

# МОДЕЛЬ ЗМАГАЛЬНОСТІ ЗА ПРОЕКТОМ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ (У ПОРІВНЯННІ З ІНШИМИ КРАЇНАМИ СВІТУ)



**А. М. Бірюкова,**  
адвокат, кандидат  
юридичних наук, доцент,  
проректор Академії  
адвокатури України



**М. А. Островська,**  
адвокат, керуючий партнер  
адвокатської компанії  
«Партнери», член Спілки  
адвокатів України

У статті досліджується питання реалізованості в проекті Кримінального процесуального кодексу України однієї з цілей реформування кримінального провадження – забезпечення принципу змагальності сторін обвинувачення і захисту, рівності їхніх прав. Автори аналізують всі визначені проектом механізми, якими передбачається досягнути поставленої мети, на підставі чого зроблено висновки про незабезпеченість принципу змагальності.

**Ключові слова:** проект Кримінального процесуального кодексу, принцип змагальності, збирання доказів стороною захисту, змагальність сторін, змагальність на досудовій стадії

13 квітня 2012 р. Верховна Рада України прийняла проект Кримінального процесуального кодексу України<sup>1</sup>, що можна без перебільшення вважати подією, значимість якої для суспільства не менша за конституційний процес середини 90-х минулого століття [1]. По-перше, з 1995 р., коли Україна увійшла до Ради Європи, ухвалення нового кримінального процесуального закону стало її обов'язком перед європейською спільнотою. По-друге, і найважливіше, цього вимагав час та нові геополітичні реалії. Тому не дивно, що до дослідження проекту за реєстраційним номером 9700 долучилося доволі широке коло фахівців: науковці, експерти, практики. Висновки різні: від край негативно до схвальних. Втім, більшість критиків приділила увагу аналізу статусу та функцій сторони обвинувачення. Це можна зрозуміти, адже за останні роки однією з основних причин суцільного порушення прав людини в межах кримінального провадження називали саме «застарілість» правил проведення досудового слідства.

Водночас у Пояснювальній записці до законопроекту одним з основних завдань реформування кримінального процесу визначено забезпечення реалізації принципів змагальності та рівності сторін обвинувачення і захисту [2].

Саме з погляду досягнення поставленої мети варто проаналізувати окремі положення проекту.

Насамперед слід зауважити, що змагальність як суспільне явище в будь-якому разі передбачає конкуренцію, суперництво в певній сфері. Якщо надати цьому явищу суто правового значення, то говорити необхідно про ознаки принципу змагальності як основи певного процесу [3]. Передовсім – це та сама конкуренція сторін з різними інтересами на засадах рівності в доведенні своєї правової позиції. Ведучи мову про принцип змагальності саме в кримінальному процесі, варто зауважити, що «сфера» його застосування визначається правом конкретної країни на основі історичного досвіду та традицій [4]. Наприклад, згідно з німецьким кримінально-процесуальним законодавством керівництво розглядом справи, допит підсудного і судове слідство здійснює головуючий суддя. Оскільки суд самостійно і незалежно від подання доказів і клопотань учасників процесу повинен відшукати істину, то судове провадження взагалі не містить елементів змагальності. Німецькі процесуалісти, зокрема К. Роксін, відносять свій процес до особливого типу, який відрізняється як від інквізиційного, так і від змагального, і визначають його як «обвинувально-слідчий» [5]. «Обвинувальний» означає, що тільки за наявності публічного обвинувачення можливий судовий розгляд кримінальної справи, а «слідчий» – тому, що тільки сам суд досліджує всі обставини справи і не пов'язаний клопотаннями учасників процесу. Натомість, кримінальний процес в Італії можна охарактеризувати як повну протилежність німецькому. Кримінальний процесуальний кодекс Італії 1988 р. надав обвинуваченому і його захиснику право проведення у повному обсязі паралельного розслідування (встановлення істини). Оскільки, за італійською концепцією,

<sup>1</sup> В цій статті новий КПК називається «проектом», оскільки на момент її написання Кодекс ще не підписаний Президентом України.

прокуратура та інші органи кримінального переслідування – лише сторона, зрівняна в правах із захистом, самостійно зібрані ними матеріали за загальним правилом не можуть розглядатися як судові докази і не повинні братися до уваги судом. Це зумовило формування ідеї «двох тек»: перша – з матеріалами дізнання, друга – з доказами, отриманими на стадії судового розгляду. Суд не вправі навіть ознайомлюватися з «першою текою», що має забезпечити повну незалежність дослідження ним доказів у судовому розгляді («друга тека»). Процес формування доказів майже цілком змістився в судову стадію, де ініціатива їх отримання належить виключно сторонам, на прохання яких, за загальним правилом, докази зараз тільки й допускаються в процес.

Втім, незважаючи на відмінності в наведених прикладах, загальними рисами кримінальних процесів цих двох країн є те, що оцінювання рівня змагальності процесу відбувається через оцінку його забезпеченості саме на стадії судового розгляду. У цьому, мабуть, найпринциповіша відмінність суті цього принципу в кримінальному процесі країн континентальної Європи від країн англосаксонської системи права, де змагальність полягає у наданні обвинуваченому і захиснику можливості паралельно і незалежно від сторони, яка здійснює кримінальне переслідування, виявляти і збирати дані, які можуть бути використані в суді як докази, що заперечують звинуваченню [6]. Тобто принцип змагальності в цих країнах проявляється й на досудовій стадії.

Яка ж з моделей пропонується Україні? Відповідно до ст. 7 проекту Кримінального процесуального кодексу України (далі – проект КПК) змагальність є одним з принципів кримінального провадження. Суть цього принципу розкрито в ст. 22. У контексті досліджуваної проблематики важливою є її частина друга, згідно з якою сторони кримінального провадження мають рівні права на збирання та подання до суду клопотань, скарг, речей, документів, інших доказів, а також на реалізацію інших процесуальних прав, передбачених Кодексом. Зважаючи на те, що сторонами кримінального провадження виступають сторона обвинувачення (представлена насамперед слідчим, прокурором, керівником органу досудового розслідування) і сторона захисту (підозрюваний, обвинувачений, засуджений, захисник), то принцип змагальності, за проектом КПК, полягає у рівності прав слідчого та захисника на збирання доказів та подання їх суду. Звісно, це надзвичайно вагомий повноваження захисту, які покликані стати своєрідною системою «стримувань та противаг» щодо сторони обвинувачення. Таким чином, новий кримінально-процесуальний закон України втілюватиме ознаки англосаксонської моделі кримінального провадження.

Проте на підтвердження цього висновку варто глибше проаналізувати питання механізмів забезпечення реалізації задекларованого в «Загальних положеннях» КПК права сторони захисту на збирання доказів як основної складової змагальності. Насамперед зазначимо, що відповідно до ст. 84 проекту джерелами доказів є показання, речові докази, документи, висновки експертів. Цей перелік є вичерпним. Отже, виключно цими засобами як сторона обвинувачення, так і сторона захисту можуть доводити свою правову позицію. Враховуючи наведені вище положення ч. 2 ст. 22 проекту КПК щодо рівності сторін кримінального провадження в збиранні доказів, цілком обґрунтованим буде виглядати висновок про рівні можливості кожної сторони збирати ці докази.

Розглянемо кожне з названих джерел доказів у контексті процесуальних можливостей їх збору стороною захисту.

**I. Показання.** Серед усіх вказаних у проекті джерел доказів найпоширенішим варто вважати показання – жодне кримінальне провадження не обходиться без них. Крім того, показання можна назвати «вихідним пунктом» в проведенні всього розслідування – дуже часто саме на підставі показань (незалежно від статусу особи, що їх дає) визначаються подальші напрями розслідування. Тож показаннями є відомості, які надаються в усній або письмовій формі під час допиту підозрюваним, обвинуваченим, свідком, потерпілим, експертом щодо відомих їм обставин, та мають значення у кримінальному провадженні. Ключовими в цьому визначенні є слова «під час допиту», який є слідчою дією, що проводиться виключно слідчим на підставі свого власного рішення або за дорученням чи вказівкою прокурора або керівника органу досудового розслідування. Отже, сторона захисту позбавлена права збирати докази через самостійне отримання показань. Правильність саме такого висновку підтверджується й положеннями ч. 8 ст. 95 проекту, згідно з якими сторони, потерпілий мають право отримувати від учасників кримінального провадження та інших осіб за їх згодою пояснення, які не є джерелом доказів. Так, проектом КПК передбачено право сторони захисту ініціювати перед слідчим або прокурором проведення слідчих дій, в тому числі допиту, але сторона обвинувачення наділена безумовним правом їх відхилити.

**II. Документи. Висновки експертів.** Документами як джерелами доказів, відповідно до ч. 2 ст. 99 проекту КПК, визнаються: 1) матеріали фотозйомки, звукозапису, відеозапису та інші носії інформації (у тому числі електронні); 2) матеріали, отримані внаслідок здійснення під час кримінального провадження заходів, передбачених чинними міжнародними договорами, згоду на обов'язковість яких надано Верховною

Радою України; 3) складені в порядку, передбаченому Кодексом, протоколи процесуальних дій та додатки до них, а також носії інформації, на яких за допомогою технічних засобів зафіксовано процесуальні дії; 4) висновки ревізій та акти перевірок. Беручи до уваги той факт, що документи, зазначені під номерами два та три, можуть бути створені лише в процесі виконання своїх функцій стороною обвинувачення, сторона захисту може «оперувати» лише такими видами документів, як матеріали фотозйомки, звукозапису, відеозапису та інші носії інформації (у тому числі електронні) й висновки ревізій та акти перевірок. При цьому останні обґрунтовано можуть вважатися належними доказами лише щодо обмеженого кола злочинів. Це саме стосується й висновків експертів як джерела доказування в частині доведення об'єктивної сторони злочину.

**III. Речові докази.** На відміну від попередньо названих джерел доказування, нормативне регулювання стосовно речових доказів є надто загальним. Проект КПК не містить також будь-яких особливостей їх збирання. Виходячи з цього, необхідно користуватися загальними правилами збирання доказів, встановленими ст. 93 проекту. Так, як і сторона обвинувачення, сторона захисту має право витребувати та отримати від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, службових та фізичних осіб, зокрема, речі. Незважаючи на закріплену рівність сторін у правах на використання одного і того ж способу збирання доказів – витребування, практична реалізація цієї норми вочевидь продемонструє нерівність процесуальних статусів сторін. Загалом витребування від третіх осіб певних предметів, речей, документів, відомостей, інформації тощо передбачає прийняття рішень відповідними третіми особами щодо надання запитаного. Тобто витребуване не обов'язково має бути надане. Втім, у разі витребування певних речей чи інформації незрівнянно вищі шанси отримати необхідне має сторона обвинувачення, ніж сторона захисту. Адже, поперше, загальновідомо, що правоохоронні органи, з якими ототожнюється сторона обвинувачення, наділені досить широкими владними повноваженнями, включаючи й репресивні заходи, застосування яких залежить від їх рішень. Тому елементарне побоювання щодо настання несприятливих наслідків робитиме адресатів відповідних запитів більш «уважними» до потреб сторони обвинувачення. По-друге, в разі відмови сторона обвинувачення може скористатися своїм виключним правом проводити такі слідчі дії, як обшук та виїмка, і вилучати речі, вже не використовуючи інститут витребування, а відтак – вже не потребуючи згоди володільця запитуваного.

Такого набору правових інструментів впливу

захист не має. Отже, можна стверджувати, що, скориставшись своїм правом на витребування, захисник у більшості випадків отримає відмову на свій запит. До такого висновку підводить і наявний досвід направлення на підставі чинного Закону України «Про адвокатуру» адвокатських запитів, на які часто не даються навіть формальні відповіді. А наполегливість адвоката у відстоюванні інтересів клієнта, що цілком узгоджується з Основними положеннями про роль адвокатів, прийнятими восьмим Конгресом ООН з попередження злочинів у серпні 1990 р. в Нью-Йорку [7], розцінюється деякими адресатами запитів як порушення законодавства про адвокатуру. Причин цього багато: від низької правової культури суспільства в цілому, відсутності історично сформованої поваги до адвокатури як найважливішого суспільного інституту, декларативність чинних правових норм у питаннях гарантій адвокатської діяльності.

Частину 7 ст. 46 проекту КПК цілком можна поставити в один ряд з іншими правовими нормами декларативного типу. Встановлене нею правило, згідно з яким органи державної влади, місцевого самоврядування, підприємства, установи та організації, службові та фізичні особи зобов'язані виконувати законні вимоги захисника, немає свого логічного законодавчого продовження у формі встановлення правових наслідків невиконання таких вимог, що перетворюватиме цю норму на «мертву» та не спонукатиме до її належного виконання вказаними суб'єктами. Втім, визнаючи одним із завдань реформування кримінального провадження забезпечення реальної, а не задекларованої рівності процесуальних можливостей сторін кримінального провадження та утвердження змагальності процесу, необхідно враховувати, що ефективним інструментом виконання цього завдання може бути лише створення на рівні КПК відповідних гарантій діяльності захисника та визнання особливостей його статусу. Інші, крім наведеного вище, положення проекту КПК лише частково виконують цю функцію.

Безумовно, позитивними є новели про заборону тимчасового доступу до листування або інших форм обміну інформацією між захисником та його клієнтом або будь-якою особою, яка представляє його клієнта, у зв'язку з наданням правової допомоги як заходу забезпечення кримінального провадження, втручання у приватне спілкування захисника зі своїм підзахисним (під «приватним спілкуванням» розуміється аудіо-, відеоконтроль особи; арешт, огляд, виїмка кореспонденції; зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж; зняття інформації з електронних систем). Однак проект не містить заборони на проведення інших, крім втручання в приватне спілкування з підзахисним, негласних слід-

чих (розшукових) дій безпосередньо щодо адвоката. Та й зазначена вище заборона на втручання в приватне спілкування є «напівгарантією», оскільки в інтересах захисту свого клієнта адвокат може і повинен спілкуватися, вести листування тощо не лише з ним, а й з іншими особами. Проте таке спілкування не захищене від втручання в контексті проведення негласних слідчих дій.

Отже, у підсумку маємо, що на стадії досудового розслідування одні джерела доказування є «недосяжними» для сторони захисту в силу свого нормативного визначення або процедури отримання, інші – в силу недостатньої законодавчої забезпеченості реалізаційними механізмами та недостатнього рівня гарантій діяльності самого захисника, що негативно позначається на його статусі і, як наслідок, – на ефективності використання навіть того мінімуму правомочностей, які має захисник.

Досить важливим для розуміння ступеня досягнення цілей реформування кримінального провадження в частині створення умов для забезпечення реальної змагальності сторін є й аналіз запроєктованих норм щодо збирання доказів уже на стадії судового розгляду кримінальної справи, оскільки в процесі досудового розслідування сторона захисту виявилася значно обмеженою в своїх можливостях щодо цього.

За змістом ст. 317 проекту КПК під час підготовчого судового засідання сторони кримінального провадження надають суду документи, інші матеріали, що мають значення для цього кримінального провадження, які долучаються до обвинувального акта і становлять матеріали кримінального провадження, що розглядаються судом. За загальним правилом, на момент передачі кримінальної справи до суду сторона захисту вже повинна зібрати всі докази та надати їх суду під час підготовчого засідання. Подальший самостійний збір доказів стороною захисту та подання їх суду не передбачається. У процесі судового розгляду матеріалів кримінального провадження сторона захисту, як і сторона обвинувачення, вправі лише заявляти суду клопотання, які стосуються подальшого збирання доказів, причому з чітко визначених вичерпних питань: про витребування певних речей чи документів, про тимчасовий доступ до речей і документів, про проведення слідчих дій, про призначення експертизи. Для задоволення судом такого клопотання проектом КПК встановлені певні умови. Зокрема, при розгляді клопотання про тимчасовий доступ до речей і документів, як і про проведення слідчих дій, суд з'ясовує та враховує причини, через які відповідні процесуальні дії не були вчинені під час досудового розслідування. Експертизу суд також може призначити за умови, якщо суду надано кілька висновків експертів, які суперечать один

одному, а допит експертів не дав змоги усунути виявлені суперечності, і якщо під час судового розгляду виникла необхідність у здійсненні тривалого спостереження та дослідження особи. Таким чином, збирання доказів на стадії судового розгляду справи є вкрай обмеженим. Об'єктивно – це позитивний крок, оскільки в такий спосіб підвищується оперативність проведення кримінального провадження та стимулюється краща якість досудового розслідування. Водночас захист не отримує будь-яких додаткових можливостей зі збирання доказів на стадії досудового розгляду, які змогли б компенсувати недостатність його повноважень у цій площині на стадії досудового розслідування.

Підсумовуючи всі розглянуті аспекти збирання доказів, можна стверджувати, що визначене як одна з основних цілей реформування кримінального провадження забезпечення реальної змагальності сторін, що насамперед проявляється у наданні сторонам рівних забезпечених можливостей у збиранні доказів, – навряд чи може вважатися досягнутим. Експерти Ради Європи, даючи оцінку проекту у Висновку DG-I (2011)16 від 2 листопада 2011 р., відносять до концептуальних недоліків відсутність у проекті практичних можливостей для реалізації принципу змагальності [8]. Аналогічного висновку щодо незабезпеченості реалізаційними механізмами принципу змагальності дійшли й Головне науково-експертне управління Верховної Ради України та Головне юридичне управління Апарату Верховної Ради України [9]. Але, на жаль, крім констатації цього факту, конкретних постатейних пропозицій, спрямованих на «вирівнювання» ситуації, у висновках і зауваженнях цих управлінь немає. Натомість спроба покращити законопроект в цій частині мала місце з боку окремих народних депутатів України – суб'єктів законодавчої ініціативи [10]. Зокрема, народний депутат України В. В. Забарський запропонував, на нашу думку, доволі слушну конструкцію ч. 3 ст. 93 проекту, яка врегульовує порядок збирання доказів стороною захисту. Ідея полягає в тому, щоб обмежити сторону обвинувачення в суб'єктивному підході до вирішення клопотань сторони захисту про проведення слідчих дій. Парламентар запропонував встановити безпосередньо в Кодексі критерії, за наявності яких слідство не вправі відмовити в задоволенні відповідного клопотання: «якщо захист просить провести слідчі дії з метою встановлення обставин, які ще не встановлювалися, не з'ясувалися під час проведення попередніх слідчих дій, але які мають значення для справи». Така поправка цінна також тим, що не тільки посилює позиції захисту при виконанні своїх функцій, а й забезпечує всебічність та повноту розслідування. Ще одна пропозиція народного депутата України



В. В. Забарського до ст. 246 проекту «Підстави проведення негласних слідчих (розшукових) дій» спрямована на підвищення рівня гарантій діяльності захисника і, в контексті досліджуваної проблематики, заслуговує на увагу. Пропонується встановити пряму заборону на проведення негласних слідчих дій стосовно адвокатів, у їх житлах, приміщеннях, офісах. Шкода, але перша з наведених поправок не знайшла підтримки профільного Комітету Верховної Ради України, а доля іншої вирішувалася шляхом голосування під час безпосереднього проходження законопроектом другого читання в сесійній залі.

Звісно, поки що зарано говорити, якого змісту набуде принцип змагальності в кримінальному провадженні України з прийняттям нового Кримінального процесуального кодексу України до моменту набрання ним чинності. Втім, однозначною вбачається необхідність серйозного доопрацювання відповідних положень проекту. Адже у запропонованому до другого читання варіанті

законопроекту принцип змагальності по суті не набув змістового наповнення і є несхожим ні на «англосаксонський» тип, ні на німецький, ані на італійський, які були наведені як приклади різних, проте послідовно реалізованих концепцій організації кримінального судочинства [11]. Насправді і не варто прагнути до сліпого наслідування будь-якого «типу» принципу змагальності. Але, на наш погляд, по-перше, у законотворенні не можна нехтувати методом цілісного регулювання одного і того самого питання, завдяки чому всі положення в тексті нормативно-правового акта виконують роль реалізуючого механізму певного загального правила, тим більше того, якому надається принципове значення. По-друге, обрання українським законодавцем шляхів реалізації принципу змагальності має ґрунтуватися на загальноновизнаних цілях і завданнях кримінального переслідування з урахуванням сучасного стану розвитку українського суспільства.

#### ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА

1. Проект Кримінального процесуального кодексу України // Ліга. Закон [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://search.ligazakon.ua/1\\_doc2.nsf/link1/ed\\_2012\\_01\\_13/JF7HG00A.html](http://search.ligazakon.ua/1_doc2.nsf/link1/ed_2012_01_13/JF7HG00A.html)
2. Пояснювальна записка до проекту Кримінального процесуального кодексу України // Ліга. Закон [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://search.ligazakon.ua/1\\_doc2.nsf/link1/ed\\_2012\\_01\\_13/GF7HG00A.html](http://search.ligazakon.ua/1_doc2.nsf/link1/ed_2012_01_13/GF7HG00A.html)
3. *Лунін С.* Поняття принципу змагальності у судовому процесі / С. Лунін // *Право України.* – 2010. – № 3.
4. Уголовный процесс западных государств. Учебное пособие для юридических вузов / под. ред. К. Ф. Гущенко, Л. В. Головки, Б. А. Филимонова. – 2-е изд., доп. и испр. – М.: Зерцало-М, 2002.
5. *Roxin C.* Strafverfahrensrecht / Claus Roxin. – München : C. H. Beck, 1991.
6. *Стойко Н. Г.* Уголовный процесс западных государств и России: сравнительное теоретико-правовое исследование англо-американской и романо-германской правовых систем : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Н. Г. Стойко. – СПб., 2009.
7. Основні положення про роль адвокатів (Прийняті VIII Конгресом ООН по запобіганню злочинам у серпні 1990 р.) // Законодавство України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_835](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_835)
8. Висновок щодо проекту Кримінального процесуального кодексу України DG-I (2011)16 // Веб-сайт Офісу Ради Європи в Україні [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.coe.kiev.ua/news/2012/01/Opinion%20on%20Draft%20CPC%20UA%20Ukr.pdf>
9. Висновок Головного науково-експертного управління Верховної Ради України // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb\\_n/webproc4\\_1? id=&pf3511=42312](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1? id=&pf3511=42312)
10. Порівняльна таблиця до проекту Закону України «Проект Кримінального процесуального кодексу України» // Веб-сайт Комітету Верховної Ради України з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://komzakonpr.rada.gov.ua/komzakonpr/control/uk/index>
11. *Смирнов А. В.* Типология уголовного судопроизводства : дис. ... докт. юрид. наук / А. В. Смирнов. – М., 2001.

#### *Бирюкова А. Н., Островская М. А.* Модель состязательности по проекту Уголовного процессуального кодекса Украины (в сравнении с другими странами мира)

В статье исследуется вопрос реализованности в проекте Уголовного процессуального кодекса Украины одной из целей реформирования уголовного производства – обеспечения принципа состязательности сторон обвинения и защиты, равенства их прав. Авторы анализируют все определенные проектом механизмы, при помощи которых предусматривается достичь поставленной цели, на основании чего сделаны выводы о необеспеченности принципа состязательности.

**Ключевые слова:** проект Уголовного процессуального кодекса, принцип состязательности, сбор доказательств стороной защиты, состязательность сторон, состязательность на досудебной стадии

#### *Biryukova Alina, Ostrovska Mariya.* The model of adversarial procedure in the draft Criminal Procedure Code of Ukraine (in comparison with the other countries of the world)

This article deals with the issue of implementation in the draft Criminal Procedure Code of Ukraine of one of the goals for reforms in the area of the criminal procedure – the principle of adversarial procedure in criminal trial and equal protection of the rights of defense and prosecution. The authors review all mechanisms provided by the draft Criminal Procedure Code for the purpose of reaching the set goal and conclude that the adversarial process principle is not properly implemented.

**Key words:** draft criminal procedure code, adversarial process principle, collection of evidence by defense, adversarial, adversarial process at pre-trial stage