після надіслання матеріалів провадження до суду, а саме положення ч. 3 ст. 315 КПК України.

Зміст норм ч. 3 ст. 315 КПК України дозволяли під час підготовчого судового засідання безпідставно автоматично продовжувати строки тримання під вартою у разі відсутності клопотань учасників судового провадження щодо зміни або скасування запобіжного заходу, обраного під час досудового

розслідування. У разі такого продовження строку тримання під вартою за судом залишався лише обов'язок щодо розгляду питання про доцільність продовження строку тримання обвинуваченого під вартою до спливу двомісячного строку з дня надходження до суду обвинувального акта (ч. 3 ст. 331 КПК) [85, с. 97].

Аналізуючи практику ЄСПЛ щодо ст. 5 ЄКПЛ Т.О. Лоскутов наголошує, що у рішеннях у справах «Нечипорук і Йонкало проти України» (2011 р.), «Харченко проти України» (2011 р.) ЄСПЛ вказав, що відсутність чітких нормативних положень щодо можливості (з конкретизацією умов) продовження на стадії судового розгляду строку тримання під вартою, що його було обрано у досудовій стадії на обмежений строк, не відповідає критерію «передбачуваності закону» для цілей § 1 ст. 5 ЄКПЛ [85, с. 97].

Якщо звернутися до квазіпілотного рішення «Харченко проти України», то ЄСПЛ зазначив, що у кількох справах Суд уже розглядав практику тримання обвинувачених під вартою виключно на підставі того, що обвинувальний висновок подано до суду першої інстанції, і визнав порушення пункту 1 статті 5 Конвенції. Суд уже наголошував, що практика тримання обвинувачених під вартою без конкретного юридичного підґрунтя або за відсутності чітких норм, які б регулювали такі питання, в результаті може призвести до позбавлення осіб свободи протягом необмеженого часу без відповідного дозволу суду і, відповідно, є несумісною з принципом юридичної визначеності та принципом захисту від свавілля, які червоною ниткою проходять через Конвенцію і принцип верховенства права. Разом з тим, незважаючи на прийняття нового КПК, ця проблема не була вирішена у повному обсязі, на що вказує, зокрема, рішення у справі «Чанєв проти України». У цьому рішенні Суд із занепокоєнням зазначає, що новий Кримінальний процесуальний кодекс України чітко та точно не врегульовує питання щодо тримання особи під вартою у період після закінчення досудового розслідування та до початку судового розгляду. У зв'язку з цим слід підкреслити, що положення КПК мають як мінімум два аспекти, які є такими, що їх застосування може викликати

порушення ст. 5 Конвенції: по-перше, питання щодо ситуацій, коли строк тримання під вартою закінчився до проведення підготовчого судового провадження; по-друге, питання щодо застосування ч. 3 ст. 315 КПК [26, с. 245-246].

Слушно зазначає І.В. Гловюк про те, що ефективність кримінально-процесуального правозастосування у першу чергу залежить від якості кримінального процесуального законодавства, яке повинне бути максимально чітким та несуперечливим для того, щоб обмеження прав людини у кримінальному провадженні здійснювалося із дотриманням принципу правової визначеності [25, с. 176]. З урахуванням наведеної практики ЄСПЛ щодо тлумачення § 1 ст. 5 ЄКПЛ важко погодитися з тим, що норми ч. 3 ст. 315 КПК України забезпечували ефективність правозастосування у кримінальному процесі, виконання принципу правової визначеності під час обмеження прав людини у кримінальному процесі у частині продовження дії запобіжних заходів, зокрема тримання під вартою.

Положення ч. 3 ст. 315 КПК містили тільки одну формальну умову автоматичного безпідставного продовження строку тримання під вартою – відсутність клопотань учасників судового провадження щодо зміни або скасування вказаного запобіжного заходу. Проте така умова не пов’язана з перевіркою наявності суспільних інтересів, що можуть переважати принцип поваги до свободи особи. Не поліпшують становище затриманої особи норми ч. 3 ст. 331 КПК, що зобов’язують суд, незалежно від наявності клопотань сторін, розглянути питання про доцільність продовження строку тримання обвинуваченого під вартою. Адже вказаний обов’язок має виконуватися майже невідкладно – протягом двох місяців з дня надходження до суду обвинувального акта. До цього часу особа триматиметься під вартою або безпідставно, або з підстав, заявлених під час досудового розслідування, або на підставі направлення обвинувального акту до суду. Всі перераховані варіанти є порушенням права на свободу і особисту недоторканність, що передбачене ст. 5 ЄКПЛ [85, с. 97-98].

У зв’язку з цим, Конституційний Суд України виніс рішення у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення третього речення частини третьої статті 315 Кримінального процесуального кодексу України [125]. У цьому рішенні Конституційний Суд України зазначив, що положення третього речення частини третьої статті 315 КПК в частині, що передбачає поширення продовження застосування заходів забезпечення кримінального провадження, а саме запобіжних заходів у виді домашнього арешту чи тримання під вартою, обраних під час досудового розслідування, без клопотань учасників кримінального провадження, зокрема прокурора, та без перевірки судом обґрунтованості підстав для їх застосування, за яких такі запобіжні заходи були обрані на стадії досудового розслідування, суперечить вимогам частин першої, другої статті 29 Конституції України [125].

Під час судового провадження у суді першої інстанції (проведення підготовчого судового засідання та судового розгляду) прокурор як сторона обвинувачення має обов’язок підтримувати публічне обвинувачення у суді, доводити винуватість особи та необхідність продовження запобіжного заходу шляхом подання відповідних клопотань щодо цього продовження. Конституційний Суд України виходить з того, що запобіжні заходи (домашній арешт та тримання під вартою), які обмежують гарантоване частиною першою статті 29 Конституції України право людини на свободу та особисту недоторканність, можуть бути застосовані судом на новій процесуальній стадії – стадії судового провадження у суді першої інстанції, зокрема під час підготовчого судового засідання, за наявності клопотання прокурора (частина четверта статті 176 КПК) [125].

Конституційний Суд України вважає, що продовження судом під час підготовчого судового засідання застосування заходів забезпечення кримінального провадження щодо запобіжних заходів у виді домашнього арешту та тримання під вартою за відсутності клопотань прокурора порушує принцип рівності усіх учасників судового процесу, а також принцип

незалежності та безсторонності суду, оскільки суд стає на сторону обвинувачення у визначенні наявності ризиків за статтею 177 КПК, які впливають на необхідність продовження домашнього арешту або тримання під вартою на стадії судового провадження у суді першої інстанції. Коли суддя за відсутності клопотань сторін (прокурора) ініціює питання продовження тримання обвинуваченого під вартою або домашнім арештом, він виходить за межі судової функції і фактично стає на сторону обвинувачення, що є порушенням принципів незалежності і безсторонності судової влади [125]. Таким чином, Конституційний Суд України визнав таким, що не відповідає Конституції України (є неконституційним) положення третього речення частини третьої статті 315 КПК України, а тому втрачає чинність з дня ухвалення Конституційним Судом України цього Рішення [125].

Підтримуючи необхідність винесення зазначеного рішення Конституційним Судом України, треба зазначити, що не лише застосування до особи домашнього арешту та тримання під вартою обмежує прав людини. Інші запобіжні заходи, що передбачені ст. 176 КПК України, зокрема особисте зобов'язання, особиста порука та застава також обмежують права підозрюваного, обвинуваченого під час кримінального провадження. Тому продовження строку їх дії при відсутності клопотань прокурора так само порушує принцип рівності учасників судового провадження, у тому числі принцип щодо незалежності і безсторонності суду. Тому що суд також приймає позицію обвинувачення відносно наявності ризиків неналежної поведінки обвинуваченого, що передбачені у ст. 177 КПК України та не залишається у межах судової кримінальної процесуальної функції.

Крім того, вірно зауважує І.В. Гловюк про те, що чинними залишилися положення: «Під час підготовчого судового засідання суд за клопотанням учасників судового провадження має право обрати, змінити чи скасувати заходи забезпечення кримінального провадження, в тому числі запобіжний захід, обраний щодо обвинуваченого. При розгляді таких клопотань суд додержується правил, передбачених розділом ІІ цього Кодексу», які не дають

відповіді на питання щодо продовження строку тримання під вартою, адже у реченні першому воно не передбачено як таке взагалі, по-друге, щодо долі наявних запобіжних заходів. Але така нормативна регламентація свідчить про недотримання вимоги «якості закону», важливість якої у контексті застосування позбавлення свободи підкреслює ЄСПЛ: при оцінці законності тримання під вартою Суд також має з'ясувати, чи сам національний закон відповідає Конвенції і, зокрема, загальним принципам, сформульованим у Конвенції, чи тим, що випливають з неї. «Якість закону» означає, що коли національне законодавство дозволяє позбавлення свободи, воно має бути достатньо доступним, чітким та передбачуваним при його застосуванні для уникнення будь-якої небезпеки свавілля. Встановлений Конвенцією стандарт «законності» вимагає, щоб все законодавство було сформульовано з достатньою чіткістю, аби дозволити особі – за необхідності шляхом надання відповідної поради – розумною за відповідних обставин мірою передбачити наслідки, до яких може призвести певна дія. Коли йдеться про позбавлення свободи, важливо, щоб національне законодавство чітко визначало умови взяття під варту і тримання під вартою (справа «Руслан Яковенко проти України» (Заява № 5425/11). Отже, у цій ситуації відповідні питання можуть бути вирішені лише шляхом внесення змін та доповнень до КПК України [26, с. 246-247].

Правильну позицію займає Т.Г. Фоміна, яка пише, що виникає питання, як поступити суду, коли прокурор не подав клопотання про продовження дії запобіжного заходу? Зрозуміло, якщо суддя за відсутності клопотання прокурора буде ініціювати питання продовження тримання обвинуваченого під вартою або домашнім арештом, то він фактично стане на сторону обвинувачення, що є порушенням засади змагальності, визначеної у ст. 22 КПК України. Крім того, обов'язок ініціювання застосування запобіжного заходу під час проведення судового провадження покладено на прокурора. У зв'язку з тим відповіддю на поставлене нами питання буде таке: якщо прокурор не звернеться під час підготовчого провадження із клопотанням про продовження

строку запобіжного заходу у вигляді домашнього арешту або тримання під вартою, то такий запобіжний захід припиняє свою дію [162, с. 344].

Ми погоджуємося з В.А. Завтуром відносно того, що одним з концептуальних напрямків вдосконалення порядку застосування заходів забезпечення кримінального провадження у підготовчому судовому провадженні є необхідність автоматичного скасування заходів забезпечення у разі, якщо сторони кримінального провадження не ініціюють питання щодо їх продовження, що стимулює їх активність у доказуванні [39, с. 14]. Відсутність клопотань сторін кримінального провадження під час підготовчого судового провадження щодо продовження дії, насамперед, запобіжних заходів, а також інших заходів забезпечення кримінального провадження має бути наслідком їх повного скасування.

Отже, на сьогодні «автоматичне», без надходження відповідних клопотань, продовження застосування запобіжного заходу у вигляді домашнього арешту або тримання під вартою під час підготовчого провадження є неприпустимим. Прийняття вказаного рішення Конституційного Суду України привело до позитивної практики, тому на сьогодні зміна процесуального статусу особи з підозрюваного на обвинуваченого (підсудного) виключає автоматичне продовження застосування запобіжних заходів, обраних слідчим суддею до такої особи на стадії досудового розслідування як до підозрюваного, що ми цілком підтримуємо. Отже, у разі відсутності ухвали суду, яким продовжується дія запобіжного заходу, така особа має бути негайно звільнена, а й відповідно забороняється позбавлення обвинуваченого свободи на період судового провадження [162, с. 344-345].

Також вкрай потрібно внести зміни у ч. 3 ст. 315 КПК України щодо деталізації порядку обрання, зміни та скасування запобіжного заходу стосовно обвинуваченого. Тому що процесуально закріплений порядок застосування запобіжного заходу, що передбачається КПК України встановлює можливість проведення судового засідання за участю свідків та дослідження будь-яких матеріалів, що мають значення для вирішення питання про застосування

запобіжного заходу (ч. 4 ст. 193 КПК). Тоді як положення КПК України стосовно підготовчого судового засідання не передбачають участі незацікавлених осіб та дослідження доказів (ст. 314 КПК). Таким чином, слід знайти шляхи поєднання підготовчого судового засідання та судового засідання щодо застосування запобіжного заходу до обвинуваченого.

По ситуації ж, коли строк тримання під вартою закінчився до проведення підготовчого судового провадження, Інформаційний лист Вищого спеціалізованого суду України «Про деякі питання порядку застосування запобіжних заходів під час досудового розслідування та судового провадження відповідно до Кримінального процесуального кодексу України» логічно передбачає, що при направленні обвинувального акта до суду запобіжний захід щодо обвинуваченого є незмінним у межах строку, визначеного ухвалою слідчого судді під час досудового розслідування. Суду слід зважати, що запобіжний захід, обраний або продовжений слідчим суддею на стадії досудового розслідування, може бути змінений лише у підготовчому судовому засіданні. У випадку, коли після направлення обвинувального акта до суду першої інстанції та до проведення підготовчого судового засідання строк застосування запобіжного заходу закінчився, запобіжний захід вважається таким, що припинив свою дію у зв’язку із закінченням строку, на який такий запобіжний захід був обраний. Проте на практиці є випадки спроб за допомогою «неформальних практик» продовжити строк тримання під вартою поза підготовчим судовим засіданням. Такі випадки якраз і свідчать про «тримання обвинувачених під вартою без конкретного юридичного підґрунтя». У даному випадку у КПК України немає колізій або прогалин, а мова може йти лише про недоліки правозастосування: скерування обвинувального акту до суду «під закінчення» строку тримання під вартою, призначення підготовчого судового засідання із недотриманням вимоги, що кримінальне провадження щодо особи, яка тримається під вартою має бути здійснено невідкладно і розглянуто в суді першочергово. У таких випадках для дотримання вимог Конвенції необхідна зміна правозастосовної практики [26, с. 247-248].

Крім зазначеної проблемної норми ст. 315 КПК України, кримінальні процесуальні норми неможливо визнати ідеальними щодо регламентації застосування затримання, зокрема ст. 210 КПК України відносно доставлення до органу досудового розслідування затриманої особи.

Вимога щодо доставлення затриманої особи до підрозділу органу досудового розслідування без здійснення судового контролю значно послаблює процесуальні гарантії права на свободу і особисту недоторканність, що обумовлює збільшення ризику свавілля з боку органів досудового розслідування [85, с. 92].

У змагальному кримінальному процесі органи досудового розслідування, виконуючи функцію кримінального переслідування (обвинувачення), намагаються зібрати докази, що викривають конкретну особу у вчиненні кримінального правопорушення. Як показує практика ЄСПЛ щодо України, зазначені докази можуть отримуватися органами розслідування всупереч нормам ЄКПЛ. Однією з причин такої негативної практики є відсутність правової регламентації невідкладного судового контролю після затримання особи за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення. Відповідно до ст.ст. 210, 211 КПК затримана особа доставляється до органу досудового розслідування, під контролем якого без ухвали слідчого судді може знаходитися аж до шістдесяти годин [85, с. 93]!

Стосовно цієї проблеми В.І. Фаринник посилаючись на працю К. Волкова [20] зазначає, що судовий контроль у ФРН є одним із найбільш ефективних інститутів забезпечення прав на свободу та особисту недоторканність під час застосування затримання. Так, відповідно до § 128 та § 129 КПК ФРН затриманий повинен бути негайно, не пізніше ніж у день після затримання, доставлений до судді окружного суду, в окрузі якого його було затримано. Після цього відповідний суддя провадить допит доставленого. Якщо суддя вважає затримання невиправданим чи причини для нього усунутими, він розпоряджається про звільнення, в іншому випадку виносить постанову про арешт. За умови, коли стосовно затриманого вже висунуто публічне

обвинувачення, він має бути доставлений до компетентного суду або негайно, або за розпорядженням судді, до якого його було спочатку доставлено. Цей суд повинен не пізніше ніж наступного дня після затримання прийняти рішення про звільнення або арешт затриманого [161, с. 120-121]. Далі вчений наголошує, що подібне положення щодо «максимально швидкого» доставлення затриманого до слідчого судді є досить позитивним, у зв'язку з чим доцільно розглянути питання щодо його впровадження і у вітчизняній системі заходів забезпечення кримінального провадження [161, с. 121]. Конвенційну вимогу негайного доставляння затриманого до суду розглянули також у своїй монографії Ю.В. Лук'яненко та О.О. Юхно [87, с. 202-203].

Крім цього, ст. 129 КПК Республіки Казахстан регламентовано доставлення – захід процесуального примусу, що застосовується на строк не більше трьох годин з метою з'ясування причетності особи до кримінального правопорушення. При підтвердженні причетності особи до кримінального правопорушенню орган кримінального переслідування вправі здійснити затримання, при цьому строк доставлення включається до загального строку затримання. Після закінчення строку доставлення особі негайно видається довідка про доставлення, за винятком випадків його подальшого процесуального затримання. Вважається, що такий захід процесуального примусу необхідно передбачити й у вітчизняному кримінальному судочинстві шляхом внесення відповідних змін до ст. 210 КПК [161, с. 131].

Не можна не підтримати В.І. Фаринника, яким, з урахуванням зарубіжного досвіду обґрунтовано необхідність внесення змін і доповнень до кримінального процесуального законодавства України, зокрема щодо «максимально швидкого» доставлення затриманого до слідчого судді, визначення механізмів оскарження особою, права чи законні інтереси якої обмежуються, будь-якого заходу забезпечення кримінального провадження, який застосований щодо неї (а не лише тих, що віднесені до переліку, передбаченого ст.ст. 303, 309 КПК України), регламентації доставлення – як

заходу, що застосовується на строк не більше трьох годин з метою з'ясування причетності особи до кримінального правопорушення тощо [160, с. 11].

Окремим аспектом проблеми предмету кримінального процесуального права в частині регламентації затримання є неоднаковий підхід щодо закріплення підстав затримання уповноваженою службовою особою. У п. 1, 2 ч. 1 ст. 208 КПК України передбачається принцип безпосередності відносно ситуації фізичного та юридичного затримання, а саме якщо цю особу застали під час вчинення злочину або замаху на його вчинення; якщо безпосередньо після вчинення злочину очевидець, в тому числі потерпілий, або сукупність очевидних ознак на тілі, одязі чи місці події вказують на те, що саме ця особа щойно вчинила злочин. Тобто, згідно цих пунктів статті 208 КПК України затримання особи, яка підозрюється у вчиненні кримінального правопорушення державні органи кримінального провадження можуть зробити тільки одразу після вчинення злочину. У разі якщо після вчинення злочину пройшов певний проміжок часу уповноважені службові особи не можуть керуватися вищезазначеними правовими приписами, а повинні звертатися до слідчого судді з клопотанням для отримання дозволу на затримання особи з метою її приводу (ст. 188 КПК України). Відсутність рішення слідчого судді на затримання з відповідною метою зумовлює відсутність повноважень державних органів кримінального провадження на затримання особи, підозрюваної у вчиненні кримінального правопорушення у випадку якщо після його скоєння пройшов деякий час.

Разом з тим, у ч. 1 ст. 208 КПК України є п. 3, згідно з яким особа, що підозрюється у вчиненні відповідного кримінального правопорушення може бути затримана уповноваженою службовою особою без врахування принципу безпосередності відносно ситуації фізичного та юридичного затримання, зокрема це положення встановлює, що у разі якщо є обґрунтовані підстави вважати, що можлива втеча з метою ухилення від кримінальної відповідальності особи, підозрюваної у вчиненні тяжкого або особливо тяжкого корупційного злочину, віднесеного законом до підслідності Національного

антикорупційного бюро України. Таким чином, за підозрою у скоєнні корупційного тяжкого або особливо тяжкого злочину особа може затримуватися не відразу, а через деякий, іноді досить тривалий проміжок часу на підставі п. 3 ч. 1 ст. 208 КПК України.

В юридичній літературі, критично оцінено законодавчі нововведення щодо затримання осіб, підозрюваних у злочинах, віднесених до підслідності Національного антикорупційного бюро України, незалежно від часу їх вчинення. Правозастосовна практика свідчить, що регламентація таких «надповноважень» у сфері затримання осіб, зважаючи на непоодинокі випадки їх застосування без наявності достатніх доказів, які можуть свідчити про ухилення підозрюваного від відповідальності, є недосконалою і повинна бути приведена у відповідність до стандартів дотримання прав людини [160, с. 16].

При визначенні положень п.п. 1, 2, 3 ч. 1 ст. 208 КПК України був застосовний неоднаковий підхід щодо закріплення підстав затримання уповноваженою службовою особою, що зараз створює певну правову, зокрема кримінальну процесуальну невизначеність та ставить питання щодо порушення ст. 14 ЄКПЛ, а саме норми щодо заборона дискримінації, котра передбачає, що користування правами та свободами, визнаними в цій Конвенції, має бути забезпечене без дискримінації за будь-якою ознакою – статі, раси, кольору шкіри, мови, релігії, політичних чи інших переконань, національного чи соціального походження, належності до національних меншин, майнового стану, народження, або за іншою ознакою. Якщо зробити співвідношення ч. 1 ст. 208 КПК України та ст. 14 ЄКПЛ, то можна побачити недолік стосовно п. 3 ч. 1 ст. 208 КПК України, тому що він встановлює право (що регламентується ст. 5 ЄКПЛ) державних органів затримувати особу протягом необмеженого часу після вчинення корупційного злочину суворої тяжкості. Відносно цієї особи відповідна норма КПК України щодо затримання є дискримінацією за ознакою виду злочину, за який підозрюється дана особа. Оскільки підозра щодо іншого (окрім корупційного) тяжкого або особливо тяжкого злочину не є підставою для затримання особи протягом необмеженого часу після його

вчинення за відсутності рішення слідчого судді, що видається з метою її приводу.

Досліджуючи недоліки предмету кримінального процесуального права в частині регламентації запобіжних заходів слід звернути увагу на так зване «превентивне затримання». Останнє передбачено у Законі України від 20 березня 2003 року «Про боротьбу з тероризмом». В нормі ст. 14 зазначеного нормативного акту встановлено, що з метою захисту громадян, держави і суспільства від терористичних загроз у районі проведення довготривалої антитерористичної операції, як виняток, з урахуванням особливостей, встановлених цим Законом, може здійснюватися превентивне затримання осіб, причетних до терористичної діяльності, на строк понад 72 години, але не більше ніж на 30 діб. До того ж у положенні ст. 15-1 цього документу зафіксовано, що для відвернення терористичних загроз у районі проведення антитерористичної операції відповідно до кримінального процесуального законодавства України з урахуванням особливостей, встановлених цим Законом, може здійснюватися превентивне затримання осіб, причетних до терористичної діяльності, на строк понад 72 години. Граничний строк превентивного затримання не може перевищувати 30 діб. Підставою для превентивного затримання є наявність обґрунтованої підозри у вчиненні особою терористичної діяльності. Превентивне затримання здійснюється за вмотивованим рішенням начальника Головного управління (управління) Служби безпеки України або начальника територіального органу Національної поліції за згодою прокурора та без ухвали слідчого судді, суду.

Визначені у згаданому законі положення щодо затримання, а точніше превентивного затримання йдуть у супереч з нормами чинного КПК України, зокрема відносно строку, на якій може бути затримана особа без рішення слідчого судді, при цьому підстава для превентивного затримання деталізується у форму обґрунтованої підозри у вчиненні особою терористичної діяльності, суб’єкт затримання – у начальника Головного управління (управління) Служби безпеки України або начальника територіального органу Національної поліції

за згодою прокурора. Навіть розуміючи обґрунтування щодо доцільності вищезазначених норм Закону стосовно затримання особи задля захисту громадян, держави і суспільства, охорони їх прав та інтересів під час терористичних загроз у районі проведення довготривалої антитерористичної операції, вважаємо, що ці законодавчі норми суперечать нормам КПК України в частині встановлення строку затримання без ухвали слідчого судді, суду. А саме відповідно до ч. 2 ст. 211 КПК України затримана без ухвали слідчого судді, суду особа не пізніше шістдесяти годин з моменту затримання повинна бути звільнена або доставлена до суду для розгляду клопотання про обрання стосовно неї запобіжного заходу.

З огляду у тому числі і на положення, що передбачають превентивне затримання справедливо зазначає О.В. Капліна, що під час правозастосовної діяльності у практичних працівників будуть виникати численні проблеми. Це по-перше, пов’язано із тим, що можуть виникати труднощі правозастосовного характеру. Зокрема, відповідно до ч. 3 ст. 9 КПК Закони та інші нормативні акти України, положення яких стосуються кримінального провадження, повинні відповідати КПК. При здійсненні кримінального провадження не може застосовуватися закон, який суперечить КПК. Отже кримінальний процесуальний закон містить колізійну норму, яка визначає пріоритет КПК над іншими законами. Якщо тлумачити це положення, то можна передбачити, що це імперативне колізійне правило є більш важливим, ніж те, яке ми знаємо з підручників з теорії права – при виникненні колізії перевагу має норма спеціального закону. Наголошуємо, що останнє правило тлумачення є тільки доктринальним. Отже якщо будуть виникати колізії між КПК та новим законодавством, а такі колізії вже виявлені, то при їх подоланні правозастосовники будуть опинятися у складній ситуації [49, с. 49]. Таким чином, для усунення складнощів у ході практичного застосування норм Закону стосовно превентивного затримання, їх як мінімум треба узгодити з правовими приписами КПК України. Або користь від цих норм взагалі буде неможливо віднайти, тому що нормативна суперечка між законами щодо процесуального

затримання (та інших питань, котрі стосуються кримінального провадження), як вірно відмітила О.В. Капліна, формально повинна вирішуватися на бік приписів КПК України[8].

Одним із питань, до якого звертаються у своїх працях науковці, є порядок затримання осіб, які користуються імунітетом у кримінальному процесі, як то судді, депутати, тощо. Однією з нагальних проблем є затримання таких осіб на місці вчинення кримінального правопорушення [157, с. 142-143].

Також стосовно проблемних питань затримання, зазначено необхідність внесення змін і доповнень до КПК України для удосконалення порядку затримання суддів у порядку, передбаченому ст. 208 КПК України; розширення обов'язків службової особи, відповідальної за перебування затриманих; обрахування часу законного затримання; регламентації процесуального порядку фіксації та оформлення затримання на підставі ухвали слідчого судді; виключення норми щодо встановлення строку дії ухвали про дозвіл на затримання з метою приводу; надання можливості оскарження ухвали суду про дозвіл на затримання [160, с. 16].

Недоліки предмету кримінального процесуального права в частині регламентації запобіжних заходів, зокрема запобіжних заходів, що пов'язані з позбавленням свободи не закінчуються визначеними вище у роботі. Норми ст. 206 КПК України мають загальні проблеми щодо захисту прав особи, яка позбавлена свободи у вигляді тримання під вартою та затримання. Приписи ч. 2, 3 ст. 206 КПК України закріплюють, що у разі, якщо слідчий суддя з будь-якого джерела отримує інформацію, що обґрунтовано припускає (створює обґрунтовану підозру), що в межах юрисдикції суду є особа, свобода якої

[8] Стосовно цієї та іншої колізійної ситуації правових приписів у кримінальному провадженні доцільно вказати на позицію М.А. Погорецького та С.Г. Волкотруба, які вважають, що при розробці нового та вдосконаленні чинного кримінального процесуального законодавства України варто відмовитися від практики закріплення кримінальних процесуальних норм в інших законодавчих актах України, оскільки такі положення явно суперечать вимогам частини третьої ст. 9 КПК України, яка передбачає, що Закони та інші нормативно-правові акти України, положення яких стосуються кримінального провадження, повинні відповідати КПК України, а при здійсненні кримінального провадження не може застосовуватися закон, який суперечить КПК України [107, с. 78].

обмежена, порушена без відповідного рішення суду, що є чинним, він повинен винести ухвалу, якою покласти обов'язок на державні органи кримінального провадження, під вартою яких тримається особа, невідкладно доставити дану особу до слідчого судді з метою встановлення підстав для позбавлення свободи. Причому слідчий суддя повинен звільнити особу, що позбавлена свободи у разі якщо державний орган або відповідна особа не зможе надати рішення суду, що набрало чинності, або не зможе довести інші правові підстави, дають змогу позбавити певну особу свободи.

Важливою для захисту прав особи, яка позбавлена свободи у вигляді тримання під вартою та затримання є норма ч. 6 ст. 206 КПК України, тобто якщо у ході судового засідання якою-небудь особою буде заявлено відносно використання щодо неї насильства у перебігу затримання чи тримання у відповідному органі держави або установі слідчий суддя повинен зробити фіксування такої заяви або отримати від особи певну письмову заяву та: забезпечити невідкладне проведення судово-медичного обстеження особи; доручити відповідному органу досудового розслідування провести дослідження фактів, викладених в заяві особи; вжити необхідних заходів для забезпечення безпеки особи згідно із законодавством.

Проблемою цих приписів ст. 206 КПК України є їх непрактичність для реалізації особою, яка позбавлена свободи через застосування тримання під вартою або затримання у фізичному та юридичному аспекті. Особа, яка не має свободи у фізичному розумінні не може негайно звернутися до слідчого судді, або іншим шляхом його про інформувати стосовно захисту своїх прав і свобод. Звернення особи до слідчого судді через деякий, навіть незначний часовий проміжок може бути вже непотрібним та не мати значення для забезпечення прав особи у кримінальному провадженні. Тут не останню роль мають недоліки предмету кримінального процесуального права в частині регламентації ст. 210 КПК України відносно доставлення до органу досудового розслідування затриманої особи, на котрі ми звертали увагу вище.

Тому у науковій літературі логічно виглядає положення, відповідно до якого встановлено практичну неефективність і декларативний характер законодавчих положень щодо захисту прав людини слідчим суддею (передбачених ст. 206 КПК України), у зв'язку з чим запропоновано передбачити обов'язковість перевірки «обґрунтованості затримання особи, якщо таке затримання відбулося без ухвали слідчого судді» як одну із обставин, які слідчий суддя має встановити під час прийняття рішення про застосування запобіжного заходу (ч. 1 ст. 194 КПК України), а також механізм отримання слідчим суддею відомостей про порушення прав затриманої або утримуваної під вартою особи, в тому числі шляхом особистого прийому заявників [160, с. 20].

Таким чином, предмет кримінального процесуального права в частині регламентації запобіжних заходів неналежним чином забезпечує право на свободу і особисту недоторканість у кримінальному провадженні, про що свідчать недоліки процесуальних норм ст.ст. 206, 210, 208, 315 КПК України. Крім того, проблемою предмету кримінального процесуального права в частині регламентації затримання є нормативна неузгодженість між ч. 2 ст. 211 КПК України та ст.ст. 14, 15-1 Закону України від 20 березня 2003 року «Про боротьбу з тероризмом». Вказані законодавчі приписи стосовно регламентації запобіжних заходів у кримінальному провадженні потребують невідкладних змін та доповнень на рівні реалізації законодавчої гілки влади.

До того ж поспішні й безсистемні реформаторські дії знизили якість кримінального процесуального закону, заполонили його суперечливими концептами та юридичними фікціями. Лише впродовж 2014–2017 років 55 законами, тобто ледь не щомісячно, до КПК України вносилися зміни і доповнення [160, с. 1]. Проте, стабільність кримінального процесуального закону прямо пропорційна його якості, що, своєю чергою, є складовою належної правової процедури, дотримання якої уперше на рівні національного закону визнане одним із завдань кримінального провадження (ст. 2 КПК України) [160, с. 1].

Закінчуючи дослідження у даному підрозділі дисертації, після визначення недоліків предмету кримінального процесуального права в частині регламентації запобіжних заходів, доцільно погодитися з В.Г. Уваровим, який зазначає, що реформування кримінального процесу взагалі й інституту запобіжних заходів зокрема має відбуватись із застосуванням загальновизнаних норм і принципів, викладених у міжнародних правових актах та прецедентних рішеннях Європейського Суду з прав людини, з беззаперечним дотриманням принципу верховенства права, пропорційності і справедливості, без будь-якого обмеження уже проголошених і гарантованих законом прав і свобод людини і провадитись у першу чергу в напрямку гуманізації і демократизації інституту запобіжних заходів [152, с. 296]. Лише такий підхід до реформування кримінального процесуального законодавства, що ґрунтується на світових стандартах захисту прав людини може сприяти удосконаленню предмету кримінального процесуального права в частині регламентації запобіжних заходів.

1.4. Методи кримінального процесуального права, застосовувані для правового регулювання запобіжних заходів

Правове регулювання є юридичною категорією, що складається з таких фундаментальних для теорії права понять як «методи правового регулювання», «предмет правового регулювання», «механізм правового регулювання», «правовий режим», «правові засоби», «способи правового регулювання», «типи правового регулювання» та ін. Усі зазначені категорії є важливими для розуміння сутності правового регулювання, здійснюваного у кримінальному процесі. Але для теорії і практики застосування норм кримінального процесуального права найбільше значення мають все таки методи правового регулювання, бо саме вони вказують яким чином впорядковуються суспільні відносини, що виникають, розвиваються і припиняються в кримінальному провадженні [81, с. 12-13].

Загальна теорія права традиційно оперує двома методами правового регулювання - імперативним та диспозитивним, котрі самими ж вченими, які проводять загальнотеоретичні правові дослідження, правильно визнаються найпростішими [2, с. 371]. Методи правового регулювання визначаються як «прийоми юридичного впливу, їхні сполучення, що характеризують використання в даній галузі суспільних відносин того чи іншого комплексу юридичних засобів» [2, с. 370].

Отже, ключовим у визначенні поняття методу правового регулювання є слово «вплив». І це правильно. А ось щодо того, ким і стосовно кого здійснюється вплив, із даного визначення не вбачається. Однак, це, є обов'язковим елементом у понятті методу правового регулювання, бо «метод» в українській мові тлумачиться як «дія, яку певна особа ... виявляє стосовно іншої особи. Бути під впливом кого, чого - робити що-небудь, зважаючи на дії, думки певної особи або на певні обставини» [16, с. 160].

Як правильно зазначає Л. М. Лобойко, метод правового регулювання нерозривно пов'язаний із впливом на суб'єктів правових відносин, що регулюються. Особливо яскраво це проявляється у кримінальному процесі, як специфічному виді діяльності з правозастосування. Діяльність не може існувати без суб'єктів, які її здійснюють, та тих, що залучаються до участі в ній. На перший погляд видається, що правовий вплив пов'язаний із виявленням дії одних суб'єктів кримінального процесу на інших. Але це тільки на перший погляд. Більш ґрунтовний аналіз виявлення впливу на суб'єктів кримінальних процесуальних правовідносин, показує, що окрім вищезазначеного впливу їх один на одного, існує вплив на всіх них з боку держави. Такий вплив на суб'єктів процесу полягає у встановленні шляхом правової регламентації правил здійснення кримінальної процесуальної діяльності, в тому числі - прав і обов'язків суб'єктів [81, с. 14].

У будь-якому методі правового регулювання, застосовуваному в кримінальному процесі, структурно проявляються два елементи правового впливу: імперативний вплив держави в особі законодавця на посадових осіб, які

здійснюють провадження, та на інших суб'єктів процесу; імперативний, диспозитивний чи інші види впливу одних суб'єктів на інших. Ці два елементи методу правового регулювання є взаємопов'язаними. А спосіб їхнього зв'язку є ієрархічним. Перший елемент за ієрархією є вищим, бо саме він є визначальним у встановленні способів впливу суб'єктів один на одного, що є змістом другого елементу [81, с. 14-15].

В аспекті правового регулювання запобіжних заходів і перший і другий елементи правового впливу є важливими. Бо правове регулювання на «загальному» рівні як раз і полягає в тому, що держава формулює приписи не лише для посадових осіб, наділених владними повноваженнями, в тому числі і вирішувати питання про обрання і застосування запобіжних заходів, а й для суб'єктів процесу, щодо яких такі заходи можна застосовувати. З іншого боку, і самі учасники кримінального провадження вправі впливати один на одного, виходячи як з конкретних обставин кримінального провадження, так і з положень кримінального процесуального законодавства та інтересів у провадженні.

Сторона обвинувачення і суд повинні дбати про публічні інтереси, а потерпілий і сторона захисту – про власні інтереси. Як справедливо зазначав С. С. Алєксєєв «інтерес як потужний чинник як би супроводжує діяльність з реалізації завдання, підтримуючи і стимулюючи цю діяльність, створює енергію активності, яка увесь час протягом всього шляху до досягнення результату буде отримувати свого роду підкріплення, виражене в інтересі, в заінтересованості суб'єктів діяльності» [2, с. 384]. У аспекті застосування запобіжних заходів інтереси різних учасників кримінального провадження можуть не збігатися. І це нормально, бо одні з них відстоюють публічні інтереси, а інші – приватні, тобто власні інтереси, або інтереси тих, кого вони представляють.

До недавнього часу у вітчизняній науці кримінальне процесуальне право вважали виключно публічною галуззю права [73, с. 398]. Особисті інтереси визнавались частиною суб'єктивних прав учасників процесу лише у тому разі,

якщо вони не суперечили інтересам суспільства і держави, а в разі протиріч діяв принцип юридичного пріоритету суспільних інтересів [150, с. 139]. У науці кримінального процесу склалась стійка тенденція до визнання законності і, відповідно, захисту лише тих інтересів учасників процесу, які можливо задовольнити без шкоди суспільним [53, с. 187]. Такий підхід цілком відповідав політичній системі, що була зорієнтована на задоволення державного інтересу [164, с. 50]. Людина була засобом, за допомогою якого держава досягала відповідної мети, держава поглинала особу, перетворюючи у слухняного виконавця своєї необмеженої волі. Правова ідеологія орієнтувала насамперед на захист інтересів держави [171, с. 29].

Наразі ж ситуація з пріоритетністю інтересів докорінно змінилася. Конституція України, встановила, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю; права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави (ст. 3). Зміна ставлення до інтересів особи на конституційному рівні відбилася й у галузевому законодавстві [111, с. 440].

Кримінальне процесуальне право стало однією з тих галузей, де перш за все виникла необхідність перегляду співвідношення приватних та державних інтересів [164, с. 50], на що практично відразу було звернено увагу науковцями [3, с. 112]. Відповідно до ст. 2 КПК охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, з одного боку, і захист від незаконного обвинувачення або засудження – з іншого, стають основними завданнями кримінального процесу. Питання зміни акцентів щодо пріоритетності інтересів підкреслюється законодавцем і при встановленні основних засад кримінального судочинства. Зокрема, ч. 1 ст. 8 КПК передбачає, що кримінальне провадження здійснюється з додержанням принципу верховенства права, відповідно до якого людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави.

Подібна зміна у підходах до правового регулювання інтересів у кримінальному процесі позначилась на наукових поглядах з цього питання. Так, якщо за радянських часів знаними науковцями зазначалось, що весь кримінальний процес підпорядкований лише принципу публічності, тобто завданням служити інтересам держави і суспільства, і заперечувалась наявність будь-яких відхилень від вказаного принципу [33, с. 67], то вже на «зламі історичних епох» не менш авторитетними правниками доводилося, що перебільшення значення принципу публічності лише зовні носить гуманний характер, хоча насправді є неповагою до особи, з волевиявленням якої перестають рахуватися начебто у її ж інтересах [103, с. 165].

Ураховуючи наявність у суб'єктів права різних інтересів, С. С. Алєксєєв вперше в теорії права запровадив в науковий обіг термін «енергетичне поле» правового регулювання [2, с. 384-385]. Залежно від характеру і змісту інтересів суб'єктів кримінального процесу це «енергетичне поле» може бути полем стримування (негативним полем), коли сукупність інтересів суб'єкта, виражена в його діях, суперечить завданням процесу, не узгоджується з ними, або не створює сприятливих передумов для їх реалізації. Але «енергетичне поле» може бути і полем активності (позитивним полем), коли інтереси суб'єктів кримінального процесу узгоджуються із її завданнями або створюють сприятливі умови їх реалізації. В системі правового регулювання можуть бути і проміжні ситуації, не так чітко виражені, а іноді й такі, що поєднують обидва варіанти.

Існування двох зазначених вище «енергетичних полів» дає підставу для виокремлення в загальній теорії права двох систем правового регулювання: 1) зобов'язальної системи («обов'язок + відповідальність»); 2) диспозитивної системи («право + гарантія») [2, с. 385-386]. Кожна із цих систем, зрозуміло, використовує характерні тільки для неї методи правового регулювання.

Як перша, так і друга системи правового регулювання покликані забезпечити в кримінальному процесі досягнення результатів, корисних для всього суспільства, а також для окремих його членів, які є суб'єктами процесу,

а отже - досягнення виконання всіх завдань кримінальної процесуальної діяльності. Але способи досягнення таких результатів в різних системах передбачаються неоднакові [82, с. 28].

За допомогою засобів першої системи можна точно визначити строки кримінальної процесуальної діяльності, обов'язки її суб'єктів, встановити відповідальність за невиконання цих обов'язків і активно досягати результату діяльності. Але, як правильно зазначав С. С. Алексєєв, за такої системи правового регулювання, як це не виглядає парадоксальним, оскільки «ця система функціонує в «негативному полі» (а деяке негативне середовище вона утворює і сама для себе: люди не дуже схильні підкорятися обов'язковим вимогам, коли хтось думає і вирішує за них), то ланцюжок правових засобів, що йде від завдання до результату, увесь час перебуває під тиском різноманітних, в багатьох випадках постійних інтересів, які часто можуть вклинюватися в цей ланцюжок, ускладнювати його, а іноді і позбавляти сили» [2, с. 385]. Які б негативні моменти не мала аналізована система правового регулювання, вона на даний час є чи найбільш ефективною при врегулюванні запобіжних заходів, які обирають у зв'язку з протидією досудовому розслідуванню, судовому розгляду та в інших випадках існування ризиків неналежної поведінки підозрюваного, обвинуваченого, засудженого, що тягне за собою недотримання публічного інтересу у кримінальному процесі.

Друга - диспозитивна (дозволенева) - система і пов'язаний з нею метод правового регулювання надає суб'єктам процесуальної діяльності можливість вільно діяти у той чи інший спосіб. Але чи скористаються суб'єкти такою можливістю, а значить і чи досягнуть вони очікуваного результату, - «все це залишається поза межами юридичної сфери, і якщо розглядати тільки цю її дільницю (систему «право + гарантія»), то зовсім неясною є результативність дії права, не говорячи вже про повну невизначеність стосовно строків, обсягу очікуваної діяльності, точних характеристик результату» [2, с. 386]. Водночас, як зазначає той же автор, «диспозитивна система «право + гарантія» розрахована на «позитивне поле», тобто на таку фактичну ситуацію, коли

поставлене завдання вирішується, так би мовити, в соціально сприятливій атмосфері. ... І правові засоби даної групи «право + гарантія», розраховані саме на таку атмосферу, на таке «позитивне поле», забезпечують тим самим високий ступінь результативності. А це означає, що поставлене завдання буде вирішуватися «саме» і очікуваний результат буде досягнутий з більшим ступенем вірогідності, ніж за зобов'язальної системи, заснованої на обов'язках і засобах примусу (обов'язок + відповідальність)» [2, с. 386].

Наведені теоретичні положення є правильними щодо систем правового регулювання – імперативної і диспозитивної, якщо їх розглядати у відриві одну від іншої, тобто, так би мовити, в «чистому вигляді». Але в кримінальному провадженні це є неможливим, навіть якщо ставитися до кримінального процесу як суто публічної галузі права. Але, як було проілюстровано вище, він таким наразі не є. Більш того, домовленості між учасниками процесу стали звичними для вітчизняного кримінального процесуального права і охоплюють доволі значний обсяг правових відносин. А домовленості, на нашу думку, як раз і складають основу диспозитивного методу правового регулювання. Бо диспозитивність у кримінальному процесі варто розглядати не лише як можливість учасника провадження діяти так чи інакше, а як можливість діяти у певний спосіб, узгоджену з іншим учасником домовленостей. Тут ми зіштовхуємося з ситуацією, за якої учасники домовленостей самі покладають на себе обов'язок діяти так чи інакше. Тому, розглядаючи можливість поширення диспозитивного методу правового регулювання на регламентацію відносин, що виникають, розвиваються і припиняються у зв'язку з обранням і застосуванням запобіжних заходів, варто виходити з того, що в певних випадках учасники цих відносин, діючи в «позитивному полі» правового регулювання, ефективніше будуть виконувати свої обов'язки щодо належної поведінки протягом кримінального провадження.

Зрозуміло, що в кримінальному процесі, особливо на його досудових стадіях треба діяти швидко і ефективно, а тому, як видається, найбільш дієвим засобом забезпечення належної поведінки осіб, яких притягують до

кримінальної відповідальності, є імперативні приписи. Останні нічого не варті, якщо вони не підкріплені примусом. Однак його потрібно застосовувати вкрай обережно.

Протягом тривалого часу у вітчизняній кримінальній процесуальній літературі стверджувалося, що запобіжні заходи є частиною більшої системи – заходів кримінального процесуального примусу. Така точка зору була усталеною як в науковій [95; 104], так і в навчальній літературі [145, с. 12]. З набранням чинності КПК України від 13 квітня 2012 р. в слідчій і судовій практиці використовується термін, вжитий в КПК, - «заходи забезпечення кримінального провадження», до числа яких належать і запобіжні заходи. Попри це у науці кримінального процесу продовжують вживати терміни «кримінальний процесуальний примус», «заходи процесуального примусу» тощо, ототожнюючи їх з заходами забезпечення кримінального провадження. Між тим, в законодавстві європейських держав і в практиці його застосування вкрай обережно ставляться до визначення системи заходів примусу, притаманних для кримінального провадження, і система запобіжних («примусових») заходів в українському кримінальному процесі не збігається з системами таких заходів у законодавстві держав Європейського Союзу. В умовах інтеграції правової системи України до правової системи Європейського Союзу питання щодо того, чи є примус обов’язковим у системі запобіжних заходів у кримінальному провадженні, є вкрай актуальним.

Питання щодо наявності у запобіжних заходів такої ознаки як примус досліджувалося у багатьох наукових працях, виданих як до набрання чинності КПК 2012 р., так і після цього. Як приклад, можна навести дослідження в межах наукової статті Г. І. Голуба [28] та дисертаційному дослідженні К. К. Білецької [8, с. 6, 8], в яких автори ототожнюють систему запобіжних заходів з системою кримінально-процесуального примусу. Такий (широкий) підхід до розуміння примусу в системі запобіжних заходів наразі є традиційним в науковій літературі з кримінального процесу.

У підручниках, виданих у часи незалежності України, термін «заходи процесуального примусу» продовжують вживати. Так, наприклад, В. М. Тертишник у своєму підручнику (2003 р.) зазначив, що для забезпечення вирішення завдань кримінального процесу органи досудового розслідування, прокурор та суд можуть застосовувати різні *заходи процесуального примусу* (курсив наш). Причому до їх числа він, серед іншого, відносить також окремі слідчі дії: обшук та огляд [149, с. 656]. Згаданий підручник виданий 2003 р., тобто ще в період дії КПК 1960 р. Ситуація у навчальній літературі з розглядуваного питання не змінилася і після набрання чинності КПК 2012 р. У підручнику, виданому процесуалістами Національної академії внутрішніх справ у 2013 р. також вжитий термін «заходи кримінально-процесуального примусу» [64, с. 163], а ученими Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого – «заходи примусового характеру» [61, с. 256].

Уявляється, що причиною поширення у кримінальному процесі термінів, що містять в собі слово «примус», обумовлено традиційним для юридичної науки радянського періоду підходом до визначення поняття права. Наведемо дослівно позицію з цього приводу, висловлену класиком радянського права С. С. Алєксєєвим: «Право - це гетерономне соціально-класове утворення, загальнообов'язковий регулятор, дія якого підтримується *примусовою силою* держави.

Звідси нероздільний зв’язок права і державного *примусу*, який з граничною чіткістю виражений в знаменитих ленінських словах про те, що право - ніщо без апарату, здатного примушувати до дотримання норм права» [100, с. 266].

Автори сучасного українського підручника з загальної теорії права, викладаючи витоки радянського розуміння права, що склалося переважно в 30-ті роки двадцятого століття, пишуть: «Перемагає вульгарний марксизм в інтерпретації А. Вишинського, який на Першій нараді науковців права в липні 1938 р. визначив право як сукупність правил поведінки, що виражають волю

пануючого класу і забезпечуються примусовою силою держави. Таке розуміння права відкривало широку можливість для свавілля можновладців [42, с. 49].

У науковій літературі з кримінального процесу ставлення до запобіжних заходів як частини системи примусових (хоча й кримінальних процесуальних) має місце і після набрання чинності КПК 2012 р. Так, Г. І. Голуб зазначає, що «за своєю правовою природою запобіжні заходи є *примусовими засобами*, що застосовуються до особи, коли вона ще не визнана винною у вчиненні злочину» [28]. Цей автор, проводячи різницю між заходами забезпечення кримінального провадження (до числа яких за законом належать і запобіжні заходи) та «іншими» заходами процесуального примусу, погоджується з позицією, висловленою ще в 2009 р. в одному з вітчизняних підручників[9], і ототожнює заходи процесуального примусу з заходами забезпечення кримінального провадження [28].

В. О. Попелюшко в контексті визначення нової конституційної формули презумпції невинуватості також оперує термінологією, притаманною для радянського кримінального процесу, і, ототожнюючи державний та процесуальний примус, зазначає таке: «справжній принцип презумпції невинуватості для усіх без винятку, а для слідчого, прокурора, судді особливо і обов'язково, є правилом їх поведінки, згідно з яким їм забороняється поступати з обвинуваченим як із злочинцем до моменту, поки не набере законної сили обвинувальний вирок суду, що означає нормальне взаємовідношення між ними як між людьми рівними; … що *державний (процесуальний) примус* під час кримінального провадження може застосовуватися лише в тій мірі і лише настільки, наскільки це необхідно для того (виходячи виключно із його

[9] Учені-процесуалісти одеської школи кримінального процесу у зазначеному підручнику ілюстрували відмінності заходів державного примусу від заходів суто процесуального примусу, зазначаючи, що останні «застосовуються компетентними органами і в межах своїх повноважень відносно осіб, які беруть участь у справі, та неналежна поведінка яких може створити перешкоду для успішного ходу кримінального судочинства та застосовуються при наявності передбачених законом підстав, умов і порядку, що гарантує їх законність та обґрунтованість» [67, с. 325-326]

поведінки під час кримінального провадження), щоби він міг постати перед судом» [109][10].

Виходячи з викладеного, можна зробити такі проміжні висновки: традиційно однією з ознак норм права вважають забезпеченість її реалізації примусовою силою держави; заходи кримінального процесуального примусу є частиною заходів державного примусу. Але чи дійсно це так ?

Запобіжні заходи у коментарях до КПК визначають як «заходи процесуального *примусу попереджувального* характеру, пов'язані з позбавленням або обмеженням свобод підозрюваного та обвинуваченого, які за наявності підстав та в порядку, встановленому законом, застосовуються під час кримінального провадження слідчим суддею, судом з метою забезпечення їх належної процесуальної поведінки [66, с. 401].

У іншому коментарі до КПК заходи забезпечення кримінального провадження визначені як «передбачені кримінально-процесуальним законодавством процесуальні *засоби примусового характеру*, що застосовуються у сфері кримінального судочинства уповноваженими на те посадовими особами і державними органами за наявності підстав і в порядку, передбаченому законом, щодо обвинувачених, підозрюваних та інших осіб для попередження і припинення їхніх неправомірних дій з метою успішного розслідування і вирішення завдань кримінального судочинства» [65, с. 290].

Як бачимо, зміна в 2012 р. законодавчої термінології (запобіжні заходи стали частиною системи заходів забезпечення кримінального провадження) не потягли за собою відмову науковців від наукової термінології «радянського кримінального процесу».

Якщо вести мову про забезпеченість норм права примусом з боку держави, то процесуальний примус має застосовуватися лише в разі порушення приписів конкретних норм права, тобто як реакція державних органів, уповноважених здійснювати кримінальний процес, на неправомірну поведінку

[10] Підхід до розуміння запобіжних заходів як до частини заходів процесуального примусу є панівним і в юридичній науці інших держав, що утворилися після розпаду СРСР. Див., наприклад, Вершинина С. И. [18].

підозрюваного, обвинуваченого чи засудженого. Іншими словами, примус у кримінального процесі мав би бути частиною санкційних заходів за неправомірну поведінку. Натомість запобіжні заходи застосовують до особи для забезпечення її належної поведінки у майбутньому. Якщо пристати на позицію, згідно з якою запобіжні заходи є різновидом заходів кримінального процесуального примусу, то виходить, що ці заходи вже в момент їх обрання повинні виконувати функцію примусового стороннього впливу. Але практично всі запобіжні заходи функції «залякування» не виконують. Їхнє завдання полягає лише у тимчасовому гарантуванні належної поведінки особи, щодо якої висунуто підозру, обвинувачення чи постановлено обвинувальний вирок.

Тому ми не можемо повністю погодитися з визначенням примусу, запропонованим А. І. Каплуновим, який вважає, що примусом, є «процес обмеження індивідуальної волі шляхом зовнішнього впливу, спрямованого на те, щоб примусити індивіда зробити щось або утриматися від яких-небудь дій» [50, с. 10].

Покладання на особу певних обов’язків і вимога щодо їх виконання не завжди є примусом. Так, у кримінальному процесуальному законі сформульовано багато різноманітних обов’язків щодо різних суб’єктів кримінального провадження. Але цей факт сам по собі не є підставою для визнання усіх обов’язків запобіжними заходами.

У словниках української мови слово «примус» тлумачать як натиск із чийогось боку [15, с. 1122], застосування сили [46, с. 365].

У німецькому праві поняття «примус» використовується (Федеральний Закон від 10 березня 1961 р. «Про безпосередній примус при здійсненні публічної влади чиновниками виконавчих органів Федерації») лише для позначення окремої процедури виконання рішень. До того ж, Федеральний Закон обмежує примус впливом на осіб або речі за допомогою фізичної сили, допоміжних засобів та зброї (§ 2).

У Голландії під примусовими заходами розуміють тільки фізичні заходи, які застосовуються органами влади або від їх імені, спрямовані проти

діяльності (бездіяльності), що перешкоджає виконанню обов'язків, встановлених статутною нормою або відповідно до неї (ст. 5:21 Акту з загального адміністративного права від 4 червня 1992 р.) [6, с. 310].

У жодній європейській державі не йдеться про так зване «широке» розуміння примусу. Такий підхід дозволяє культивувати ідеологію винятковості примусових заходів для забезпечення правопорядку в суспільстві. Цього не відбувається в нашій державі, коли до інституту примусу відносять перевірку документів у осіб, з одного боку, і застосування зброї чи наручників – з іншого.

Варто повернутися до дореволюційного поняття примусу, оскільки воно в цій частині більше відповідає нинішній правовій доктрині країн Європи [6, с. 310-313].

Запобіжні заходи застосовують не у зв'язку з тим, що підозрюваний, обвинувачений чи засуджений вчинили якесь правопорушення. За правопорушення вони можуть бути притягнуті до юридичної, в тому числі і кримінальної процесуальної, відповідальності. Запобіжні заходи не є санкціями за неправомірну поведінку. Вони, як правило, полягають у покладанні на зазначених вище осіб обов'язку належно себе поводити під час кримінального провадження. Зрозуміло, що різновид обраного запобіжного заходу залежить від попередньої поведінки особи, але сам цей захід не є примусом у тому розумінні, яке в нього вкладають у європейських державах.

О. А. Банчук та І. Б. Коліушко вважають, що існуючий інститут адміністративного примусу потребує ґрунтовного переосмислення і зміни в певних напрямах [6, с. 312]. Підтримуючи таку ідею, вважаємо можливим адаптувати запропоновані цими ученими напрями трансформації інституту адміністративного примусу до інституту кримінального процесуального примусу, запропонувавши такі напрями його трансформації у науці і під час викладання: відмови від широкого розуміння процесуального примусу; звуження змісту примусу лише до процедури примусового виконання судових рішень; визнання заходів примусу, про які йдеться у навчальній та науковій

літературі, різновидами заходів забезпечення провадження. З урахуванням цього заходами примусу серед заходів забезпечення кримінального провадження доцільно визнавати лише привід, затримання особи, вилучення майна чи документів та деякі інші заходи, під час яких застосовується фізична сила.

Підсумовуючи викладене вище можемо зробити такі проміжні висновки: широке розуміння примусу при визначенні запобіжних заходів в сучасному кримінальному процесі є не доцільним; існуючий інститут кримінального процесуального примусу потребує ґрунтовного переосмислення і зміни; імперативний метод правового регулювання в частині регламентації запобіжних заходів у вітчизняному кримінальному процесуальному праві повинен використовуватися з урахуванням принципу пропорційності. Останній в частині регламентації запобіжних заходів в кримінальному процесі означає, що встановлювані законодавцем методи впливу на поведінку підозрюваних, обвинувачених, засуджених мають перебувати у розумному співвідношенні з ризиками, встановленими у ч. 1 ст. 177 КПК, а також з об'єктивними можливостями особи реалізувати ці ризики.

Вище в цьому підрозділі ми говорили про те, що існує можливість поширення диспозитивного методу правового регулювання на регламентацію відносин, що виникають, розвиваються і припиняються у зв'язку з обранням і застосуванням запобіжних заходів.

У кримінально-процесуальному праві диспозитивний метод має певні особливості і визначається як метод правового регулювання, функціональним призначенням якого є забезпечення реалізації положень принципу диспозитивності, а змістом - врегулювання правовідносин між суб'єктами, які беруть участь у кримінальній справі, шляхом встановлення прав і гарантій вільного користування ними [82, с. 192].

Диспозитивність як метод правового регулювання і засада кримінального процесу пройшла довгий шлях як у науці, так і в законодавстві. Так, у ст. 16^1

КПК 1960 р. (містилася в розділі «Основні положення»)[11], не було окремого положення, яке б відображало зміст диспозитивності. В Конституції України (п. 3 ч. 2 ст. 129) засада диспозитивності поєднана з засадою змагальності у такому тексті: «свобода в наданні ними (сторонами - К. С.) суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості». На думку В. Шишкіна, «вказане речення не є тлумаченням принципу диспозитивності, але воно значно наближає до його суті, хоча й не розкриває в повному обсязі» [170, с. 10]. В. Шишкін, як народний депутат, який брав участь в обговоренні цього питання у вітчизняному парламенті, пояснює, що «текстуальна замисловатість - не вина авторів цієї конституційної норми, а результат ситуативних підходів до тексту Конституції у відповідний час. У первинному тексті пропонувалось норму, що міститься у пункті 4 статті 129 Конституції України (в редакції 1996 р. – К. С.) викласти у такій редакції – «змагальність та диспозитивність сторін». Але частина народних депутатів України негативно поставилась до застосування у тексті Основного Закону України чужоземного слова (хоча воно вже має статус міжнародного наукового терміна), інша частина народних депутатів елементарно не зрозуміла зміст цього слова і також була проти його застосування, тому й було знайдено вихід у вигляді зазначеного тексту, хоча останній й не зовсім автентичний за змістом цьому процесуально-правовому явищу» [170, с. 10].

У чинному (з 2012 р.) КПК диспозитивність регламентована як основна засада кримінального провадження, згідно з якою його сторони є вільними у використанні своїх прав у межах та у спосіб, передбачених КПК (ч. 1 ст. 26). Як бачимо, автори КПК вклали в поняття диспозитивності занадто широкий зміст: «вільне використання своїх прав». Граматичне тлумачення дозволяє дійти висновку про те, що в цій нормі йдеться про свободу використання учасниками кримінального провадження усіх своїх прав. Але ж будь-яке право за своєю природою є диспозитивним. Про диспозитивність варто вести мову (і

[11] Стаття з'явилася в КПК лише в 2001 р. в результаті відомої «малої» судової реформи [115].

регламентувати її) тоді, коли йдеться не просто про використання прав, про використання їх у контексті домовленостей з іншими учасниками з тих чи інших питань, що мають значення для кримінального провадження. Не дарма в Конституції України (про що йшлося вище) йдеться про свободу не кожного учасника, а саме сторін і контексті засади змагальності. Вочевидь це пов'язано з тим, що «диспозитивне начало тривалий час не розглядалось процесуальною наукою як самостійне. Протягом багатьох десятиліть велась дискусія з приводу того, що являє собою змагальне начало. Одним із її результатів і стало виокремлення диспозитивності як самостійного процесуально-правового начала» [106, с. 12].

Для нашого дослідження такий підхід до розуміння диспозитивності як явища взагалі і як методу правового регулювання зокрема має методологічне значення в плані можливості використання диспозитивного методу для регламентації підстав та процесуального порядку обрання і/чи застосування запобіжних заходів. Зрозуміло, що розглядати це питання потрібно з урахуванням специфіки відносин сторін кримінального провадження в перебігу обрання запобіжних заходів, ініціатором чого завжди (в стадії досудового розслідування) чи частіше (в судових стадіях процесу) виступає сторона обвинувачення. Сторона захисту ж частіше є ініціатором зміни або скасування запобіжного заходу.

Про диспозитивність ведуть мову як про можливість заінтересованих осіб *розпоряджатися* своїми матеріальними і процесуальними правами. Слово «розпоряджатися» є ключовим у визначеннях засади диспозитивності і означає «діяти стосовно до кого-, чого-небудь на свій розсуд» [16, с. 1069]. Розуміння засади диспозитивності як свободи сторін у наданні суду доказів і доведенні перед ним їх переконливості (п. 3 ч. 3 Конституції України, ч. 1 ст. 26 КПК) не повною мірою охоплює свободу суб'єктів кримінального процесу у розпорядженні своїми правами. Акцент у правових нормах робиться тільки на свободі суб'єктів у розпорядженні доказовим матеріалом, в той час, як сфера діяльності заінтересованих суб'єктів процесу є більш широкою. В

кримінальному судочинстві право сторін розпоряджатися процесуальними правами проявляється в трьох основних аспектах: 1) право на ініціювання кримінального процесу шляхом надання інформації про вчинений злочин органам дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду; 2) право заявляти клопотання, відводи, оскаржувати дії і рішення посадових осіб і органів, які ведуть процес; 3) право розпоряджатися доказовим матеріалом [82, с. 157].

Зазначені аспекти не охоплюють всього спектру прояву диспозитивності в кримінальному процесі. Окрім того, автор позначає їх як основні. Тобто є ще й інші аспекти. Усі вони, виходячи з розуміння поняття диспозитивності, пов'язані з терміном «розпорядження правами». Із 2012 р. сторони і потерпілий отримали можливість розпоряджатися у кримінальних провадженнях про певні кримінальні правопорушення своїми матеріальними правами шляхом укладання угод про визнання винуватості і угод про примирення. Результати перемовин зазначених учасників провадження є обов'язковими (за деякими винятками) для суду і із-за заборони оскарження не можуть бути переглянуті в апеляційному і касаційному порядку. Тобто результати цих домовленостей, врегульованих із застосуванням диспозитивного методу правового регулювання мають вагоме значення для реалізації норм кримінального права.

Якщо навіть норми кримінального права можна реалізовувати шляхом домовленостей між учасниками процесу, то чому не можна поставити питання про допустимість таких домовленостей між стороною обвинувачення і стороною захисту стосовно різновиду, строку, порядку обрання і застосування запобіжних заходів. У разі запровадження у процесуальне законодавство положення про право сторін домовитися щодо зазначених питань можна отримати суттєву процесуальну економію за рахунок зменшення навантаження на суд (слідчого суддю) і зменшення витрат часу на розгляд питання про обрання запобіжного заходу.

У зв'язку з висловленою нами пропозицією може виникнути питання про допустимість домовленостей щодо обрання запобіжного заходу у кримінальних провадженнях про тяжкі і особливо тяжкі кримінальні правопорушення.

Видається, що можна як заборонити у таких провадженнях можливість укладання угод щодо обрання запобіжних заходів, так і дозволити це робити. У разі укладання угоди завдання суду полягатиме лише у її затвердженні. У цьому полягатиме використання диспозитивного методу правового регулювання.

У процесуальній науці, окрім імперативного і диспозитивного, розглядають характерний для процесуальних галузей права змагальний метод правового регулювання. В літературі цей метод називають також «арбітральним» та «судовим» [14, с. 9-10]. Л. М. Лобойко правильно пише про те, що останні, відображаючи в собі назву суб'єкта (арбітр, суд), не відображають сутності розглядуваного методу правового регулювання. Оскільки він приводить в дію механізм змагальності процесу, то повинен позначатися адекватним своїй сутності терміном – «змагальний метод правового регулювання» [82, с. 309]. Позицію щодо найменування цього методу регулювання змагальним підтримує і С. Д. Шестакова, яка на монографічному рівні дослідила змагальність кримінального процесу, дійшла висновку, що «сутність змагальності полягає не тільки в тому, що вона є властивістю кримінального процесу, що утворює одну із його історичних форм, але і в тому, що вона являє собою один із можливих методів правового регулювання відносин між органами, які здійснюють провадження у кримінальній справі, і обвинуваченим (підозрюваним)» [169, с. 66].

Сутність будь-якого методу правового регулювання полягає у наданні суб'єктам правовідносин певного виду енергії (створення «енергетичного поля» регулювання). Якщо імперативний і диспозитивний методи в контексті змагальності створюють «поле активності сторін», то змагальний метод - «поле стримування» цієї активності. Енергія суду полягає в обмеженні такої активності сторін, яка сприятиме виходу останніх за межі закону або зробить неможливим їхнє справедливе змагання (порушить баланс прав і можливостей для їх реалізації). Змагальний метод не є чимось середнім між імперативним і диспозитивним методами. Це цілком самостійний метод правового

регулювання в кримінальному процесі, який має своє функціональне призначення.

Змагальний метод кримінально-процесуального права – це метод правового регулювання, сутність якого полягає у забезпеченні впливу сторін кримінального процесу одна на одну через вільного (незалежного) від їхніх інтересів арбітра - суду і можливості останнього стримувати активність сторін, пов’язану із порушенням закону чи створенням умов, що погіршують становище іншої сторони.

Змагальний метод правового регулювання є притаманним тільки для тих галузей права, в яких беруть участь сторони, що мають протилежні інтереси, і змагальність між цими сторонами [82, с. 310].

У випадку з обранням і застосуванням запобіжного заходу, напевне, не можна однозначно говорити про те, що протилежність інтересів сторін полягає в тому, що сторона обвинувачення дбає про досягнення цілей кримінального провадження, а сторона захисту не дбає про це. Інша справа, що цілі кримінального провадження сторони бачать по-своєму. На етапі обрання запобіжного заходу цілі, а відтак і інтереси сторін можуть як співпадати, так і різнитися. Якщо цілі співпадають, то тоді значна частина процесуальної діяльності може бути здійснена на підставі норм права, викладених із застосуванням диспозитивного методу правового регулювання, тобто шляхом укладання угоди про обрання певного запобіжного заходу і дотримання вимог, що є його змістом. Якщо ж цілі не співпадають, то доречним буде використання процедур, врегульованих із використанням змагального методу правового регулювання. Тобто запобіжний захід тоді треба обирати за звичайною, ускладненою процедурою з розглядом клопотання сторони обвинувачення перед судом (слідчим суддею).

За КПК 1960 р. переважна більшість запобіжних та інших примусових заходів (підписка про невиїзд, особиста порука, нагляд командування військової частини та ін.) на досудовому розслідуванні застосовувалися слідчим і прокурором в імперативному порядку, без звернення до суду. Такий

порядок регулювався з використанням імперативного методу, що передбачає вплив суб'єкта із владними повноваженнями на всіх інших суб'єктів «напряму», без посередника. Застосування ж заходів примусу, пов'язаних із позбавленням (хоча і тимчасовим) свободи обвинуваченого здатне порушити баланс можливостей сторін, тому що «для того, аби змагатися на рівних із обвинувачем, який перебуває на свободі, обвинуваченому також потрібна особиста свобода. ... Обмеження особистої свободи в принципі протипоказане змагальній конструкції процесу» [143, с. 71-72]. Підставою до позбавлення обвинуваченого свободи можуть бути тільки такі дії, завдяки яким рівність сторін може бути порушена на його користь. Ухилення підозрюваного від розслідування, перешкоджання встановленню істини у справі ставить цього суб'єкта в умови, що є вигіднішими для нього. Слідчий і прокурор за таких незаконних дій підозрюваного в першому випадку позбавлені можливості змагатися і здійснювати діяльність на користь публічних інтересів, бо їм треба буде «битися з тінню» [143, с. 72]. Цитований текст торкається застосування змагальних процедур щодо обрання запобіжних заходів, пов'язаних з позбавленням особи свободи. Чинне ж українське процесуальне законодавство передбачає використання змагального методу правового регулювання для обрання усіх без винятку запобіжних заходів.

Змагальні процедури обрання запобіжних заходів є громіздкими та тривалими. Тому пропонуємо запровадити у кримінальне процесуальне законодавство положення про те, що сторони можуть укласти угоду щодо різновиду запобіжного заходу, порядку і строку його застосування, яка підлягає затвердженню судом (слідчим суддею). Цю пропозицію поділяють 81,3 % опитаних слідчих, 74,7 % прокурорів та 94,3 % суддів.

Якщо ж така «диспозитивна процедура» не може бути застосована із-за неможливості сторін домовитися, то тоді повинна застосовуватися змагальна процедура. Такий підхід до обрання і застосування запобіжних заходів дозволить: внаслідок спрощення процедури скоротити строки вирішення цих

питань; добитися підвищення ефективності виконання особою, щодо якої обраний запобіжний захід, відповідних зобов'язань з його дотримання.

Висновки до розділу 1

1. На сучасному етапі розвитку науки і практики кримінального процесу не варто переглядати термін «запобіжні заходи». Бо саме такий термін є усталеним і в науці і в практиці. Пропозиції ж щодо перейменування цих заходів (наприклад, у «попереджувальні заходи» чи якісь інші) будуть позбавлені практичного значення.

2. Запобіжні заходи є частиною заходів кримінального процесуального примусу (заходів забезпечення кримінального провадження). Мета застосування запобіжних заходів як частини заходів забезпечення кримінального провадження співпадає з метою останніх: забезпечення дієвості кримінального провадження, що логічно обумовлює назву всіх заходів, про які йдеться у ст. 131 КПК України.

3. Відсутність в процесуальному законі регламентації підстав (за винятком хіба що того, що їх можна застосувати за наявності підстав до обрання запобіжних заходів) та порядку (за винятком того, що їх застосовують одночасно з обранням запобіжних заходів) застосування зобов'язань, передбачених ч. 5 ст. 194 КПК України створює ситуацію правової невизначеності, за якої існує велика ймовірність їх свавільного застосування. Процесуальний закон в цій частині не є якісним і обумовлює об'єктивне існування значного ступеню дискреції суду. Вирішити зазначену проблему можна у такий спосіб: віднести усі ці зобов'язання до числа запобіжних заходів.

4. Запобіжні заходи у кримінальному провадженні мають власне функціональне призначення, що розкривається шляхом виконання наступних функцій: забезпечення належної поведінки підозрюваного, обвинуваченого під час кримінального провадження; забезпечення доказової діяльності у кримінальному провадженні; гарантування змагальності кримінального

провадження; забезпечення законного обмеження прав і свобод підозрюваного, обвинуваченого під час кримінального провадження; забезпечення ефективності кримінального провадження; відокремлення процесу кримінального провадження від результату кримінального провадження; забезпечення реалізації кримінальної процесуальної відповідальності.

5. Предмет кримінального процесуального права в частині регламентації запобіжних заходів неналежним чином забезпечує право на свободу і особисту недоторканість у кримінальному провадженні, про що свідчить нормативна неузгодженість між ч. 2 ст. 211 КПК України та ст.ст. 14, 15-1 Закону України від 20 березня 2003 року «Про боротьбу з тероризмом» та недоліки процесуальних норм ст.ст. 206, 210, 208, 315 КПК України. Останні законодавчі приписи стосовно регламентації запобіжних заходів у кримінальному провадженні потребують невідкладних змін та доповнень на рівні реалізації законодавчої гілки влади.

6. Широке розуміння примусу при визначенні запобіжних заходів в сучасному кримінальному процесі є не доцільним. Існуючий інститут кримінального процесуального примусу потребує ґрунтовного переосмислення і зміни.

7. Імперативний метод правового регулювання в частині регламентації запобіжних заходів у вітчизняному кримінальному процесуальному праві повинен використовуватися з урахуванням принципу пропорційності. Останній в частині регламентації запобіжних заходів в кримінальному процесі означає, що встановлювані законодавцем методи впливу на поведінку підозрюваних, обвинувачених, засуджених мають перебувати у розумному співвідношенні з ризиками, встановленими у ч. 1 ст. 177 КПК України, а також з об’єктивними можливостями особи реалізувати ці ризики.

8. У зв’язку з громіздкістю та тривалістю змагальних процедур обрання запобіжних заходів запропоновано запровадити у кримінальне процесуальне законодавство положення про те, що сторони можуть укласти угоду щодо різновиду запобіжного заходу, порядку і строку його застосування, яка підлягає

затвердженню судом (слідчим суддею). Якщо ж така «диспозитивна процедура» не може бути застосована із-за неможливості сторін домовитися, то тоді повинна застосовуватися змагальна процедура.

Основні результати розділу опубліковані у працях [131; 134].

РОЗДІЛ 2
ПРАВИЛА ЗАСТОСУВАННЯ ЗАПОБІЖНИХ ЗАХОДІВ

2.1. Загальні правила застосування запобіжних заходів

Питання про загальні правила застосування запобіжних заходів у кримінальному процесі у юридичній науковій літературі ставилося до набрання в 2012 році чинності Кримінальним процесуальним кодексом України. Відразу зазначимо, що висловлені в науці думки щодо загальних правил не можна сприймати як такі, що не потребують подальшого опрацювання. Справа в тім, що робіт, присвячених дослідженню питання про загальні правила застосування запобіжних заходів у фонді вітчизняної науки кримінального процесу не багато. З чого слідує висновок про те, що їхні автори зробили лише перші спроби виокремити такі правові положення, які б розповсюджували свій вплив на функціонування всієї системи запобіжних заходів. Тому їхні наукові висновки можуть стати предметом критичного аналізу і бути, як і будь-які інші висновки, піддані сумніву і стати предметом подальшого опрацювання проблемних питань визначення загальних правил застосування запобіжних заходів.

О. І. Білоусов виокремив чотири загальних правила застосування запобіжних заходів: неприпустимість обмеження прав і свобод, не викликане обставинами справи і законною необхідністю; неприпустимість недооцінки інтересів інших осіб, що охороняються законом і пов’язаного із цим неприйняття належних заходів через обмеження відповідних прав обвинуваченого; дотримання балансу законних інтересів особистості і держави; обмеження конституційних та інших прав і свобод особи допускаються тільки відповідно до закону [10, с.179]. Принаймні три із чотирьох зазначених положень мають настільки абстрагований, загальний характер, що не відображають специфіки застосування запобіжних заходів. Наприклад, «обмеження конституційних та інших прав і свобод особи допускаються тільки відповідно до закону» є складовою частиною засади законності, яка, як відомо,

розповсюджує свою дію на всі процесуальні дії і процесуальні рішення. Положення про «неприпустимість обмеження прав і свобод, не викликане обставинами справи і законною необхідністю», знов таки, не конкретизує зміст діяльності з обрання і застосування запобіжних заходів, бо розповсюджується на усі випадки обмеження прав і свобод, які трапляються протягом усього кримінального провадження. До того ж, твердження про те, що обмеження прав і свобод особи повинно здійснюватися лише відповідно до закону, розкриває зміст засади законності в кримінальному процесі.

Тут варто звернути увагу на співвідношення засад (принципів) кримінального провадження і загальних правил (положень) окремих структурних елементів кримінальної процесуальної діяльності.

Засади кримінально-процесуального права – це закріплені в правових нормах вихідні положення, що відбивають панівні в державі політичні та правові ідеї і визначають сутність організації і діяльності компетентних державних органів щодо досудового розслідування і судового розгляду кримінальних справ [70, с. 106-107]. Серед ознак засад є такі: «на їх основі побудована і діє вся кримінально-процесуальна система» та їхня дія «на всіх або на більшості стадій кримінального процесу і обов’язково в його центральній стадії – судовому розгляді кримінальної справи».

А. Муравін щодо засад кримінального процесу правильно зазначає, що маючи форму правових норм, вони являють собою найзагальніші, фундаментальні положення, на яких будується і діє вся кримінально-процесуальна система. У своїй єдності вони характеризують весь кримінальний процес в цілому, визначають його особливі форми і відповідні інститути [96, с. 87].

Будучи загальними по відношенню до системи кримінального процесу, принципи останнього по-різному виявляють свою дію в різних структурних його частинах, що обумовлено специфікою завдань, які стоять перед окремими елементами процесуальної системи. Зазначена обставина породила в кримінальній процесуальній науці полеміку вчених щодо наявності або

відсутності специфічних загальних правових положень, тобто принципів, властивих окремим частинам кримінального процесу. Так, одні вчені виступають проти виокремлення принципів окремих стадій, вважаючи їх конкретним проявом загальних процесуальних принципів у відповідних стадіях [4, с. 50-51]. На думку інших дослідників, існування загальних принципів процесу не виключає наявності специфічних закономірностей, властивих окремим стадіям процесу, а відтак, і відповідних їм принципів, загальних правил. Так, наявність загальних для стадії досудового розслідування положень вперше в 1951 році була помічена М. О. Чельцовим, який назвав їх «загальними умовами попереднього розслідування» [166, с. 234-242]. А загальні положення судового розгляду вперше в науці кримінального процесу були сформульовані І. Д. Перловим в 1955 році [102, с. 17].

Пізніше зазначені вище положення були регламентовані в кримінальному процесуальному законодавстві. У чинному КПК загальні положення досудового розслідування регламентовані в гл. 19, а загальні положення судового розгляду в § 1 гл. 28. Більш того, в чинному КПК законодавець пішов далі регламентації загальних положень стадій. Наразі в цьому законодавчому акті регламентовані загальні положення (правила, вимоги) й інших процесуальних інститутів: загальні *правила* застосування заходів забезпечення кримінального провадження (ст. 32 КПК); загальні *положення* про запобіжні заходи (ст. 176 КПК); *вимоги* до проведення слідчих (розшукових) дій (ст. 223 КПК). З цього можна зробити висновок про те, що існує тенденція регламентації у законі не лише засад (принципів) кримінального процесу, а й інших загальних положень для окремих процесуальних інститутів. Причому якщо раніше законодавець регламентував лише загальні положення стадій, то наразі такі положення сформульовані в законі також щодо інших інститутів, які можуть функціонувати в різних стадіях кримінального провадження. Так, норми, в яких сформульовані загальні положення щодо запобіжних заходів можуть застосовуватися як у стадії досудового розслідування, так і в судових стадіях.

Що стосується термінологічного визначення розглядуваних положень, то в науці кримінального процесу існують два підходи щодо розуміння положень, які поширюють свою дію на окремі інститути кримінального процесуального права. Одні учені-процесуалісти називають їх принципами, другі – загальними правилами.

Перший підхід вважають більш прийнятним з причини того, що він відображає специфіку діяльності в окремих структурних елементах конкретного процесу. Крім того, такий підхід передбачає ставлення до принципу як до центрального поняття, основи підсистеми кримінального процесу, який представляє собою поширення загальних положень на той обсяг діяльності, з якого цей принцип абстрагований [83, с. 27]. Другий підхід, прибічниками якого були М. О. Чельцов та І. Д Пєрлов (див. вище) вочевидь пов’язаний з тим, що термін «засада» («принцип») має більш загальний характер і тому не доцільно поширювати його на обсяги діяльності, які є меншими від такого явища як кримінальне провадження.

Ми вважаємо, що стосовно правових положень, які розповсюджують свою дію на сукупність процесуальних дій і процесуальних рішень, які утворюють інститут запобіжних заходів, доцільним є вживання терміну «загальні правила». Слово «правило» в українській мові означає положення, яким потрібно керуватися у праці, в поведінці і т. ін. [16, с.916]. Під терміном «загальний» розуміють: 1) який стосується всіх, поширюється на все в цілому; 2) який містить лише головне, без подробиць [16, с. 288]. Відтак, якщо ми говоримо про положення щодо запобіжних заходів, то маємо на увазі ті з положень, якими потрібно керуватися при вирішення питання щодо обрання і застосування запобіжних заходів і які стосуються усіх цих заходів і всієї діяльності, пов’язаної з їх обранням і застосуванням.

Одним із перших українських учених, який на монографічному рівні розробив поняття і систему загальних правил застосування запобіжних заходів, є А. В. Захарко. Але розроблені ним загальні правила стосуються лише неізоляційних запобіжних заходів (тих, що не пов’язані з позбавленням волі).

Автор вважає, що під загальними правилами застосування неізоляційних запобіжних заходів варто розуміти такі правові положення, які стосуються всіх неізоляційних запобіжних заходів і вбирають у себе лише найбільш суттєві, керівні ідеї щодо ефективного застосування неізоляційних запобіжних заходів [44, с. 127]. А. В. Захарком сформульовані такі загальні правила: 1) обов'язкова *обґрунтованість процесуального рішення* (тут і далі в цьому підрозділі – курсив наш – К. С.) у відповідному документі про застосування неізоляційного запобіжного заходу; 2) обов'язковість застосування органом розслідування запобіжного заходу за наявності до того *підстав*; 3) запобіжні заходи можуть бути застосовані як за наявності обґрунтованого, документально доведеного і високо ймовірного *припущення*, що обвинувачений схильний до порушення правил належної поведінки, так і після вчинення обвинуваченим таких дій; 4) *презумпція* застосування неізоляційних запобіжних заходів; 5) *презумпція* застосування неізоляційних запобіжних заходів до особи, яка хворіє на хворобу, внесену до переліку, передбаченого наказом Державного департаменту України з питань виконання покарань та Міністерства охорони здоров'я України № 3/6 від 18 січня 2000 р.[12]; 6) *презумпція звільнення з-під варти* обвинуваченого після закінчення досудового слідства з застосуванням за необхідності неізоляційного запобіжного заходу; 7) презумпція *поступового збільшення суворості запобіжного заходу* при обранні щодо обвинуваченого більш суворого запобіжного заходу в разі порушення ним умов попередньо застосованого запобіжного заходу; 8) *врахування* органом розслідування *думки потерпілого* з приводу достатності суворості запобіжного заходу, що застосовується до обвинуваченого; 9) комплексне *врахування обставин, що характеризують особу обвинуваченого* та інших обставин кримінальної справи, у тому числі тяжкості обвинувачення; 10) запобіжний захід у ході досудового слідства повинен динамічно відповідати зміні *тяжкості обвинувачення* та

[12] Наказ втратив чинність на підставі наказу Міністерства юстиції України і Міністерства охорони здоров'я України від 15 серпня 2014 р. № 1348/5/572 «Про затвердження Порядку організації надання медичної допомоги засудженим до позбавлення волі» [97].

ступеню ймовірності *неналежної поведінки* обвинуваченого; 11) неізоляційні запобіжні заходи *не застосовуються* до обвинувачених у злочинах, при вчиненні яких за Кримінальним кодексом України передбачається довічне позбавлення волі, до неодноразово засуджених, які ведуть аморальний спосіб життя, не займаються суспільно корисною трудовою діяльністю, осіб, які вчинили злочин з особливою жорстокістю, настирністю та рішучістю; 12) *врахування* при обранні неізоляційного запобіжного заходу *висновку служби прогнозування* поведінки обвинуваченого та думки сусідів обвинуваченого щодо суспільної небезпечності останнього; 13) можливість *поєднання* застосування до обвинуваченого *одного основного та одного додаткового запобіжного заходу* (за умови запровадження до змін і доповнень КПК, обґрунтованих автором в монографії – К. С.) [44, с. 170-171].

Позиція А. В. Захарка не є беззаперечною. На наш погляд, усі перераховані ним положення стосуються не лише «неізоляційних», а усіх запобіжних заходів.

Так, наприклад, восьме правило (про врахування думки потерпілого з приводу достатності суворості запобіжного заходу) розповсюджується на усі запобіжні заходи. Більш того, врахування думки потерпілого при обранні взяття під варту є більш цінним, ніж при обранні заходу, не пов’язаного з ізоляцією особи.

Правило щодо «обґрунтованості процесуального рішення про застосування неізоляційного запобіжного заходу» є частиною правила про обов’язкове обґрунтування будь-якого кримінального процесуального рішення, а не лише того, що стосується конкретного запобіжного заходу.

Правило одинадцяте (про заборону застосування неізоляційних запобіжних заходів у певних категоріях справ) суперечить правилам 4-7 щодо презумпцій пріоритетного застосування неізоляційних запобіжних заходів, в тому числі щодо хворих осіб; по завершенні досудового розслідування.

Можна і далі продовжувати аналіз зазначених правил на адекватність відображення ними вимог, що ставляться до підстав і процесуального порядку

застосування запобіжних заходів, але й наведених прикладів, вважаємо, достатньо для висновку про те, що викладені правила є занадто загальними для неізоляційних запобіжних заходів.

За десять років до формулювання правил А. В. Захарком, спробу визначити загальні умови застосування заходів процесуального примусу, пов'язаних з ізоляцією особи, зробила В. В. Рожнова у своїй кандидатській дисертації. Вона виокремила три таких умови: наявність порушеної кримінальної справи (за чинним КПК – внесення до ЄРДР відомостей про кримінальне правопорушення); перебування особи в правовому статусі, яким дозволяється застосування щодо неї заходів процесуального примусу, пов'язаних з ізоляцією особи; дотримання встановлених меж застосування і порядку проведення конкретних заходів процесуального примусу, пов'язаних з ізоляцією особи [126, с. 57-90]. Як і в випадку з загальними правилами застосування неізоляційних запобіжних заходів, запропонованими А. В. Захарко, умови, про які пише В. В. Рожнова, є загальними для усіх запобіжних заходів. Якщо навіть припустити, що під умовами авторка розуміла наявність певних обставин, які передують застосуванню ізоляційних запобіжних заходів, то вони безпосередньо їх не стосуються, тобто не є релевантними щодо них. Узагалі ж три загальні умови, визначені авторкою, є складовими засади законності кримінального процесу, а не самостійними правилами (положеннями, умовами) загального для застосування запобіжного заходу характеру.

У контексті загальних правил, підстав і умов застосування заходів забезпечення кримінального провадження, в тому числі й запобіжних заходів під час кримінального провадження доцільно розглянути питання щодо потреби правового регулювання обставин, що виключають злочинність діяння, у главі 18 КПК України.

На розгляді у Верховній Раді України знаходиться проект Закону України «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України (щодо удосконалення забезпечення права на необхідну оборону)» (реєстраційний

номер 5603) [113]. Автори законопроекту обґрунтовують потребу ухвалення законопроекту тим, що в силу певної традиції правозастосовчої практики є вкрай неоднозначним застосуванням положень КК про обставини, що виключають злочинність діяння, в кримінальному процесі. Бо, як стверджують автори, зазвичай слідчі, не маючи прямої процесуальної вимоги, належним чином не досліджують обставини, що могли б виключати злочинність діяння. У свою чергу сторона захисту теж змушена доводити обставини, що виключають злочинність діяння вже на етапі судового слідства. За наявності обставин, що виключають злочинність діяння, запобіжні заходи не повинні застосовуватися.

Застосування заходів забезпечення кримінального провадження, в тому числі й запобіжних заходів, не допускається, якщо слідчий, прокурор не доведе, що існує обґрунтована підозра щодо вчинення кримінального правопорушення (п. 1 ч. 3 ст. 132 КПК). Існування такої підозри передбачає, серед іншого, і відсутність обставин, що виключають злочинність діяння, регламентованих в Розділі VIII КК. А наявність таких обставин, в свою чергу, виключає існування обґрунтованої підозри. Інакше кажучи, за своєю суттю відсутність обставин, що виключають злочинність діяння *є необхідною умовою* прийняття законного та обґрунтованого рішення про пред'явлення особі підозри, втім як обставини, перелічені у частині третій статті 132 КПК, є саме *підставами* для ухвалення вже іншого (наступного) процесуального рішення про застосування заходів забезпечення кримінального провадження. Причому під час ухвалення будь-якого процесуального рішення в царині кримінального провадження доводити потрібно саме наявність підстав, а не умов. Адже дотримання останніх лише посвідчується в тексті процесуального рішення.

Реалізація пропозиції авторів законопроекту покласти на слідчого, прокурора (сторону обвинувачення) обов'язок доводити відсутність обґрунтованих підстав вважати, що мали місце обставини, які виключають злочинність діяння (п. 4 ч. 3 ст. 132 КПК), поставить сторону обвинувачення у некомфортне становище як з психологічної, так і з правової точок зору. Бо слідчий, прокурор буде змушений доводити у суді наявність двох

взаємовиключних обставин: (1) обґрунтованої підозри у вчиненні злочинного діяння і (2) обставин, що виключають злочинність діяння. Це все одно, що доводити перед судом одночасно винуватість і невинуватість однієї особи у вчиненні одного злочину.

Законопроектом пропонується надати стороні захисту право заперечувати обґрунтованість підозри (зокрема з посиланням на обставини, що виключають злочинність діяння) (п. 8 ч. 2 ст. 193 КПК). Але ж у КПК вже передбачені права підозрюваного (обвинуваченого): давати пояснення, показання з приводу підозри, обвинувачення чи в будь-який момент відмовитися їх давати; збирати і подавати слідчому, прокурору, слідчому судді докази тощо (ч. 3 ст. 42 КПК). Зазначених прав цілком достатньо для реалізації інтересів особи, щодо якої вирішується питання про обрання запобіжного заходу, в частині врахування судом наявності обставин, що виключають злочинність діяння. Особа має можливість довести суду свою думку з приводу існування таких обставин шляхом надання пояснень, показань, подання речей, документів, показань інших осіб і у такий спосіб спростувати доводи прокурора щодо існування обґрунтованої підозри.

Регламентація, яка пропонується, може стати поштовхом до внесення змін до КПК також в частині забезпечення прав осіб, щодо яких вирішується питання про обрання запобіжних заходів чи інших заходів забезпечення кримінального провадження, також в частині покладання на сторону обвинувачення окремого обов’язку щодо зазначення в клопотанні про наявність обґрунтованих підстав вважати, що з боку підозрюваного не мала місця, наприклад, добровільна відмова від вчинення злочину, а стороні захисту права – заперечувати це. Те ж саме стосується таких категорій кримінального права як співучасть у вчиненні злочину (відповідальність організатора злочину є більш тяжкою, ніж виконавця), стадії вчинення злочину (підготовка до вчинення злочину карається м’якше, ніж закінчений злочин) тощо.

У законопроекті сплутані підстави прийняття рішення з його умовами, зокрема, з такою умовою як ухвалення попереднього процесуального рішення -

про пред'явлення підозри. Отже, фактично слідчому судді пропонується перевіряти законність та обґрунтованість процесуального рішення слідчого, прокурора обвинувального характеру та редагувати його (надавати негативну оцінку його якості), що на даному етапі провадження суперечить засаді змагальності.

Статтю 194 КПК пропонується доповнити заборонною нормою (ч. 2-2): «якщо особа підозрюється чи обвинувачується за декількома статтями закону України про кримінальну відповідальність і за частиною з них будуть обґрунтовані підстави вважати, що мали місце обставини, що виключають злочинність діяння, то *слідчий суддя, суд не враховує покарання* за такими кримінальними правопорушеннями при постановленні ухвали про застосування запобіжних заходів».

Слідчий суддя, суд, виходячи з положень чинного законодавства, й так враховують чи існує обґрунтована підозра: якщо є відомості про наявність обставин, що виключають злочинність діяння, то це означає, що підозра є необґрунтованою або менш обґрунтованою. А це впливає на внутрішнє переконання судді при прийнятті рішення про обрання запобіжного заходу.

Розглядаючи далі загальні правила заходів забезпечення кримінального провадження, запобіжних заходів вважаємо на необхідне проаналізувати позицію В.І. Фаринника, який дослідивши загальні правила (гарантії правомірності) застосування заходів забезпечення кримінального провадження, зазначає, що проведене дослідження, а також тлумачення нормативного змісту положень ст. 132 КПК дає можливість сформулювати загальні правила (гарантії правомірності) застосування заходів забезпечення кримінального провадження, якими є:

1) наявність повноважень та компетенції суб'єкта сторони обвинувачення (слідчого, прокурора) на звернення з відповідним клопотанням;

2) покладення обов'язку доказування на сторону кримінального провадження, яка звертається з клопотанням;

3) судова процедура вирішення питання про їх застосування;

4) виключна підсудність вирішення питання про застосування заходів забезпечення кримінального провадження, а також продовження строку їх дії місцевому суду, в межах територіальної юрисдикції якого знаходиться орган досудового розслідування, що здійснює відповідне розслідування;

5) наявність обґрунтованої підозри щодо вчинення кримінального правопорушення такого ступеня тяжкості, що може бути підставою для застосування заходів забезпечення кримінального провадження;

6) відповідність потребам досудового розслідування такого ступеня втручання у права і свободи особи, про який йдеться в клопотанні сторони кримінального провадження, та можливість виконання завдання, для виконання якого сторона кримінального провадження звертається із клопотанням, і саме яке повинно бути доведене при розгляді вказаного клопотання (правило пропорційності втручання);

7) застосування заходів забезпечення кримінального провадження в межах кримінального провадження – досудового розслідування (з моменту внесення відомостей про кримінальне правопорушення до ЄРДР і до закриття кримінального провадження або направлення до суду обвинувального акта, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, клопотання про звільнення особи від кримінальної відповідальності у межах відповідних строків досудового розслідування) і судового провадження [161, с. 110-111]. Визначені В.І. Фаринником загальні правила (гарантії правомірності) застосування заходів забезпечення кримінального провадження передусім стосуються не запобіжних заходів, що предметом нашого дослідження, а всіх заходів кримінального провадження, шляхом застосування яких досягається дієвості цього провадження. Водночас, навіть у зазначеному аспекті дискусійним виглядає віднесення до системи загальних правил (гарантій правомірності) застосування заходів забезпечення кримінального провадження такого правила як судова процедура вирішення питання про їх застосування. Тому що не всі заходи забезпечення кримінального провадження застосовуються шляхом здійснення судової процедури. Зокрема, на початку

процесуальної діяльності, одразу після вчинення кримінального правопорушення можуть без судової процедури бути застосовані такі заходи забезпечення кримінального провадження як затримання, тимчасове обмеження у користуванні спеціальним правом, тимчасове вилучення майна. Тому зазначене загальне правило потребує уточнення та конкретизації залежно від етапу кримінального провадження.

У навчальній літературі з кримінального процесу (курси лекцій, підручники) викладають як загальні правила застосування заходів забезпечення кримінального провадження (обмежуючись лише тими, що викладені в кримінальному процесуальному законі) [70, с. 335-336], так і загальні правила застосування запобіжних заходів [78, с. 162, 165-166]. Нас в контексті цього дослідження цікавлять положення щодо запобіжних заходів. Л. М. Лобойко в своєму підручнику зазначає, що запобіжні заходи застосовуються за такими правилами: 1) слідчий, прокурор не мають права ініціювати застосування запобіжного заходу без наявності для цього підстав, передбачених КПК; 2) запобіжний захід може бути застосований тільки після повідомлення особі про підозру чи порушення прокурором державного обвинувачення; 3) під час вирішення питання про застосування того чи іншого запобіжного заходу, крім підстав, зазначених у ст. 177 КПК, враховуються також інші обставини, як то: вагомість наявних доказів про вчинення підозрюваним, обвинуваченим кримінального правопорушення; тяжкість покарання, що загрожує відповідній особі у разі визнання підозрюваного, обвинуваченого винуватим у кримінальному правопорушенні, у вчиненні якого він підозрюється, обвинувачується; вік та стан здоров’я підозрюваного, обвинуваченого та ін., встановлені статтею 178 КПК; 4) може бути застосований під час досудового розслідування - слідчим суддею за клопотанням слідчого, погодженим з прокурором, або за клопотанням прокурора, а під час судового провадження - судом за клопотанням прокурора. Згідно з ч. 3 ст. 5 ЄКПЛ «кожна затримана або заарештована особа … має право негайно постати перед суддею або іншим органом, який за законом має повноваження суду, а також має право на

проведення судових слухань протягом розумного часу або ж на звільнення до суду». Це означає, що щодо затриманої особи запобіжний захід має обиратися винятково судом; 5) запобіжний захід обирається щодо підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого; 6) слідчий суддя, суд зобов'язані відмовити у застосуванні запобіжного заходу, якщо слідчий, прокурор не доведе, що встановлені під час розгляду клопотання про застосування запобіжних заходів обставини, є достатніми для переконання, що жоден із більш м'яких запобіжних заходів, передбачених ч. 1 ст. 176 КПК, не може запобігти доведеним під час розгляду ризику або ризикам; 7) копія ухвали про застосування запобіжного заходу вручається підозрюваному, обвинуваченому негайно після її оголошення; 8) дозволяється застосовувати запобіжний захід тільки щодо належного суб'єкта (не можна, наприклад, застосувати такий захід відносно неповнолітнього, який не досяг віку кримінальної відповідальності); 9) щодо однієї особи може бути застосований тільки один запобіжний захід. Однак це не виключає можливості одночасного застосування іншого заходу забезпечення кримінального провадження (наприклад, підозрюваного, щодо якого обрано особиста порука, можна відсторонити від посади); 10) запобіжний захід скасовується або замінюється, коли відпаде необхідність у раніше обраному заході; 11) заміна запобіжного заходу може бути здійснена у випадках, коли: запобіжний захід обрано необґрунтовано або незаконно, але є підстави до обрання іншого заходу або суттєво змінилися обставини, що були враховані при обранні запобіжного заходу; 12) якщо до підозрюваного, обвинуваченого застосовано запобіжний захід, не пов'язаний із триманням під вартою, він не може бути затриманий без дозволу слідчого судді, суду у зв'язку з підозрою або обвинуваченням у тому ж кримінальному правопорушенні; 13) дія запобіжного заходу припиняється негайно: у разі закриття кримінального провадження (ч. 1 ст. 214 КПК), ухвалення виправдувального вироку, закінчення строку дії ухвали про обрання запобіжного заходу [78, с. 165-166].

Останній перелік загальних правил є найбільш адекватним до діяльності з обрання і застосування запобіжних заходів.

Зрозуміло, що різні дослідники можуть формулювати власну систему загальних правил застосування запобіжних заходів, орієнтуючись на їх правове регулювання та практику застосування, які (регулювання і практика) не є сталими в силу їх поступального розвитку. До того ж, позиція того чи іншого вченого чи практика відзначається певним ступенем суб'єктивізму.

У цьому дисертаційному дослідженні ми теж зробимо спробу сформувати систему загальних правил застосування запобіжних заходів, але, попередньо зауважимо, що, на наш погляд, набагато важливіше визначити ознаки цих правил. Урахування ознак при внесенні змін до кримінального процесуального законодавства в частині регламентації підстав і порядку запобіжних заходів дозволить уникати відходу від їх суті та функціонального призначення, а також «залишатися» при регламентації в межах відповідної глави КПК.

Сукупність істотних ознак утворює зміст певного поняття. В. Є. Жеребкін визначає поняття як форму мислення, яка відтворює предмети і явища в їхніх істотних ознаках. Істотні ознаки – це такі ознаки, котрі відображають природу предмета, його сутність і відрізняють його від усіх інших предметів. Істотними ознаками є загальні та необхідні ознаки, такі, котрі належать усім предметам роду і без яких предмет немислимий [37, с. 25]. Стосовно нашого предмету дослідження «родом» варто вважати сукупність загальних правил, під регулювання яких підпадають усі запобіжні заходи, підстави та порядок їх застосування. Тут важливо зазначити, що мова йде не про спільність ознак лише запобіжних заходів, а й про діяльнісний аспект. Тобто про їхнє застосування, яке починається зі з'ясування підстав до обрання того чи іншого запобіжного заходу і здійснюється в порядку, передбаченому нормами відповідної глави КПК.

Відзначимо, що застосування запобіжних заходів відбувається за правилами, які мають різний ступінь загальності. Тобто загальні правила розташовуються в ієрархічній послідовності: засади (загальні правила кримінального провадження), загальні правила застосування заходів забезпечення кримінального провадження, *загальні правила застосування*

запобіжних заходів; загальні правила застосування ізоляційних і неізоляційних запобіжних заходів. У процесуальній літературі запобіжні заходи класифікують також залежно від поширюваності їхньої дії на тих чи інших суб'єктів, щодо яких вони можуть бути застосовані. Ті, що застосовуються до всіх суб'єктів, називають загальними, а ті, що застосовуються до спеціальних суб'єктів (неповнолітніх, неосудних) – спеціальними. Щодо кожної із зазначених класифікаційних груп запобіжних заходів також можуть бути виокремлені загальні правила застосування[13]. Як бачимо, загальні правила застосування запобіжних заходів займають проміжне становище в системі загальних правил, за якими здійснюється діяльність з обрання і застосування запобіжних заходів. При цьому правила, що є «вищими в ієрархії», визначають зміст загальних правил застосування запобіжних заходів, а останні визначають зміст правил, які є «нижчими в ієрархії».

Виходячи з викладеного, вважаємо, що істотними ознаками загальних правил застосування запобіжних заходів є такі: вони обумовлені засадами кримінального провадження і не повинні їм суперечити; розповсюджують дію на усі запобіжні заходи; не виходять за межі правового регулювання системи запобіжних заходів; ілюструють специфіку запобіжних заходів в системі заходів забезпечення кримінального провадження.

Формування системи загальних для усіх запобіжних заходів правил має не лише теоретичне, а й суттєве практичне значення. Система таких правил, викладена в науковій роботі (дисертації), може складатися як з тих положень, що вже регламентовані в законодавстві, а тому є правовими, так і з теоретичних положень, абстрагованих із системи кримінальної процесуальної діяльності з обрання і застосування запобіжних заходів. Останні хоч і теоретично абстрагованими, не є абстрактними. Вони можуть бути реально «присутніми» в практичній діяльності учасників кримінального провадження, які ініціюють, розглядають і приймають рішення щодо запобіжних заходів. Якщо ці

[13] Правила, які стосуються діяльності з обрання і застосування окремих запобіжних заходів, загальними не є. Вони є правовими приписами, які розповсюджуються на один із запобіжних заходів.

положення ще не врегульовані у кримінальному процесуальному законодавстві, то це не означає, що вони не набудуть «статусу» правових у майбутньому.

Щодо кількості елементів системи загальних правил застосування запобіжних заходів варто наголосити на тому, що в силу загальності їх не повинно бути багато. Така сама вимога ставиться і до засад (принципів) кримінального провадження. Погоджуємося з В. Т. Маляренком, який правильно зазначив, що «чим більше принципів, то менше їхнє значення, бо більше їхня розмитість. … Засади кримінального судочинства – це фундамент, на якому повинні будуватися всі інші *правила* (курсив наш – К. С.) кримінального процесу, і їх має бути стільки, скільки вимагають умови життя суспільства» [88, с. 43].

Формулюючи систему правових і теоретичних положень, будемо враховувати напрацювання інших науковців з цієї тематики.

На наш погляд, система загальних правил застосування запобіжних заходів складається з таких *правових положень*: 1) запобіжний захід може бути ініційований слідчим, прокурором і обраний судом лише за наявності підстав (ризиків неналежної поведінки) і обґрунтованості підозри; 2) врахування в сукупності всіх обставин кримінального провадження, в тому числі тих, що характеризують особу[14]; 3) дозволяється ініціювати, обирати і застосовувати запобіжний захід щодо належного суб’єкта - підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого; 4) у застосуванні запобіжного має бути відмовлено, якщо слідчий, прокурор не доведуть, що встановлені під час розгляду клопотання про застосування запобіжних заходів обставини, є достатніми для переконання, що жоден із більш м’яких запобіжних заходів не може запобігти доведеним під час розгляду ризику або ризикам; 5) щодо однієї особи може

[14] У певних випадках законодавець наголошує на потребі врахування такої обставини кримінального провадження як кваліфікація кримінального правопорушення, у вчиненні якого підозрюється або обвинувачується особа. Запобіжні заходи у вигляді особистого зобов’язання, особистої поруки, домашнього арешту, застави не можуть бути застосовані до осіб, які підозрюються або обвинувачуються у вчиненні злочинів, передбачених статтями 109-114-1, 258-258-5, 260, 261 КК. Це положення запроваджене до ст. 176 КПК у 2014 р. у зв’язку з підвищеною суспільною небезпекою зазначених злочинів [114].

бути застосований лише один запобіжний захід, що не виключає можливості одночасного застосування іншого заходу забезпечення кримінального провадження; 6) запобіжний захід скасовується або замінюється, коли відпаде необхідність у раніше обраному заході; 7) застосування запобіжного заходу здійснюється протягом строку, визначеного ухвалою суду, з можливістю подальшого продовження; дія запобіжного заходу припиняється негайно у разі закриття кримінального провадження, ухвалення виправдувального вироку, закінчення строку дії ухвали про обрання запобіжного заходу.

Теоретичними положеннями, що визначають зміст діяльності з обрання і застосування запобіжних заходів, є такі: 1) презумпція поступового збільшення суворості запобіжного заходу при обранні щодо особи суворішого запобіжного заходу в разі порушення нею умов попередньо застосованого заходу; 2) врахування думки потерпілого з приводу потреби застосування запобіжного заходу та його суворості. Зазначені теоретичні положення наразі не враховуються при обранні запобіжних заходів, хоча, як на нашу думку, повинні бути регламентовані в кримінальному процесуальному законі і враховуватися в діяльності слідчих, прокурорів, судів.

Перше із цих положень, безперечно, узгоджувалося б з правовим положенням про те, що із системи запобіжних заходів у конкретному випадку має обиратися той із них, який, по-перше, є найменш суворим, а, по-друге, забезпечує досягнення мети обрання щодо певної особи заходу, адекватного обставинам кримінального провадження.

Стосовно думки потерпілого щодо потреби застосування запобіжного заходу та його суворості зазначимо таке. Вітчизняне кримінальне процесуальне право не містить норми, яка б встановлювала для потерпілого право висловити свою думку з приводу цього. Згідно зі статтею 194 КПК під час розгляду клопотання про застосування запобіжного заходу слідчий суддя, суд зобов’язаний встановити, чи доводять надані сторонами кримінального провадження докази обставини, які свідчать про: наявність обґрунтованої підозри у вчиненні підозрюваним, обвинуваченим кримінального

правопорушення; наявність достатніх підстав вважати, що існує хоча б один із ризиків, передбачених ст. 177 КПК, і на які вказує слідчий, прокурор; недостатність застосування більш м'яких запобіжних заходів для запобігання ризику або ризикам, зазначеним у клопотанні. При вирішенні питання про обрання запобіжного заходу суд зобов'язаний оцінити інші обставини, про які йшлося вище у цьому підрозділі дисертації (вагомість наявних доказів про вчинення підозрюваним, обвинуваченим кримінального правопорушення; тяжкість покарання, що загрожує відповідній особі у разі визнання підозрюваного, обвинуваченого винуватим у кримінальному правопорушенні, у вчиненні якого він підозрюється, обвинувачується, та ін.). Однак ці обставини не включають думку потерпілого. Переважна більшість опитаних нами суддів (78,6 %) вважають, що потрібно враховувати думку потерпілого з приводу необхідності застосування запобіжного заходу та його суворості. Думка потерпілого може бути корисною для виправдання і обґрунтування наявності передбачених законом ризиків. Наприклад, для оцінки ризику того, що особа, яка притягається до кримінальної відповідальності, чинитиме незаконний вплив на потерпілого (п. 3 ч. 1 ст. 177 КПК). Визнаючи той факт, що потерпілий може мати суб'єктивну емоційну думку на користь вибору найсуворішого запобіжного заходу (тримання під вартою), така думка буде не більше, ніж додатковим джерелом інформації, яке допоможе судді у визначенні наявності чи відсутності ризику. Тому до обставин, які мають враховуватись при вирішенні питання про обрання запобіжного заходу, що містяться в ст. 178 КПК, доцільно додати ще одну: думка потерпілого щодо ризику незаконного впливу на потерпілого або інших осіб.

Завершуючи розгляд питання, винесеного у заголовок цього підрозділу дисертаційного дослідження, можна зробити такі висновки: запропонована система загальних правил застосування запобіжних заходів побудована на підставі їхніх істотних ознак; вона складається з меншої кількості елементів, ніж пропонувалося до цього у науці кримінального процесу; система може

зазнавати змін залежно від розвитку законодавства і отримання нових наукових висновків з цієї теми.

2.2. Спеціальні правила застосування запобіжних заходів

Спеціальні правила застосування запобіжних заходів були предметом наукових досліджень [44, с. 152-164], але лише в частині неізоляційних заходів. Тому все ще існує потреба дослідити спеціальні правила застосування усіх запобіжних заходів, що складають систему.

Слово «спеціальний» означає «призначений виключно для кого -, чого-небудь; який має особливе призначення» [16, с. 1168].

К. Ф. Гуценко вважає, що з метою недопущення зловживань при застосуванні запобіжних заходів, обрання конкретного запобіжного заходу повинно залежати від ряду обставин, які потрібно обов'язково враховувати [155, с. 170].

Н. Воронцова до таких обставин відносить такі, наявність яких є необхідною для застосування конкретного запобіжного заходу [22, с. 9].

А. В. Захарко вважає, що спеціальні правила застосування неізоляційних запобіжних заходів – це правові положення, якими повинні керуватися посадові особи при застосуванні окремих видів неізоляційних запобіжних заходів, а також щодо певних категорій осіб: неповнолітніх, військовослужбовців та осіб, щодо яких у слідчого є сумніви з приводу їх дієздатності [44, с. 154]. У принципі це визначення могло би бути покладене в основу дефініції спеціальних правил застосування усіх запобіжних заходів. Але автор цього визначення спеціальних правил не зміг відобразити їхню специфічність стосовно як окремої групи запобіжних заходів, так і всієї їх системи. Бо слова «правові положення, якими повинні керуватися посадові особи при …» можуть бути використані для визначення правил кримінальної процесуальної діяльності щодо будь-якого її напряму, приміром, слідчих (розшукових) дій, повідомлення про підозру, зупинення досудового розслідування тощо. Та й

взагалі, правовими положеннями, тобто правилами, є усі норми кримінального процесуального права.

У визначенні поняття спеціальних правил застосування запобіжних заходів має бути відображено, що вони розповсюджуються не на усі запобіжні заходи, а лише на їх частину (наприклад, ізоляційні чи неізоляційні), і тому мають певну специфіку порівняно з правилами застосування іншої частини таких заходів.

Спеціальні правила застосування запобіжних заходів зумовлюються специфікою кожного з них, особливостями певних груп запобіжних заходів (ізоляційні чи неізоляційні), а також характерними рисами осіб, до яких обираються запобіжні заходи. Наприклад, можна виділити спеціальні правила застосування запобіжних заходів щодо неосудних та неповнолітніх осіб у кримінальному провадженні. Так, спеціальним правилом застосування запобіжного заходу, що обумовлене особливостями неповнолітнього підозрюваного, обвинуваченого є урахуванням його вікових та психологічних особливостей та роду занять (ч. 1 ст. 492 КПК України). Або спеціальним правилом застосування до неповнолітнього підозрюваного, обвинуваченого такого запобіжного заходу як передання під нагляд є зібрання відомостей про особу батьків, опікунів або піклувальників, їхні стосунки з неповнолітнім і запевнення у тому, що вони можуть належно здійснювати нагляд за неповнолітнім (ч. 4 ст. 493 КПК України).

Усі спеціальні правила відносно кожного запобіжного заходу або їх певної групи у нашій роботі ми не зможемо розкрити з огляду на її обмежений обсяг. Тому закцентуємо увагу на найбільш важливих та проблемних спеціальних правилах застосування запобіжних заходів у кримінальному провадженні.

Специфічні спеціальні правила є характерними для затримання – тимчасового запобіжного заходу. Найбільш важливим в плані забезпечення прав затриманого є правило «habeas corpus act».

Процедура «habeas corpus act» («приведи такого-то до судді») є важливою правовою гарантією для особи, яку затримують за підозрою у вчиненні злочину, завдяки тому, що вирішення питання про утримання особи під вартою відбувається за участю суду у формі контролю. Зазначена процедура є гарантією від свавілля, яким може супроводжуватися затримання.

Вітчизняним законодавством передбачено доставлення затриманого до слідчого судді, але не з метою перевірки законності і обґрунтованості затримання, а з метою розгляду клопотання сторони обвинувачення про обрання затриманому запобіжного заходу.

Для з'ясування питання про те, як співвідноситься вітчизняне правове регулювання процедури «habeas corpus act» з міжнародними стандартами, необхідно з'ясувати такі питання: ознайомитися з первісним правовим регулюванням цієї процедури; вивчити норми чинного КПК; у разі виявлення суттєвої невідповідності вітчизняного правового регулювання процедури «habeas corpus act» міжнародним стандартам сформулювати пропозиції щодо змін до КПК.

У демократичних державах ця процедура є одним із найстаріших юридичних інститутів. Ще у середньовічній Англії в 1679 р. парламентом був прийнятий «Habeas Corpus Amendment Act», який вимагав *негайного доставлення* будь-якого затриманого до суду для перевірки законності його тримання під вартою. При цьому *тривалість доставлення* залежала лише від можливості подолати відстань до суду. У цьому акті зазначалося: «Якщо місце ув'язнення зазначеної особи знаходиться на відстані більше ніж 20 миль від місця..., де суд... розташований..., але не більше 100 миль, то наказ виконується протягом 10 днів, а якщо відстань більше 100 миль, то протягом 20 днів після вищезгаданого вручення – і не пізніше» [168, с. 69].

С. В. Прилуцький, вивчивши текст першоджерела дійшов правильного висновку про те, що «Habeas corpus act» означає наказ, що видається судом начальнику місця ув'язнення доставити ув'язненого до суду, який повинен перевірити законність ув'язнення і, якщо справа порушена не про державну

зраду чи інший тяжкий кримінальний злочин, звільнити ув'язненого під заставу [110, с. 67].

Судовий контроль за попереднім ув'язненням, який наразі іменують «habeas corpus», імплементований у статтю 5 ЄКПЛ [56]. Зазначена стаття у п. 3 встановлює, що кожен, кого заарештовано або затримано згідно з положеннями підпункту «с» п. 1 цієї статті, має негайно постати перед суддею чи іншою службовою особою, якій закон надає право здійснювати судову владу, і має право на судовий розгляд упродовж розумного строку або на звільнення до початку судового розгляду. Таке звільнення може бути обумовлене гарантіями явки в судове засідання. Кожен, хто позбавлений свободи внаслідок арешту або тримання під вартою, має право ініціювати провадження, в перебігу якого суд *без зволікання* встановлює законність затримання і приймає рішення про звільнення, якщо затримання є незаконним (п. 4 ст. 5 ЄКПЛ).

У США майже 240 років тому ця норма у Конституції [57] (абз. 2 розділу 9 статті 1) була віднесена до числа таких, котрі не можна змінити або скасувати за жодних обставин. Суть її полягає у тому, що затримана чи взята під варту особа має бути *відразу* доставлена до судді, щоб мати змогу заявити свої претензії й заперечення, а також скарги на поведінку співробітників органів правопорядку під час затримання.

Положення про те, що кожен, кого заарештовано або затримано за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення, має *негайно* постати перед суддею, окрім 5 ЄКПЛ, регламентоване в ст. 9 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права від 16 грудня 1966 р. [92]; принцип 11 (1) Зводу принципів щодо затримань [128]; ст. 10 (1) Декларації про захист від зникнення [31]).

ЄСПЛ у п. 65 Рішення у справі «Канджов проти Болгарії» зазначив таке: «Частиною 3 ст. 5 ЄКПЛ передбачено, щоб затримана особа негайно постала перед суддею з тим, щоб дістати можливість виявити будь-які ознаки жорстокого поводження, а також звести до мінімуму будь-яке необґрунтоване втручання в особисту свободу. Хоча *негайність* належить оцінювати в кожній

конкретній справі з урахуванням її особливостей …, суворе часове обмеження, що його встановлює ця вимога ч. 3 ст. 5, не дає змоги тлумачити його надто гнучко, адже в іншому разі процесуальні гарантії були б серйозно послаблені на шкоду особі, й виникала б небезпека послаблення власне суті того права, яке це положення захищає» [124].

Як зазначено у Рішенні ЄСПЛ у справі «Броуґан і інші проти Сполученого Королівства» від 29 листопада 1988 р., межі гнучкості в тлумаченні й застосуванні поняття «*негайність*» є дуже невиразними. Навіть строк у чотири дні і шість годин, проведені у поліційному ув'язненні, виходить за рамки суворих обмежень стосовно часу, що його дозволяє п. 1 ч. 3 ст. 5. Надання конкретним особливостям цієї справи значення, що виправдовує такий тривалий строк тримання під вартою без перепровадження до судді, було б неприйнятно широким тлумаченням чіткого значення слова «promptly» (негайно), яке треба розуміти однозначно [121].

У Рішенні «Де Йонґ, Бальєт і Ван Ден Брінк проти Нідерландів» від 22 травня 1984 р. ЄСПЛ зазначив таке: «Формулювання пункту 3 … («має *негайно* постати перед …»), якщо його тлумачити з огляду на його предмет і призначення, виявляє невіддільну від нього «процесуальну вимогу»: «суддя» або судова «посадова особа» повинні насправді заслухати затриману особу і ухвалити належне рішення» [123].

Відтак, як правильно зазначається у навчальній юридичній літературі, «усі форми ув'язнення повинні або санкціонуватися судом (здійснюватися на підставі судового рішення), або бути предметом ефективного судового контролю у випадку затримання особи без судового рішення» [7, с. 138].

Як бачимо, судовий контроль у чинному кримінальному процесуальному законодавстві, яке в цілому сприйняло положення «habeas corpus act», повинен характеризуватися ознакою ефективності, основним елементом якої є *невідкладність* (негайність) його (контролю) здійснення. Як було показано вище, ЄСПЛ вважає, що невідкладність здійснення зазначеної процедури повинна «вимірюватись» залежно від обставин затримання.

Український законодавець встановив, що особа, затримана без ухвали слідчого судді, суду, не пізніше шістдесяти годин з моменту затримання повинна бути доставлена до суду для розгляду клопотання про обрання стосовно неї запобіжного заходу, а загальний строк затримання такої особи не може перевищувати сімдесяти двох годин з того ж моменту (ст. 211 КПК). Цією нормою також передбачена альтернатива вирішення питання щодо подальшого перебування під вартою – звільнення особи стороною обвинувачення. Звільнити особу вправі і суд за результатами розгляду клопотання сторони обвинувачення про взяття під варту. Відтак, в українському кримінальному процесі існує два моменти, в які затриманого можна звільнити: за рішенням сторони обвинувачення без звернення до суду або за рішенням слідчого судді у разі звернення до нього сторони обвинувачення з клопотанням про обрання запобіжного заходу. Це означає, що не кожного затриманого сторона обвинувачення повинна доставляти до суду для вирішення питання про його звільнення чи обрання запобіжного заходу. Звільнення затриманої особи стороною обвинувачення без звернення до суду по суті суперечить процедурі «habeas corpus act» у її, так би мовити, первісному вигляді. Окрім того, сторона обвинувачення отримує можливість вчиняти процесуальні дії з затриманим без перевірки законності його затримання судом, а затриманий позбавлений можливості висловити суду свою думку з приводу підстав і порядку його затримання.

Важливо звернути увагу і такий важливий момент. Процедура «habeas corpus act» передбачає підтвердження або спростування презумпції звільнення особи до суду. Сутність цієї презумпції полягає в тому, що особи, обвинувачувані у вчиненні злочину, не повинні перебувати в ув’язненні до суду.

Рахуючись невинною доти, поки не доведена її вина, жодна особа, обвинувачувана у вчиненні злочину, не може бути поміщена під варту до суду, якщо тільки обставини справи не роблять це вкрай необхідним. Тому взяття під варту до суду повинно розглядатися як виняткова міра, і вона ніколи не

повинна бути обов'язковою і використовуватися для цілей покарання (п. 1 Рекомендації Rec (80) 11 Комітету Міністрів державам-членам Ради Європи (ухваленої представниками Міністрів 27 червня 1980 р.) [119].

Із презумпції звільнення до суду існують два винятки: обов'язок доведення обставин, якими обґрунтовується тримання під вартою завжди несе сторона обвинувачення; усі сумніви щодо обґрунтованості підозри та наявності підстав до утримання під вартою тлумачать на користь звільнення особи [7, с. 165].

Питання про можливість спростування презумпції звільнення особи до суду вирішується у судовому засіданні в перебігу розгляду слідчим суддею клопотання сторони обвинувачення про взяття затриманого під варту. На етапі ж затримання, на нашу думку, діє презумпція причетності особи до вчинення злочину, яка ґрунтується на одному з таких фактів: особу застали під час вчинення злочину або замаху на його вчинення; безпосередньо після вчинення злочину очевидець, в тому числі потерпілий, або сукупність очевидних ознак на тілі, одязі чи місці події вказують на те, що саме ця особа щойно вчинила злочин; є обґрунтовані підстави вважати, що можлива втеча з метою ухилення від кримінальної відповідальності (стосується особи, підозрюваної у вчиненні тяжкого або особливо тяжкого корупційного злочину, віднесеного законом до підслідності Національного антикорупційного бюро України). Питання про спростування цієї презумпції вирішується стороною обвинувачення без участі суду, тобто без судового контролю. Таким чином, особа може бути затримана уповноваженою особою і перебувати під повним контролем сторони обвинувачення протягом трьох діб без судового рішення. Такий підхід до врегулювання розглядуваного питання у спеціальних нормах, що стосуються затримання, не узгоджується з положеннями засади забезпечення права на свободу та особисту недоторканність, сформульованої у ч. 3 ст. 29 Конституції України (« … уповноважені на те законом органи можуть застосувати тримання особи під вартою як тимчасовий запобіжний захід, *обґрунтованість* якого протягом *сімдесяти двох годин* має бути перевірена судом») та ч. 2 ст. 12 КПК

(«Кожен … повинен бути в *найкоротший строк* доставлений до слідчого судді для вирішення питання про *законність та обґрунтованість* його затримання …»). До речі, у затриманого згідно з п. 6 ч. 3 ст. 42 та ч. 4 ст. 208 КПК є право «вимагати перевірки *обґрунтованості* затримання». Але процесуального механізму реалізації цього права затриманого в національному законодавстві не існує. На етапі від моменту затримання до моменту початку розгляду у суді клопотання сторони обвинувачення про обрання запобіжного заходу у затриманого немає доступу до слідчого судді. А предметом розгляду цього клопотання є вирішення питання про обрання запобіжного заходу, а не про законність та обґрунтованість затримання.

Отже, затриманий може бути звільнений стороною обвинувачення (п. 3 ч. 3 ст. 212 КПК) ще до звернення з клопотанням до слідчого судді про обрання запобіжного заходу або й, взагалі, без такого звернення. Ні в першому, ні в другому випадку питання про законність і обґрунтованість затримання не стає предметом судового розгляду, як того вимагають ст. 5 ЄКПЛ, ст. 29 Конституції України та норма-засада, викладена у ч. 2 ст. 12 КПК. З цього слідує висновок, що в національному законодавстві процедура «habeas corpus act», призначенням якої є вирішення судом питання про законність і обґрунтованість затримання (поміщення до спеціальної установи строком до семидесяти двох годин) і надання затриманому можливості безпосередньо після цього надати свої пояснення, у її первинному вигляді не передбачена. А норми, викладені в ст. 29 Конституції України та ч. 2 ст. 12 КПК, є декларативними, втім як і інші норми-засади (принципи).

Для того, щоби привести українське законодавство в частині регламентації процедури «habeas corpus act» у відповідність до засад кримінального провадження, можна було би передбачити обов’язок доставлення особи негайно після її затримання уповноваженою службовою особою до слідчого судді, а не до органу досудового розслідування. Але уповноважена службова особа, яка не є слідчим і котра затримала особу, наприклад, на місці вчинення злочину, по-перше, не має повноважень вчиняти

подальші кримінальні процесуальні дії; по-друге, не володіє питаннями визначення підсудності, тобто може не знати до якого саме суду доставити особу.

Вихід з такої проблемної ситуації вбачається у наступному.

Доцільно регламентувати право і процесуальний порядок звернення до суду затриманого і доставленого до органу розслідування з приводу необґрунтованого, безпідставного затримання, а також можливих порушень прав людини в перебігу затримання. У такий спосіб буде забезпечене право затриманого «вимагати перевірку обґрунтованості затримання». Реалізація затриманим цього права повинна бути можливою в будь-який час від моменту фактичного затримання до початку розгляду слідчим суддею клопотання сторони обвинувачення про обрання запобіжного заходу чи до моменту звільнення затриманого. З цією метою доцільно внести відповідні зміни до п. 6 ч. 3 ст. 42 та ч. 4 ст. 208 КПК.

Таке правове регулювання наблизить вітчизняне кримінальне процесуальне законодавство до положення п. 4 ст. 5 ЄКПЛ про право затриманого *ініціювати провадження*, в перебігу якого суд без зволікання встановлює законність затримання і приймає рішення про звільнення, якщо затримання є незаконним.

На підставі викладеного вище варто зробити такий висновок: правове регулювання процедури «habeas corpus act», яка супроводжує затримання особи за підозрою у вчиненні злочину, в українському кримінальному процесуальному законодавстві є недосконалою із-за відсутності законодавчого механізму перевірки судом законності і обґрунтованості затримання. У зв’язку з цим законодавство (п. 6 ч. 3 ст. 42 та ч. 4 ст. 208 КПК) потребує відповідних змін. Цю пропозицію підтримали 77,3 % опитаних прокурорів та 82,9 % суддів.

Крім затримання, специфічні спеціальні правила встановлюються для такого запобіжного заходу як тримання під вартою. Одним з таких характерних правил, котре доречи розповсюджується як на особливості затримання, так і на процедуру тримання під вартою є положення ч. 2 ст.ст. 183, 208 КПК України,

що уповноважує державні органи кримінального провадження затримувати особу та брати останню під варту за умови, що особи, яка підозрюється або обвинувачується у вчиненні злочину, за який законом передбачено основне покарання у виді штрафу в розмірі понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, – виключно у разі, якщо прокурором, крім наявності підстав, передбачених ст. 177 КПК України, буде доведено, що підозрюваний, обвинувачений не виконав обов'язки, покладені на нього при застосуванні іншого, раніше обраного запобіжного заходу, або не виконав у встановленому порядку вимог щодо внесення коштів як застави та надання документа, що це підтверджує.

Не можна не погодитися з Т.О. Лоскутовим про те, що зазначені норми це ще один (інший) приклад невідповідності предмету регулювання європейських стандартів та предмету регулювання КПК щодо права на свободу і особисту недоторканність [85, с. 93]. У рішенні у справі «Хайредінов проти України» (2010 р.) ЄСПЛ зазначив, що задля того, щоб позбавлення свободи не вважалося свавільним, недостатньо, щоб цей захід застосовувався відповідно до національного законодавства – він (захід) повинен бути необхідним у конкретних обставинах. З точки зору ЄСПЛ, затримання та тримання під вартою згідно з ст. 5 § 1(c) Конвенції має відповідати вимозі пропорційності. Вимога пропорційності передбачає збалансоване кримінальне процесуальне правозастосування. Обмеження конституційних, конвенційних, суто процесуальних прав особи шляхом застосування заходів кримінального процесуального примусу не може перевищувати майбутнє можливе обмеження прав цієї особи внаслідок притягнення її до кримінальної відповідальності за порушення кримінальних прав інших осіб. Саме тому кримінальна процедура щодо застосування заходів кримінального процесуального примусу має врегульовуватися залежно від ступеня тяжкості злочину, у якому підозрюється особа. Ця «приблизна пропорційність» не може ігноруватися навіть у разі підтвердження матеріалами кримінального провадження кількох ризиків неналежної поведінки особи [85, с. 93-94]. Вимога пропорційності у контексті

ст. 5 ЄКПЛ передбачає, що обмеження особи у свободі можливе лише за наявності обґрунтованої підозри щодо такої особи стосовно вчинення нею злочину, за який встановлене покарання у вигляді позбавлення волі. У такому випадку обмеження свободи буде пропорційним обґрунтовано прогнозованому позбавленню волі. Визначаючи пропорційність між обмеженням свободи особи та обґрунтованою підозрою такої особи у вчиненні злочину, за який передбачається покарання у вигляді позбавлення волі, необхідно зважати на спростовну презумпцію невинуватості. Відповідно до останньої особа вважається невинуватою у вчиненні злочину доти, доки її вину не буде встановлено обвинувальним вироком суду (ч. 1 ст. 17 КПК), тобто спростовано презумпцію невинуватості [85, с. 94].

Слушно зазначає О.В. Мироненко, що по суті запобіжні заходи застосовуються тоді, коли особа ще не визнана винною у вчиненні кримінального правопорушення і коли відповідно до принципу презумпції невинуватості вона вважається невинуватою. Тому ця особливість правової природи запобіжних заходів покладає на органи досудового розслідування, прокурора, слідчого суддю і суди надзвичайну відповідальність за правильне розуміння мети та підстав застосування запобіжного заходу у кожній конкретній ситуації і потребують зваженості при прийнятті рішення з цього питання [91, с. 70].

Застосування заходів кримінального процесуального примусу пов’язано із ризиком несправедливого обмеження прав людини, адже на момент їх застосування до особи остання є невинуватою, і взагалі невідомо, чи буде вона визнана такою у майбутньому. Тому невід’ємною гарантією забезпечення прав людини при застосуванні заходів примусу, як про це зазначено у рішеннях ЄСПЛ, є наявність щодо особи обґрунтованої підозри у вчиненні злочину [85, с. 94-95].

Таким чином, спеціальне правило застосування затримання та тримання під вартою, що встановлене у ч. 2 ст.ст. 183, 208 КПК України суперечить європейським вимогам дотримання прав і свобод особи у кримінальному

провадженні. Тому що особа за цим специфічним правилом може не пропорційно (не зважено) позбавлена волі з огляду не на підозру (обвинувачення) відносно злочину відповідної тяжкості, а на наслідки ігнорування підозрюваним, обвинуваченим процесуальних обов'язків, котрі були раніше покладені при застосуванні іншого запобіжного заходу у кримінальному провадженні. Крім того, спеціальне правило ч. 2 ст.ст. 183, 208 КПК України стосовно застосування затримання та тримання під вартою не узгоджується із загальним правилом застосування усіх заходів забезпечення кримінального провадження, у тому числі запобіжних заходів, що закріплене у п. 1 ч. 3 ст. 132 КПК України. Норми цього пункту та частини процесуального припису передбачають, що застосування заходів забезпечення кримінального провадження (а значить і запобіжних заходів) не допускається, якщо слідчий, прокурор не доведе, що існує обґрунтована підозра щодо вчинення кримінального правопорушення такого ступеня тяжкості, що може бути підставою для застосування заходів забезпечення кримінального провадження. Відносно затримання та тримання під вартою здається не можна визнати адекватною підозру або обвинувачення у вчиненні злочину, за який законом передбачено основне покарання у виді штрафу в розмірі понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

У зв'язку з цим, спеціальне правило застосування затримання та тримання під вартою, що передбачене у ч. 2 ст.ст. 183, 208 КПК України має бути змінено таким чином, щоб воно відповідало не тільки європейську виміру захисту прав особи у кримінальному провадженні, а й загальному правилу застосування усіх заходів забезпечення кримінального провадження, що встановлене у п. 1 ч. 3 ст. 132 КПК України.

Також спеціальним правилом застосування тримання під вартою є положення ч. 4 ст. 183 КПК України, яке передбачає, що слідчий суддя, суд при постановленні ухвали про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, враховуючи підстави та обставини, передбачені ст.ст. 177 та 178 КПК України, має право не визначити розмір застави у кримінальному

провадженні: щодо злочину, вчиненого із застосуванням насильства або погрозою його застосування; щодо злочину, який спричинив загибель людини; щодо особи, стосовно якої у цьому провадженні вже обирався запобіжний захід у вигляді застави, проте був порушений нею. Вірно зазначає В.І. Фаринник про те, що дані положення унеможливлюють застосування застави при вчиненні насильницьких та особливо тяжких злочинів, а також у випадках недотримання умов при обранні більш м'якого запобіжного заходу (застави) [161, с. 310]. Разом з тим, слід зазначити, що не визначення розміру застави у випадках, передбачених частиною четвертою ст. 183 КПК, є правом, а не обов'язком слідчого судді [161, с. 310]. Тобто це спеціальне правило застосування запобіжного заходу є диспозитивним, слідчий суддя на свій розсуд може визначити розмір застави у вказаних випадках або не визначити такого для особи, відносно котрої вирішується питання про обрання під варту. Правове регулювання цього спеціального правила є проблемним, тому що при визначені розміру застави та її внесення на відповідний спеціальний рахунок щодо обставин, передбачених ч. 4 ст. 183 КПК України важко сподіватися на досягнення мети застосування запобіжного заходу – забезпечення виконання підозрюваним, обвинуваченим покладених на нього процесуальних обов'язків, а також запобігання спробам неналежної поведінки, окремі формати якої закріплюються у ч. 1 ст. 177 КПК України.

Тому визнаємо правильною пропозицію, відповідно до якої необхідно встановити імперативну заборону для слідчого судді, суду при обранні запобіжного заходу у виді тримання під вартою застосовувати заставу у кримінальному провадженні щодо окремих категорій злочинів (замість «права не визначати розмір застави», як це передбачено чинною нормою), зокрема щодо вчинених із застосуванням насильства або погрозою його застосування, а також щодо умисних злочинів, які спричинили загибель людини [161, с. 311].

Окрім спеціальних правил застосування тримання під вартою у ч. 2, 4 ст.ст. 183, 208 КПК України, специфічним можна визначити правило щодо зазначеного запобіжного заходу, що стосується продовження строку тримання

під вартою через відповідний проміжок часу перебігу кримінального провадження. Цим спеціальним правилом за ч. 1, 3 ст. 199 КПК України передбачено, що клопотання про продовження строку тримання під вартою має право подати прокурор, слідчий за погодженням з прокурором не пізніше ніж за п'ять днів до закінчення дії попередньої ухвали про тримання під вартою. Клопотання про продовження строку тримання під вартою, крім відомостей, зазначених у ст. 184 КПК України, повинно містити, зокрема виклад обставин, які свідчать про те, що заявлений ризик не зменшився або з'явилися нові ризики, які виправдовують тримання особи під вартою; виклад обставин, які перешкоджають завершенню досудового розслідування до закінчення дії попередньої ухвали про тримання під вартою.

З посиланням на практику ЄСПЛ у процесуальні літературі справедливо зазначається про те, що у рішеннях у справах «Петухов проти України» (2010 р.), «Харченко проти України» (2011 р.) ЄСПЛ вказав, що по закінченні певного часу обґрунтована підозра сама по собі не виправдовує позбавлення свободи, і судові органи повинні представити інші підстави для подальшого тримання під вартою. Один і той самий ризик (ризики) неналежної поведінки не може бути використаний слідчим суддею з початку для обґрунтування застосування тримання під вартою, а потім – для продовження строку такого тримання, адже з часом використаний ризик має зменшуватися внаслідок здійснення кримінального процесуального доказування. За період тримання особи під вартою органи досудового розслідування повинні отримати докази, що або підтверджують причетність заарештованої особи до вчинення кримінального правопорушення, або спростовують таку причетність. Перший і другий випадки свідчать про зменшення (відсутність) ризику негативного поводження особи під час подальшого кримінального провадження. Тому задля продовження строків тримання під вартою, крім обґрунтованої підозри, мають бути наведені інші (такі, що не розглядалися) ризики, передбачені ст. 177 КПК [85, с. 96].

Отже, спеціальне правило застосування затримання та тримання під вартою, що встановлене у ч. 1, 3 ст. 199 КПК України також суперечить європейським традиціям дотримання прав і свобод особи у кримінальному провадженні. Причому, як і спеціальне правило ч. 2 ст.ст. 183, 208 КПК, правило ст. 199 КПК України не узгоджується із загальним правилом застосування усіх заходів забезпечення кримінального провадження, але іншим – передбаченим п. 2 ч. 3 ст. 132 КПК України. Згідно з цим правовим приписом, застосування заходів забезпечення кримінального провадження не допускається, якщо слідчий, прокурор не доведе, що потреби досудового розслідування виправдовують такий ступінь втручання у права і свободи особи, про який ідеться в клопотанні слідчого, прокурора. Стосовно ступеню втручання у права та свободи особи під час тримання під вартою, то він не бачиться таким, котрий можна виправдати потребами досудового розслідування у разі зазначення обставин, які свідчать про той же самий ризик, що був заявлений при вирішенні питання про обрання особі тримання під варту у кримінальному провадженні. Тому як і вищезазначене спеціальне правило застосування тримання під вартою у кримінальному провадженні, спеціальне правило ч. 1, 3 ст. 199 КПК України підлягає корегуванню.

Таким чином, окремі спеціальні правила застосування тримання під вартою у кримінальному провадженні є проблемними з огляду на загальні правила застосування заходів забезпечення кримінального провадження та практику ЄСПЛ.

Висновки до розділу 2

1. Загальні правила застосування запобіжних заходів розташовуються в ієрархічній послідовності: засади (загальні правила кримінального провадження), загальні правила застосування заходів забезпечення кримінального провадження, загальні правила застосування запобіжних заходів; загальні правила застосування ізоляційних і неізоляційних запобіжних

заходів. Загальні правила застосування запобіжних заходів займають проміжне становище в системі загальних правил, за якими здійснюється діяльність з обрання і застосування запобіжних заходів. При цьому правила, що є «вищими в ієрархії», визначають зміст загальних правил застосування запобіжних заходів, а останні визначають зміст правил, які є «нижчими в ієрархії».

2. Загальні правила застосування запобіжних заходів мають такі істотні ознаки: вони обумовлені засадами кримінального провадження і не повинні їм суперечити; розповсюджують дію на усі запобіжні заходи; не виходять за межі правового регулювання системи запобіжних заходів; ілюструють специфіку запобіжних заходів в системі заходів забезпечення кримінального провадження.

3. Система загальних правил застосування запобіжних заходів складається з таких правових положень: 1) запобіжний захід може бути ініційований слідчим, прокурором і обраний судом лише за наявності підстав (ризиків неналежної поведінки) і обґрунтованості підозри; 2) врахування в сукупності всіх обставин кримінального провадження, в тому числі тих, що характеризують особу; 3) дозволяється ініціювати, обирати і застосовувати запобіжний захід щодо належного суб'єкта – підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого; 4) у застосуванні запобіжного має бути відмовлено, якщо слідчий, прокурор не доведуть, що встановлені під час розгляду клопотання про застосування запобіжних заходів обставини, є достатніми для переконання, що жоден із більш м'яких запобіжних заходів не може запобігти доведеним під час розгляду ризику або ризикам; 5) щодо однієї особи може бути застосований лише один запобіжний захід, що не виключає можливості одночасного застосування іншого заходу забезпечення кримінального провадження; 6) запобіжний захід скасовується або замінюється, коли відпаде необхідність у раніше обраному заході; 7) застосування запобіжного заходу здійснюється протягом строку, визначеного ухвалою суду, з можливістю подальшого продовження; дія запобіжного заходу припиняється негайно у разі закриття кримінального провадження, ухвалення виправдувального вироку, закінчення строку дії ухвали про обрання запобіжного заходу.

4. Теоретичними положеннями, що визначають зміст діяльності з обрання і застосування запобіжних заходів, є такі: 1) презумпція поступового збільшення суворості запобіжного заходу при обранні щодо особи суворішого запобіжного заходу в разі порушення нею умов попередньо застосованого заходу; 2) врахування думки потерпілого з приводу потреби застосування запобіжного заходу та його суворості. Зазначені теоретичні положення наразі не враховуються при обранні запобіжних заходів, хоча повинні бути регламентовані в кримінальному процесуальному законі і враховуватися в діяльності слідчих, прокурорів, судів.

5. У визначенні поняття спеціальних правил застосування запобіжних заходів має бути відображено, що вони розповсюджуються не на усі запобіжні заходи, а лише на їх частину (наприклад, ізоляційні чи неізоляційні), і тому мають певну специфіку порівняно з правилами застосування іншої частини таких заходів.

6. Правове регулювання процедури «habeas corpus act», яка супроводжує затримання особи за підозрою у вчиненні злочину, в українському кримінальному процесуальному законодавстві є недосконалою із-за відсутності законодавчого механізму перевірки судом законності і обґрунтованості затримання. У зв'язку з цим норми процесуального законодавства (п. 6 ч. 3 ст. 42 та ч. 4 ст. 208 КПК України) потребують відповідних змін.

7. Окремі спеціальні правила застосування тримання під вартою у кримінальному провадженні є проблемними з огляду на загальні правила застосування заходів забезпечення кримінального провадження та практику ЄСПЛ.

Основні результати розділу опубліковані у працях [130; 133; 136].

РОЗДІЛ 3
НОРМИ ПРАВА, ЯКИМИ РЕГУЛЮЮТЬСЯ ЗАПОБІЖНІ ЗАХОДИ

3.1. Загальна характеристика норм права, якими регулюються запобіжні заходи

Ефективне дослідження загальної характеристики норм права, якими регулюються запобіжні заходи неможливо здійснити без аналізу напрацювань зальної теорії права щодо сутності правових норм, їх властивостей та характеристики.

У теорії права норма права визначається як загальнообов'язкове правило поведінки (зразок, масштаб, еталон), що сформульоване у суспільстві відповідно до визначеної у ньому міри свободи, сформульоване (санкціоноване) і забезпечуване державою в якості юридично значимого засобу регулювання суспільних відносин [139, с. 398].

Виокремлюють такі специфічні ознаки норми права: 1. Правило поведінки регулятивного характеру – норма права вводить нове правило, фіксує найтиповіші соціальні процеси і зв'язки; впливає на суспільні відносини, поведінку людей; є модель регульованих суспільних відносин. Регулятивність норми права підкреслює її дія, «праця», яка повинна призвести до певного результату. 2. Загальнообов'язкове правило поведінки – норма права виходить від держави і тому повинна сприйматися як керівництво до дії, котре не підлягає обговоренню щодо доцільності. 3. Правило поведінки загального характеру – норма права має загальний (без зазначення конкретного адресата – не персоніфікований) характер, тобто поширюється на усіх, хто стає учасником відносин, регульованих нормою. Як регулятор суспільних відносин, норма має багаторазовість застосування. 4. Формальне визначене правило поведінки представницько-зобов'язуючого характеру, – норма права точно позначає обставини, що спричиняють правові наслідки, якості, властиві учасникам правовідносин; закріплює їх права і обов'язки, а також юридичну

відповідальність (санкції), котра застосовується у випадках їх порушення. Надаючи право одним, норма права покладає обов'язки на інших. Формальну визначеність норма права отримує після викладення її в законах, інших писаних джерелах права. 5. Правило поведінки, ухвалене в суворо встановленому порядку, – норма права видається уповноваженими на те суб'єктами в межах її компетенції і відповідно до певної процедури: розробка, обговорення, прийняття, набуття чинності, зміна або скасування чинності. 6. Правило поведінки, забезпечене всіма заходами державного впливу, аж до примусу, – держава створює реальні умови для добровільного здійснення суб'єктами зразків поведінки, сформульованих у нормі права; застосовує способи переконання і примусу до бажаної поведінки, зокрема, ефективні санкції у разі невиконання вимог норми права [139, с. 398].

Процесуальні норми є різновидом норм права. Це означає, що їм притаманні всі загальні ознаки, притаманні нормам права: для них є характерним вольовий характер, вони є об'єктивними за змістом, виходять від держави (встановлюються або санкціонуються нею). Так само, як і інші норми права, вони є певним масштабом поведінки. Їх функціональне призначення в правовому регулюванні полягає в тому, щоб регламентувати поведінку суб'єктів, вони мають властивість формальної визначеності, загальнообов'язковості, неперсоніфікованості, неоднократності дії і в необхідних випадках забезпечуються можливістю державного примусу [167, с. 122-123].

Попри на схожість правових та процесуальних норм, останнім властива певна специфіка, що проявляється у наступних ознаках: процесуальна норма права виражає волю пануючої політичної еліти, з'являється в якості регулятора поведінки шляхом правотворчої діяльності держави; процесуальна норма права встановлюється уповноваженими органами держави і охороняється примусовою силою держави; процесуальна норма загальнообов'язкова; норма права – формально визначене правило поведінки [12, с. 11-15]. Таким чином, процесуальні норми права – це самостійний вид правових норм, що мають

службовий характер і спрямованість на здійснення приписів матеріальних норм за допомогою створення умов, наділення безпосередніх учасників відношення правами і обов'язками, котрі дозволяють врегулювати спір без втручання юрисдикційних органів, а при негативному розвитку правовідношення – визначаючих порядок застосування спеціальними державними органами владних повноважень для врегулювання конфлікту [12, с. 19].

Серед процесуальних норм окреме місце займають кримінальні процесуальні норми. Загальними особливостями кримінальних процесуальних норм є такі: вони є похідними від норм кримінального (матеріального) права (останні в субординації норм займають провідне місце); вони регламентують, головним чином, процедуру здійснення кримінальної процесуальної діяльності, а тому відображають динамічні характеристики процесуальних відносин; адресатами кримінальних процесуальних норм переважно є слідчі, прокурори та судді; процесуальні норми характеризуються специфічною структурою [78, с. 37].

Відносно структури правової норми, то в юридичній теорії зазначається, що питання про структуру норм права є одним з дискусійних в юридичній науці. Найпоширенішою є ідея про трьохелементну побудову правової норми. Ця позиція випливає з того, що норма права, по-перше, повинна встановлювати певне правило поведінки шляхом закріплення прав і обов'язків суб'єктів; по-друге, вона повинна визначати умови, за яких суб'єкти можуть реалізовувати ці права та обов'язки, і, по-третє, – мусить закріплювати певні засоби забезпечення приписів, що в ній містяться. Відповідно до вищенаведеного кожна норма логічно складається з диспозиції, гіпотези та санкції [148, с. 181].

Разом з тим, в юридичній літературі висловлюються позиції щодо іншої структури правової норми. Так, Є.Я. Мотовіловкер висловлює точку зору, відповідно до якої три основні структурні складові правової норми безпосередньо не пов'язані між собою, зокрема автор акцентує увагу на відсутність прямого, логічного зв'язку між гіпотезою, диспозицією та санкцією. Тому Є.Я. Мотовіловкер ставить під сумнів типову структуру правової норми

та пропонує введення такого структурного елементу правової норми як «заперечення диспозиції» [94, с. 7]. Крім того, О.Ф. Скакун виокремлює такий вид правових норм як норму-припис, якою є цільне, логічне і граматичне вивершене імперативне правове судження (веління) загального характеру, формально закріплене в тексті нормативно-правового акту. Правовий припис, на погляд вченого, є первинним елементом нормативно-правових (правотворчих) актів і звичайно складається з двох елементів: у регулятивних нормах гіпотеза – диспозиція, в охоронних нормах диспозиція – санкція [139, с. 415].

На наш погляд, правильно зауважує Л.М. Борисова про те, що кардинальна відмінність у конструюванні норм права може викликати дезорганізацію системи права. Будь-яке нове явище такого рівня повинно вводитися у правосвідомість плавно, надаючи можливість не лише суб'єктам правозастосування, і ученим-юристам, які мають спеціальні знання, діяти свідомо, але, і це одна з найбільш суттєвих задач права, дати можливість суб'єктам права використовувати права і нести обов'язки [12, с. 27-28].

Аналізуючи структуру кримінально–процесуальних норм, слід виходити з того, що структура норми є, по–перше, зовнішнім виразом (формою) правових приписів; а, по–друге, вона «наповнюється» конкретними правилами (змістом), які повинні бути відображені в кожному із структурних елементів. Перше положення дає уявлення про побудову норми права, як системного утворення, в тому числі про місце кожного структурного елемента в правовій системі. Друге – потрібне для досягнення ефективного результату при аналізі нормативного припису [167, с. 124].

Розкриваючи особливості структури кримінально-процесуальних норм, ми автоматично стаємо на бік тих авторів, котрі розробляють теорію тричленної структури норм права. Відповідно до цього у кримінально-процесуальній нормі повинна бути вказівка на те, хто, що за яких умов повинен робити (або від чого утриматись) та які несприятливі наслідки повинні настати, якщо суб'єкти будуть чинити іншим способом, ніж це передбачено нормою.

Тобто, незалежно від природи і характеру походження, юридичний припис має складатися з гіпотези, диспозиції та санкції, що являє собою сукупність взаємопов'язаних елементів норми, покликаних забезпечувати регулювання суспільних відносин у сфері кримінального судочинства [23, с. 53-54].

Доцільно зазначає С.О. Гемай, що особливість структури кримінально-процесуальної норми обумовлена її внутрішньою побудовою, а саме: норма буде виконувати свою функцію регулятора суспільних відносин лише у тому випадку, якщо буде здатна реагувати на умови реального життя, в яких вона формується (гіпотеза), передбачати не лише склад суб'єктів правовідносин, їх права та належну поведінку, а й узгоджувати їх з реальними правовідносинами, що склалися в момент її застосування (диспозиція), в іншому випадку реалізувати цю функцію буде неможливо. У ній має бути передбачене і примусове виконання приписів (санкція), інакше вона буде не нормою кримінально-процесуального права, а лише побажанням, декларацією, гаслом. Саме єдність трьох структурних елементів норми кримінально-процесуального права є основною характеристикою її структури. Кримінально-процесуальній нормі притаманна власна схема зв'язків між елементами, що її утворюють. Внутрішня будова, зв'язок елементів, що утворюють структуру кримінально-процесуальних норм, відзначається «жорсткістю», «непорушністю», «інваріантністю». Але, все ж, особливістю є те, що ці елементи (гіпотеза, диспозиція, санкція) об'єднані на принципах не ієрархічної залежності, характерної в основному для зв'язку елементів всередині галузі чи інституту права, а синтетичної залежності. Вона будується за таким правилом: відсутність хоча б одного з елементів логічної структури кримінально-процесуального права автоматично призводить до руйнування норми як цілісного, логічно завершеного правового утворення [23, с. 54].

Стосовно тричленності кримінально-процесуальних норм слід зазначити, що вона обумовлена змістом кримінально-процесуальних відносин. Останні завжди викладаються у диспозиції. Гіпотеза ж вказує лише на передумови їхнього виникнення, а санкція – на наслідки неправильного, такого, що

суперечить приписам диспозиції, порядку реалізації процесуальних відносин. Тобто без гіпотези фактичний зміст кримінально-процесуальних відносин ніколи не буде реалізований, а без санкції не буде гарантій реалізації відносин, змодельованих у диспозиції [23, с. 56].

Таким чином, кримінальна процесуальна норма за своєю структурою аналогічна загальній правовій нормі, тобто включає такі елементи як гіпотезу, диспозицію і санкцію. Проте структурні елементи, їх зміст відрізняється певними особливостями.

Справедливо зазначає Л.М. Лобойко, що особливості структури норм кримінального процесуального права полягають у такому:

1) у них не завжди чітко в межах однієї статті закону сформульовані гіпотеза, диспозиція і санкція; часто ці елементи норм містяться у рамках кількох статей;

2) оскільки вони є формою реалізації норм кримінального права, то останні завжди ніби «присутні» у гіпотезі процесуальної норми;

3) гіпотеза кримінальної процесуальної норми, як правило, містить підстави провадження процесуальної дії або прийняття процесуального рішення;

4) у диспозиції – самому правилі поведінки – найчастіше відображаються процедурні (здійснювані у певній послідовності) елементи діяльності; тому диспозиції не можуть відсилати до норм матеріальних галузей права;

5) санкції не завжди чітко формулюються у нормі кримінального процесуального права; найчастіше вони містяться у нормах інших галузей права (кримінального, адміністративного, цивільного тощо). Санкції, закріплені у нормі кримінального процесуального права, є кримінальними процесуальними санкціями. Санкції, що передбачають відповідальність за порушення приписів норм процесуального права, але містяться в нормах інших галузей права, є санкціями норм кримінального процесуального права;

6) санкціями норм кримінального процесуального права встановлюється відповідальність за порушення приписів не тих, що сформульовані у їх диспозиції, а тих, що викладені у гіпотезі [78, с. 37-38].

7) Санкції норм за суб'єктом, якому вони адресовані, поділяються на 2 групи: 1) адресовані слідчому, прокурору, співробітнику оперативного підрозділу, слідчому судді, судді: а) кримінально-правові; б) кримінальні процесуальні; 2) адресовані іншим учасникам: а) кримінально-правові; б) кримінальні процесуальні; в) адміністративно-правові [78, с. 208].

Визначені особливості структури кримінальних процесуальних норм переважно відносяться і до структурних складових правових норм, що регулюють запобіжні заходи у кримінальному провадженні. Безсумнівна та специфічна риса структури процесуальних норм стосовно запобіжних заходів, що її складові елементи не знаходяться у змісті однієї статті. Гіпотеза норми щодо застосування запобіжних заходів може міститися в одній статті КПК України, диспозиція в іншій, а санкція взагалі може охоплюватися нормою іншого нормативно-правового акту.

У гіпотезі норм, що регламентують запобіжні заходи визначається мета і підстави застосування запобіжних заходів. Наприклад, у загальній нормі ч. 1 ст. 177 КПК України відносно усіх запобіжних заходів визначено гіпотезу у вигляді мети підстав обрання запобіжних заходів, зокрема у цій нормі зазначено, що «метою застосування запобіжного заходу є забезпечення виконання підозрюваним, обвинуваченим покладених на нього процесуальних обов'язків, а також запобігання спробам …». Крім мети, гіпотезою цих норм є підстави застосування запобіжних заходів, зокрема ч. 2 ст. 177 КПК до них відносить наявність обґрунтованої підозри у вчиненні особою кримінального правопорушення, а також наявність ризиків, які дають достатні підстави слідчому судді, суду вважати, що підозрюваний, обвинувачений, засуджений може здійснити дії, передбачені ч. 1 ст. 177 КПК України.

Інколи гіпотеза загальної норми щодо усіх запобіжних заходів ще раз вказується у спеціальній нормі стосовно конкретного запобіжного заходу. Так,

у ч. 1 ст. 182 КПК України зазначається, що «застава полягає у внесенні коштів у грошовій одиниці України на спеціальний рахунок, визначений в порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України, з метою забезпечення виконання підозрюваним, обвинуваченим покладених на нього обов'язків». Виглядає таке дублювання змісту гіпотези лише як штучне збільшення обсягу нормативних положень КПК України щодо підстав застосування застави у кримінальному провадження. Нам важко у цьому віднайти раціональний сенс кримінального процесуального законодавства у частині регламентації підстав застосування запобіжних заходів, зокрема такого з них як застави.

У диспозиції процесуальних норм, котрими регулюються запобіжні заходи визначається процесуальний порядок обрання запобіжних заходів, склад учасників процедури застосування запобіжних заходів, територіальні і часові аспекти розгляду клопотання про обрання запобіжних заходів та вирішення питання про їх застосування, а також окремі правила із застосування певного запобіжного заходу. Зокрема ч. 1 ст. 184 КПК України можна визнати диспозицією, тому що у ній визначено до якого суду подається клопотання слідчого, прокурора про застосування запобіжного заходу. Так само відносно часових характеристик розгляду клопотання про обрання запобіжних заходів диспозиції кримінальної процесуальної норми є зміст ст. 186 КПК України, що регламентує строки розгляду клопотання про застосування запобіжного заходу.

Диспозицією кримінальної процесуальної норми щодо запобіжних заходів є нормативні правила ст.ст. 193, 194 КПК України, тому що вони закріплюють склад учасників процедури застосування запобіжних заходів, порядок розгляду клопотання про застосування запобіжного заходу та безпосередньо процедуру застосування запобіжного заходу під час кримінального провадження. Також диспозицією процесуальних норм інституту запобіжних заходів охоплюються окремі правила із застосування самого запобіжного заходу. Такі правила сформульовані у процесуальних нормах щодо відповідного запобіжного заходу, наприклад, стосовного

особистого зобов'язання процесуальними нормами ч. 2 ст. 179 КПК України визначається, що підозрюваному, обвинуваченому письмово під розпис повідомляються покладені на нього обов'язки та роз'яснюється, що в разі їх невиконання до нього може бути застосований більш жорсткий запобіжний захід і на нього може бути накладено грошове стягнення в розмірі від 0,25 розміру прожиткового мінімуму для працездатних осіб до 2 розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб. Або окремим правилом застосування такого запобіжного заходу як застава є положення, що міститься у ч. 3 ст. 182 КПК України, а саме при застосуванні запобіжного заходу у вигляді застави підозрюваному, обвинуваченому роз'яснюються його обов'язки і наслідки їх невиконання, а заставодавцю – у вчиненні якого кримінального правопорушення підозрюється чи обвинувачується особа, передбачене законом покарання за його вчинення, обов'язки із забезпечення належної поведінки підозрюваного, обвинуваченого та його явки за викликом, а також наслідки невиконання цих обов'язків. Схожі диспозиції процесуальних норм відносно запобіжних заходів у вигляді окремих правила застосування останніх знаходяться і в інших статтях КПК України.

Норми санкції щодо запобіжних заходів містяться у нормах процесуального закону і в інших законах, тому і можна визнати саме кримінальними процесуальними санкціями та санкціями норм кримінального процесуального права щодо запобіжних заходів. Останні містяться у нормах кримінального законодавства та в Законі України від 1 грудня 1994 р. «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянинові незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду». До того ж кримінальні процесуальні санкції відносно запобіжних заходів застосовуються за порушення положень гіпотези та диспозиції відповідних процесуальних норм.

Санкції норм кримінального процесуального права та кримінальні процесуальні санкції відносно запобіжних заходів можуть бути адресовані органам розслідування та суду, які приймали участь у застосуванні запобіжного

заходу та підозрюваному, обвинуваченому стосовно яких обирався запобіжний захід.

Кримінальною процесуальною санкцією, що адресована державним органам кримінального провадження є скасування апеляційним судом рішення слідчого судді про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою та у вигляді домашнього арешту на стадії досудового розслідування. Апеляційним суд скасовує рішення (застосовує кримінальну процесуальну санкцію) у разі встановлення відсутності підстав застосування запобіжного заходу (порушення кримінальної процесуальної гіпотези).

Санкцією норм кримінального процесуального права або кримінально-правовою санкцією відносно запобіжних заходів, що адресована державним органам кримінального провадження є норма ст. 371 КК, котра стосується завідомо незаконного затримання, приводу, домашнього арешту або тримання під вартою. Зазначена кримінально-правова санкція за порушення норм процесуального права передбачає такі види покарання: позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю, обмеженням волі, позбавленням волі.

Кримінальною процесуальною санкцією, що адресована особі щодо якої був обраний запобіжний захід є процесуальні норми, що передбачають заміну запобіжного заходу у випадку неналежної поведінки підозрюваного, обвинуваченого. Наприклад, кримінальною процесуальною санкцією щодо підозрюваного є відмова поручителя від взятих на себе зобов’язань та заміна запобіжного заходу на інший, що закріплюється у ч. 4 ст. 180 КПК України.

Таким чином, особливості норм кримінального процесуального права стосовно запобіжних заходів проявляються у їх структурі, котра включає гіпотезу, диспозицію, а іноді санкцію. Зазначені елементи процесуальних норм інституту запобіжних заходів відзначаються певними специфічними рисами. А саме у гіпотезі цих процесуальних норм визначаються мета та підстави застосування запобіжних заходів у кримінальному провадженні. У диспозиції встановлюється порядок застосування запобіжних заходів, склад учасників

процедури обрання запобіжних заходів під час кримінального провадження, час та місце розгляду клопотання про обрання запобіжних заходів та вирішення питання про їх застосування, а також окремі правила із застосування конкретного запобіжного заходу. Норми санкції щодо запобіжних заходів залежно від нормативно-правового акту, у якому вони встановлюються поділяються на кримінальні процесуальні та санкції норм кримінального процесуального права. Санкції відносно запобіжних заходів можуть бути звернені до державних органів кримінального провадження, а також до підозрюваного, обвинуваченого.

Під час характеристики структури треба зважати й на таку суттєву обставину. У кримінально-процесуальному праві існують норми, що мають загальний характер, наприклад, норми-принципи та норми-дефініції. Останні не встановлюють прав і обов'язків, що є змістом правовідносин, що існують між суб'єктами кримінального процесу. Вони також не визначають процесуального порядку (процедур) здійснення процесуальних дій і прийняття процесуальних рішень. У зв'язку з цим вести мову про наявність у їхній структурі традиційних елементів норми права не доводиться [23, с. 59].

Такі загальні, нетрадиційні за своєю структурою норми включені і до правового інституту заходів забезпечення кримінального провадження, запобіжних заходів. Так, відповідно до ч. 2 ст. 132 КПК України заходами забезпечення кримінального провадження є: 1) виклик слідчим, прокурором, судовий виклик і привід; 2) накладення грошового стягнення; 3) тимчасове обмеження у користуванні спеціальним правом; 4) відсторонення від посади; 4-[1]) тимчасове відсторонення судді від здійснення правосуддя; 5) тимчасовий доступ до речей і документів; 6) тимчасове вилучення майна; 7) арешт майна; 8) затримання особи; 9) запобіжні заходи. Зазначена норма у вигляді переліку заходів забезпечення кримінального провадження є дуже загальною, та по суті не встановлює ніяких прав і обов'язків, котрі відносяться до кримінальних процесуальних відносин між учасникам процесу застосування вказаних примусових заходів. Так само нормативний перелік заходів забезпечення

кримінального провадження ніяк не пов'язаний з визначенням процесуального порядку проведення слідчих (розшукових) дій та інших процесуальних дій та прийняття процесуальних рішень. Втім, якісь досить посередній зв'язок між нормою, у якій перераховуються заходи забезпечення кримінального провадження та порядком їх застосування, шляхом прийняття відповідного кримінального процесуального рішення можна знайти. Бо з норми ч. 2 ст. 132 КПК України можна наприклад, дізнатися та обрати конкретний захід забезпечення кримінального провадження для застосування до особи за певних обставин відповідного кримінального провадження. Разом з тим, крім інформаційного навантаження норма щодо переліку заходів забезпечення кримінального провадження не має. Процесуальні підстави, процесуальний порядок, процесуальний статус учасників відповідних кримінальних процесуальних відносин викладені у конкретних нормах КПК України, зокрема иклик слідчим, прокурором (ст. 133), судовий виклик ст. (ст. 134), привід (ст. 140), загальні положення накладення грошового стягнення (ст. 144), загальні положення тимчасового обмеження у користуванні спеціальним правом та тимчасового вилучення документів, які посвідчують користування спеціальним правом (ст. 148), загальні положення відсторонення від посади (ст. 154), загальні положення тимчасового доступу до речей і документів (ст. 159), підстави тимчасового вилучення майна (ст. 167), накладення арешту на майно (ст. 170) тощо.

Щодо запобіжних заходів, то КПК України також містить досить загальну, структурно нетрадиційну норму відносно їх переліку. Так, ч. 1 ст. 176 КПК України встановлює, що запобіжними заходами є: 1) особисте зобов’язання; 2) особиста порука; 3) застава; 4) домашній арешт; 5) тримання під вартою. Ця норма щодо визначення переліку запобіжних заходів також має загальний характер відносно всього кримінального процесуального законодавства та зокрема стосовно підстав та кримінального процесуального порядку застосування запобіжних заходів. Вочевидь, що такий законодавчий перелік запобіжних заходів не регламентує зміст правовідносин відносно

вирішення питання про застосування запобіжного заходу, тобто правового положення учасників кримінального провадження, у цій нормі відсутні процесуальні права, обов'язки або відповідальність суб'єктів кримінального провадження. З аналізу вказаного переліку неможливо визначити підстави, умови обрання конкретного запобіжного заходу, в тому числі процесуальну процедуру застосування запобіжних заходів. Норма відносно переліку запобіжних заходів лише інформує учасників кримінального провадження лише про систему запобіжних заходів, дізнавшись про яку можна визначити те, який запобіжний захід може застосований до особи при певних умовах, обставинах та ситуаціях кримінального провадження. Але навіть такий прогноз не уявляється можливим зробити без звернення до інших більш детальних, класичних норм процесуального законодавства, що встановлюють підстави, умови, процесуальний порядок застосування певного запобіжного заходу, процесуальні права та обв'язки учасників процедури обрання запобіжного заходу. Наприклад, для застосування особистого зобов'язання слід звернутися до змісту ч. 3, 4 ст. 176, ст. 177, ст. 178, ч. 2 ст. 179, ст.ст. 184, 185, 193, 194 КПК України, які встановлюють підстави, умови складання та подання клопотання про застосування запобіжного заходу у вигляді особистого зобов'язання, його погодження, розгляд слідчим суддею та винесення ухвали про застосування. Якщо ставити питання про обрання іншого запобіжного заходу, то знову треба керуватися нормами щодо відповідного запобіжного заходу та сукупністю загальних процедурних норм стосовно порядку застосування запобіжного заходу. Таким чином, при обранні будь-якого запобіжного заходу у кримінальному провадженні не можна обійтися без класичних правових норм, котрі встановлюють кримінальний процесуальний статус учасників процедури обрання запобіжного заходу, а також нормативних положень, що передбачають підстави, умови і процесуальний порядок застосування запобіжного заходу.

При цій ситуації бачиться недоцільним знаходження у КПК України правових норм, котрі просто закріплюють перелік запобіжних заходів у КПК

України. Тому що процесуального, функціонального навантаження у кримінальному провадженні такі правові приписи не виконують, а лише мають загальне інформаційне значення, у тому числі для учасників процедури застосування запобіжних заходів.

Крім загальних норм відносно переліку запобіжних заходів, КПК України включає досить загальні процесуальні норми, у яких визначаються поняття певних запобіжних заходів, так би мовити норми-дефініції стосовно окремих запобіжних заходів. Зокрема, у ч. 1 ст. 179 КПК України зазначається, що особисте зобов'язання полягає у покладенні на підозрюваного, обвинуваченого зобов'язання виконувати покладені на нього слідчим суддею, судом обов'язки, передбачені ст. 194 КПК України. У ч. 1 ст. 180 КПК дається визначення поняття особистої поруки, а саме остання полягає у наданні особами, яких слідчий суддя, суд вважає такими, що заслуговують на довіру, письмового зобов'язання про те, що вони поручаються за виконання підозрюваним, обвинуваченим покладених на нього обов'язків відповідно до ст. 194 КПК і зобов'язуються за необхідності доставити його до органу досудового розслідування чи в суд на першу про те вимогу. Положення ч. 1 ст. 181 КПК України закріплюють, що домашній арешт полягає в забороні підозрюваному, обвинуваченому залишати житло цілодобово або у певний період доби. Норми ч. 1 ст. 182 КПК України встановлюють, що застава полягає у внесенні коштів у грошовій одиниці України на спеціальний рахунок, визначений в порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України, з метою забезпечення виконання підозрюваним, обвинуваченим покладених на нього обов'язків, під умовою звернення внесених коштів у доход держави в разі невиконання цих обов'язків. Нормативними положеннями ч. 1 ст. 183 КПК України передбачається, що тримання під вартою є винятковим запобіжним заходом, який застосовується виключно у разі, якщо прокурор доведе, що жоден із більш м'яких запобіжних заходів не зможе запобігти ризикам, передбаченим ст. 177 КПК, крім випадків, передбачених ч. 5 ст. 176 КПК України.

Аналіз норм-дефініцій щодо визначення запобіжних заходів свідчить, що у переважній більшості зазначені норми, як і норми стосовно переліку запобіжних заходів не несуть процесуального навантаження у кримінальному провадженні, вони мають, насамперед, інформаційний характер. Норми-дефініції стосовно запобіжних заходів, як правило, не встановлюють підстав, умов і процесуального порядку застосування таких заходів. Вказані нормативні приписи не регламентують процесуального статусу учасників процедури обрання запобіжного заходу, тобто вони не містять відповідних процесуальних прав та обов'язків.

Разом з тим, законодавче забезпечення норм-дефініцій відносно запобіжних заходів у статях КПК України зумовлює збільшення нормативного змісту інституту запобіжних заходів, що передбачає виконання додаткової роботи суб'єктів кримінального провадження, принаймні щодо ознайомлення, аналізу, тлумачення та співставлення з іншим нормами, що регламентують реалізацію запобіжних заходів. Причому, у процесі обрання запобіжного заходу фактично жодний з учасників відповідної процедури нормами-дефініціями не користується, оскільки увага приділяється іншим нормативним положенням, а саме процесуальним приписам стосовно підстав, умов і процесуального порядку застосування певних запобіжних заходів. 85,7 % опитаних слідчих, 71,3 % прокурорів та 77,1 % суддів зазначили, що вони не звертаються до норм-дефініцій відносно запобіжних заходів у процесі їх обрання до підозрюваного, обвинуваченого.

Унормування кримінальних процесуальних дефініцій обумовлює ризик невиправданої формалізації змісту кримінального процесуального регулювання. Правове регулювання кримінальних процесуальних дефініцій не має практичної цінності, проте таке регулювання може ускладнювати реалізацію кримінального процесу [85, с. 133].

Норми-дефініції щодо визначення запобіжних заходів дійсно формалізують у КПК України правову регламентацію запобіжних заходів через необґрунтоване збільшення нормативного змісту інституту запобіжних заходів

Законодавче забезпечення понять запобіжних заходів не несе процесуального навантаження та практичної значимості. Проте додаткова пізнавальна та аналітична діяльність відносно норм-дефініцій запобіжних заходів може створювати труднощі у здійсненні кримінального провадження, зокрема у процесі застосування запобіжних заходів до підозрюваного, обвинуваченого.

Дослідження процесуальних норм, у яких міститься лише перелік запобіжних заходів, а так саме процесуальних приписів, у змісті яких визначаються поняття запобіжних заходів свідчить про недоцільність їх знаходження у КПК України. Тому у КПК України слід внести зміни щодо виключення зазначених положень.

3.2. Характеристика структурних елементів норм права, якими регулюються запобіжні заходи

3.2.1. Гіпотеза норм права, якими регулюються запобіжні заходи

Гіпотеза є елементом норми права, що вказує на життєві обставини, за наявності та/або відсутності яких реалізується правило поведінки [42, с. 234].

«Гіпотеза відповідає на питання: коли ? де ? в якому випадку ? за якої умови ? Вона визначає можливості застосування норми (правил поведінки, що містяться у її диспозиції) до тих чи інших умов, визначає межі чинності диспозиції. Тому відсутність або нечіткість викладення змісту гіпотези правової норми може призвести до невірної оцінки фактів, а значить – до довільних, не передбачених у праві, дій суб’єктів» [41, с. 152].

Найбільш суттєвими ознаками гіпотези норми права є наступні.

По-перше, основною функцією гіпотези є встановлення фактичних умов (життєвих обставин), наявність яких і приводить у дію норму. Якщо уявити норму права якимсь механічним агрегатом, то гіпотеза, в даному випадку, є стартером, що приводить у рух увесь механізм в цілому.

По-друге, через гіпотезу відбувається конкретизація правової норми, завдяки чому норма починає регулювати не якесь абстрактне, а цілком конкретне суспільне відношення, що має риси, котрі можна впізнати.

По-третє, гіпотеза норми права наділяється універсальним оціночним критерієм, з допомогою якого вона як би «уводить» особу у сферу діяльності норми. Людина у повсякденній діяльності, оцінюючи майбутні варіанти своєї поведінки, так чи інакше починає думати наступним чином: «Ці наслідки настануть у разі, коли я вчиню так-то» або «Якщо я зроблю це, то настане наступне».

По-четверте, гіпотеза включає велику кількість елементів – фактичних умов. Саме сукупність всіх фактичних обставин і сприяє виникненню, зміні і припиненню правовідносин [5, с. 61-62].

Гіпотези норм кримінального процесуального права, якими врегульовані запобіжні заходи, мають складний характер. Гіпотези норм кримінального процесуального права, якими врегульовані запобіжні заходи, мають складний характер. Слово «складний» в тлумачних словниках української мови визначають як такий, «який складається з кількох частин, елементів» [15, с. 1331; 47, с. 432].

Складність гіпотез цих норм обумовлена тим, що процесуальне право є похідним від кримінального права, а тому в гіпотезі процесуальної норми незримо є присутньою норма чи частина норми права матеріального (кримінального)[15]. Прикладом може слугувати положення ч. 2 ст. 177 КПК про те, що підставою застосування запобіжного заходу є наявність *обґрунтованої підозри у вчиненні особою кримінального правопорушення.* Наявність такої підозри є частиною складної гіпотези (про цей різновид гіпотез далі) норми права щодо обрання запобіжного заходу. Тобто для обрання запобіжного заходу мають бути не лише процесуальні моменти (наприклад, ризики,

[15] У літературі висловлена точка зору згідно з якою «в силу великого рівня абстрактності норми загальної частини КПК («генеральні норми»), так само як і норми кримінального права, неначе «присутні» у гіпотезах всіх норм особливої частини» [23, с. 71]

перелічені у ч. 1 ст. 177 КПК), а й матеріально-правові, зміст яких полягає у наявності достатніх даних про те, що особа, щодо якої вирішується питання про обрання запобіжного заходу, ймовірно вчинила *кримінальне правопорушення*.

Автори монографії «Теорія юридичного процесу» правильно відзначають, що в гіпотезі процесуальної норми «умови, за яких реалізується норма права, характеризуються насамперед тим, що вони визначені змістом і проявом в даний момент застосовуваної норми матеріального права. Як загальні гіпотетичні умови процесуальної норми можуть виступати факти, пов'язані або з реалізацією диспозиції норми матеріального права, або з вирішенням норми матеріального права і відповідно з реалізацією її санкцій. ... Це загальна вимога для всіх процесуальних норм, а конкретні стадії застосування норми матеріального права слугують приватними гіпотетичними умовами конкретної процесуальної норми. Таким чином, норма матеріального права як би є «присутньою» в гіпотезі процесуальної норми, визначаючи мірою своєї реалізації її приватні умови» [147, с. 176][16].

Із цього приводу в юридичній літературі висловлена думка про те, що норми процесуального права «запрограмовані» на встановлення обставин події, модель якої міститься в нормі кримінального права. В загальному плані ця (кримінально-правова) модель дублюється в КПК у вигляді обставин, що підлягають встановленню у кожному кримінальному провадженні (предмет доказування) незалежно від кваліфікації кримінального правопорушення [167, с. 129].

Оригінальну позицію щодо зв'язку процесуальних і матеріальних норм у кримінальному провадженні висловила С. О. Гемай. Вона вважає, що ці різновиди норм можуть перебувати як у прямому, так і в опосередкованому зв'язку. На її думку, «норми Особливої частини Кримінального кодексу України прямо корелюють з кримінально-процесуальними нормами, що регламентують слідчі (доказові) дії (глави 14-18, 26 КПК). Призначенням

[16] О. Ф. Скакун, відзначаючи особливості структури процесуальних норм, вказує на те, що умовами гіпотези цих норм можуть стати всі три структурні елемента матеріальної норми: гіпотеза, диспозиція та санкція [140, с. 288].

останніх є пізнання обставин діяння, у зв'язку з яким порушена кримінальна справа і воно попередньо кваліфіковане у відповідній постанові за певною статтею кримінального закону, і особи, яка його вчинила.

А от процесуальні норми, якими регламентовані цілі, підстави і процесуальний порядок обрання, зміни і скасування запобіжних заходів (глава 13 КПК), перебувають із викладеними у статтях Особливої частини Кримінального кодексу України нормами в опосередкованому зв'язку, бо вони спрямовані на забезпечення належної поведінки підозрюваного і обвинуваченого, тобто на виконання процесуальних завдань» [23, с. 43][17].

З такою позицією повністю погодитися не можна. Бо навряд чи можливо визначити «питому вагу» важливості слідчих (розшукових) дій і запобіжних заходів для встановлення обставин вчинення кримінального правопорушення. Якщо слідчі (розшукові) дії передбачають можливість застосування пізнавальних методів, то запобіжні заходи, як наразі передбачено чинним КПК, є заходами забезпечення кримінального провадження, в тому числі і здійснення слідчих дій.

Отже, необхідність з'ясування обставин кримінального правопорушення є загальною гіпотезою для всіх норм кримінального процесуального права, і, зокрема, тих із них, якими визначаються умови обрання і застосування запобіжних заходів, і яка є присутньою в кожній із норм права, що утворюють в своїй єдності інститут запобіжних заходів.

Гіпотезою норми права, яка є структурним елементом інституту запобіжних заходів, є частина норми, в якій законодавець зазначає обставини з настанням яких починає діяти диспозиція норми. Як зазначається в наукових дослідженнях, присвячених її вивченню, «проблема гіпотези – це завжди проблема реалізації дії норми права, проблема умов виникнення, зміни та припинення правовідносин» [5, с. 4].

---

[17] Оскільки дисертаційне дослідження С. О. Гемай виконувала в період дії КПК 1960 р., то в дисертації вжита термінологія саме того КПК.

Слідчий, прокурор як сторона обвинувачення з настанням обставин, зазначених в гіпотезі норми, отримують право скласти клопотання до суду з проханням обрати щодо підозрюваного той чи інший запобіжний захід. Тобто фактично мова йде про те, що в гіпотезі норми кримінального процесуального права викладені підстави до обрання запобіжного заходу. Обирає запобіжний захід суд, але поставити питання про це перед судом вправі слідчий, прокурор. Окрім того, підстави до обрання запобіжного заходу судом одночасно є і підставами до складання відповідного клопотання стороною обвинувачення. Бо саме на них останні орієнтуються, складаючи клопотання і саме ці обставини вони повинні доводити перед судом.

Але для обрання запобіжного заходу згідно з чинним КПК має настати декілька життєвих обставин (юридичних фактів), які у сукупності складають підставу до початку і подальшого вирішення питання про обрання такого заходу. Такі гіпотези у загальній теорії права називають складними [42, с. 235]. Можна стверджувати, що складність гіпотез норм, що регламентують порядок обрання і застосування запобіжних заходів, у чинному КПК, окрім означеного вище («присутності» норми кримінального права і обґрунтованої підозри щодо особи у вчиненні нею кримінального правопорушення), обумовлюється і наступними обставинами.

По-перше, законодавець сформулював *мету* застосування запобіжних заходів, як забезпечення виконання підозрюваним, обвинуваченим покладених на нього процесуальних обов’язків, а також запобігання спробам переховуватися від органів досудового розслідування та/або суду; знищити, сховати або спотворити будь-яку із речей чи документів, які мають істотне значення для встановлення обставин кримінального правопорушення тощо (ч. 1 ст. 177 КПК). У цій частині норми КПК йдеться про забезпечення самим фактом обрання щодо підозрюваного, обвинуваченого запобіжного заходу як виконання його обов’язків, тобто того, що він повинен робити згідно з вимогами КПК (законні дії), так і утримання від незаконних дій. Простіше кажучи, коли у кримінальному провадженні виникає потреба у забезпеченні

законної діяльності підозрюваного (обвинуваченого) і в запобіганні здійсненню ним незаконної діяльності, яка може знизити ефективність провадження, і досягнення цілей справедливого судочинства, то тоді перед судом можна ставити питання про обрання запобіжного заходу.

По-друге, як *підстава* до обрання запобіжного заходу у законі зазначена наявність ризиків, які дають достатні підстави слідчому судді, суду вважати, що підозрюваний, обвинувачений, засуджений може здійснити дії, передбачені частиною першою цієї статті (ч. 2 ст. 177 КПК), тобто дії, запобігання спробам вчинити які визначена у законі як мета застосування запобіжних заходів.

По-третє, у законі фігурує ще й таке поняття як ризики. У одному з науково-практичних коментарів до КПК зазначено, що в ч. 1 ст. 177 надано перелік «допустимих» ризиків, за наявності яких можливе застосування запобіжних заходів, і що такими ризиками є дії, зазначені в цій частині статті [98, с. 356-357]. З таким підходом до визначення сутності ризиків, як частини підстави до застосування запобіжних заходів, погодитися не можна. Ризиками є не самі по собі дії. Такі дії можуть ніколи не відбутися. Тут мова йде про обґрунтовані підстави вважати, що одна чи декілька з перелічених дій потенційно можуть мати місце у майбутньому. Як правильно зазначають і самі автори згаданого вище коментаря до КПК, «лише теоретична (гіпотетична) можливість вчинити певні дії не є ризиком у значенні цієї статті» [98, с. 357]. Водночас вони вважають, що «проспективність рішення про застосування запобіжного заходу (на відміну від ретроспективності вироку або інших судових рішень щодо минулих фактів) ускладнює визначення наявності чи відсутності ризику. На відміну від минулих фактів, які теоретично можуть бути доведені напевно, майбутні події можуть бути доведені лише з певною вірогідністю. Водночас така вірогідність не може ґрунтуватися на міркуванні на кшталт «все може статися», а має бути обґрунтована посиланням на конкретні обставини справи і випливати із усієї сукупності обставин, доведених під час судового розгляду певними доказами» [98, с. 357-358].

В аспекті прогнозування настання певних ситуацій у майбутньому для обґрунтування ризиків неналежної поведінки слід зазначити, що загальновідомо, що поділ юридичних фактів на дії і події здійснюється за вольовою ознакою. Вольовою поведінкою суб'єктів кримінально-процесуального права, наслідком якої є початок реалізації припису, викладеного у диспозиції норми, є вчинення ними процесуальних дій або прийняття процесуальних рішень [23, с. 72].

Події як юридичні факти виникають, змінюються і припиняються поза волею людей. Такий юридичний факт як подія не є характерним для виникнення кримінально-процесуальних відносин. Останні моделюються законодавцем у такий спосіб, щоб кожний із заінтересованих суб'єктів мав змогу активно впливати на рух кримінального процесу [23, с. 73]. Однак це не виключає наявності у гіпотезах норм кримінально-процесуального права юридичних фактів – подій, що не залежать від волі суб'єктів кримінального процесу, але суттєво впливають на його рух. Однією із таких подій, що тягне за собою закриття кримінальної справи, є смерть особи, яка підлягала притягненню як обвинувачений. Ця подія не є результатом здійснення процесуальних дій і прийняття процесуальних рішень чи призначення кримінального покарання. Вимога щодо об'єктивності дослідження обставин справи робить можливим твердження про те, що юридичним фактом – подією у кримінально-процесуальному праві є результати діяльності органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду. Вольова поведінка суб'єктів кримінального процесу є суб'єктивним чинником виникнення правових відносин [23, с. 73].

Щодо аспекту доведення наявності ризиків неналежної поведінки підозрюваного, обвинуваченого, то зрозуміло, що державні органи кримінального провадження у ретроспективному вимірі мають оцінювати попередню та сьогоденну вольову поведінки особи, умови і обставини її життя, ситуацію кримінального провадження та робити прогноз відносно майбутніх

проспективних дій підозрюваного, обвинуваченого, обґрунтовуючи рішення про застосування певного запобіжного заходу у кримінальному провадженні.

Виникає запитання: «Якими «конкретними обставинами справи» має бути обґрунтована вірогідність вчинення дій, зазначених в переліку в ч. 1 ст. 177 КПК і як ці «проспективні» обставини можуть бути обґрунтовані доказами ?» Очевидно, в гіпотезі норм кримінального процесуального права в цьому випадку йдеться як про проспективну, так і про ретроспективну складову підстави до застосування запобіжного заходу. Бо майбутня поведінка підозрюваного (обвинуваченого), щодо якого вирішується питання про застосування запобіжного заходу, може бути спрогнозована на основі знання (доказів) про його поведінку (дії) у минулому. Причому слідчий суддя чи суд, вирішуючи питання про обрання запобіжного заходу, повинні зважати на усі обставини провадження, що стосуються поведінки особи як у минулому, так і її можливої поведінки у майбутньому. Звісно, усі обставини, на підставі яких вирішується питання про застосування запобіжного заходу, не можуть бути регламентовані у кримінальному процесуальному законі. Але це не означає, що суд (слідчий суддя) можуть ігнорувати якісь обставини не зазначені в КПК, які мають значення для правильного вирішення зазначеного питання.

Показовим у цьому плані є ситуація з обранням українським судом запобіжного заходу, яка стала предметом розгляду ЄСПЛ. У Рішенні від 14 січня 2011 р. в справі «Хайредінов проти України» ЄСПЛ зазначив (п. 29), що «на момент взяття заявника під варту йому було приблизно 20 років, він не мав судимості та мав постійне місце проживання, де, як підтвердили місцеві органи влади, у нього були добре налагоджені соціальні зв’язки. Як убачається з відповідних постанов суду …, жоден із цих факторів не брали до уваги національні суди при ухваленні ними рішення про взяття заявника під варту. Крім того, здійснюючи оцінку особистості заявника, національні суди вирішили посилатися виключно на негативні характеристики та не враховували позитивні ... Посилаючись на тяжкість обвинувачень та наявність ризику його ухилення від слідства і суду, національні суди не надали жодної оцінки

беззаперечному дотриманню заявником вимог слідчого щодо явки до нього протягом більше ніж місяця до його затримання, а також відсутності будь-яких спроб з його сторони вплинути у будь-який спосіб на хід розслідування» [120, с. 36]. Як бачимо, в цьому Рішенні ЄСПЛ зважив не лише на проспективні елементи поведінки особи, а й на її ретроспективні елементи, наприклад, на факт беззаперечного дотримання заявником вимог слідчого щодо явки до нього протягом більше ніж місяця до затримання. Як зазначив ЄСПЛ в п. 30 Рішення, за обставин, вказаних у цій справі, національні органи влади не надали належного обґрунтування для виправдання позбавлення заявника свободи, яке вважається свавільним [120, с. 35-36]. Відтак, для того, щоб позбавлення свободи (так само як і інші запобіжні заходи) не вважалось свавільним, такий захід має бути необхідним за *конкретних обставин*.

Законодавець визначив, що під час розгляду питання про застосування заходів забезпечення кримінального провадження сторони кримінального провадження повинні подати слідчому судді або суду *докази* обставин, на які вони посилаються (ч. 5 ст. 132 КПК). Звісно, що сторони можуть подати до суду докази того, що мало місце *в минулому*, а не матиме в майбутньому. Подаючи докази певної поведінки особи, сторони можуть переконати суд в необхідності чи в недоцільності застосування запобіжного заходу лише екстраполюючи попередню поведінку на майбутнє. Виходячи з цього, ризики, про які йдеться у ст. 177 КПК, варто розглядати як оцінку небезпек для ефективності кримінального провадження, тобто як можливість настання негативних для провадження наслідків при вчиненні підозрюваним (обвинуваченим) певних визначених законом дій.

По-четверте, елементом підстави до застосування запобіжних заходів, а отже і елементом гіпотези норми кримінального процесуального права, є положення про пропорційність втручання в права і свободи особи, щодо якої буде вирішуватися це питання.

Будь-який запобіжний захід є втручанням у права і свободи, які гарантуються Конституцією України, ЄКПЛ та іншими джерелами права. Саме

тому законодавець у гіпотезі процесуальної норми встановив, що слідчий, прокурор повинні довести перед судом, що потреби досудового розслідування виправдовують такий *ступінь* втручання у права і свободи особи, про який ідеться в клопотанні слідчого, прокурора (п. 2 ч. 3 ст. 132 КПК), а також в тому, що жоден із більш м'яких запобіжних заходів, окрім тих, що зазначені в клопотанні, не може запобігти доведеним під час розгляду ризику або ризикам (ч. 3 ст. 176 КПК). У Рішенні від 14 січня 2011 р. в справі «Хайредінов проти України» (п. 29) ЄСПЛ в обґрунтування своїх висновків навів той факт, що судом «не розглядалась можливість застосування менш суворих запобіжних заходів, … які могли б забезпечити доступність заявника для розслідування та судового розгляд» [120, с. 36].

По-п'яте, запобіжні заходи є частиною системи заходів забезпечення кримінального провадження. Норми кримінального процесуального права, якими регламентований порядок застосування останніх, також мають у своїй структурі гіпотези, в яких викладені відповідні підстави. Останні також мають враховуватися при обранні запобіжних заходів, які є частиною заходів забезпечення кримінального провадження. Відтак до структури гіпотези норм права, що стосуються запобіжних заходів, об'єктивно входять і положення, що є елементами структури норм, якими регламентовані заходи забезпечення кримінального провадження.

Вище розглянуті не усі елементи гіпотез норм кримінального процесуального права[18], але й розглянутих достатнього для того, щоб зробити висновок про те, що ці гіпотези є складними. Специфіка гіпотез цих норм порівняно з іншими елементами норм (диспозицією і санкцією) обумовлена тим, що вона відзначається більшою невизначеністю формулювань, наприклад, «перешкоджати кримінальному провадженню іншим чином». Варіантів

[18] Наприклад, С. О. Гемай вважає, що, «оскільки лише наділені кримінально-процесуальною компетенцією суб'єкти мають право здійснювати кримінальне судочинство, то кожна гіпотеза кримінально-процесуальної норми зримо чи незримо приміщує у собі вказівку на те, що до суб'єктного складу правовідносин, врегульованих диспозицією норми, входить або державний орган або/і його службова особа» [23, с. 65].

незаконного впливу може бути безкінечно багато. Тому можна стверджувати, що гіпотези норм кримінального процесуального права є відносно визначеними, тобто такими, в яких «життєві обставини, з наявністю (відсутністю) яких пов'язана дія норми, сформульовані у вигляді невичерпного переліку» [42, с. 235]. У гіпотезах норм, якими регламентовані запобіжні заходи, є формулювання як у вигляді переліків («ризики» – ч. 1 ст. 177 КПК), так і без зазначення переліків. Причому у переліку, як було показано вище, зазначені обставини, які, в свою чергу, теж характеризуються високим ступенем невизначеності.

Справедливо зазначає С.О. Гемай, що ступінь загальності (абстрактності) гіпотези є різним. Гіпотеза норми кримінально-процесуального права може поширюватися лише на одну норму, а також сфера дії гіпотези норми іноді розповсюджується на декілька кримінально-процесуальних норм, що можуть належати до певного інституту. Крім того, дія гіпотези норми може бути розповсюджена і на окремі інститути кримінально-процесуального права [23, с. 68]. Зазначена позиція може бути успішно віднесена до гіпотез процесуальних норм інституту заходів забезпечення кримінального провадження. Ці гіпотези також розповсюджуються як на окремі норми, так і на інститут запобіжних заходів, та і на увесь інститут заходів забезпечення в цілому. Причому, чим більше сукупність процесуальних норм, на які поширюються гіпотези, тим останні мають більший ступінь абстрактності. Наприклад, гіпотези, що міститься у нормі ч. 1 ст. 131 та ч. 1, 3 ст. 132 КПК України є загальними для усіх заходів забезпечення кримінального провадження, у тому числі запобіжних заходів. Тому ступінь загальності цих гіпотез досить великий. Зокрема, норма ч. 1 ст. 131 КПК встановлює, що заходи забезпечення кримінального провадження застосовуються з метою досягнення дієвості цього провадження. Тобто, досягнення такого абстрактного показника як дієвість кримінального провадження є метою застосування усіх без виключення заходів забезпечення кримінального провадження, а тому і запобіжних заходів.

Зазначена гіпотеза процесуальних норм у вигляді мети застосування заходів забезпечення кримінального провадження є дуже абстрактною і стосується також усіх запобіжних заходів. Порівняно із загальною гіпотезою процесуальних норм інституту запобіжних заходів, що сформульована у вигляді мети застосування запобіжних заходів у ч. 1 ст. 177 КПК України, загальна гіпотеза правових норм у вигляді мети застосування заходів забезпечення кримінального провадження у ч. 1 ст. 131 КПК України є більш абстрактною. Зумовлюється це тим, що перша гіпотеза процесуальних норм розповсюджується на більшу кількість кримінальних процесуальних норм щодо забезпечення всього кримінального провадження, ніж друга гіпотеза, котра стосується лише забезпечення кримінального процесу у частині контролю поведінки підозрюваного, обвинуваченого.

Норма ст. 132 КПК України містить інші загальні гіпотези для процесуальних положень стосовно усіх заходів забезпечення кримінального провадження. У ч. 3 цієї статті зазначаються абстрактні підстави застосування заходів забезпечення, а саме: існування обґрунтованої підозри щодо вчинення кримінального правопорушення такого ступеня тяжкості, що може бути підставою для застосування заходів забезпечення кримінального провадження; потреби досудового розслідування виправдовують такий ступінь втручання у права і свободи особи, про який ідеться в клопотанні слідчого, прокурора; можливість виконання завдання, для якого слідчий, прокурор звертається із клопотанням.

Вказані процесуальні підстави застосування заходів забезпечення кримінального провадження є дуже загальними гіпотезами відповідних процесуальних норм. Проте інколи у більш спеціальних процесуальних нормах може бути зазначена гіпотеза у більш абстрактному форматі у вигляді загальних підстав здійснення правових норм. Наприклад, у ст. 177 КПК України одна з підстав застосування запобіжних заходів зазначена у більш загальному варіанті, ніж ця ж підстава у ст. 132 стосовно всієї системи заходів забезпечення кримінального провадження. Тобто загальна гіпотеза відносно

застосування запобіжних заходів у законі виглядає загальнішою порівняно з загальною гіпотезою виконання заходів забезпечення. Якщо загальною гіпотезою процесуальних норм інституту запобіжних заходів передбачається просто наявність обґрунтованої підозри у вчиненні особою кримінального правопорушення, то у загальній гіпотезі норм стосовно здійснення заходів забезпечення встановлюється наявність обґрунтованої підозри щодо вчинення кримінального правопорушення такого ступеня тяжкості, що може бути підставою для застосування заходів забезпечення кримінального провадження. Отже, у загальній гіпотезі процесуальних норм інституту заходів забезпечення кримінального провадження загальна підстава відносно обґрунтованої підозри конкретизується з додаванням умови щодо відповідно ступеня тяжкості скоєного кримінального правопорушення.

Зазначена відмінність загальних гіпотез правових норм щодо заходів забезпечення кримінального провадження та процесуальних норм стосовно запобіжних заходів виглядає нелогічною на перший погляд, тому що запобіжні заходи у системі всіх заходів забезпечення кримінального провадження є найбільш суворими примусовими заходами, що обмежують права і свободи особи у кримінальному провадженні. Тому доцільним було б саме у загальній гіпотезі норм запобіжних заходів деталізувати підставу відносно обґрунтованої підозри з урахуванням відповідного ступеню тяжкості кримінального правопорушення. При цьому у змісті загальної гіпотези інституту заходів забезпечення кримінального провадження може міститися підстава у вигляді наявності обґрунтованої підозри без конкретизації тяжкості кримінального правопорушення.

Крім того, певну невизначеність загальної гіпотези процесуальних норм у частині регламентації запобіжних заходів створює загальний термін «обґрунтована підозра». Останній не роз’яснюється жодним чином не у загальних нормах, ані у спеціальних положеннях щодо застосування запобіжних заходів у кримінальному провадженні. З одного боку наявність у гіпотезі процесуальної норми такого оціночного терміну створює певні

складнощі для застосування запобіжних заходів, з іншого боку такий абстрактний термін у гіпотезі правової норми розширює можливості державних органів кримінального провадження стосовно застосування запобіжних заходів до підозрюваних, обвинувачених, які могли скоїти різні як за суб'єктивним, так і об'єктивним складом кримінальні правопорушення. Тому ми підтримуємо позицію С.О. Гемай про те, що важливим є питання щодо ступеня визначеності гіпотез норм кримінально-процесуального права. Важливість даного питання обумовлена дією у кримінальному процесі принципу «дозволено лише те, що прямо передбачено у законі». Прямо передбаченим у законі має бути не лише правило поведінки (диспозиція норми), а й юридичний факт (гіпотеза норми), що дає поштовх до реалізації цього правила. Дане питання є не лише важливим для теорії і практики кримінального процесу. Воно є ще й надзвичайно складним. Складність його полягає в тому, що у гіпотезах кримінально-процесуальних норм іноді важко чітко і однозначно передбачити всі юридичні факти. Процесуальні ситуації (ситуації провадження у кримінальній справі) є настільки багатоманітними, що законодавець не в змозі охопити всі їх і включити до гіпотез відповідних норм. Через це він змушений у галузі публічного (кримінально-процесуального) права, що потребує чіткості формулювань, вживати у гіпотезах норм нечіткі терміни [23, с. 77]. Це обґрунтоване роз'яснення вченого пояснює включення у гіпотезу процесуальних норм інституту запобіжних заходів терміну «обґрунтована підозра» та інших оціночних понять.

Викладені вище інші загальні підстави інституту заходів забезпечення кримінального провадження є також абстрактними та складають у цілому загальну гіпотезу процесуальних норм. Зокрема у п. 3 ч. 3 ст. 132 КПК України формулюється досить абстраговане положення про те, що захід забезпечення може бути застосований у випадку, коли може бути виконане завдання, для виконання якого слідчий, прокурор звертається із клопотанням до слідчого судді, суду. Визначена загальна підстава здійснення заходу забезпечення кримінального провадження дещо схожа на мету, тобто на бажаний результат

заходу забезпечення, проте вказується у невизначеному вигляді. Конкретне завдання для виконання якого застосовується захід забезпечення під час кримінального провадження визначається слідчим, прокурором.

Щодо запобіжних заходів як частини заходів забезпечення кримінального провадження таке завдання, або бажаний результат визначається як забезпечення виконання підозрюваним, обвинуваченим покладених на нього процесуальних обов'язків, а також запобігання відповідним спробам його неналежної поведінки.

Таким чином, загальна гіпотеза у вигляді мети застосування усіх заходів забезпечення через можливість виконання певного завдання кримінального провадження конкретизується у загальній гіпотезі щодо мети застосування запобіжних заходів до підозрюваного, обвинуваченого. Загальна мета застосування заходів забезпечення відносно дієвості кримінального провадження деталізується у виконанні певного завдання стосовно реалізації заходів забезпечення кримінального провадження та досягнення необхідного результату стосовно належної поведінки підозрюваного, обвинуваченого.

Інколи співвідношення мети і підстав у змісті гіпотези процесуальної норми у КПК України піддається критиці в літературі з огляду на невиправдане закріплення різноманітних категорій в одній правовій гіпотезі. Так, Л.М. Лобойко аналізуючи ст. 148 КПК 1960 р. щодо мети і підстав застосування запобіжних заходів, зазначає, що цілі є бажаним майбутнім результатом, який очікується після застосування того чи іншого заходу, а підстави – це те, що вже відомо і покладається в основу рішення про застосування запобіжного заходу [80, с. 133]. Вчений зауважує, що у законі достатньо було б вказати тільки на підстави, бо саме вони, а не цілі покладаються в основу процесуального рішення. Окрім того, цілі і підстави застосування запобіжних заходів формулюються в гіпотезі норми кримінально-процесуального права («якщо обвинувачений буде ...»), яка повинна характеризуватися єдністю змісту. Формулювання двох різних понять в одній гіпотезі «розпорошує» її зміст [80, с. 133]. Ми не можемо не визнати доцільним

слушне зауваження Л.М. Лобойка щодо того, що закріплення різних термінів з однаковим визначенням у нормі відносно запобіжних заходів у КПК 1960 р. є непотрібним для визначеності змісту гіпотези відповідної процесуальної норми. Разом з тим, нам важко погодитися з вказаною точкою зору стосовно співвідношення мети і підстав щодо гіпотези процесуальної норми чинного КПК України, що регламентує застосування запобіжних заходів у кримінальному провадженні. Тому що у ст. 177 КПК України поняття мети і підстав застосування запобіжних заходів як складові загальної гіпотези процесуальної норми взаємодоповнюють один одне. Вони є різними не тільки за назвою, а й за змістом. Мета і підстави застосування запобіжних заходів визначають бажаний результат у вигляді забезпечення неналежної поведінки підозрюваного, обвинуваченого та встановлюють фактичні обставини, умови при яких запобіжні заходи можуть бути застосовані, а саме ризики і обґрунтовану підозру, котрі є важливими для обрання до особи запобіжного заходу.

Окрім поширення гіпотези на певні процесуальні норми, сукупності процесуальних норм, правовий інститут та декілька інститутів процесуальних норм, гіпотеза норми кримінально-процесуального права, якщо вона викладена у загальних положеннях КПК, розповсюджує свою дію на диспозиції всіх норм, що містяться у статтях, не включених до загальної частини, або на певну їх сукупність [23, с. 68-70]. Отже, в силу великого рівня абстрактності норми загальної частини КПК («генеральні норми»), так само як і норми кримінального права, неначе «присутні» у гіпотезах всіх норм особливої частини [23, с. 71].

Гіпотези процесуальних норм інституту запобіжних заходів регламентуються формально не у загальній частині КПК України, оскільки вони знаходяться не у першому розділі «Загальні положення», у другому розділі «Заходи забезпечення кримінального провадження», зокрема у главі 18 «Запобіжні заходи, затримання особи». Разом з тим, зазначені гіпотези розповсюджуються і на спеціальні процесуальні норми, їх диспозиції, що

встановлюють порядок кримінального провадження у досудовій стадії, так і під час судового провадження. Так, загальні гіпотези процесуальних норм відносно застосування запобіжних заходів, що сформульовані у загальних нормах ст. 177 КПК України поширюються на диспозиції процесуальних норм під час судового розгляду, у ході якого згідно зі ст. 331 КПК України може бути реалізована процедура обрання, скасування або зміна запобіжного заходу в суді. Прийняття одного з зазначених процесуальних рішень стосовно запобіжних заходів здійснюється з огляду на загальну мету та підстави, що сформульовані у абстрактній гіпотезі у загальних процесуальних нормах глави 18 КПК України. Про це свідчить норма ч. 2 ст. 331 КПК України.

Отже, з урахуванням рівня загальності гіпотез норм інституту запобіжних заходів, що регламентуються у главі 18 КПК України, вони використовуються для приведення у дію диспозицій спеціальних процесуальних норм щодо судового розгляду, тобто нормативних приписів особливої частини КПК України.

Досліджуючи гіпотезу норм права, якими регулюються запобіжні заходи, не можна обійти питання щодо структури зазначеної гіпотези, тобто його структурного поділу.

У теорії права гіпотези диференціюються на прості і складні. Проста гіпотеза – гіпотеза, що ставить дію юридичної норми у залежність від якоїсь однієї умови, однієї фактичної обставини. Складна гіпотеза – гіпотеза, що ставить дію юридичної норми у залежність від певної сукупності фактів [139, с. 419]. У теорії кримінального провадження прості і складні гіпотези, насамперед, розділюють шляхом виділення лише кримінального процесуальної або останньої і кримінально-правової складової частини.

Так, С.О. Гемай зазначає, що простими юридичними (фактичними) складами у гіпотезах норм кримінально-процесуального права є факти (події і/або дії), що мають значення для провадження у кримінальній справі і мають кримінально-процесуальну природу. Складним фактичним складом гіпотез кримінально-процесуальних норм в силу їхнього функціонального призначення

найчастіше є факти, що мають кримінальне і кримінально-процесуальне значення [23, с. 74-75]. Дійсно, гіпотези кримінальних процесуальних норм можуть бути або з прості, або складні з огляду на матеріальні кримінально-правові та кримінальні процесуальні елементи, що регламентуються у вигляді мети, підстав і умов застосування нормативних приписів. Багато правових приписів КПК України містять тільки кримінальну процесуальну складову у змісті гіпотези, але деякі гіпотези процесуальних норм також включають кримінально-правову складову.

Гіпотези процесуальних норм інституту запобіжних заходів є складними за своїм видом. Вказані гіпотези мають як кримінальний процесуальний елемент, так і кримінально-правову складову. Остання встановлюється у такій законній підставі застосування запобіжних заходів як наявність обґрунтованої підозри у вчиненні особою кримінального правопорушення. Обґрунтована підозра стосовно кримінального правопорушення безпосередньо пов’язана з кримінальним правом, кримінальним законом. Кримінально-правовий характер визначеної обставини випливає з того, що така підозра, як вірно зазначає Д.В. Сімонович, повинна ґрунтуватися на наявності об’єктивного інформаційного зв’язку між певною особою і подією злочину, що виправдовує відхід від стандарту поваги до свободи особи [138, с. 7]. Саме прямий зв'язок цієї обставини застосування запобіжних заходів з кримінальним правопорушення свідчить про присутність у гіпотезі кримінально-правового прояву.

Процесуальна складова гіпотези правових норм щодо запобіжних заходів простежується через наявність ризиків неналежної поведінки підозрюваного, обвинуваченого, зокрема у ст. 177 КПК України метою застосування запобіжного заходу є у тому числі запобігання спробам: переховуватися від органів досудового розслідування та/або суду; знищити, сховати або спотворити будь-яку із речей чи документів, які мають істотне значення для встановлення обставин кримінального правопорушення; незаконно впливати на потерпілого, свідка, іншого підозрюваного, обвинуваченого, експерта,

спеціаліста у цьому ж кримінальному провадженні; перешкоджати кримінальному провадженню іншим чином; вчинити інше кримінальне правопорушення чи продовжити кримінальне правопорушення, у якому підозрюється, обвинувачується. Зазначені ризики неналежної поведінки особи безпосередньо не пов’язані з нормами кримінального права, зі статтями КК, а визначають можливу негативну модель поведінки у межах самого кримінального провадження. Єдиним винятком може бути останній ризик, котрий хоча і пов'язаний з кримінальним процесом, проте формулюється шляхом можливого вчинення кримінальне правопорушення чи продовження кримінальне правопорушення для перешкоджанню кримінальному провадженню.

Кримінальна процесуальна складова гіпотези положень щодо запобіжних заходів крім визначення ризиків неналежної поведінки особи, може закріплюватися у вигляді встановлення процесуального статусу особи, до якої можуть бути застосовані запобіжні заходу. Не можна не погодитися з точкою зору, яка зазначається у теорії процесу про те, що у гіпотезі норми, що передбачає обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, юридичний факт теж є складним юридичним фактом, бо до його складу також входять як кримінально-правовий (обвинувачення у злочині, за який передбачається покарання у вигляді позбавлення волі на строк понад три роки), так і кримінально-процесуальний (наявність у особи процесуального статусу обвинуваченого або у винятковому порядку – статусу підозрюваного) факти [23, с. 75].

Правовий статус особи є процесуальною складовою гіпотези юридичних норм, що закріплюють законні підстави для обрання усіх запобіжних заходів у кримінальному провадженні. У п. 1 ч. 1 ст. 194 КПК України вказується, що під час розгляду клопотання про застосування запобіжного заходу слідчий суддя, суд зобов’язаний встановити, чи доводять надані сторонами кримінального провадження докази обставини, які свідчать про наявність обґрунтованої підозри у вчиненні підозрюваним, обвинуваченим кримінального

правопорушення. До того ж у загальній меті застосування запобіжного заходу також зазначається про забезпечення виконання процесуальних обов'язків саме підозрюваним, обвинуваченим. Тому для застосування запобіжного заходу щодо особи, необхідно, щоб остання була у процесуальному статусі підозрюваного або обвинуваченого.

Частина гіпотези процесуальних норм стосовно наявності процесуального статусу підозрюваного, обвинуваченого пов'язана з іншими гіпотезами процесуальних норм, котрими передбачаються підстави набуття зазначеного правового статусу у кримінальному провадженні. Зокрема, гіпотезою процесуальної норми ч. 1 ст. 42 КПК України передбачено підстави отримання процесуального статусу підозрюваного, котрими є повідомлення особі про підозру, затримання особи та складання повідомлення особі про підозру у разі невручення їй його внаслідок не встановлення місцезнаходження особи при умові, що вжито заходів для вручення у спосіб, передбачений КПК України для вручення повідомлень. Або гіпотезою процесуальної норми ч. 2 зазначеної статті встановлено підстави отримання особою процесуального статусу обвинуваченого, а саме обвинуваченим є особа, обвинувальний акт щодо якої переданий до суду в порядку, передбаченому ст. 291 КПК України. Незастосування зазначених гіпотез процесуальних норм відносно статусу підозрюваного, обвинуваченого робить неможливим реалізацію процесуальної частини та всієї гіпотези правових норм щодо застосування запобіжного заходу у кримінальному провадженні.

Отже, гіпотези процесуальних норм стосовно запобіжних заходів є складними, тому що підстави застосування таких заходів вміщують кримінально-правовий частину, що відображається в наявності обґрунтованої підозри у вчиненні особою кримінального правопорушення, та кримінальну процесуальну частину, що зумовлюється встановленням ризиків неналежної поведінки особи та набуттям особою процесуального статусу як підозрюваного або обвинуваченого.

У процесуальній теорії є погляд, відповідно до якого процесуальна складова поділяється на загальний та безпосередній кримінальні процесуальні елементи. Так, А.П. Черненко у своєму науковому дослідженні робить висновок про те, що в гіпотезі правових норм, якими регламентуються слідчі дії, завжди містяться підстави, які покладаються в основу прийняття рішення про провадження цих дій. В гіпотезі згаданих правових норм треба виділяти: 1) кримінально-правовий елемент підстав до провадження слідчих дій (необхідність реалізації норми кримінального права); 2) загальний кримінально-процесуальний елемент таких підстав (необхідність встановлення обставин, що підлягають доказуванню в кожній кримінальній справі); 3) безпосередній кримінально-процесуальний елемент підстави до провадження слідчих дій (специфічний для кожної слідчої дії) [167, с. 137-138].

У процесуальній частині гіпотези інституту запобіжних заходів на зразок гіпотези відносно слідчих (розшукових) дій так само можна виділити загальний та безпосередній елементи щодо мети застосування запобіжних заходів у кримінальному провадженні. Загальним елементом мети обрання запобіжного заходу у кримінальному процесі є забезпечення досягнення дієвості відповідного кримінального провадження (ч. 1 ст. 131 КПК України), а безпосереднім елементом мети застосування запобіжного заходу є забезпечення виконання підозрюваним, обвинуваченим покладених на нього процесуальних обов’язків, а також запобігання спробам неналежної поведінки піж час кримінального провадження.

У деяких випадках для виникнення кримінально-процесуальних відносин суб’єктам треба здійснити певну сукупність дій, а іноді і прийняти рішення. У цих випадках гіпотеза має ступеневий (стадійний) характер. Наприклад: 1) заявлення клопотання (відводу); 2) його розгляд; 3) прийняття рішення за клопотанням (відводом). Таким чином, структурним елементом гіпотези норми кримінально-процесуального права можуть бути не окремі дії, а певним чином організовані «мікропроцеси», що здійснюються з ініціативи заінтересованих осіб процесу службовими особами, які його ведуть. Гіпотези, якими

передбачено виникнення процесуальних відносин з ініціативи службової особи чи компетентного державного органну, можуть також передбачати здійснення певного «мікропроцесу» задля того щоб диспозиція норми кримінально-процесуального права почала діяти. Наприклад, структура гіпотез норм, якими регламентовано провадження обшуку в житлі або взяття особи під варту у стадії досудового розслідування, є доволі складною. У ній структурними елементами є: підстава до провадження обшуку (обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту); складання слідчим відповідного подання до суду; узгодження цього подання з прокурором; розгляд суддею подання; прийняття суддею рішення за результатами його розгляду [23, с. 76].

Ступеневий (стадійний) характер, що передбачає у гіпотезі процесуальної норми «мікропроцеси» наявний не тільки відносно такого запобіжного заходу як тримання під вартою, він є характерним і для усіх інших запобіжних заходів у кримінальному провадженні, зокрема для особистого зобов'язання, особистої поруки, застави, домашнього арешту, що встановлюються у ст. 176 КПК України, а також передання неповнолітнього підозрюваного чи обвинуваченого під нагляд, що регламентуються у ст. 493 КПК України. Усі зазначені запобіжні заходи обираються за вищезазначеними стадіями: 1) складання клопотання слідчим, прокурором; 2) погодження клопотання прокурором; 3) розгляд клопотання слідчим суддею, судом; 4) винесення ухвали слідчим суддею, судом про застосування певного запобіжного заходу до підозрюваного, обвинуваченого. Перераховані «мікропроцеси» щодо застосування запобіжних заходів свідчить про складний характер гіпотези процесуальних норм відповідного правового інституту.

Таким чином, гіпотези процесуальних норм інституту запобіжних заходів є складними не лише тому, що містять кримінально-правову і кримінальну процесуальну частину (яка умовно може бути поділена на загальний та безпосередній елементи мети застосування заходів), а і тому, що мають стадійний характер реалізації.

3.2.2. Диспозиція норм права, якими регулюються запобіжні заходи

У теорії права диспозиція розглядається як основоположна складова правової норми. Зазначається, що диспозиція – це частина правової норми, в якій у вигляді владного припису визначається те чи інше правило поведінки (що повинен робити, або, навпаки, що не повинен робити адресат норми) [148, с. 181]. Диспозиція – це елемент норми права, що вказує на правило поведінки, якому має відповідати поведінка суб'єкта. Диспозиція є серцевиною, стрижнем норми права, адже саме за її допомогою впорядковується поведінка суб'єкта, формулюються його права і обов'язки [43, с. 131]. Це – центральна, основна частина юридичної норми, яка власне, і вказує, описує дозволену (можливу), або обов'язкову (необхідну), чи заборонену (неприпустиму) поведінку суб'єкта [118, с. 129].

Диспозиція вказує на зміст самого правила поведінки, тобто на юридичні права та обов'язки, що виникають у суб'єктів [101, с. 57]. Диспозиція норми права – взаємні права і обов'язки учасників (сторін) відношення, що регулюється нормою. Причому право однієї сторони – це обов'язок іншої сторони і навпаки. Завдяки такому взаємозв'язку прав і обов'язків норма права і право у цілому носить двохсторонній, зобов'язуючий (атрибутивно-імперативний) характер. Надання права залишається без свого регулятивного сенсу без відповідного зобов'язання. Права і обов'язки сторін відношення повинні бути узгоджені між собою таким чином, щоб правам і обов'язкам однієї сторони точно відповідали (кореспондували) обов'язки і права іншої сторони. Така взаємна кореспонденція прав і обов'язків є неодмінною вимогою правової регуляції суспільних відносин. Диспозиція норми як раз і висловлює вимогу такого взаємно узгодженого розташування (встановлення) прав і обов'язків сторін [99, с. 124].

Залежно від кількості варіантів поведінки, які пропонує норма, виокремлюють безальтернативні та альтернативні диспозиції. З урахуванням способу викладення правила поведінки виокремлюють прості, описові,

відсильні, бланкетні та змішані диспозиції. Залежно від ступеня визначеності виокремлюють абсолютно визначені та відносно визначені диспозиції [43, с. 131-132]. Залежно від способу описання прав і обов'язків виділяють абстрактні та конкретні диспозиції [40, с. 237].

З огляду на метод регулювання, диспозиції поділяють на імперативні і диспозитивні. Якщо у числі обставин, що обумовлюють реалізацію правової норми, вказано рішення учасників правовідношення, котре виникає на підставі диспозиції (бути чи не бути цьому відношенню?), або якщо їм надано право визначити, конкретизувати майбутні права і обов'язки (яким є зміст майбутнього правовідшення?) – норми відносяться до диспозитивних; якщо і підстави виникнення правовідношення, і його зміст твердо і детально визначені нормативним актом – норми відносяться до імперативних [5, с. 42].

Що стосується диспозицій кримінальних процесуальних норм, то вони не так розроблені у процесуальній теорії, ніж у теорії права. Вірно зазначає С. О. Гемай, попри те, що диспозиція є «центральною частиною норми права», у теорії кримінального процесу вона є найменш дослідженим елементом норми кримінально-процесуального права [23, с. 79]. Причини такого ставлення науковців до дослідження диспозиції норм кримінально-процесуального права важко з'ясувати. Але найймовірнішою, на наш погляд, є те, що у процесуальній теорії домінує підхід до розуміння процесу не як до сукупності відносин, що складаються між його суб'єктами, а як до сукупності кримінально-процесуальних дій і рішень (кримінально-процесуальної діяльності) [23, с. 80].

Подібний (діяльнісний) підхід не сприяє дослідженням, пов'язаним із аналізом змісту і структури диспозицій кримінально-процесуальних норм. Стримування активності наукового пошуку, на нашу думку, обумовлене невизначеністю питання щодо того, що ж є предметом правового регулювання: суспільні відносини, що складаються під час провадження у кримінальних справах, чи діяльність його суб'єктів [23, с. 80].

У підрозділі 1.3. дисертації ми вже зупинялися на питанні стосовно предмету регулювання кримінального процесуального права та визнали, що

«предмет правового регулювання у кримінальному процесі» є складним поняттям, що його слід визначати через такі правові категорії: 1) права, свободи і законні інтереси людини; 2) кримінальні процесуальні відносини; 3) кримінальна процесуальна діяльність. Кожна вказана категорія характеризує окремий аспект предмету правового регулювання у кримінальному процесі [85, с. 39].

Окрім того, відносного нашого дослідження ми зауважили, що предметом кримінального процесуального права в частині регламентації запобіжних заходів є відповідна діяльність, відносини учасників кримінального провадження стосовно застосування запобіжних заходів, а так само права, свободи і законні інтереси особи щодо якої обираються запобіжні заходи. Тобто предмет кримінального процесуального права стосовно регламентації запобіжних заходів становить не тільки процесуальну діяльність щодо застосування запобіжних заходів, а й кримінальні процесуальні відносини відносно реалізації запобіжних заходів.

У диспозиції (і лише в ній) по суті фіксується нормативна модель поведінки суб’єктів кримінального процесу, що утворює юридичний зміст кримінально-процесуальних відносин. Здійснюючи діяльність, передбачену диспозицією норми кримінально-процесуального права, суб’єкт тим самим реалізує права або виконує обов’язки, надані йому тією ж диспозицією процесуальної норми права і які є структурними елементами процесуальних відносин [23, с. 83].

У диспозиції норм інституту запобіжних заходів закріплюється законодавчий шаблон кримінальних процесуальних відносин між державними органами кримінального провадження і підозрюваним обвинуваченим з метою реалізації юридичного змісту – відповідних процесуальних прав і процесуальних обов’язків. Вони реалізуються у кримінальних процесуальних відносинах між слідчим, прокурором і підозрюваним, обвинуваченим.

Особливістю диспозиції норм стосовно запобіжних заходів є те, що нею регламентуються відносини не тільки між слідчим, прокурором та

підозрюваним, обвинуваченим, а і між цими суб'єктами кримінального провадження і слідчим суддею, судом. Це передбачає використання та виконання прав і обов'язків у трьохсторонніх відносинах: слідчий, прокурор – слідчий суддя, суд – підозрюваний, обвинувачений. Тобто, для застосування будь-якого запобіжного заходу, наприклад, на стадії досудового розслідування, слідчий складає клопотання про застосування запобіжних заходів та погоджує його з прокурором, або таке клопотання безпосередньо складається прокурором (ч. 4 ст. 176 та ст. 184 КПК України). Після складання та погодження слідчий та прокурор звертаються до слідчого судді, який розглядає клопотання під час судового засідання та вирішує питання про обрання до підозрюваного певного запобіжного заходу (ст.ст. 193, 194 КПК України).

Порядок розгляду клопотання про обрання запобіжного заходу та вирішення питання про застосування такого заходу за нормами КПК України є змагальним, зокрема відповідно до ч. 1, 2 ст. 193 КПК за загальним правилом розгляд клопотання про застосування запобіжного заходу здійснюється за участю прокурора, підозрюваного, обвинуваченого, його захисника. Підозрюваному, обвинуваченому роз'яснюється його право: мати захисника; знати суть та підстави підозри або обвинувачення; знати підстави його затримання; відмовитися давати пояснення, показання з приводу підозри або обвинувачення; давати пояснення щодо будь-яких обставин його затримання та тримання під вартою; досліджувати речові докази, документи, показання, на які посилається прокурор, та надавати речі, документи, показання інших осіб на спростування доводів прокурора; заявляти клопотання про виклик і допит свідків, показання яких можуть мати значення для вирішення питань цього розгляду.

Під час розгляду клопотання про застосування запобіжного заходу слідчий, прокурор бажають довести: 1) наявність обґрунтованої підозри у вчиненні підозрюваним, обвинуваченим кримінального правопорушення; 2) наявність достатніх підстав вважати, що існує хоча б один із ризиків, передбачених ст. 177 КПК, і на які вказує слідчий, прокурор; 3) недостатність

застосування більш м’яких запобіжних заходів для запобігання ризику або ризикам, зазначеним у клопотанні. Сторона захисту, тобто підозрюваний, обвинувачений, його захисник намагаються довести зворотне або спростувати докази, що надаються слідчим, прокурором. Уся процедура застосування запобіжного заходу проходить під контролем слідчого судді, суду, який з огляду на доведеність або недоведеність певних обставин приймає законне і обґрунтоване рішення стосовно задоволення клопотання про обрання запобіжного заходу або відмовляє у застосуванні запобіжного заходу. Якщо слідчий, прокурор перед слідчим суддею, судом доведене частину обставин, то слідчий суддя, суд може ухвалити рішення, яким зобов’язати підозрюваного, обвинуваченого прибувати за кожною вимогою до суду або до іншого органу державної влади, визначеного слідчим суддею, судом, або процесуальне рішення відносно застосування більш м’якого запобіжного заходу, ніж того, який зазначений у клопотанні, а також покладення на підозрюваного, обвинуваченого відповідних обов’язки, що передбачені ч. 5 ст. 194 КПК України.

Таким чином, кримінальні процесуальні відносини між сторонами провадження та судом щодо застосування запобіжного заходу під час кримінального провадження регламентуються за принципом змагальності, що свідчить про використання змагального методу правового регулювання стосовно процедури обрання запобіжного заходу у кримінальному провадженні.

Слушно зазначає Л.М. Лобойко про те, що основна функція змагального методу полягає в запровадженні у кримінально-процесуальне право положень принципу змагальності [82, с. 353]. Змагальний метод регулювання розповсюджує на практику застосування запобіжних заходів у кримінальному провадженні засаду змагальності, що передбачає самостійне обстоювання стороною обвинувачення і стороною захисту їхніх правових позицій перед слідчим суддею, судом стосовно обрання певного запобіжного заходу до підозрюваного, обвинуваченого. А слідчий суддя, суд, зберігаючи

об’єктивність та неупередженість, створює необхідні умови для реалізації сторонами їхніх процесуальних прав та виконання процесуальних обов’язків під час вирішення питання про обрання запобіжного заходу до підозрюваного, обвинуваченого у кримінальному провадженні.

Сфера застосування змагального методу в частині регламентування підстав і порядку здійснення примусових заходів не обмежується тільки запобіжним заходом у вигляді взяття під варту [82, с. 313] та іншими запобіжними заходами у встановлені у ст. 176 КПК України, а саме запобіжними заходами у вигляді особистого зобов’язання, особистої поруки, застави і домашнього арешту. Нормами ст. 493 КПК України передбачено застосування за змагальним методом до осіб, які не досягли вісімнадцятирічного віку такого запобіжного заходу як передання неповнолітнього підозрюваного чи обвинуваченого під нагляд. Згідно з ч. 6 зазначеної статті питання передання неповнолітнього підозрюваного чи обвинуваченого під нагляд батьків, опікунів, піклувальників або адміністрації дитячої установи розглядається за клопотанням прокурора за правилами обрання запобіжного заходу або за клопотанням сторони захисту під час розгляду питання про обрання запобіжного заходу. Також через змагальний метод регулювання застосовуються запобіжні заходи, що закріплені у ст. 508 КПК України щодо особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного характеру або вирішувалося питання про їх застосування. Таким чином, за змагальним методом регулювання застосовуються як запобіжні заходи, що регламентовані у ст. 176 КПК України, так і запобіжні заходи, котрі передбачений ст.ст. 493, 508 КПК України. Тобто змагальний метод регулювання не змінюється залежно від особливостей суб’єкта щодо вирішується питання про обрання запобіжного заходу у ході кримінального провадження.

Використання змагального методу регулювання відносно процедури застосування запобіжних заходів зумовлює існування не лише імперативних і диспозитивних диспозицій кримінальних процесуальних норм, а й змагальних

диспозицій норм кримінального процесуального права. Отже, за критерієм методу регулювання класифікація диспозицій норм права має доповнюватися такою групою як змагальні диспозиції.

Серед складових диспозиції процесуальних норм інституту запобіжних заходів важливе місце займають положення, що закріплюють процесуальний статус учасників процедури застосування запобіжних заходів. Як слідчий, прокурор має права і обов'язки, так і підозрюваний, обвинувачений володіє процесуальними правами та обов'язками, котрі усі реалізуються у кримінальних процесуальних відносинах між собою та судом у перебігу розгляду клопотання про обрання запобіжного заходу. Якщо права підозрюваного, обвинуваченого щодо процедури реалізації запобіжних заходів ми наводили вище, то прикладом прав і обов'язків слідчого, прокурора можуть бути такі: якщо після подання клопотання про застосування запобіжного заходу прокурору стали відомі обставини, що виключають обґрунтовану підозру у вчиненні особою кримінального правопорушення, він зобов'язаний відкликати клопотання про застосування запобіжного заходу та відкликати дозвіл на затримання, якщо такий дозвіл був отриманий (ч. 1 ст. 185 КПК України), прокурор, слідчий за погодженням з прокурором має право звернутися із клопотанням про дозвіл на затримання підозрюваного, обвинуваченого з метою його приводу для участі в розгляді клопотання про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою (ч. 1 ст. 188 КПК України), прокурор, слідчий за погодженням з прокурором має право звернутися із клопотанням про застосування запобіжного заходу до особи, яку затримано без ухвали про дозвіл на затримання за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення, до місцевого суду, в межах територіальної юрисдикції якого знаходиться орган досудового розслідування (ч. 1 ст. 192 КПК України) тощо.

Попри те, що у процесуальних нормах відносно здійснення порядку застосування запобіжного заходу щодо державних органів кримінального провадження роздільно використовуються терміни «права» і «обов'язки», у науці є позиція про об'єднання цих складових процесуального статусу

державних органів [79, с. 75-76]. Зумовлюється такі ідеї публічною особливістю кримінального процесу, відповідно до якої прокурор, слідчий зобов'язані в межах своєї компетенції розпочати досудове розслідування в кожному випадку безпосереднього виявлення ознак кримінального правопорушення (за виключенням випадків, коли кримінальне провадження може бути розпочате лише на підставі заяви потерпілого) або в разі надходження заяви (повідомлення) про вчинення кримінального правопорушення, а також вжити всіх передбачених законом заходів для встановлення події кримінального правопорушення та особи, яка його вчинила (ст. 25 КПК України).

Правий Ю.О. Тихомиров який пов'язує об'єднання прав і обов'язків державних органів з публічною сферою, у якій фони функціонують. Автор займає позицію, відповідно до якої публічна сфера зумовлює поєднання прав і обов'язків у формулу повноваження як правообов'язок, котрий реалізується саме у публічних інтересах. Таким чином здійснюється пряв «автоматизм» дії зазначеної формули [151, с. 56]. Справедливо зазначає Л.М. Лобойко, що дана формула є застосовною і для кримінального процесу, як сфери публічної діяльності органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду. Дійсно, на вказані органи покладається загальний публічний обов'язок щодо вирішення кримінально-правових конфліктів, що виникають у суспільстві. Сформулювавши цей обов'язок як принцип (ідею, начало) публічності кримінального процесу, законодавець конкретизував його, встановивши певні обов'язки щодо провадження державними органами процесуальних дій і прийняття процесуальних рішень. Ці ж органи мають виняткове право на виконання обов'язків. Роз'єднати права і обов'язки органів, які ведуть процес, принаймні на макрорівні, неможливо. Звідси випливає, що наділити державні органи кримінально-процесуальною компетенцією для законодавця означає покласти на них обов'язки і водночас закріпити їхні права [84, с. 27-28]. Але в цьому разі виникає запитання про те, чому в одних випадках законодавець: щодо органів, які ведуть кримінальний процес, вживає термін «обов'язок», а в інших – «право». Відповідь на дане питання лежить на поверхні. Регулюючи

відносини, що виникають під час провадження у кримінальних справах і обов'язковою стороною яких є компетентний державний орган, законодавець враховує загальновідоме правове положення про те, що праву завжди кореспондує обов'язок, а обов'язку право. Під час моделювання в нормі права кримінально-процесуального відношення, законодавець, наділяючи правами суб'єктів процесу, які залучаються до участі в справі, встановлює обов'язок для органу дізнання слідчого, прокурора або суду і навпаки. В загальному ж плані права обов'язки зазначених органів дійсно є «правообов'язками» [84, с. 28].

Стосовно диспозицій процесуальних норм інституту запобіжних заходів, у яких зазначається процесуальні права і обов’язків слідчого, прокурора ми погоджуємося з Ю.О. Тихомировим та Л.М. Лобойком, що ці елементи об’єднуються у повноваження і у публічній сфері, якою є кримінальний процес у частині обрання запобіжних заходів реалізуються як правообов'язки сторони обвинувачення відносно забезпечення належної поведінки підозрюваного, обвинуваченого.

Разом з тим, питання про сутність прав і обов’язків державних органів, компетентних вести кримінальний процес, в літературі вирішується таким чином, що права і обов’язки мають самостійне значення і не перетинаються одне з одним [23, с. 84]. С.О. Гемай наводить позицію Г.М. Корольова [60, с. 142], який не погоджується з тим, що здійснення відповідними суб’єктами процесуальних прав можливе лише у поєднанні з їхніми обов’язками. На підтвердження своєї позиції він наводить приклад наявності у прокурора права продовжити строк розслідування кримінальної справи. Автор правильно стверджує, що наявність такого права зовсім не означає, що прокурор в кожному випадку звернення до нього слідчого з відповідним клопотанням зобов’язаний його задовольнити [23, с. 86-87]. Таке ж питання може заявити щодо процесуальних прав і обов’язків прокурора стосовно погодження клопотання про застосування запобіжних заходів, котра складається слідчим. Клопотання останнього прокурор відповідно до п. 10 ч. 2 ст. 36 КПК України може погодити або відмовити у погодженні, що також можна розгладити лише

як процесуальний категоричний обов'язок прокурора завжди погоджувати клопотання про застосування запобіжних заходів, а й можливість, тобто процесуальне право відмовити у погодженні зазначеного клопотання, коли відсутні законні підстави, що передбачені у ст. 177 КПК України. У такому разі дійсно виникає питання про наявність у прокурора відносно процедури обрання запобіжних заходів до підозрюваного, обвинуваченого не тільки процесуального обов'язку погодити відповідне клопотання, а й процесуального права відмовити у погодженні клопотання про застосування запобіжного заходу.

Не можна не погодитися з позицією С.О. Гемай, котра ґрунтується та тому, що праву слідчого щодо звернення з певним клопотання відповідає процесуальний обов'язок прокурора розглянути клопотання та залежно від наявності законних підстав задовольнити його або відмовити у задоволенні. Вирішення клопотання є обов'язком прокурора і водночас його винятковим правом, то формула «правообов'язку» і в цьому разі не втрачає свого значення [23, с. 87]. Вказане розуміння формули «правообов'язку» може бути використане і відносно діяльності прокурора з погодження або непогодження клопотання про застосування до підозрюваного, обвинуваченого запобіжного заходу. Слідчий має право подати до прокурора клопотання про обрання запобіжного заходу. Після його здійснення у прокурора з'являється процесуальний обов'язок розглянути і вирішити клопотання про застосування запобіжного заходу. Але обов'язком прокурора є не просто вирішення клопотання, безумовне його задоволення у вигляді погодження, а вирішення на підставі процесуальних норм КПК України. Тому, у разі існування законних підстав, а саме обґрунтованої підозри та відповідних ризиків неналежної поведінки підозрюваного, обвинуваченого прокурор зобов'язаний погодити клопотання слідчого про застосування певного запобіжного заходу та звернутися для слідчого судді для вирішення у судовому засіданні питання про обрання запобіжного заходу. Якщо ж законні підстави відсутні для застосування запобіжного заходу, а саме немає або обґрунтовано підозри у

вчиненні або ризиків неналежної поведінки підозрюваного, обвинуваченого, то прокурор зобов'язаний не погоджувати клопотання щодо обрання запобіжного заходу. Ці процесуальні обов'язки прокурора щодо погодження або непогодження клопотання про застосування до підозрюваного, обвинуваченого є одночасно винятковим правом прокурора у процедурі ініціації обрання запобіжного заходу. Зазначене виняткове процесуальне право прокурора, котре є і його процесуальним обов'язком реалізується ним з урахуванням законних підстави застосування запобіжних заходів, що встановлені у ч. 1, 2 ст. 177 КПК України. Таким чином, не можна не визнати формула «правообов'язку» прокурора щодо процедури реалізації запобіжних заходів у кримінальному провадженні.

Отже, у диспозиціях правових норм інституту запобіжних заходів регламентуються не лише процесуальні права і обов'язки учасників кримінального процесу, а й правообов'язки державних органів кримінального провадження.

Окрім того, специфікою диспозицій процесуальних норм є те, що вони пов'язані з диспозиціями норм кримінального права. Проте між зазначеними видами диспозицій правових норм існують відмінності. Вірно вказується у процесуальній теорії, що диспозиція кримінально-процесуальної норми суттєво відрізняється від диспозиції норм матеріального (кримінального) права хоча б тому, що норми кримінального права присвячені регламентації поведінки осіб, котрі вчиняють суспільно-небезпечні діяння, тобто протиправної поведінки. Диспозиції цих норм містять опис забороненої, небажаної і небезпечної для суспільства поведінки. Приписи ж диспозицій кримінально-процесуальних норм переважно стосуються поведінки державних органів і їхніх службових осіб, котрі повинні діяти в інтересах всього суспільства. Їхня поведінка є бажаною і корисною для суспільства в цілому і окремих його членів. У диспозиціях норм кримінального права дається опис злочину і зазначаються елементи його складу: об'єкт і об'єктивна сторона, суб'єкт і суб'єктивна сторона. Диспозиції норм кримінально-процесуального права визначають

процедури, здійснювані уповноваженими (компетентними) органами щодо встановлення елементів складу злочину [23, с. 87-88].

Це свідчить про складний характер диспозицій кримінально-процесуальних норм. Якщо у диспозиціях кримінально-правових норм достатньо розписати кожний із елементів складу злочину (схема є простою і зрозумілою), то диспозиції кримінально-процесуальних норм повинні містити приписи щодо кожної юридично значимої дії службової особи, у провадженні якої перебуває кримінальна справа. А виходячи із положень принципу, згідно з яким державним органам і їхнім службовим особам дозволено лише те, що прямо передбачене законом, у диспозиції кримінально-процесуальної норми повинні міститися не лише права і обов’язки, а й бути врегульованим кожний «крок» службовця [23, с. 88].

Диспозиції процесуальних норм щодо запобіжних заходів мають безпосередній зв'язок з диспозиціями кримінально-правових норм, що забороняють незаконне застосування запобіжних заходів. Такою, наприклад, є норма кримінального закону, що міститься у ч. 1, 2 ст. 371 КК, диспозиція якої зазначається у формі заборони стосовно завідомо незаконного затримання або незаконного приводу та завідомо незаконного домашнього арешту або тримання під вартою. Зазначені норми охороняють реалізацію окремих диспозицій кримінальних процесуальних норм відносно запобіжних заходів, зокрема затримання, домашнього арешту та тримання під вартою. Кримінальна відповідальність встановлюється завідомо незаконне застосування, тобто обрання одного з зазначених запобіжних заходів не враховуючи правообов’язків державних органів кримінального провадження та процесуального порядку реалізації запобіжних заходів, тобто диспозицій відповідних процесуальних норм.

Відмінністю диспозицій кримінальних процесуальних норм від диспозицій кримінально-правових норм щодо запобіжних заходів є те, що у змісті останніх зазначаються заборони – категоричні обов’язки державних органів кримінального провадження стосовно завідомо незаконного

застосування таких заходів, а у перших визначаються правообов'язки цих суб'єктів з виписаною процедурою застосування запобіжних заходів відносно підозрюваного, обвинуваченого.

Приклад диспозиції процесуальних норм у частині вищезазначених правообов'язків державних органів кримінального провадження та процесуального порядку стосовно застосування запобіжного заходу можна показати відносно такого тимчасового з них як затримання. Згідно зі ст. 208 КПК України уповноважена службова особа має такі правообов'язки: затримати особу, підозрювану у вчиненні злочину, за який передбачене покарання у виді позбавлення волі у визначених випадках ч. 1 зазначеної статті; затримати особу, підозрювану у вчиненні злочину, за який передбачене основне покарання у виді штрафу в розмірі понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, виключно у випадку, якщо підозрюваний не виконав обов'язки, покладені на нього при обранні запобіжного заходу, або не виконав у встановленому порядку вимог щодо внесення коштів як застави та надання документа, що це підтверджує.

Процесуальний порядок затримання як частина диспозиції процесуальної норми передбачає відповідно до ст. 208 КПК України наступні процесуальні дії уповноваженої особи: здійснити обшук затриманої особи з дотриманням правил, передбачених КПК України; негайно повідомити затриманому зрозумілою для нього мовою підстави затримання та у вчиненні якого злочину він підозрюється, а також роз'яснити право мати захисника, отримувати медичну допомогу, давати пояснення, показання або не говорити нічого з приводу підозри проти нього, негайно повідомити інших осіб про його затримання і місце перебування відповідно до положень КПК України, вимагати перевірку обґрунтованості затримання та інші процесуальні права, передбачені КПК України; скласти протокол, в якому, крім положень передбачених КПК України зазначаються: місце, дата і точний час (година і хвилини) затримання; підстави затримання; результати особистого обшуку; клопотання, заяви чи скарги затриманого, якщо такі надходили; повний перелік

процесуальних прав та обов'язків затриманого; підписати протокол; негайно під розпис вручити затриманому копію протоколу затримання; негайно копію протоколу затримання надіслати прокурору.

Таким чином, у диспозиціях норм кримінального права щодо запобіжних заходів зазначаються категоричні заборони у формі завідомо незаконного застосування. А у диспозиціях процесуальних норм викладаються повноваження, правообов'язки державних органів кримінального провадження стосовно застосування запобіжних заходів та сам безпосередньо процесуальний порядок обрання до підозрюваного, обвинуваченого таких заходів.

Диспозиції кримінальних процесуальних норм інституту запобіжних заходів регламентуються, насамперед, для держаних органів кримінального провадження. Процесуальна діяльність цих органів, як правильно зазначає Т.О. Лоскутов регулюється за спеціальнодозвільним типом правового регулювання, що ґрунтується на загальній забороні та на спеціальному дозволі. Зазначені суб'єкти, реалізуючи повноваження щодо протидії злочинності, можуть здійснювати процесуальну діяльність лише так, як прямо зазначено у нормах кримінального процесуального законодавства [85, с. 171]. Однак сам по собі спеціальнодозвільний тип правового регулювання діяльності органів судочинства не буде гарантією дотримання прав, свобод, законних інтересів учасників кримінального провадження. Адже вимоги цього типу регулювання можуть повністю нівелюватися якістю кримінального процесуального закону. Останній може містити абстрактні (неконкретні) нормативні положення, що допускають свавільне обмеження процесуальних прав [85, с. 176].

З огляду на це розглянемо юридичну визначеність диспозицій процесуальних норм стосовно запобіжних заходів у кримінальному провадженні. В цілому зазначені види диспозицій достатньо чітко визначені у гл. 18 КПК України. Але положення деяких диспозицій процесуальних норм стосовно запобіжних заходів зазначені у загальному форматі. Так, у ч. 2 ст. 180 КПК України закріплено досить невизначену диспозицію у вигляді того, що кількість поручителів визначає слідчий суддя, суд, який обирає запобіжний

захід. Наявність одного поручителя може бути визнано достатньою лише в тому разі, коли ним є особа, яка заслуговує на особливу довіру. Нормами ч. 6 ст. 181 КПК України нечітко визначає строк дії ухвали слідчого судді про тримання особи під домашнім арештом, зокрема зазначається, що він не може перевищувати двох місяців. У разі необхідності строк тримання особи під домашнім арештом може бути продовжений за клопотанням прокурора в межах строку досудового розслідування в порядку, передбаченому ст. 199 КПК України. Положеннями ч. 2, 4 ст. 182 КПК України не конкретно встановлюється хто може бути заставодавцем та розмір застави, а саме закріплюється, що застава може бути внесена як самим підозрюваним, обвинуваченим, так і іншою фізичною або юридичною особою, а розмір застави визначається слідчим суддею, судом з урахуванням обставин кримінального правопорушення, майнового та сімейного стану підозрюваного, обвинуваченого, інших даних про його особу та ризиків, передбачених ст. 177 КПК України.

Визначені тут та інші диспозиції процесуальних норм стосовно запобіжних заходів можуть створювати складнощі у реалізації відповідного процесуального порядку забезпечення належної поведінки підозрюваного, обвинуваченого у кримінальному провадженні. Наприклад, диспозиція норми ч. 2 ст. 180 КПК України відносно визначення кількості поручителів може ускладнити застосування до підозрюваного, обвинуваченого запобіжного заходу у вигляді особистої поруки. Так само створювати складнощі під час обрання такого запобіжного заходу як застава може диспозиція процесуальної норми ч. 2, ст. 182 КПК України, тому що вона розмито регламентує хто може внести заставу, окрім підозрюваного, обвинуваченого, а також диспозиція правової норми ч. 4 цієї статті, бо вона передбачає визначення розміру застави на основі абстрактних факторів.

Отже, окремі диспозиції процесуальних норм інституту запобіжних заходів є недостатньо юридично визначеними, що уможливлює проблеми здійснення правозастосовної діяльності під час забезпечення належної

поведінки підозрюваного, обвинуваченого у кримінальному провадженні. Це зумовлює питання щодо внесення змін у деякі диспозиції процесуальних норм гл. 18 КПК України.

3.2.3. Санкція норм права, якими регулюються запобіжні заходи

Реалізація положень, викладених в гіпотезі та диспозиції правової норми, забезпечується присутністю в нормі процесуального права санкції. Дана обставина визначає важливість реалізації не тільки окремих норм права, а й виконання завдань кримінального процесу в цілому [167, с. 146]. Зокрема, процесуальні санкції забезпечують реалізацію норм всього кримінального процесуального законодавства України, а також таких завдань кримінального провадження, що виписані у ст. 2 КПК України, а саме захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, а також забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду з тим, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений, жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу і щоб до кожного учасника кримінального провадження була застосована належна правова процедура. Санкції норм кримінального процесуального права спрямовані на боротьбу із кримінальними правопорушеннями, забезпечення прав, свобод і законних інтересів особи під час кримінального провадження, оперативність та об’єктивність досудового розслідування та судового провадження, викриття та притягнення до кримінальної відповідальності винної особи, реалізацію адекватного кримінального процесуального примусу та застосування правомірної кримінальної процедури.

Існування санкцій у кримінально-процесуальному праві пов’язано з необхідністю реалізації положень щодо невідворотності покарання – принципу кримінального права – та принципу публічності кримінального процесу. Реалізація цих фундаментальних принципів суміжних галузей права забезпечується державним примусом [23, с. 106].

Відомо, що законодавець впроваджує державний примус у кожну норму права, точніше – у її санкцію. Впровадження ж примусу у норми кримінально-процесуального права наповнено особливим сенсом. Галузь публічного права, під час реалізації норм якої відбувається обмеження державними органами фундаментальних прав людини (на свободу, на недоторканність житла, на таємницю кореспонденції тощо) заради відновлення порушених злочином прав людини, потребує і особливого ставлення до санкцій норм права [23, с. 106-107].

В загальній теорії права та теорії кримінально–процесуального права, в основу класифікації санкцій норм кримінально–процесуального права найчастіше покладаються такі критерії (класифікаційні ознаки): 1) характер наслідків для правопорушника; 2) їхня галузева належність [167, с. 148].

За першим критерієм санкції поділяються на відновлювальні (компенсаційні) і штрафні (або каральні). Ці санкції можуть міститися в нормах різних галузей права. Це дає підставу для класифікації санкцій норм кримінально–процесуального права на 1) кримінально–процесуальні; 2) кримінально–правові; 3) адміністративно–правові; 4) цивільно–правові; 5) дисциплінарні. Виходячи із того, що ці дві класифікації відображають саме правові аспекти санкцій, візьмемо їх за основу при дослідженні санкцій норм кримінально–процесуального права [167, с. 148], зокрема санкцій процесуальних норм права, якими регулюються запобіжні заходи.

Штрафними (каральними) санкціями «у чистому вигляді» є кримінально-процесуальні санкції щодо накладення грошового стягнення на свідка у разі неявки останнього за викликом, грошового стягнення на поручителя у разі ухилення обвинуваченого від слідства і суду, грошового стягнення на батьків, опікунів і піклувальників у разі порушення ними письмового зобов’язання про забезпечення належної поведінки неповнолітнього та його явки до слідчого, прокурора і суду [23, с. 112].

Разом з тим, не всі кримінальні процесуальні норми КПК України містять санкції. Останні можуть знаходитися у інших законодавчих актах. Слушно

зазначає Л.М. Борисова, що не кожна норма, що викладена у тексті нормативного акту, обов'язково має завершуватися визначенням міри реагування держави на її порушення. У цьому проявляється специфіка процесуальних норм права. Можлива ситуація, при якій декілька норм права будуть забезпечуватися однією санкцією, і тоді законодавцю немає необхідності до застосування тавтології. Це лише збільшить обсяги нормативних актів, і навряд чи можна буде казати про полегшення правозастосування. Більш того, допустима ситуація, коли не тільки якась група норм буде забезпечуватися однією санкцією, але примус щодо дотримання норм цілого правового інституту може забезпечуватися однією санкцією [12, с. 28].

Значна частина штрафних санкцій міститься у розділі 18 КК «Злочини проти правосуддя». Кримінально-правові санкції, що містяться у розділі 18 КК і є санкціями норм кримінально-процесуального права, перебувають у складному співвідношенні з диспозиціями останніх. Справа у тому, що захищені санкціями кримінально-правових норм диспозиції кримінально-процесуальних норм не описують об'єктивної сторони злочину проти правосуддя. Норми кримінально-процесуального права встановлюють законний, правовий порядок провадження у кримінальній справі в цілому і здійснення окремих процесуальних дій та прийняття кримінально-процесуальних рішень. У диспозиціях норм кримінального права, навпаки, описані протиправні суспільно небезпечні діяння. Усі диспозиції кримінально-правових норм, викладених у статтях розділу 18 КК і присвячених встановленню відповідальності суб'єктів, наділених повноваженнями щодо ведення кримінального процесу, напряму пов'язані з відповідними диспозиціями кримінально-процесуальних норм. Тільки у диспозиціях процесуальних норм викладені правила законної поведінки суб'єктів кримінально-процесуальних відносин, а у диспозиціях норм кримінального права – дії цих же суб'єктів, що суперечать приписам процесуальних норм, а тому визнаються злочинами. При чому в одних випадках кримінально-правові санкції встановлені за незаконне

здійснення дій і прийняття рішень, передбачених диспозиціями кримінально-процесуальних норм, а в інших – за невиконання приписів диспозицій відповідних норм [23, с. 112-113].

Серед каральних (штрафних) санкцій норм кримінально-процесуального права є й адміністративно-правові санкції, згідно з якими встановлюється відповідальність за злісне ухилення свідка, потерпілого, перекладача від явки до органів досудового слідства чи дізнання (ст. 185^4 Кодексу України про адміністративні правопорушення). Злісним вважається ухилення зазначених учасників досудового розслідування від явки повторно після попереднього застосування до них кримінально-процесуальної санкції у вигляді приводу. Таким чином, санкції норм кримінально-процесуального права можуть застосовуватися у преюдиціальному порядку (кримінально-процесуальна санкція $\rightarrow$ адміністративно-правова санкція) [23, с. 116-117].

Вид санкції кримінально-процесуальних норм залежить від тяжкості кримінально-процесуального правопорушення. Остання ж визначається завданням чи можливістю завдання суттєвої шкоди для правильного, а отже і справедливого вирішення кримінальної справи. Найтяжчі із процесуальних правопорушень – давання завідомо неправдивих показань, відмова від давання показань тощо - тягнуть за собою застосування найтяжчих санкцій – кримінально-правових. Причому застосування цих санкцій не потребує попереднього застосування менш тяжких санкцій – кримінально-процесуальних чи адміністративно-правових [23, с. 117].

Щодо санкцій норм права, якими регулюються запобіжні заходи, необхідно зазначити, що аспекти сутності, різновидів і розмірів таких санкцій, раніше у теорії кримінального провадження не розглядалися.

Санкції норм процесуального права не є абстрактними теоретичними конструкціями, а «як необхідний елемент кожної правової норми і відповідальність за порушення закону належать до числа фундаментальних категорій правової науки, пов’язаних з вирішенням практичних завдань» [72, с. 7]. М. О. Громов та С. О. Полунін справедливо зазначили, що «санкція є

найбільш мобільним (рухомим) елементом правової норми. Зміною санкцій можна значно підвищити ефективність правової норми в цілому, пристосувати її до умов суспільного розвитку» [29, с. 5].

Штрафні (каральні) санкції, так само як і інші різновиди санкцій норм кримінального процесуального права, якими регламентовані запобіжні заходи, мають на меті забезпечення належного застосування приписів гіпотез та диспозицій норм.

Аналіз змісту штрафних (каральних) санкцій норм кримінального процесуального права дає підстави для висновку про те, що чим суворішим є запобіжний захід тим суворішою є санкція за порушення правил його застосування. Причому це стосується різних адресатів санкцій: як посадовців, наділених повноваженнями вирішувати питання про обрання і застосування запобіжних заходів, так і тих, щодо кого їх обирають, та «третіх» осіб – поручителів та заставодавців.

Так, у разі невиконання поручителем взятих на себе зобов'язань на нього накладається грошове стягнення. Останнє залежить від санкції за вчинення кримінального правопорушення, про яке повідомлено підозрюваному (ч. 5 ст. 180 «Особиста порука» КПК)[19]: у провадженні щодо кримінального правопорушення, за вчинення якого передбачене покарання у виді *позбавлення волі на строк не більше трьох років*, або інше, більш м'яке покарання, - *від двох до п'яти розмірів мінімальної заробітної плати* (п. 1); у провадженні щодо злочину, за вчинення якого передбачене покарання у виді *позбавлення волі на строк від трьох до п'яти років*, - *від п'яти до десяти розмірів мінімальної заробітної плати* (п. 2); у провадженні щодо злочину, за вчинення якого передбачене покарання у виді *позбавлення волі на строк від п'яти до десяти років*, - *від десяти до двадцяти розмірів мінімальної заробітної плати* (п. 3); у провадженні щодо злочину, за вчинення якого передбачене покарання у виді

[19] Тут і далі у таблиці використовується зміст ч. 5 ст. 180 КПК України у редакції до 20.12.2016 року. Законом України від останньої дати були внесені зміни до зазначеної статті КПК України, у результаті чого грошове стягнення стосовно поручителя розраховується шляхом відповідних розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб.

позбавлення волі на строк понад десять років, - від двадцяти до п'ятдесяти розмірів мінімальної заробітної плати (п. 4).

По-перше, невідомо якими міркуваннями керувався законодавець, встановлюючи саме такі розміри грошового стягнення. По-друге, строки позбавлення волі в пунктах 2-4 ч. 5 ст. 180 КПК узгоджуються з частинами 3-5 ст. 12 «Класифікація злочинів» КК, в яких йдеться відповідно про злочини середньої тяжкості, тяжкі та особливо тяжкі злочини. А ось п. 1 ч. 5 ст. 180 КПК («позбавлення волі на строк *не більше трьох років»*) не узгоджується з ч. 3 ст. 12 КК («позбавлення волі на строк *не більше двох років*»), де регламентоване поняття злочину невеликої тяжкості. Звідси і розмір покарання за вчинення злочину середньої тяжкості (від двох до п'яти років позбавлення волі) не узгоджується з п. 2 ч. 5 ст. 180 КПК. Логічним було би приведення у відповідність строків, регламентованих у зазначених статтях КК і КПК. Це може бути зроблене шляхом зазначення у ч. 5 ст. 180 КПК не конкретних строків кримінального покарання у вигляді позбавлення волі, а різновиду (згідно з класифікацією, викладеною у ст. 12 КК) кримінального правопорушення у якому підозрюється особа.

Окрім того, критерій розмежування розміру грошового стягнення в ч. 5 ст. 180 КПК, очевидно, визначався без врахування змін, внесених до ст. 12 КК в частині запровадження в неї розміру штрафу як критерію класифікації злочинів. Зазначені зміни були внесені Законом України від 15 листопада 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності» [112], тобто в той період, коли робота над текстом чинного нині КПК перебувала на заключному етапі, що дає підставу для сумнівів в тому, що зміни до ст. 12 КК були предметом опрацювання розробників КПК і законодавця.

У статтях 12 і 53 КК за «одиницю» вимірювання штрафів як кримінального покарання взято неоподатковуваний мінімум доходів громадян (далі – н. м. д. г.), а в ч. 5 ст. 180 КПК за «одиницю» грошового стягнення - розмір мінімальної заробітної плати (далі – м. з. п.).

Мінімальна заробітна плата зростає набагато частіше, ніж неоподатковуваний мінімум доходів громадян. Це в практиці кримінального провадження створює ситуації, в яких за вчинення одного й того ж кримінального процесуального правопорушення поручителям обирають різні розміри грошового стягнення. Останні залежать від моменту, коли вирішується питання про обрання запобіжного заходу у вигляді особистої поруки. При цьому кваліфікація кримінального правопорушення не змінюється, бо розмір штрафу як основного покарання залишається однаковим.

Оскільки кримінальне процесуальне право «обслуговує» кримінальне право, а не навпаки, то розмір грошових стягнень в ст. 180 КПК має залежати від розміру штрафів, зазначених в ст. 12 КК, і бути їм пропорційним та вимірюватися у кількості неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Нижче наведена таблиця, в якій проілюстроване співвідношення розмірів грошових стягнень як процесуальної санкції для поручителя і можливого кримінального покарання підозрюваного у вигляді штрафу[20].

Розмір штрафу (ст. 12 КК) в н. м. д. г./грн.	Розмір грошового стягнення (ч. 5 ст. 180 КПК) в м. з. п.[21]/грн.	Відсоток співвідношення стягнення/штраф
ч. 2: від 30 до трьох тисяч / від **510** до 51.000	п. 1: від двох до п'яти / від **6.400** до 16.000	1255-31
ч. 3: від трьох тисяч до 10 тисяч / від 51.000 до 170.000	п. 2: від п'яти до 10 / від 16.000 до 32.000	31-19
ч. 4: від 10 тисяч до 25 тисяч / від 170.000 до 425.000	п. 3: від 10 до 20 / від 32.000 до 64.000	19-15
ч. 5: від 25 тисяч до 50 тисяч / від 425.000 до 850.000	п. 4: від 20 до 50/ від 64.000 до 160.000	15-19

Як видно з таблиці, поручитель за невиконання своїх обов'язків може бути підданий стягненню в мінімальному розмірі, яке складає аж 1255 % від

[20] Визначити співвідношення грошового стягнення з позбавленням волі в цій ситуації практично неможливо та й не потрібно, бо навіть теоретично не варто припускати, що поручитель може бути позбавлений волі за невиконання своїх обов'язків щодо забезпечення належної поведінки підозрюваного.

[21] Для розрахунків розмірів грошового стягнення, що накладається на поручителя, взято розмір мінімальної заробітної плати, встановленої з 1 січня 2017 р., тобто 3200 грн.

мінімально можливого кримінального покарання у вигляді штрафу. Зрозуміло, що поручитель повинен нести сувору процесуальну відповідальність за невиконання своїх обов'язків, але ж розмір накладеного на нього стягнення (6400 грн.) не повинен бути у 12,5 разів вищим, ніж розмір покарання (510 грн.) за вчинення кримінального правопорушення особою, поручителем якої він є.

Розміри процесуального стягнення і кримінального покарання мають бути співмірними. Співвідношення між стягненнями і покараннями, визначене як по їхній нижній межі, так і по верхній, складає від 15 % до 31 %. З метою забезпечення визначеності у розмірі процесуальних стягнень для поручителя доцільним було би встановлення їх в межах від 10 % до 30 % від мінімальної межі штрафу, встановленого у санкції кримінальної норми, за якою кваліфіковані дії підозрюваного. Якщо ж санкція норми кримінального права не передбачає покарання у вигляді штрафу, то розмір стягнення може коливатися від 10 % до 30 % мінімальної межі штрафу, встановленої у відповідній частині ст. 12 КК.

Виходячи з викладеного, ч. 5 ст. 180 КПК пропонуємо викласти у такій редакції: «5. У разі невиконання поручителем взятих на себе зобов'язань на нього накладається грошове стягнення в розмірі від десяти до тридцяти відсотків розміру штрафу, передбаченого в санкції статті Особливої частини закону про кримінальну відповідальність, за якою особі повідомлено про підозру. Якщо цією санкцією накладення штрафу не передбачене, то розмір грошового стягнення для поручителя складає від десяти до тридцяти відсотків суми штрафу, передбаченого в частинах 2-5 статті 12 Кримінального кодексу України, залежно тяжкості злочину, про який повідомлено особі».

Іншою санкцією, встановленою в кримінальному процесуальному законі для «третіх» осіб у кримінальному провадженні є звернення застави в дохід держави та зарахування її до спеціального фонду Державного бюджету України (ч. 8 ст. 182 КПК). Не вбачаємо потреби у детальному її розгляді, бо ця санкція діє в кримінальному процесі більше двадцяти років (з 1995 р.). Практика її застосування є усталеною і не викликає проблем.

Найбільш суворими каральними (штрафними) санкціями норм кримінального процесуального права, якими регламентуються підстави і процесуальний порядок застосування запобіжних заходів, є санкції, встановлені законом України про кримінальну відповідальність. Одні з них адресовані слідчим, прокурорам і суду, тобто суб'єктам, уповноваженим вирішувати питання про обрання запобіжних заходів, інші – особам, щодо яких такі заходи обрані.

До числа перших належать санкції, встановлені статтями, що передбачають відповідальність за завідомо незаконні затримання, домашній арешт або тримання під вартою (ст. 371 КК) та постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови (ст. 375 КК). Санкції, встановлені в цих двох статтях, охоплюють усіх суб'єктів кримінального провадження, які є причетними до обрання запобіжних заходів, але не охоплюють усіх можливих запобіжних заходів. Очевидно, що законодавець «взяв» під кримінально-правову охорону відносини, що виникають в перебігу обрання і застосування лише тих запобіжних заходів, які істотно обмежують права і свободи громадян - затримання, домашній арешт або тримання під вартою. Виникає запитання: а чи охороняються відносини, що виникають в перебігу обрання і застосування інших запобіжних заходів ? Так, ці відносини охороняються відновними санкціями цивільного та кримінального процесуального права.

Кримінальній відповідальності за незаконне затримання, домашній арешт або тримання під вартою підлягає не лише слідчий суддя, який ухвалив остаточне рішення про обрання запобіжного заходу, а й слідчий та прокурор, які зверталися до слідчого судді з відповідним клопотанням. Окрім того, санкція розповсюджує свою дію і на суддів апеляційного суду, які переглядали за апеляцією (якщо така була) рішення слідчого судді про обрання запобіжного заходу і залишили його в силі.

Кримінально-правова санкція встановлена для особи, щодо якої обрано один із зазначених вище запобіжних заходів (усі вони пов'язані з позбавленням

або обмеженням волі) і яка втекла з місця позбавлення волі або з-під варти (ст. 393 КК).

Для того, щоб санкція, встановлена цією статтею КК почала діяти, особі повинно бути оголошено суддею чи судом про застосування до неї запобіжного заходу у виді взяття під варту чи арешту. Оголосити про затримання зобов'язана і посадова особа, уповноважена здійснювати затримання як без ухвали слідчого судді, так і за ухвалою судді. У останньому випадку затримуваній особі оголошується ухвала слідчого судді.

Кримінально-правові санкції діють як щодо посадових осіб, які здійснюють кримінальне провадження і мають право застосовувати запобіжні заходи, так і щодо особи, щодо якої такі заходи застосовані. Об'єднує ці санкції те, що підставою для їх застосування є порушення відповідних процесуальних норм. Різниця ж полягає в тому, що посадовці, які застосовують запобіжні заходи, діють з перевищенням наданих їм прав, а особи, щодо яких застосовані запобіжні заходи, не виконують покладені на них обов'язки.

На підставі викладеного можна зробити висновок про те, що за порушення правил обрання і застосування запобіжних заходів встановлені санкції в різних галузях права. Однак це не дає підстав для того, щоб санкції, викладені в інших галузях права і пов'язані з недотриманням гіпотез та диспозицій норм кримінального процесуального права, не вважати санкціями останніх. Окрім того, це свідчить про взаємозв'язок всіх санкцій норм кримінального процесуального права, які утворюють галузевий інститут запобіжних заходів.

Далі розглянемо відновлювальні санкції норм кримінального процесуального права, якими регламентовані запобіжні заходи, інші заходи забезпечення кримінального провадження.

Сутність відновлювальних санкцій полягає в охороні ними підстав та порядку обрання і застосування запобіжних заходів (інших заходів забезпечення кримінального провадження) шляхом усунення або зведення до мінімуму шкоди, завданої порушенням певних норм. Їхня безпосередня дія

спрямована на відновлення правовідносин, що існували до (на момент) порушення норми.

Відновлювальними санкціями кримінального процесуального норм права є деякі заходи забезпечення кримінального провадження. Так, А.П. Черненко справедливо до відновлювальних санкцій кримінального процесуального права відносить привід обвинуваченого, підозрюваного, свідка, потерпілого. Обов'язок цих учасників досудового розслідування з'явитися за викликом слідчого виникає з моменту одержання ними повістки або іншого повідомлення про виклик. Неявка їх без поважних причин є підставою для застосування даної санкції [167, с. 149]. Дійсно, згідно до ч. 3 ст. 142 КПК України слідчий суддя або суд, встановивши, що особа, яка зобов'язана з'явитися на виклик слідчого, прокурора, слідчого судді, суду, була викликана у встановленому цим КПК України порядку (зокрема, наявне підтвердження отримання нею повістки про виклик або ознайомлення з її змістом іншим шляхом), та не з'явилася без поважних причин або не повідомила про причини свого неприбуття, постановляє ухвалу про здійснення приводу такої особи. А відповідно до ч. 1 ст. 140 КПК України привід полягає у примусовому супроводженні особи, до якої він застосовується, особою, яка виконує ухвалу про здійснення приводу, до місця її виклику в зазначений в ухвалі час. Причому ч. 3 ст. 143 КПК України встановлює, що у випадку невиконання особою, що підлягає приводу, законних вимог щодо виконання ухвали про здійснення приводу, до неї можуть бути застосовані заходи фізичного впливу, які дозволяють здійснити її супроводження до місця виклику. У разі неможливості уникнути застосування заходів фізичного впливу вони не повинні перевищувати міри, необхідної для виконання ухвали про здійснення приводу, і мають зводитися до мінімального впливу на особу.

Таким чином, застосування такого заходу забезпечення кримінального провадження як привід є відновлювальною санкцією, оскільки відносно особи, яка обов'язана була з'явитися на виклик та не з'явилася без поважних причин або не повідомила про причини свого неприбуття застосовується мінімальний

примус у вигляді примусового супроводженні особи до місця її виклику, та тим самим відновлюються правовідносини між зазначеною особою та державними органами кримінального судочинства на момент здійснення виклику особи слідчим, прокурором, слідчим суддею, судом. Шляхом приводу усувається або зводиться до мінімуму шкода, що завдана порушенням процесуальних норм у частині реалізації обов'язку стосовно прибуття за викликом до слідчого, прокурора, слідчого судді, суду.

Найбільш поширеними у законодавстві є відновлювальні санкції, пов'язані з відшкодуванням шкоди, завданої в результаті неправомірного застосування запобіжних заходів учасниками кримінального провадження, які мають державні повноваження. Тут важливо підкреслити два важливих аспекти. По-перше, відновлювальні санкції, як правило, розміщені в нормах інших галузей права. По-друге, суб'єктами – адресатами цих санкції, можуть бути як конкретні посадові особи органів, які ведуть процес, так і держава. По-третє, санкції передбачені за порушення гіпотез і диспозицій норм, якими регламентовані найбільш суворі запобіжні заходи.

Існування відновлювальних санкцій за недотримання приписів норм, що регламентують запобіжні заходи, обумовлена приписами Конституції України про те, що «*держава* відповідає перед людиною за свою діяльність» (ст. 3) і «кожен має право на відшкодування за рахунок *держави* … матеріальної та моральної шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб при здійсненні ними своїх повноважень» (ст. 56).

Частиною 5 ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод встановлено, що «Кожен, хто є потерпілим від арешту або затримання на порушення положень цієї статті, має захищене позовом право на відшкодування».

Вітчизняний кримінальний процесуальний закон містить бланкетну норму, згідно з якою «шкода, завдана незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, досудове

розслідування, прокуратури або суду, відшкодовується *державою* за рахунок Державного бюджету України у випадках та в порядку, передбачених законом» (ст. 130 КПК України).

У ЦК також викладені підстави для відшкодування шкоди, завданої фізичній особі внаслідок незаконного застосування запобіжного заходу, незаконного затримання, а також зазначено, що ця шкода відшкодовується державою у повному обсязі незалежно від вини посадових і службових осіб органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, прокуратури або суду (ч. 1 ст. 1176). У частині другій цієї ж статті йдеться про виникнення *права* на відшкодування шкоди, завданої фізичній особі незаконними діями органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, прокуратури або суду. Хоча в цій нормі мова йде не про санкцію, а про право особи, це не дає підстав для висновку про відсутність санкції. Якраз реалізація права особи вимагати відшкодування шкоди є «пусковим механізмом» для розгляду питання про застосування відповідних санкцій за дії і рішення, зазначені в законі.

Застосування санкції у вигляді відшкодування шкоди виключається якщо фізична особа, яка у процесі досудового розслідування або судового провадження шляхом самообмови перешкоджала з'ясуванню істини і цим сприяла незаконному застосуванню запобіжного заходу, незаконному затриманню (ч. 4 ст. 1176 ЦК).

Цивільним законом передбачене відшкодування і моральної шкоди (незалежно від вини органу державної влади, фізичної або юридичної особи, яка її завдала) якщо шкоди завдано фізичній особі внаслідок незаконного застосування запобіжного заходу, незаконного затримання (ч. 2 ст. 1167 ЦК).

Конкретні правові підстави і порядок відшкодування різних видів шкоди, завданої незаконним застосуванням запобіжного заходу, незаконним затриманням, а також санкції визначені Законом України від 1 грудня 1994 р. «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянинові незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів

досудового розслідування, прокуратури і суду». Належність санкцій, передбачених цим Законом, до числа відновлювальних є беззаперечною. А ось їхня галузева належність, як і всіх інших санкцій і норм згаданого Закону, в яких вони містяться, до цього часу в юридичній теорії залишається спірною. Одні вчені притримуються думки щодо цивільно-правової належності норм інституту відшкодування шкоди, завданої громадянам незаконними діями посадових осіб в перебігу кримінального провадження [172]. Інші стверджують, що всі норми права, пов'язані з відшкодуванням такої шкоди, належать до кримінального процесуального права [171, с. 302]. Позиція останніх підтверджується, по-перше, методом правового регулювання, заснованим на нерівності суб'єктів (слідчого, прокурора, підозрюваного, обвинуваченого, потерпілого тощо) у правовому становищі, що є характерним саме для кримінального процесу; по-друге, єдиними завданнями кримінального судочинства і процедури відшкодування шкоди; по-третє, якщо підставою цивільно-правової відповідальності є вчинення цивільного правопорушення, до складу якого входять: а) протиправне порушення особою покладених на неї обов'язків і суб'єктивних прав інших осіб; б) наявність шкоди чи збитків; в) причинний зв'язок між протиправною поведінкою правопорушника і шкідливими наслідками; г) вина правопорушника, то шкода, завдана громадянину незаконними діями органів досудового розслідування і прокурора, відшкодовується незалежно від вини цих посадових осіб; по-четверте, відшкодування шкоди здійснюється не посадовими особами, а державою, що не є типовим для цивільно-правової відповідальності; по-п'яте, правовідносини, пов'язані з компенсацією шкоди, зумовлені кримінальним процесуальним правовідношенням з притягнення особи до кримінальної відповідальності, взяттям під варту тощо; по-шосте, відшкодування шкоди являє собою реалізацію постанови про закриття кримінального провадження, реабілітацію особи, що пов'язане виключно з кримінальним судочинством [165, с. 179-180]. З такою аргументацією можна погодитися лише частково, а саме в тій частині, що стосується виникнення права осіб на відшкодування завданої шкоди лише у

зв’язку з порушеннями певних вимог кримінального процесуального закону, в тому числі і щодо застосування запобіжних заходів. Але санкції за ці порушення містяться в нормах різних галузей права. Отже, інститут відшкодування шкоди, завданої незаконними діями органів досудового розслідування, прокуратури і суду, є міжгалузевим правовим інститутом.

Відновлювальні (компенсаційні) санкції застосовуються по завершенні кримінального провадження, тобто після ухвалення одного з кінцевих рішень. Але відновлення правовідносин, які існували до обрання запобіжного заходу, може відбутися і раніше – в часових межах кримінального провадження. Це має місце у випадках, коли в результаті апеляційного оскарження рішення слідчого судді про обрання запобіжного заходу суд апеляційної інстанції скасує це рішення. Якби рішення слідчого судді набирало чинності після розгляду апеляційним судом скарги, то рішення останнього про скасування рішення про обрання запобіжного заходу не можна було би розглядати як санкцію. Бо в такому випадку процес прийняття рішення про обрання запобіжного заходу вважався би незавершеним, розтягнутим у часі, поділеним між двома судовими інстанціями на два етапи реалізації відповідної норми кримінального процесуального права. Відтак, скасування апеляційним судом рішення слідчого судді про обрання запобіжного заходу є кримінальною процесуальною санкцією.

На завершення цього підрозділу і роботи в цілому розглянемо питання про те, чи є санкцією відмова прокурора та слідчого судді відповідно у погоджені та задоволенні клопотання слідчого про застосування до підозрюваного запобіжного заходу.

Щодо зазначеного питання треба відмітити, що клопотання слідчого про обрання до підозрюваного запобіжного заходу можна визнати кримінальними процесуальним актом, але вказане рішення слідчого не має наслідком застосування до підозрюваного запобіжного заходу. Для цього необхідно ще обов’язкове погодження прокурора та задоволення клопотання слідчим суддею у вигляді винесення процесуального рішення – ухвали про застосування

запобіжного заходу. Не проходження вказаних етапів кримінальної процесуальної діяльності унеможливлює обрання до підозрюваного запобіжного заходу. Якщо запобіжний захід не застосований, то, вочевидь, не можна вести мову про його скасування, тобто про відновлювальну санкцію норм стосовно застосування запобіжних заходів.

Складання слідчим клопотання про обрання запобіжного заходу та наступне узгодження його з прокурором з подальшим поданням на розгляд слідчим суддею для вирішення питання про застосування запобіжного заходу є свідченням арбітрального методу правового регулювання відносин між слідчим, прокурором та підозрюваним стосовно обмеження прав і свобод останнього під час застосування запобіжного заходу.

Отже, не є кримінальною процесуальною санкцією відмова прокурора у погодженні клопотання слідчого про обрання запобіжного заходу, а також відмова слідчого судді у задоволенні відповідного клопотання прокурора. Зазначені відмови вищестоящих у процесуальному плані посадових осіб нижчестоящим особам є лише елементами процедури обрання запобіжного заходу, регламентованої з застосуванням арбітрального методу правового регулювання кримінальних процесуальних відносин.

Висновки до розділу 3

1. Особливості структури кримінальних процесуальних норм переважно відносяться і до структурних складових правових норм, що регулюють запобіжні заходи у кримінальному провадженні. Безсумнівна та специфічна риса структури процесуальних норм стосовно запобіжних заходів, що її складові елементи не знаходяться у змісті однієї статті. Гіпотеза норми щодо застосування запобіжних заходів може міститися в одній статті КПК України, диспозиція в іншій, а санкція взагалі може охоплюватися нормою іншого нормативно-правового акту.

2. Недоцільним є знаходження у КПК України правових норм, котрі просто закріплюють перелік запобіжних заходів у КПК України. Тому що процесуального, функціонального навантаження у кримінальному провадженні такі правові приписи не виконують, а лише мають загальне інформаційне значення, у тому числі для учасників процедури застосування запобіжних заходів.

3. Законодавче забезпечення норм-дефініцій відносно запобіжних заходів у статях КПК України зумовлює збільшення нормативного змісту інституту запобіжних заходів, що передбачає виконання додаткової роботи суб'єктів кримінального провадження, принаймні щодо ознайомлення, аналізу, тлумачення та співставлення з іншим нормами, що регламентують реалізацію запобіжних заходів. Причому, у процесі обрання запобіжного заходу фактично жодний з учасників відповідної процедури нормами-дефініціями не користується, оскільки їх увага приділяється іншим нормативним положенням, а саме процесуальним приписам стосовно підстав, умов і процесуального порядку застосування певних запобіжних заходів.

4. Загальна гіпотеза у вигляді мети застосування усіх заходів забезпечення через можливість виконання певного завдання кримінального провадження конкретизується у загальній гіпотезі щодо мети застосування запобіжних заходів до підозрюваного, обвинуваченого. Загальна мета застосування заходів забезпечення відносно дієвості кримінального провадження деталізується у виконанні певного завдання стосовно реалізації заходів забезпечення кримінального провадження та досягнення необхідного результату стосовно належної поведінки підозрюваного, обвинуваченого.

5. Складність гіпотези норм кримінального процесуального інституту запобіжних заходів обумовлюється наступними обставинами: «присутність» норм кримінального права і норм-засад та інших процесуальних норм розділу 1 КПК України, а також норм, в яких викладені підстави до застосування усіх заходів забезпечення кримінального провадження; викладення як мети, так і підстав та «допустимих» ризиків застосування запобіжних заходів; положення

щодо пропорційності втручання в права і свободи особи, щодо якої буде вирішуватися питання про застосування запобіжного заходу.

6. Змагальний метод регулювання процедури застосування запобіжних заходів зумовлює існування не лише імперативних і диспозитивних диспозицій кримінальних процесуальних норм, а й змагальних диспозицій норм кримінального процесуального права. Отже, за критерієм методу регулювання класифікація диспозицій норм права має доповнюватися такою групою як змагальні диспозиції.

7. У диспозиціях правових норм інституту запобіжних заходів регламентуються не лише процесуальні права і обов'язки учасників кримінального процесу, а й правообов'язки державних органів кримінального провадження.

8. Відмінністю диспозицій кримінальних процесуальних норм від диспозицій кримінально-правових норм щодо запобіжних заходів є те, що у змісті останніх зазначаються заборони – категоричні обов'язки державних органів кримінального провадження стосовно завідомо незаконного застосування таких заходів, а у перших визначаються правообов'язки цих суб'єктів з виписаною процедурою застосування запобіжних заходів відносно підозрюваного, обвинуваченого.

9. В різних галузях права встановлені санкції за порушення правил обрання і застосування запобіжних заходів. Водночас це не дає підстав для того, щоб санкції, викладені в інших галузях права і пов'язані з недотриманням гіпотез та диспозицій норм кримінального процесуального права, не вважати санкціями останніх. Крім того, це свідчить про взаємозв'язок всіх санкцій норм кримінального процесуального права, які утворюють галузевий інститут запобіжних заходів.

10. Значення відновлювальних санкцій полягає в охороні ними підстав та порядку обрання і застосування запобіжних заходів шляхом усунення або зведення до мінімуму шкоди, завданої порушенням певних норм. Їхня безпосередня дія спрямована на відновлення правовідносин, що існували до (на

момент) порушення норми. Найбільш поширеними у законодавстві є відновлювальні санкції, пов’язані з відшкодуванням шкоди, завданої в результаті неправомірного застосування запобіжних заходів учасниками кримінального провадження, які мають державні повноваження.

11. Відмова прокурора у погодженні клопотання слідчого про обрання запобіжного заходу, а також відмова слідчого судді у задоволенні відповідного клопотання прокурора не є кримінальною процесуальною санкцією. Ці відмови вищестоящих у процесуальному плані посадових осіб нижчестоящим особам є лише елементами процедури обрання запобіжного заходу, регламентованої з застосуванням арбітрального методу правового регулювання кримінальних процесуальних відносин.

Основні результати розділу опубліковані у працях [129; 132; 135].

ВИСНОВКИ

За результатами наукового дослідження, здійсненого в дисертації, вирішене наукове завдання, що має доктринальне і прикладне значення для кримінального процесу: комплексно досліджено правове регулювання запобіжних заходів у кримінальному провадженні, наслідком чого є отримання нових обґрунтованих та достовірних наукових результатів, основними серед них є наступні.

1. Запобіжні заходи є частиною заходів кримінального процесуального примусу (заходів забезпечення кримінального провадження). Мета застосування запобіжних заходів як частини заходів забезпечення кримінального провадження співпадає з метою останніх: забезпечення дієвості кримінального провадження, що логічно обумовлює назву всіх заходів, про які йдеться у ст. 131 КПК України.

Система запобіжних заходів може бути істотно розширена за рахунок обов'язків, передбачених ч. 5 ст. 194 КПК України. Більша кількість запобіжних заходів, ніж їх наразі регламентовано в кримінальному процесуальному законі, у сукупності з дозволом застосовувати декілька з них одночасно значно знизить ступінь кримінальної процесуальної «репресії». Надання суду розширеного інструментарію впливу на поведінку підозрюваних та обвинувачених дозволить суду діяти ефективніше в плані забезпечення їх належної поведінки.

2. Запобіжні заходи у кримінальному процесі виконують такі функції: забезпечення належної поведінки підозрюваного, обвинуваченого під час кримінального провадження; забезпечення доказової діяльності у кримінальному провадженні; гарантування змагальності кримінального провадження; забезпечення законного обмеження прав і свобод підозрюваного, обвинуваченого під час кримінального провадження; забезпечення

ефективності кримінального провадження; відокремлення процесу кримінального провадження від результату кримінального провадження; забезпечення реалізації кримінальної процесуальної відповідальності.

3. Предмет кримінального процесуального права в частині регламентації запобіжних заходів неналежним чином забезпечує право на свободу і особисту недоторканість у кримінальному провадженні, про що свідчать недоліки процесуальних норм статей 206, 210, 208, 315 КПК України. Крім того, проблемою предмету кримінального процесуального права в частині регламентації затримання є нормативна неузгодженість між ч. 2 ст. 211 КПК України та статей 14, 15-1 Закону України від 20 березня 2003 р. «Про боротьбу з тероризмом». Вказані законодавчі приписи стосовно регламентації запобіжних заходів у кримінальному провадженні потребують невідкладних змін та доповнень на рівні реалізації законодавчої гілки влади.

4. Широке розуміння примусу при визначенні запобіжних заходів у сучасному кримінальному процесі є не доцільним. Існуючий інститут кримінального процесуального примусу потребує ґрунтовного переосмислення і зміни. Імперативний метод правового регулювання в частині регламентації запобіжних заходів повинен використовуватися з урахуванням принципу пропорційності.

Змагальні процедури обрання запобіжних заходів є громіздкими та тривалими. Тому запропоновано доповнити кримінальне процесуальне законодавство положенням про те, що сторони можуть укласти угоду щодо різновиду запобіжного заходу, порядку і строку його застосування, яка підлягає затвердженню судом (слідчим суддею). Якщо ж така «диспозитивна процедура» не може бути застосована із-за неможливості сторін домовитися, то тоді повинна застосовуватися змагальна процедура. Такий підхід до обрання і застосування запобіжних заходів дозволить: внаслідок спрощення процедури скоротити строки вирішення цих питань; добитися підвищення ефективності виконання особою, щодо якої обраний запобіжний захід, відповідних зобов’язань з його дотримання.

5. Доведено, що загальні правила застосування запобіжних заходів розташовуються у певній ієрархічній послідовності: засади (загальні правила кримінального провадження); загальні правила застосування заходів забезпечення кримінального провадження; загальні правила застосування запобіжних заходів; загальні правила застосування ізоляційних і неізоляційних запобіжних заходів. Їх істотними ознаками є такі: вони обумовлені засадами кримінального провадження і не повинні їм суперечити; розповсюджують дію на усі запобіжні заходи; не виходять за межі правового регулювання системи запобіжних заходів; ілюструють специфіку запобіжних заходів у системі заходів забезпечення кримінального провадження.

Система загальних правил застосування запобіжних заходів складається з таких правових положень: 1) запобіжний захід може бути ініційований слідчим, прокурором і обраний судом лише за наявності підстав (ризиків неналежної поведінки) і обґрунтованості підозри; 2) врахування в сукупності всіх обставин кримінального провадження, в тому числі тих, що характеризують особу; 3) дозволяється ініціювати, обирати і застосовувати запобіжний захід щодо належного суб'єкта – підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого; 4) у застосуванні запобіжного має бути відмовлено, якщо слідчий, прокурор не доведуть, що встановлені під час розгляду клопотання про застосування запобіжних заходів обставини, є достатніми для переконання, що жоден із більш м'яких запобіжних заході не може запобігти доведеним під час розгляду ризику або ризикам; 5) щодо однієї особи може бути застосований лише один запобіжний захід, що не виключає можливості одночасного застосування іншого заходу забезпечення кримінального провадження; 6) запобіжний захід скасовується або змінюється, коли відпаде необхідність у раніше обраному заході; 7) застосування запобіжного заходу здійснюється протягом строку, визначеного ухвалою суду, з можливістю подальшого продовження; дія запобіжного заходу припиняється негайно у разі закриття кримінального провадження, ухвалення виправдувального вироку, закінчення строку дії ухвали про обрання запобіжного заходу.

Положеннями, що визначають зміст діяльності з обрання і застосування запобіжних заходів, є такі: 1) презумпція поступового збільшення суворості запобіжного заходу при обранні щодо особи суворішого запобіжного заходу в разі порушення нею умов попередньо застосованого заходу; 2) врахування думки потерпілого з приводу потреби застосування запобіжного заходу та його суворості. Зазначені положення наразі не враховуються при обранні запобіжних заходів, хоча повинні бути регламентовані в кримінальному процесуальному законі і враховуватися в діяльності слідчих, прокурорів, судів.

6. Спеціальні правила застосування запобіжних заходів розповсюджуються не на усі запобіжні заходи у кримінальному провадженні, а лише на їх частину (наприклад, ізоляційні чи неізоляційні), і тому мають певну специфіку порівняно з правилами застосування іншої частини таких заходів.

Правове регулювання процедури «habeas corpus act», яка супроводжує затримання особи за підозрою у вчиненні злочину, в українському кримінальному процесуальному законодавстві є недосконалою із-за відсутності законодавчого механізму перевірки судом законності і обґрунтованості затримання. У зв'язку з цим законодавство (п. 6 ч. 3 ст. 42 та ч. 4 ст. 208 КПК України) потребує відповідних змін.

7. Процесуальні норми, у яких міститься лише перелік запобіжних заходів, а так саме процесуальні приписи, у змісті яких визначаються поняття запобіжних заходів не повинні знаходитися у КПК України. Законодавче забезпечення норм-дефініцій відносно запобіжних заходів у статтях КПК України зумовлює збільшення нормативного змісту інституту запобіжних заходів, що передбачає виконання додаткової роботи суб'єктів кримінального провадження щодо ознайомлення, аналізу, тлумачення та співставлення з іншими нормами, що регламентують реалізацію запобіжних заходів.

8. Доведено, що особливості структури кримінальних процесуальних норм переважно відносяться і до структурних складових правових норм, що регулюють запобіжні заходи у кримінальному провадженні. Безсумнівна та специфічна риса структури процесуальних норм стосовно запобіжних заходів

полягає в тому, що її складові елементи не знаходяться у змісті однієї статті. Недоцільним є знаходження у КПК України правових норм, котрі просто закріплюють перелік запобіжних заходів у КПК України, тому що процесуального, функціонального навантаження у кримінальному провадженні такі правові приписи не виконують, а лише мають загальне інформаційне значення, у тому числі для учасників процедури застосування запобіжних заходів.

Гіпотези норм кримінального процесуального інституту запобіжних заходів є складними. Обставинами, які обумовлюють їх складність, є: «присутність» норм кримінального права і норм-засад та інших процесуальних норм розділу 1 КПК України, а також норм, в яких викладені підстави до застосування усіх заходів забезпечення кримінального провадження; викладення як мети, так і підстав та «допустимих» ризиків застосування запобіжних заходів; положення щодо пропорційності втручання в права і свободи особи, щодо якої буде вирішуватися питання про застосування запобіжного заходу.

Використання змагального методу регулювання відносно процедури застосування запобіжних заходів зумовлює існування не лише імперативних і диспозитивних диспозицій кримінальних процесуальних норм, а й змагальних диспозицій норм кримінального процесуального права. Отже, за критерієм методу регулювання класифікація диспозицій норм права має доповнюватися такою групою як змагальні диспозиції.

За порушення правил обрання і застосування запобіжних заходів встановлені санкції в різних галузях права. Однак це не дає підстав для того, щоб санкції, викладені в інших галузях права і пов’язані з недотриманням гіпотез та диспозицій норм кримінального процесуального права, не вважати санкціями останніх. Окрім того, це свідчить про взаємозв’язок всіх санкцій норм кримінального процесуального права, які утворюють галузевий інститут запобіжних заходів.

Сутність відновлювальних санкцій полягає в охороні ними підстав та порядку обрання і застосування запобіжних заходів шляхом усунення або зведення до мінімуму шкоди, завданої порушенням певних норм. Їх безпосередня дія спрямована на відновлення правовідносин, що існували до (на момент) порушення норми.

9. Запропоновано зміни і доповнення до норм чинного КПК України у контексті питань, що розглядаються у роботі (статті 42, 194, 208, 210, 315 КПК України).

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Агакерімов О. Н. Домашній арешт в системі запобіжних заходів : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.09 / Одеса, 2016. 246 с.

2. Алексеев С. С. Право: азбука – теория – философия: опыт комплексного исследования. Москва : Статут, 1999. 712 с.

3. Аленін Ю., Гловюк І. Потерпілий у кримінальному провадженні: деякі питання. *Право України*. 2013. № 11. С. 112-119.

4. Альперт С. А. Принцип публичности (официальности) и его выражение в деятельности советских органов предварительного расследования. *Учен. зап. Харьк. юрид. ин-та*. Харьков, 1957. Вып. 9. С. 50-51.

5. Астанин А. В. Гипотеза как элемент правовой нормы : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.01 / Саратов, 2004. 189 с.

6. Банчук О., Коліушко І. Поняття адміністративного примусу потребує ґрунтовного переосмислення. *Право України*. 2010. № 4. С. 307-313.

7. Банчук О. А., Лобойко Л. М. Кримінальний процес: навч. посібник. Київ : Ваіте, 2014. 280 с.

8. Білецька К. К. Особиста порука як запобіжний захід : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.09 Київ, 2017. 20 с.

9. Білокінь Р.М. Кримінально-процесуальна відповідальність: наукові та правові основи: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня докт. юрид. наук : 12.00.09 Київ, 2018. 42 с.

10. Білоусов О. І. Місце і роль запобіжних заходів у системі кримінально-процесуального примусу. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2006. №1. С.178-181.

11. Бойко І. І. Правові основи використання кримінального процесуального примусу в екстрадиційному провадженні. *Правові та інституційні механізми забезпечення розвитку держави та права в умовах євроінтеграції* : мат-ли Міжн. наук.-практ. конф., 20 травня 2016 р. Одеса : у 2

т. / відп. ред. М. В. Афанасьєва. Одеса : Юрид. література, 2016. Т. 2. С. 324-327.

12. Борисова Л.Н. Общая теория процессуальных норм права: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Ростовский государственный университет путей сообщения. Ростов на Дону, 2004. 169 с.

13. Бубир Ю.В., Глобенко Г.І., Юхно О.О. Запобіжні заходи у кримінальному провадженні : навч. посіб. Харків : НікаНова, 2015. 192 с.

14. Вандышев В.В., Дербенев А.П., Смирнов А.В. Уголовный процесс. Часть 1. Общая часть уголовного процесса и досудебные стадии. СПб., 1996. 97 с.

15. Великий тлумачний словник сучасної _української мови (з дод. і допов.) / Уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. Київ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2005. 1728 с.

16. Великий тлумачний словник сучасної української мови / Уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. Київ; Ірпінь : ВТФ “Перун», 2003. 1440 с.

17. Верхогляд-Герасименко О. В. Забезпечення майнових прав особи при застосуванні заходів кримінально-процесуального примусу : монографія. Харків : Юрайт, 2012. 216 с.

18. Вершинина С. И. Нормативно-правовая сущность уголовно-процессуального принуждения. Москва : Юрлитинформ, 2017. 368 с.

19. Висновок щодо проекту Кримінального процесуального кодексу України, підготовлений Директоратом з питань правосуддя та захисту людської гідності, Генерального директорату I – Права людини і верховенство права, на підставі експертизи Лорени Бахмайєр-Вінтер, Джеремі МакБрайда, Еріка Сванідзе (в рамках Спільної програми між Європейським Союзом та Радою Європи щодо прозорості та ефективності судової системи України (Проект TEJSU)). Страсбург, 2 листопада 2011 р. URL: http://zib.com.ua/ru/7576-ekspertnoe zaklyuchenie soveta evropi po proektu upk tekst n.html.

20. Волков К. Забезпечення права на свободу та особисту недоторканність за кримінальним процесуальним законодавством України та Федеративної

Республіки Німеччина. *Науковий часопис Національної академії прокуратури України*. 2014. № 4. С. 23-31.

21. Волков К.Д. Забезпечення права особи на свободу та особисту недоторканність під час застосування запобіжних заходів у кримінальному провадженні: дис. … канд. юрид. наук : 12.00.09 / Київ, 2015. 245 с.

22. Воронцова Н. Основания применения мер пресечения по УПК РФ. *Рос. следователь*. 2002. № 9. С. 8-11.

23. Гемай С. О. Норми кримінально-процесуального права : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.09 / Дніпропетровськ, 2007. 190 с.

24. Глинська Н. В. Концептуальні засади визначення та забезпечення стандартів доброякісності кримінальних процесуальних рішень : монографія. Київ : Істина, 2014. 588 с.

25. Головюк І.В. Актуальні питання вдосконалення статті 132 КПК України. *Актуальні проблеми удосконалення кримінального процесуального законодавства* : матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції, присвяченої до 70-річчя д. ю. н., професора Юрія Павловича Аленіна, 21 квітня 2017 р Одеса : Юридична література, 2017. с. 176-180.

26. Головюк І.В. Проблемні питання застосування тримання під вартою у підготовчому судовому провадженні (у розрізі практики ЄСПЛ). *Актуальні проблеми кримінального права, процесу, криміналістики та оперативно-розшукової діяльності* : тези II Всеукраїнської науково-практичної конференції, 2 березня 2018 р. Хмельницький : Вид-во НАДПСУ, 2018. С. 245-248.

27. Головатий С. Г. Верховенство права: монографія: у 3-х кн. Книга третя. Український досвід. Київ: Вид-во «Фенікс», 2006. С. 1277-1747.

28. Голуб Г. І. Нові види запобіжних заходів згідно з КПК 2012 року. *Часопис Нац. ун-ту «Острозька академія». Серія «Право»*. 2013. № 1 (7). URL: http://lj.oa.edu.ua/articles/2013/n1/13hihzkr.pdf

29. Громов Н. А., Полунин С. А. Санкции в уголовно–процессуальном праве России. Москва: Городец, 1998. 152 с.

30. Даль А.Л., Абламський С.Є. Тримання під вартою як запобіжний захід у кримінальному провадженні : монографія / за заг. ред.. докт. юрид. наук, проф.. О.О. Юхна. Харків : ХНУВС ; Панов, 2017. 238 с.

31. Декларація про захист усіх осіб від насильницького зникнення, ухвалена Резолюцією 47/33 Генеральної Асамблеї ООН від 18 грудня 1992 р. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_225

32. Декрет «О суде» отъ 24.11.1917 г. / Советъ Народныхъ Коммисаровъ РСФСР. URL: http://constitution.garant.ru/history/act1600-1918/5312/

33. Добровольская Т. М. Принципы советского уголовного процесса (вопросы теории и практики). Москва : Юрид.лит., 1971. 198 с.

34. Досудове розслідування кримінальних справ : навч.-практ. посіб. / Грошевий Ю. М. та ін..; за заг. ред. Ю. М. Грошевого. Харків : ФІНН, 2009. 328 с.

35. Духовской М.В. Русский уголовный процесс. Москва, 1905. 472 с.

36. Еникеев З. Д. Меры процессуального принуждения в системе мер обеспечения обвинения и защиты по уголовным делам. Уфа : Башкирский гос. ун-т, 1978. 87 с.

37. Жеребкін В. Є. Логіка: підручник. 9-те вид., стер. Київ: Т-во «Знання», КОО, 2006. 255 с.

38. Завада С.В. Відсторонення від посади як захід кримінально-процесуального примусу : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2014. 19 с.

39. Завтур В.А. Особливості доказування при розгляді та вирішенні слідчим суддею та судом клопотань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.09. Одеса, 2018. 20 с.

40. Загальна теорія держави і права : підручник / Цвік М. В. та ін.; за ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. Харків : Право, 2011. 584 с.

41. Загальна теорія держави і права: навч. посіб. / Колодій А. М. та інші; за ред. В. В. Копєйчикова. Київ : Ірінком Інтер, 1999. 320 с.

42. Загальна теорія держави і права: підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів / Цвік М.В. та ін.; за ред. д-ра юрид. наук, проф., акад. АПрН України М. В. Цвіка, д-ра юрид. наук, проф., акад. АПрН України О. В. Петришина. Харків: Право, 2009. 572 с.

43. Загальна теорія права: підручник / за заг. ред. М.І. Козюбри. Київ: Ваіте, 2015. 392 с.

44. Захарко А. В. Неізоляційні запобіжні заходи в кримінальному процесі України : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.09 / Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ. Дніпропетровськ : Ліра-ЛТД, 2012. 229 с.

45. Зинатуллин З. З. Уголовно-процессуальное принуждение и его эффективность (Вопросы теории и практики). Казань : Изд-во Казанского ун-та, 1981. 134 с.

46. Івченко А. Тлумачний словник української мови. – Харків: Фоліо, 2002. - 543 с.

47. Івченко А. Тлумачний словник української мови. Харків: Фоліо, 2000. 540 с.

48. Капинус Н. И. Процессуальные гарантии прав личности при применении мер пресечения в уголовном процессе. Москва : Буквовед, 2007. 416 с.

49. Капліна О.В. Проблеми застосування норм кримінального процесуального законодавства в умовах проведення АТО. *Досудове розслідування: актуальні проблеми та шляхи їх вирішення*: матер. пост. діючого наук. – практ. семінару, 17 жовт. 2014 р. Харків, 2014. Вип. 6. С. 46-51.

50. Каплунов А. И. Об основных чертах и понятии государственного принуждения. *Государство и право*. 2004. № 12. С. 10-17.

51. Кистяковский А.Ф. О пресечении обвиняемому способов уклоняться от следствия и суда. СПб.: «Судебный вестник», 1868. 194 с.

52. Коваленко Є. Г., Маляренко В. Т. Кримінальний процес України. Київ : Юрінком Інтер, 2006. 704 с.

53. Коврига З.Ф. Уголовно-процессуальная ответственность. Воронеж: Изд-во Воронеж. ун-та, 1984. 191 с.

54. Коврига З. Ф. Уголовно-процессуальная ответственность. Воронеж: Изд-во Воронежского ун-та, 1981. 174 с.

55. Коментарі до проекту Кримінально-процесуального кодексу (Версія від грудня 2003 року – посилання на DGI / DOC / CPC / (2004) 01) професора, д-ра Хоакім Геррманна, Драго Коша, Джеремі МакБрайда / Коментарі до проекту Кримінально-процесуального кодексу. URL: http://helsinki.org.ua.index.php?id=1109854088.

56. Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. *Офіційний вісник України*. 1998. № 13. Ст. 270.

57. Конституция Соединенных Штатов Америки. URL: https://www.constitutionfacts.com/content/constitution/files/USConstitution_Russian.pdf

58. Коріняк О.М. Захист прав і свобод людини при застосуванні запобіжних заходів у кримінальному провадженні України : монографія /за заг. ред. Г.К. Кожевнікова. Запоріжжя : ТОВ «ЛПС» ЛТД, 2013. 196 с.

59. Корнуков В. М. Меры процессуального принуждения в уголовном судопроизводстве. Саратов : Изд-во Саратовсного ун-та, 1978. 136 с.

60. Королев Г.Н. Прокурорское уголовное преследование в российском уголовном процессе: монография. Москва: Юрлитинформ, 2006. 360 с.

61. Кримінальний процес : підручник / Грошевий Ю. М. та ін. / за ред. В. Я. Тація, Ю. М. Грошевого, О. В. Капліної, О. Г. Шило. Харків : Право, 2013. 824 с.

62. Кримінальний процес України: загальна частина: підручник / Волобуєва О. О. та ін. Київ: ВД «Дакор», 2015. 172 с.

63. Кримінальний процес : підручник / за заг. ред. Ю. М. Грошевого, О. В. Капліної. Харків : Право, 2010. 608 с.

64. Кримінальний процес : підручник / за заг. ред. В. В. Коваленка, Л. Д. Удалової, Д. П. Письменного. Київ : «Центр учбової літератури», 2013. 544 с.

65. Кримінальний процесуальний кодекс України : наук.-практ. коментар / за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, А. В. Портнова. Харків : «Право», 2012. 844 с.

66. Кримінальний процесуальний кодекс України : наук.-практ. коментар / за заг. ред. В. Г. Гончаренка, В. Т. Нора, М. Є. Шумила. Київ : Юстініан, 2012. 1224 с.

67. Кримінально-процесуальне право України: підручник / За заг. ред. Ю. П. Аленіна. Харків : ТОВ «Одіссей», 2009. 816 с.

68. Кримінально-процесуальний кодекс України : проект, прийнятий Верховною Радою України 22.05.2003. за основу. Реєстр. № 3456-1 / Автори законодавчої ініціативи**:** В. Мойсик, В. Мазуренко, М. Маркуш, Г. Васильєв, О. Бандурка, І. Вернидубов, С. Гавриш, С. Іванов, Ю. Кармазін, С. Ківалов, М. Оніщук, В. Онопенко, В. Сіренко, М. Потебенько. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/ed_2004_06_27/JD2O001I.html#

69. Кудин Ф. М. Теоретические основы принуждения в советском уголовном судопроизводстве : дисс. … д-ра юрид. наук: 12.00.09 / Свердловск, 1987. 442 с.

70. Курс лекцій з кримінального процесу за новим Кримінальним процесуальним кодексом України (загальна частина) / Рожнова В. В. та ін. Київ : Нац. акад. внутр. справ, 2012. URL: 398 с. // http://vash-advokat.com/uploads/Chastyna%201.pdf

71. Кутюхин И. В. Юридические факты в механизме уголовно-процессуального регулирования : дисс. … канд. юрид. наук : 12.00.09 / Дальневосточный государственный университет. Владивосток, 2004. 183 с.

72. Лейст О.Э. Санкции и ответственность по советскому праву (Теоретические проблемы). Москва : Юрид. лит., 1981. 135 с.

73. Ленин В.И. Полное собрание сочинений : в 55 т. Изд. 5е. Москва: Политиздат, 1970. Т. 44. июнь 1921 – март 1922. 726 с.

74. Лившиц Ю. Д. Меры процессуального принуждения в советском уголовном процессе : дисс. … канд. юрид. наук : 12.00.09 / Москва, 1959. 364 с.

75. Лиманська М.В. Застосування заходів кримінально-процесуального примусу у підготовчому провадженні. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2014. Випуск 27. Том 3. С.115-120.

76. Лисенкова К.Є. Принцип змагальності сторін у досудовому кримінальному провадженні : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.09 / Київ, 2016. 253 с.

77. Лобойко Л.М. Завдання теорії кримінального процесу у зв'язку із ухваленням нового КПК. *Теоретичні та практичні проблеми кримінального судочинства* : матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції 19 жовтня 2012 р. Донецьк : ДЮІ МВС України, 2013. С. 30-32.

78. Лобойко Л.М. Кримінальний процес : підручник. Київ : Істина, 2014. 432 с.

79. Лобойко Л.М. Кримінально-процесуальна компетенція: поняття і структура. *Юридична Україна*. 2005. № 3. С. 73-77.

80. Лобойко Л.М. Кримінально-процесуальне право: курс лекцій: навч. посіб.. Київ: Істина, 2005. 456 с.

81. Лобойко Л. М. Методи кримінально-процесуального права: монографія. Дніпропетровськ: Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ. 2006. 352 с.

82. Лобойко Л. М. Методи правового регулювання у кримінальному процесі України : дис. … доктора юрид. наук: 12.00.09 / Дніпропетровськ, 2006. 437 с.

83. Лобойко Л. Н. Актуальные проблемы доследственного уголовного процесса: дис. … канд. юрид. наук : 12.00.09 / Ун-т внутр. дел. Харків, 1997. 219 с.

84. Лобойко Л.М. Кримінально-процесуальна компетенція: монографія. Дніпропетровськ: Дніпропетр. держ. ун-т внутр. справ, 2006. 188 с.

85. Лоскутов Т.О. Предмет регулювання кримінального процесуального права : монографія. Київ : Юридичний світ, 2016. 416 с.

86. Лоскутов Т. О. Кримінальне переслідування, здійснюване слідчим : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.09 / Дніпропетровськ, 2010. 204 с.

87. Лук'яненко Ю. В., Юхно О. О. Затримання особи як захід забезпечення кримінального провадження: монографія / за заг. ред.. докт. юрид. наук, проф.. О.О. Юхна. Харків : ХНУВС ; Панов, 2016. 264 с.

88. Маляренко В. Т. Поняття, загальна характеристика та класифікація основних засад кримінального судочинства. *Вісник Верховного Суду України*. 1999. № 1. С. 40-44.

89. Меры процессуального принуждения в досудебном производстве по уголовным делам / Токарева М. Е. и др.; под ред. М. Е. Токаревой. Москва: Юрлитинформ, 2005. 184 с.

90. Милицин С.Д. Предмет регулирования советского уголовно-процессуального права. Свердловск: Изд-во Урал. ун-та, 1991. 112 с.

91. Мироненко О.В. Мета і підстави застосування запобіжних заходів з а новим КПК України. *Часопис Академії адвокатури України*. 2014. №1. С.70-76.

92. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16 грудня 1966 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_043

93. Москалюк Ю.Д. Домашній арешт і тримання під вартою в системі заходів забезпечення кримінального провадження в Україні: дис. … канд. юрид. наук : 12.00.09 / Ірпінь, 2015. 200 с.

94. Мотовиловкер Я.О. Теория регулятивного и охранительного права. Воронеж: Изд-во Воронежского ун-та, 1990. 136 с.

95. Мохонько О. О. Реалізація принципу змагальності сторін при застосуванні заходів процесуального примусу на стадії досудового розслідування: автореф. дис. ... канд. юрид наук : 12.00.09 / КНУВС. Київ, 2009. 16 с.

96. Муравин А. Принципы уголовного процесса в кодификации уголовно-процессуального законодательства Украины. *Юрид. вестник*. 1994. № 1. С. 87-89.

97. Наказ втратив чинність на підставі наказу Міністерства юстиції України і Міністерства охорони здоров'я України від 15 серпня 2014 р. № 1348/5/572 «Про затвердження Порядку організації надання медичної допомоги засудженим до позбавлення волі». *Офіційний вісник України*. 2014. № 69. Ст. 1949.

98. Науково-практичний коментар до Кримінального процесуального кодексу України від 13 квітня 2012 року / за ред. О. А. Банчука, Р. О. Куйбіди, М. І. Хавронюка. Харків : Фактор, 2013. 1072 с.

99. Нерсесянц В. С. Теория права и государства. Москва : НОРМА, ИНФРА-М, 2013. 272 с.

100. Общая теория права. В 2 т. Т. 1. / С.С. Алексеев. Москва : Юридическая литература, 1981. 360 с.

101. Общая теория права. В 2 т. Т. 2. / С.С. Алексеев. Москва : Юридическая литература, 1982. 360 с.

102. Перлов И. Д. Судебное следствие в советском уголовном процессе. Москва : Госюриздат, 1955. 248 с.

103. Петрухин И. Л. Правосудие: время реформ. Москва : Наука, 1991. 207 с.

104. Петрухин И. Л. Свобода личности и уголовно-процессуальное принуждение. Москва : Наука, 1985. 240 с.

105. Підгородинська А. В. До питання про продовження строку дії обов'язків, покладених на підозрюваного, обвинуваченого у кримінальному провадженні. *Актуальні проблеми удосконалення кримінального процесуального законодавства* : матер. Всеукр. наук.-практ. конфер., присвяч. до 70-річчя д. ю. н., професора Ю. П. Аленіна, 21 квітня 2017 р. Одеса : Юридична література, 2017. С. 180-184.

106. Плешанов А. Г. Диспозитивное начало в сфере гражданской юрисдикции: проблемы теории и практики. Москва: НОРМА, 2002. 352 с.

107. Погорецький М.А., Волкотруб С.Г. Удосконалення кримінального процесуального законодавства України щодо підслідності органів досудового розслідування. *Вісник кримінального судочинства.* 2017. №1. С. 71-80.

108. Попелюшко В. О. Запобіжні заходи в новому КПК України: поняття, мета, підстави, порядок застосування. *Адвокат*. 2012. № 9. С. 4-6.

109. Попелюшко В. О. Чому конституційну формулу презумпції невинуватості треба змінити. *Часопис Нац. ун-ту «Острозька академія». Серія «Право»*. 2012. № 1 (5). URL: http://lj.oa.edu.ua/articles/2012/n1/12pvontz.pdf.

110. Прилуцький С. В. Судовий контроль чи кримінальне переслідування ? (Актуальні питання щодо попереднього ув'язнення у кримінальному процесі України). *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2010. № 11. С. 65-73.

111. Притика Ю. Д. Поєднання публічних та приватних засад в цивільному процесі. *Юридичні факти в системі правового регулювання* : матеріали 6 міжнар. наук.-практ. конф. 26 листоп. 2015 р. Київ, 2015. С. 439-445.

112. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності : Закон України від 15 листопада 2011 р. *Офіційний вісник України*. 2011. № 98. Ст. 3570.

113. Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України (щодо удосконалення забезпечення права на необхідну оборону) : проект Закону від 26.12.2016 року. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=60817.

114. Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо невідворотності покарання за окремі злочини проти основ національної безпеки, громадської безпеки та корупційні злочини : Закон України від 7 жовтня 2014 р. *Відомості Верховної Ради*. 2014. № 46. Ст. 2046.

115. Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України : Закон України від 21 червня 2001 р. *Офіційний вісник України*. 2001. № 25. Т. 2. Ст. 1142.

116. Проблеми затримання та взяття під варту на досудовому провадженні по кримінальній справі / В.І. Борисов, Н.В. Глинська, В.С. Зеленецький, О.Г. Шило. Харків : Східно-регіональний центр гуманітарио-освітніх ініціатив, 2005. 352 с.

117. Проект Кримінального процесуального кодексу, підготовлений Робочою групою Національної комісії зі зміцнення демократії та утвердження верховенства права, ухвалений на 16 пленарному засіданні Комісії 10 грудня 2008 р. URL: http://www.ukradv.org/up/docs/kpk_final.html.

118. Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави : навчальний посібник. Львів : Край, 2007. 192 с.

119. Рекомендація Rec (80) 11 КМ РЄ щодо досудового ув'язнення, ухвалена 27 червня 1980 р. URL: http://www.echr-base.ru/rec80_11.jsp

120. Рішення ЄСПЛ від 14 січня 2011 р. в справі «Хайредінов проти України». *Вісник Верховного Суду України*. 2013. № 5. С. 33-37.

121. Рішення ЄСПЛ у справі «*Броуган і інші проти Сполученого Королівства*» від 29 листопада 1988 р. *Європейська конвенція з прав людини та кримінальний процес*. / У кн.: Д. Макбрайд. Київ: К.І.С., 2010. С. 72-73.

122. Рішення ЄСПЛ у справі «Волохи проти України» від 2 листопада 2006 р. *Офіційний вісник України*. 2007. № 23. Ст. 958 URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_138?nreg=974_138&find=1&text=%E7%E3%B3%E4%ED%EE+%E7+%E7%E0%EA%EE%ED%EE%EC&x=8&y=5

123. Рішення ЄСПЛ у справі «Де Йонґ, Бальєт і Ван Ден Брінк проти Нідерландів» від 22 травня 1984 р. *Європейська конвенція з прав людини та кримінальний процес*. / У кн.: Д. Макбрайд. Київ: К.І.С., 2010. С. 78.

124. Рішення ЄСПЛ у справі «Канджов проти Болгарії» від 6 листопада 2004 р. *Європейська конвенція з прав людини та кримінальний процес*. / У кн.: Д. Макбрайд. Київ: К.І.С., 2010. С. 76-77.

125. Рішення Конституційного Суду України № 1-р/2017 у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення третього речення частини третьої статті 315 Кримінального процесуального кодексу України від 23 листопада 2017 року. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-17/paran2#n2.

126. Рожнова В. В. Застосування заходів процесуального примусу, пов'язаних з ізоляцією особи: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.09 / Нац. акад. внутр. справ. Київ, 2002. 216 с.

127. Розин Н.Н. Уголовное судопроизводство: пособие к лекциям. 4-е издание. Рига, 1924. 598 с.

128. Свод принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме (утв. Резолюцией 43/173 Генеральной Ассамблеи ООН от 9 декабря 1988 года). URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_206

129. Середа К.О. Відновлювальні санкції норм кримінального процесуального права, якими регламентовані запобіжні заходи. *Актуальні питання кримінального права та процесу*: м-ли III Всеукр. наук.-практ. конф. 16 червня 2017 року. Кривий Ріг: Донецький юрид. ін-т МВС України, 2017. С. 285-288.

130. Середа К.О. Загальні правила застосування запобіжних заходів: істотні ознаки і система. *Нове міжнародне право та національне законодавство – нові завдання юридичної науки*: м-ли міжнар. наук.-практ. конф. 10-11 листопада 2017 року. Київ: Центр наукових правових досліджень, 2017. С. 124–126.

131. Середа К.О. Кримінальний процесуальний примус у системі запобіжних заходів. *Питання боротьби зі злочинності*. 2017. № 33. С. 273-284.

132. Середа К.О. Обставини, що зумовлюють складність гіпотез норм кримінального процесуального інституту запобіжних заходів. *Прикарпатський юрид. вісник.* 2016. Вип. 6 (15). С. 179-183.

133. Середа К.О. Процедура «habeas corpus act»: щодо відповідності вітчизняного правового регулювання міжнародним стандартам. *Наук. вісник Ужгородського нац. ун-ту. Серія «Право»*. 2016. Вип. 41. Т. 2. С. 177-180.

134. Середа К.О. Резерви розширення системи запобіжних заходів. *Право і суспільство*. 2017. № 5. С. 268-272.

135. Середа К.О. Штрафні (каральні) санкції норм кримінального процесуального права, що регламентують запобіжні заходи. *Jurnalul juridic naţional: teorie şi practică*. 2017. № 3. С. 122-124.

136. Середа К.О. Щодо потреби правового регулювання обставин, що виключають злочинність діяння, у главі 18 КПК України. *Актуальні проблеми удосконалення кримінального процесуального законодавства*: м-ли Всеукр. наук.-практ. Інтернет-конференції. 21 квітня 2017 року. Одеса: Одеська юридична академія, 2017. С.197-199.

137. Сівак О.В. Запобіжні заходи у кримінальному провадженні щодо неповнолітніх: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.09 / Київ, 2016. 20 с.

138. Сімонович Д. В. Європейські стандарти забезпечення прав людини у досудових стадіях кримінального процесу України : монографія. Харків : НикаНова, 2011. 272 с.

139. Скакун О.Ф. Теорія держави і права (Енциклопедичний курс) : підручник. Харків : Еспада, 2009. 752 с.

140. Скакун О. Ф. Теорія держави і права: підручник. Харків: Консум, 2001. 656 с.

141. Скумін А. Чим небезпечний новий КПК ? веб-сайт. URL: http://tyzhden.ua/Politics/65579 (дата звернення: 21 листопада 2012 р.)

142. Случевский В.К. Учебник русского уголовного процесса. Судопроизводство. СПб.: Тип. М.М. Стасюлевича, 1892. 444 с.

143. Смирнов А. В. Модели уголовного процесса. Санкт-Петербург: Наука, Альфа, 2000. 224 с.

144. Смоков С.М., Горелкіна К.Г. Гарантії застосування заходів процесуального примусу у кримінальному судочинстві України : монографія. Одеса : Астропринт, 2012. 148 с.

145. Советский уголовный процесс / С. А. Альперт и др. Харків : Вища школа, 1983. 440 с.

146. Тарасов И. Т. Очерк науки полицейского права. Москва: Печатня С.П. Яковлева, 1897. 718 с.

147. Теория юридического процесса / В. М. Горшенев и др.; под общ. ред. В. М. Горшенева. Харьков: Вища школа, 1985. 193 с.

148. Теорія держави і права : навчальний посібник / Колодій А. М. та ін.; за заг. ред. С. Л. Лисенкова, В. В. Копєйчикова. Київ : Юрінком Інтер, 2003. 368 с.

149. Тертишник В. М. Кримінальне-процесуальне право України : підручник. 4-те вид., доп. і переробл. Київ: А.С.К., 2003. 1120 с.

150. Тихомиров Ю.А. Теория закона: монография. Москва : Наука, 1982. 256 с.

151. Тихомиров Ю.А. Теория компетенции: монография. Москва: Издание г-на Тихомирова М.Ю., 2001. 355 с.

152. Уваров В.Г. Інститут запобіжних заходів за новим КПК України в контексті міжнародних стандартів. *Право і суспільство*. 2012. №2. С.294-297.

153. Уголовно-процессуальный закон Литвы (принят Сеймом 21 апреля 2005 года и обнародованный Президентом государства 11 мая 2005 года (С изменениями, внесенными по состоянию на 28 сентября 2005 года). URL: http://www.pravo.lv/likumi/29_upz.html

154. Уголовно-процессуальный кодекс Грузии. URL: http://pravo.org.ua/files/Criminal%20justice/_-09_10_2009.pdf.

155. Уголовный процесс: Учебник для ВУЗов / под. ред. К.Ф. Гуценко. Изд. 3-е перераб. и доп. Москва: Зерцало, 1999. 608 с.

156. Удалова Л.Д. Кримінальний процес України. Особлива частина: підручник. Київ: Кондор, 2005. 280 с.

157. Удалова Л.Д., Бабій І.В. Досудове провадження у кримінальних справах щодо окремих службових осіб, які обіймають особливо відповідальне становище: монографія. Київ: КНТ, 2010. 192 с.

158. Устав уголовного судопроизводства от 20 ноября 1864 г. Книга вторая. Порядок производства в общих судебных местах. Раздел второй. О предварительном следствии. Глава шестая. О пресечении обвиняемому способов уклоняться от следствия. URL: http://base.garant.ru/57791498/22/#block_20206

159. Фаринник В.І. Застосування заходів забезпечення кримінального провадження: теорія та практика : монографія. Київ : Алерта, 2017. 548 с.

160. Фаринник В.І. Теоретичні, правові та праксеологічні проблеми застосування заходів забезпечення кримінального провадження в кримінальному процесі України: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня докт. юрид. наук : 12.00.09 / Київ, 2018. 35 с.

161. Фаринник В.І. Теоретичні, правові та праксеологічні проблеми застосування заходів забезпечення кримінального провадження в кримінальному процесі України: дис. на здобуття наук. ступеня докт. юрид. наук : 12.00.09 / Київ, 2018. 565 с.

162. Фоміна Т.Г. Щодо продовження строку застосування запобіжного заходу під час підготовчого провадження. *Актуальні проблеми кримінального права, процесу, криміналістики та оперативно-розшукової діяльності* : матеріали II Всеукраїнської науково-практичної конференції 2 березня 2018 року. Хмельницький : Вид-во НАДПСУ, 2018. С. 342-345.

163. Функція судового контролю у кримінальному процесі: монографія / Л. Д. Удалова, Д. О. Савицький, В. В. Рожнова, Т. Г. Ільєва. Київ : «Центр учбової літератури», 2015. 176 с.

164. Хатуаева В. В. Реализация частного (диспозитивного) начала в уголовном судопроизводстве: дис. ... доктора юрид. наук: 12.00.09 / Рос. акад. правосудия. Москва, 2006. 393 с.

165. Химичева Г. П., Мичурина О. В., Химичева О.В. Окончание предварительного расследования прекращением уголовного дела. Рязань: Узорочье, 2001. 210 с.

166. Чельцов М. А. Советский уголовный процесс. М.: Госюриздат, 1951. 511 с.

167. Черненко А. П. Кримінально-процесуальна регламентація слідчих дій : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.09 / Дніпропетровськ, 2004. 196 с.

168. Шевченко О. О. Історія держави і права зарубіжних країн: хрестоматія для студентів юрид. вузів та факультетів. Київ : Вентурі, 1995. 256 с.

169. Шестакова С.Д. Состязательность уголовного процесса. СПб: Юридический центр Пресс, 2001. 220 с.

170. Шишкін В. Диспозитивність – принцип судочинства. *Право України*. 1999. № 6. С. 10-16.

171. Шумило М. Є. Реабілітація в кримінальному процесі України: монографія. Харків: Арсіс, 2001. 320 с.

172. Ярошенко К. Б. Возмещение вреда, причиненного гражданам действиями должностных лиц. *Сов. государство и право*. 1982. № 8. С. 135-142.

173. 35 неформальних практик у кримінальному судочинстві України / Банчук О.А., Дмитрієва І.О., Лобойко Л.М., Саідова З.М. Київ: «Арт-Дизайн», 2014. 48 с.

ДОДАТКИ

Додаток А

ЗВЕДЕНІ ДАНІ
опитування 300 слідчих Національної поліції України
(2017–2018 роки)

ЗАПИТАННЯ ТА ВІДПОВІДІ	КІЛЬКІСНІ ПОКАЗНИКИ	
	особи	%
1. Чи має практичне значення для кримінального провадження перейменування терміну «запобіжні заходи»?		
Так	296	98,7
Ні	4	1,3
2. Чи підтримуєте Ви розширення системи запобіжних заходів за рахунок обов'язків, передбачених ч. 5 ст. 194 КПК?		
Так	253	84,3
Ні	47	15,7
3. Чи поділяєте Ви пропозицію про те, що сторони можуть укласти угоду щодо різновиду запобіжного заходу, порядку і строку його застосування, яка підлягає затвердженню судом (слідчим суддею)?		
Так	244	81,3
Ні	56	18,7
4. Чи підтримуєте Ви необхідність внесення змін до процесуальних норм з огляду на їх недосконаліть із-за відсутності законодавчого механізму перевірки судом законності і обґрунтованості затримання?		
Так	31	10,3
Ні	269	89,7
5. Чи звертаєтесь Ви до норм-дефініцій відносно запобіжних заходів у процесі їх обрання до підозрюваного, обвинуваченого?		
Так	43	14,3
Ні	257	85,7
6. Чи потрібно враховувати думку потерпілого з приводу необхідності застосування запобіжного заходу та його суворості?		
Так	137	45,7
Ні	163	54,3

Додаток Б

ЗВЕДЕНІ ДАНІ
опитування 150 прокурорів місцевих прокуратур
(2017–2018 роки)

ЗАПИТАННЯ ТА ВІДПОВІДІ	КІЛЬКІСНІ ПОКАЗНИКИ	
	особи	%
1. Чи має практичне значення для кримінального провадження перейменування терміну «запобіжні заходи»?		
Так	149	99,3
Ні	1	0,7
2. Чи підтримуєте Ви розширення системи запобіжних заходів за рахунок обов'язків, передбачених ч. 5 ст. 194 КПК?		
Так	125	83,3
Ні	25	16,7
3. Чи поділяєте Ви пропозицію про те, що сторони можуть укласти угоду щодо різновиду запобіжного заходу, порядку і строку його застосування, яка підлягає затвердженню судом (слідчим суддею)?		
Так	112	74,7
Ні	38	25,3
4. Чи підтримуєте Ви необхідність внесення змін до процесуальних норм з огляду на їх недосконаліть із-за відсутності законодавчого механізму перевірки судом законності і обґрунтованості затримання?		
Так	116	77,3
Ні	34	22,7
5. Чи звертаєтесь Ви до норм-дефініцій відносно запобіжних заходів у процесі їх обрання до підозрюваного, обвинуваченого?		
Так	43	28,7
Ні	107	71,3
6. Чи потрібно враховувати думку потерпілого з приводу необхідності застосування запобіжного заходу та його суворості?		
Так	64	42,7
Ні	86	57,3

Додаток В

ЗВЕДЕНІ ДАНІ
опитування 70 слідчих суддів, суддів місцевих судів
(2017–2018 роки)

ЗАПИТАННЯ ТА ВІДПОВІДІ	КІЛЬКІСНІ ПОКАЗНИКИ	
	особи	%
1. Чи має практичне значення для кримінального провадження перейменування терміну «запобіжні заходи»?		
Так	68	97,1
Ні	2	2,9
2. Чи підтримуєте Ви розширення системи запобіжних заходів за рахунок обов'язків, передбачених ч. 5 ст. 194 КПК?		
Так	61	87,1
Ні	9	12,9
3. Чи поділяєте Ви пропозицію про те, що сторони можуть укласти угоду щодо різновиду запобіжного заходу, порядку і строку його застосування, яка підлягає затвердженню судом (слідчим суддею)?		
Так	66	94,3
Ні	4	5,7
4. Чи підтримуєте Ви необхідність внесення змін до процесуальних норм з огляду на їх недосконаліть із-за відсутності законодавчого механізму перевірки судом законності і обґрунтованості затримання?		
Так	58	82,9
Ні	12	17,1
5. Чи звертаєтесь Ви до норм-дефініцій відносно запобіжних заходів у процесі їх обрання до підозрюваного, обвинуваченого?		
Так	16	22,9
Ні	54	77,1
6. Чи потрібно враховувати думку потерпілого з приводу необхідності застосування запобіжного заходу та його суворості?		
Так	55	78,6
Ні	15	21,4

Додаток Г

СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧА ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ ТА ВІДОМОСТІ ПРО АПРОБАЦІЮ РЕЗУЛЬТАТІВ ДИСЕРТАЦІЇ:

в яких опубліковані основні наукові результати дисертації:

1. Середа К.О. Процедура «habeas corpus act»: щодо відповідності вітчизняного правового регулювання міжнародним стандартам. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2016. Вип. 41. Т. 2. С. 171–174.

2. Середа К.О. Обставини, що зумовлюють складність гіпотез норм кримінального процесуального інституту запобіжних заходів. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2016. Вип. 6 (15). С. 179–183.

3. Середа К.О. Штрафні (каральні) санкції норм кримінального процесуального права, що регламентують запобіжні заходи. *Jurnalul juridic naţional: teorie şi practică*. 2017. № 3 (25). С. 122–124.

4. Середа К.О. Кримінальний процесуальний примус у системі запобіжних заходів. *Питання боротьби зі злочинністю*. 2017. № 33. С. 273–284.

5. Середа К.О. Резерви розширення системи запобіжних заходів. *Право і суспільство*. 2017. № 5. С. 268–272.

які засвідчують апробацію матеріалів дисертації:

6. Середа К.О. Відновлювальні санкції норм кримінального процесуального права, якими регламентовані запобіжні заходи. *Актуальні питання кримінального права та процесу*: матеріали III Всеукр. наук.-практ. конф. (Кривий Ріг, 16 черв. 2017 р.). Кривий Ріг: Донецький юрид. ін-т МВС України, 2017. С. 285–288.

7. Середа К.О. Щодо потреби правового регулювання обставин, що виключають злочинність діяння, у главі 18 КПК України. *Актуальні проблеми удосконалення кримінального процесуального законодавства*: матеріали Всеукр.

наук.-практ. Інтернет-конференції (Одеса, 21 квіт. 2017 р.). Одеса: Національний університет «Одеська юридична академія», 2017. С. 197–199.

8. Середа К.О. Загальні правила застосування запобіжних заходів: істотні ознаки і система. *Нове міжнародне право та національне законодавство – нові завдання юридичної науки*: матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (Київ, 10–11 листоп. 2017 р.). Київ: Центр наукових правових досліджень, 2017. С. 124–126.

Додаток Д

Акти впровадження