
Funded
by the European Union
and the Council of Europe



EUROPEAN UNION



COUNCIL
OF EUROPE CONSEIL
DE L'EUROPE

Implemented
by the Council of Europe

**Joint Programme between the European Union and the Council of Europe on
Transparency and Efficiency of the Judicial System of Ukraine
(TEJSU project)**

Страсбург, 2 листопада 2011

DG-I (2011)16

**ВИСНОВОК ЩОДО ПРОЕКТУ
КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО
КОДЕКСУ УКРАЇНИ**

Підготовлено

Директоратом з питань правосуддя та захисту людської гідності,
Генерального директорату I – Права людини і верховенство права,
на підставі експертизи:

- **Лорени Бахмайєр-Вінтер**

Професора юридичного факультету Університету Комплутенсе, Мадрид, Іспанія

- **Джеремі МакБрайда**

Баристера, Монктон Чемберс, Лондон, Сполучене Королівство, голови наукового комітету
Агентства з питань основних прав Європейського Союзу

- **Еріка Сванідзе**

Юриста, довготермінового консультанта проекту Ради Європи, колишнього члена
Європейського комітету із запобігання катуванням і нелюдського або такого, що
принижує гідність, поводження чи покарання (КЗК) від Грузії

TABLE OF CONTENT

I. ВСТУП.....	7
II. РОЗГЛЯД УКРАЇНСЬКОГО КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ ЄВРОПЕЙСЬКИМ СУДОМ.....	8
III. ЗАГАЛЬНИЙ ОГЛЯД	13
IV. ОКРЕМІ ПОЛОЖЕННЯ.....	20
Розділ I. Загальні положення	20
Розділ II. Заходи забезпечення кримінального провадження	42
Розділ III. Досудове провадження.....	46
Розділ IV. Судове провадження в суді першої інстанції.....	48
Розділ V. Судове провадження з перегляду судових рішень	55
Розділ VI. Особливі порядки кримінального провадження	60
Розділ VII. Виконання судових рішень (ст.526–534).....	63
Розділ IX. Міжнародне співробітництво під час кримінального провадження	64
Розділ X. Прикінцеві положення і Розділ XI. Перехідні положення.....	65
V. ДОДАТОК: ТАБЛИЦЯ ЗМІН ДО ЗАКОНОДАВЧИХ АКТІВ УКРАЇНИ	66
VI. РЕЗЮМЕ РЕКОМЕНДАЦІЙ	76
VII. ВИСНОВОК	89

ВИСНОВОК ЩОДО ПРОЕКТУ КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

I. ВСТУП

1. У цьому висновку розглядається, як узгоджується з європейськими стандартами, зокрема з Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод (далі - "Європейська конвенція") і Протоколів до неї, проект Кримінально-процесуального кодексу від 2011 року (далі – «проект Кодексу»), питання про ухвалення якого тепер розглядається в Україні. Цей Висновок підготували Лорена Бахмайєр-Вінтер¹, Джеремі МакБрайд² і Ерік Сванідзе³ [3] після того, як Україна передала Проект Кодексу до Ради Європи на експертизу.
2. Попередні пропозиції щодо перегляду Кримінально-процесуального кодексу надходили на експертизу до Ради Європи 2004 року⁴, 2007 року (далі – «Проект 2007 р.»)⁵ та 2009 року⁶. У цьому Висновку робиться спроба визначити прогрес, досягнутий при опрацюванні зауважень і рекомендацій, висловлених у Висновках, які були раніше підготовлені на запит Ради Європи.
3. Законодавство, подібне до цього проекту Кодексу, відіграє важливу роль у забезпеченні дотримання верховенства права в суспільстві, бо ті, хто порушує кримінальне законодавство, мають, наскільки це є практично можливим, притягатися до відповідальності; якщо винних у вчиненні злочинів залишати безкарними, закон поступається місцем сваволі.
4. Таке законодавство також має регулювати процес, за допомогою якого здійснюється правосуддя, а це вимагає як чіткості в його формулюваннях, так і дотримання прав людини та основних свобод усіх, хто до цього причетний. Особливе значення приділяється становищу, в якому перебувають особи, що їх підозрюють та обвинувачують у вчиненні злочинів, оскільки повноваження, якими має користуватись система кримінального правосуддя для того, щоб бути ефективною, дають великий простір для порушення прав і свобод таких осіб. Хоч жодна система правосуддя ніколи не зможе гарантувати, що нікого не буде засуджено і покарано помилково, слід докладати ретельних зусиль з тим, щоб такий ризик звести до цілковитого мінімуму і щоб метою

¹ Професор юридичного факультету Університету Комплутенсе, Мадрид, Іспанія

² Баристер, Монктон Чемберс, Лондон, Сполучене Королівство, голова наукового комітету Агентства з питань основних прав Європейського Союзу

³ Юрист, довготерміновий консультант проекту Ради Європи, колишній член Європейського комітету з запобігання катуванням і нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження чи покарання (СКЗК) від Грузії.

⁴ Коментарі до проекту Кримінально-процесуального кодексу (PCRED/DG1/EXP (2003) 63, 2 вересня 2004 р.).

⁵ Й. Херрманн, Експертний висновок щодо проекту Кримінально-процесуального кодексу України, вересень 2007 року.

⁶ Й. Херрманн, Експертний висновок щодо проекту Кримінально-процесуального кодексу України, проект від 10 березня 2009 року (ПК-ТС (2009) 50, вересень 2009 року).

забезпечення «правосуддя» не користувалися для виправдання неправомірних засобів її досягнення.

5. Тим не менш, хоч як важливо поважати права і свободи підозрюваного або обвинуваченого, розробка такого законодавства, подібного до цього проекту Кодексу, має додатково забезпечувати також і захист прав та свобод тих, хто, можливо, є потерпілим від злочинів, а також будь-кого іншого, хто виявився залученим до процесу кримінального судочинства. Це робить розробку такого законодавства справою особливо непростю, проте забезпечення успішного результату, певне, матиме неоціненне значення для суспільства, в якому функціонуватиме це законодавство, хоча слід мати на увазі, що ще більш потенційно складною справою є забезпечити належне його застосування.
6. Окрім Європейської конвенції, Протоколів до неї та практики Європейського суду з прав людини (далі – «Європейський суд») і колишньої Європейської комісії з прав людини (далі – «колишня Європейська комісія») при підготовці цього Висновку були враховані як попередній досвід Ради Європи, так і досвід сучасних систем кримінальної юстиції.
7. Висновок опирається на англійський переклад українського тексту проекту Кодексу⁷. Починається він з огляду тих основних питань, що мають відношення до кримінального процесу в Україні, які стали предметом розгляду в Європейському суді. Після цього наводиться огляд положень проекту Кодексу з відзначенням як позитивних змін, так і деяких ще не усунутих концептуальних недоліків, а вже потім запропоновано зауваження щодо окремих положень проекту Кодексу, своєю чергою, тією мірою, до якої їх не було розглянуто в загальному огляді. За цим розділом йде огляд змін, яких слід вжити відповідно до положень Додатку до проекту Кодексу. Далі йде узагальнення рекомендацій, а на завершення в Висновку зроблено загальну оцінку відповідності проекту Кодексу європейським стандартам.

II. РОЗГЛЯД УКРАЇНСЬКОГО КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ ЄВРОПЕЙСЬКИМ СУДОМ

8. Коло дотичних до кримінально-процесуального права питань, через які Європейський суд встановлював порушення Європейської конвенції, є досить великим. Отож, безперечно, чіткою вимогою є те, щоб одним із

⁷ Раді Європи було також надано оригінал проекту Кодексу українською мовою. Експерти зверталися до цього тексту в тих випадках, коли формулювання і очевидні технічні хиби в перекладі англійською мовою ускладнювали розуміння окремих положень. Недоліки англійського перекладу можна проілюструвати на таких прикладах: тимчасом як у пункті 8) частини 2 статті 128 оригіналу вжито формулювання «затримання особи», в англійській версії йдеться про «арешт майна». Замість словосполучення "with the view of" [«з метою» - прим. перекладача] в назві статті 186 та деяких інших положень, що регулюють питання приводу, в ньому вжито «in view of» [«зважаючи на» - прим. перекладача], що міняє важливу характеристику відповідного заходу. Оригінальний текст частини 3 статті 242, яка передбачає, що рішення про проведення негласних слідчих дій приймає слідчий, прокурор і – за клопотанням прокурора або за клопотанням слідчого – слідчий суддя, як зазначено у відповідних статтях, перекладено як такий, що передбачає, що «слідчий, прокурор, і слідчий суддя у випадках, передбачених цим Кодексом, на вимогу прокурора або запит слідчого, узгоджений з прокурором, приймають рішення про проведення негласних слідчих (розшукових) дій». Попри існування часто точніших англійських термінів, які краще відповідають змістові вжитих в оригіналі, у Висновку використовується термінологія англійського перекладу.

важливих завдань при ухваленні проекту Кодексу стало усунення положень, які або ж є вочевидь несумісними з вимогами Конвенції, або занадто легко інтерпретуються та застосовуються так, щоб ці вимоги порушити. Утім, в основі багатьох порушень лежить не закон, а практика. Вирішити цю проблему почасти можна, якщо чітко передбачити в законі неприпустимість такої практики, проте її вдасться викоринити або істотно зменшити, якщо здійснюється дієве навчання щодо нових норм, а також постійно докладаються зусилля для формування такого підходу до кримінального процесу, який відповідає Конвенції.

9. Значна частина порушень Конвенції на досудовому етапі пов'язана з правом на свободу та особисту недоторканність, яке захищає стаття 5.
10. До порушень належать випадки затримання, що є незаконними з позицій українських норм та/або норм Конвенції, в тому числі через відсутність реєстрації перебування під вартою внаслідок розбіжностей між часом складання протоколу затримання і фактичним часом затримання⁸; через використання адміністративного арешту в цілях кримінального переслідування⁹; в результаті тримання під вартою після завершення розслідування без жодного на те судового дозволу¹⁰; через перший розгляд подання про застосування запобіжних заходів за відсутності підозрюваного та/або його адвоката¹¹; в результаті відсутності будь-яких обов'язків з боку суду викладати підстави свого рішення при наданні санкції на тримання під вартою¹² або при визначенні будь-яких термінів такого тримання під вартою¹³; через відсутність процедури для тримання осіб, що очікують на екстрадицію¹⁴, а також через незаконне тримання під вартою неповнолітніх¹⁵.
11. Крім того, порушення мають місце внаслідок того, що органи внутрішніх справ чи прокуратура посиляються на наявність законних підстав без наведення будь-яких обґрунтованих мотивів для тримання під вартою¹⁶; коли затриманих не доставляють до судді невідкладно¹⁷; коли і прокуратура, і суди не висувають відповідних і достатніх підстав для застосування тримання під вартою¹⁸; коли суди не зважають на наведені їм аргументи, які слугують обґрунтуванням звільнення з-під варти¹⁹; та

⁸ Напр., *Осипенко проти України*, № 4634/04, 9 листопада 2011 року.

⁹ Напр., *Доронін проти України*, № 16505/02, 19 лютого 2009 року і *Гаркавий проти України*, № 25978/07, 18 лютого 2010 року.

¹⁰ Напр., *Невмержицький проти України*, № 54825/00, 5 квітня 2003 року, і *Харченко проти України*, № 40107/02, 18 лютого 2011 року.

¹¹ Напр., *Молодориц проти України*, № 2161/02, 28 жовтня 2010 року.

¹² Напр., *Салов проти України*, № 65518/01, 6 вересня 2005 року і *Харченко проти України*, № 40107/02, 18 лютого 2011 року.

¹³ Напр., *Слоєв проти України*, № 17283/02, 6 листопада 2008 року і *Доронін проти України*, № 16505/02, 19 лютого 2009 року.

¹⁴ Напр., *Солдатенко проти України*, № 2440/07, 23 жовтня 2008 року.

¹⁵ Напр., *Ічін та інші проти України*, №№ 28189/04 і 28192/04, 21 грудня 2010 року.

¹⁶ Напр., *Ткачов проти України*, № 39458/02, 13 грудня 2007 року.

¹⁷ Напр., *Корнєв і Карпенко проти України та Нечипорук і Йонкало проти України*, № 42310/04, 21 квітня 2011 року.

¹⁸ Напр., *Невмержицький проти України*, № 54825/00, 5 квітня 2003 року, і *Харченко проти України*, № 40107/02, 18 лютого 2011 року.

¹⁹ Напр., *Свершов проти України*, № 35231/02, 27 листопада 2008 року.

коли вони не розглядають можливості застосування альтернативних – і менш обмежувальних – запобіжних заходів²⁰.

12. Перешкодою для невідкладного судового контролю за законністю тримання під вартою є те, що цей контроль пов'язаний із вирішенням різних інших питань при розгляді справи²¹. Окрім того, постанову слідчого про застосування або подовження запобіжного заходу за постановою прокурора неможливо оскаржити²². Не існує чіткого і передбачуваного положення, яке б передбачало можливість оскарження тримання під вартою під час судового розгляду²³, а судові рішення, що дозволяють тримання під вартою на стадії судового розгляду не можуть бути оскаржені ні в апеляційному, ні в касаційному порядку²⁴.
13. Також немає забезпеченої санкцією процедури отримання відшкодування за порушення статті 5 Європейської конвенції²⁵.
14. На досудовій стадії також існують різні проблеми, які впливають на хід розслідування, що в результаті спричинює визнання порушення права на життя і права, яке забороняє нелюдське і таке, що принижує гідність, поводження відповідно до статей 2 і 3 Європейської конвенції.
15. До них належать неадекватність заходів щодо збору доказів²⁶; відсутність медичного обстеження після прибуття до місць тримання під вартою²⁷ непризначення і затримки в призначенні судово-медичних експертиз²⁸, а також те, що такі експертизи не є комплексними²⁹; недостатня оцінка показів свідків³⁰; відмова в відкритті кримінальної справи або затримки з її відкриттям³¹; проведення розслідування, що не відповідає критеріям незалежності і оперативності³²; неможливість для родичів померлої особи брати участь у розслідуванні³³; відсутність незалежних слідчих органів у збройних силах³⁴, а також відсутність процедури незалежного розгляду скарг на дії слідчих і прокурорів³⁵.

²⁰ Напр., *Доронін проти України*, № 16505/02, 19 лютого 2009 року і *Хайрединов проти України*, № 38717/04, 14 жовтня 2010 року.

²¹ Напр., *Харченко проти України*, № 40107/02, 18 лютого 2011 року.

²² Напр., *Молодориц проти України*, 2161/02, 28 жовтня 2010 року і *Плешков проти України*, № 37789/05, 10 лютого 2011 року.

²³ Напр., *Сергій Волосюк проти України*, № 1291/03, 12 березня 2009 року.

²⁴ Напр., *Молодориц проти України*, 2161/02, 28 жовтня 2010 року.

²⁵ Напр., *Дубовик проти України*, № 33210/07 і 41866/08, 15 жовтня 2009 року, та *Нечипорук і Йонкало проти України*, № 42310/04, 21 квітня 2011 року.

²⁶ Напр., *Хайло проти України*, № 39964/02, 13 листопада 2008 року, і *Михалкова проти України*, № 1091905, 13 січня 2011 року.

²⁷ Напр., *Вергельський проти України*, № 19312/06, 12 березня 2009 року.

²⁸ Напр., *Любов Єфименко проти України*, № 75726/01, 25 листопада 2010 року.

²⁹ Напр., *Муравська проти України*, № 249/03, 13 листопада 2008 року, і *Мироненко проти України*, № 15938/02, 18 лютого 2010 року.

³⁰ Напр., *Сергій Шевченко проти України*, № 32478/02, 4 квітня 2006 року.

³¹ Напр., *Мироненко проти України*, № 15938/02, 18 лютого 2010 року.

³² Напр., *Кучерук проти України*, № 2570/04, 6 вересня 2007 року.

³³ Напр., *Сергій Шевченко проти України*, № 32478/02, 4 квітня 2006 року, і *Кац проти України*, № 29971/04, 18 грудня 2008 року.

³⁴ Там само.

³⁵ Напр., *Яременко проти України*, № 32092/02, 12 червня 2008 року.

16. Мало також місце встановлення фактів жорстокого поводження з боку органів внутрішніх справ³⁶.
17. Було зроблено висновок про недостатню чіткість меж повноважень щодо здійснення заходів спостереження та умов, які регулюють їх застосування, що спричинює порушення статті 8 Європейської конвенції³⁷. Окрім того було виявлено брак відповідних гарантій щодо фактичного застосування таких заходів³⁸.
18. Застосування запобіжних заходів, що накладають на особу обов'язок не ухилятися від слідства, були визнані необґрунтованим обмеженням права на свободу пересування відповідно до статті 2 Протоколу № 4 як в результаті тривалості їх застосування³⁹, так і тому, що їх застосовують щодо правопорушень середньої⁴⁰ або навіть малої тяжкості⁴¹.
19. Було також зроблено висновки про те, що брак активних дій з боку слідчих призводить до необґрунтовано великих строків кримінального провадження на порушення статті 6 Європейської конвенції⁴². Однак підставами для таких самих висновків були також інші чинники, такі, як повернення судами справ на додаткове розслідування чи проведення експертиз і повторний розгляд⁴³, незабезпечення судами присутності свідків і експертів⁴⁴ та значні перерви між засіданнями⁴⁵.
20. Та й самі судові розгляди, як було встановлено, не відповідають вимогам щодо справедливості статті 6 Європейської конвенції через наступні недоліки: відсутність у підсудних і їхніх захисників можливості проводити перехресний допит свідків, на яких поширено умови програми захисту свідків⁴⁶, повноваження слідчого ухвалювати рішення з питань надання правової допомоги, в тому числі щодо усунення адвоката підозрюваного⁴⁷; недостатній час і можливості для підготовки свого захисту⁴⁸, відсутність відкритого слухання⁴⁹; практика допитування особи як свідка з повідомленням про кримінальну відповідальність за відмову від дачі показань та без забезпечення правової допомоги з подальшим використанням показань, отриманих в рамках судового переслідування цієї ж особи⁵⁰; прийнятність доказів, отриманих прокурором із

³⁶ Напр., *Афанасьєв проти України*, № 38722/02, 5 квітня 2005 року, і *Михалкова проти України*, № 1091905, 13 січня 2011 року.

³⁷ Напр., *Михалюк і Петров проти України*, № 11932/02, 10 грудня 2009 року.

³⁸ Напр., *Володимир Поліщук та Світлана Поліщук проти України*, № 12451/04, 30 вересня 2010 року.

³⁹ Напр., *Іванов проти України*, № 15007/02, 7 грудня 2006 року.

⁴⁰ Напр., *Похальчук проти України*, № 7193/02, 7 жовтня 2010 року.

⁴¹ Напр., *Никифорова проти України*, № 14613/03, 18 лютого 2010 року.

⁴² Напр., *Меріт проти України*, № 66561/01, 30 березня 2004 року, і *Іванов проти України*, № 15007/02, 7 грудня 2006 року.

⁴³ Напр., *Антоненков та інші проти України*, № 14183/02, 22 листопада 2005 року, і *Вергельський проти України*, № 19312/06, 12 березня 2009 року.

⁴⁴ Напр., *Ющенко та інші проти України*, № 73990/01, 8 квітня 2010 року.

⁴⁵ Напр., *Шалімов проти України*, № 20808/02, 4 березня 2010 року, і *Іззетов проти України*, № 23136/04, 15 вересня 2011 року.

⁴⁶ Напр., *Колесник проти України*, № 17551/02, 19 листопада 2008 року.

⁴⁷ Напр., *Яременко проти України*, № 32092/02, 12 червня 2008 року.

⁴⁸ Напр., *Корнев і Карпенко проти України*, № 1744/04, № 21 жовтня 2010.

⁴⁹ Напр., *Шагін проти України*, № 20437/05, 10 грудня 2009 року.

⁵⁰ Напр., *Шабельник проти України*, № 16404/03, 19 лютого 2009 року.

застосуванням примусу і без присутнього на допиті адвоката⁵¹; незабезпечення процесуальної рівності сторін через нерозкриття матеріалів⁵²; неврахування конкретних, суттєвих і важливих аргументів, наведених захистом, у вирок, на підставі якого засуджено особу⁵³; перешкоджання здійсненню апеляції через ненадання мотивованого рішення⁵⁴; невизначені строки для внесення подання в порядку нагляду щодо процесуального рішення, яке набрало сили⁵⁵ та відсутність можливості для обвинуваченого – але не обвинувача – брати участь у попередньому слуханні щодо прийнятності касаційної скарги⁵⁶.

⁵¹ Напр., *Яременко проти України*, № 32092/02, 12 червня 2008 року, і *Колесник проти України*, № 17551/02, 19 листопада 2008 року.

⁵² Напр., *Салов проти України*, № 65518/01, 6 вересня 2005 року.

⁵³ Напр., *Нечипорук і Йонкало проти України*, № 42310/04, 21 квітня 2011.

⁵⁴ Напр., *Салов проти України*, № 65518/01, 6 вересня 2005 року.

⁵⁵ Там само.

⁵⁶ Напр., *Жук проти України*, № 45783/05, 21 жовтня 2010 року.

III. ЗАГАЛЬНИЙ ОГЛЯД

21. Проект Кодексу є ґрунтовним документом, в якому знайшли відображення багато позитивних змін, але в той же час він все ще потерпає від низки концептуальних недоліків. Якщо перше є чітким втіленням у життя багатьох із вимог Європейської конвенції, розвинутих у практиці Європейського суду, то останнє означатиме, що все ще залишається значне число цих вимог, які не будуть повністю виконані.

Позитивні зміни

22. Проект Кодексу зміцнює зафіксовані в Проекті 2007 року наміри відійти від громіздкого, із чисельними повторами, триступеневого кримінального процесу радянського типу. Він відкидає концепцію «дизнання», притаманну нинішній моделі, де ця стадія передує, впливаючи на нього, офіційному кримінальному (досудовому) розслідуванню, після якого здійснюється судовий розгляд і, зрештою, апеляційний перегляд. Це дізнання тепер здійснює широчезне коло співробітників правоохоронних органів та інших посадових осіб органів виконавчої влади. Існування такого широкого кола органів і посадових осіб, що наділені реальними повноваженнями здійснювати слідчі дії, послаблюють незалежність та ефективність розслідувань, досудового процесу і кримінального судочинства в цілому.
23. Тому-то важливо, що проект Кодексу кладе край необхідності ухвалювати офіційне рішення про відкриття кримінальної справи або про відмову в її відкритті. Цей підхід замінюється в Кодексі на негайне вчинення запису про початок кримінального процесу до Єдиного реєстру досудових розслідувань. Крім цього, відновлюючи загальний принцип безпосереднього дослідження доказів судами першої інстанції, проект Кодексу прагне врівноважити нинішнє домінування досудового розслідування. Навіть більше, на відміну від відкритого підходу, застосованого в Проекті 2007 року, у цьому визначено певне коло органів, які наділені правом здійснювати досудове розслідування (процедури) й запропоновано закріпити цю роль за трьома відомствами: МВС, СБУ і «органом, що здійснює контроль за додержанням податкового законодавства». Окрім того, він забороняє будь-яке несанкціоноване втручання працівників «оперативних підрозділів» у кримінальний процес⁵⁷.
24. У проекті Кодексу взято до уваги рекомендації експертів Ради Європи щодо Проекту 2007 року й запропоновано більш досконаліші положення для забезпечення засад права на свободу і недоторканність особи. Так, у ньому міститься добре опрацьований набір елементів на підтримку презумпції на користь свободи, в тому числі необхідність вказувати обставини, що породжують обґрунтовані підозри, та відповідні переважаючі ризики, які умотивовували б позбавлення волі. А крім того, він справедливо передбачає обов'язок обґрунтовувати, чому ці міркування не можна задовольнити іншими альтернативними заходами. Важливо зазначити, що проект Кодексу передбачає можливість обрати один із таких заходів, як, наприклад, особиста порука, гарантія, застава та домашній арешт⁵⁸.

⁵⁷ Стаття 44.

⁵⁸ Див., подальші коментарі у пп.183–185.

25. Крім того, він запроваджує особливу групу положень, що допускають своєрідне тимчасове тримання підозрюваного чи обвинуваченого під вартою під судовим наглядом строком до 36 годин⁵⁹, які можуть застосовуватися для припровадження особи до судді з метою ухвалення рішення про «запобіжний захід», не пов'язаний з позбавленням волі. Проект Кодексу поширює вимогу про наявність обґрунтованих підозр та інші вищезгадані вимоги на такого роду тримання під вартою (напр., позбавлення волі до винесення рішення про можливість застосування запобіжних заходів, не пов'язаних з позбавленням волі)⁶⁰. Отож він, як видається, створює належні засоби для забезпечення участі підозрюваних у відповідних судових засіданнях без взяття їх під варту.
26. Проект Кодексу також прагне усунути недоліки нинішньої концепції спеціальних методів розслідування та інших інтрузивних заходів, що їх називають «негласними слідчими (розшуковими) діями», яка трактує їх у відриві од кримінального процесу. Відповідно до рекомендацій експертів Ради Європи, проект Кодексу містить більш досконалу базу для їх використання. Унаслідок цього, поряд із розширеними можливостями для здійснення операцій «під прикриттям» чи проникнення в кримінальне середовище, тепер цю систему поширено й на електронні засоби зв'язку. Водночас він створює досконаліші законодавчі рамки для регулювання втручання в особисте і сімейне життя та деякі інші визначені права, гарантовані Європейською конвенцією, однак, ці рамки все ще є досить незадовільними й непослідовними⁶¹.
27. У проекті Кодексу збережено низку прогресивних положень для протидії жорсткому поводженню в рамках кримінального процесу, які було введено вже в попередніх версіях. Так, у ньому посилено гарантії щодо повідомлення про взяття під варту та доступу до адвоката та лікаря⁶² шляхом зазначення в статті 207, що особа вважається затриманою з моменту, коли вона змушена залишатися поряд із уповноваженою службовою особою чи в приміщенні, визначеному такою особою. Як і в Проекті 2007 року, ця вимога підкріплюється обов'язком щонайшвидше допровадити затриману особу у службове приміщення й установлює відповідальність за його порушення⁶³. Важливо також, що проект Кодексу роз'яснює обов'язок слідчого судді реагувати на будь-які заяви та інших ознак насильства або порушення вимог законодавства під час тримання під вартою підозрюваних у скоєнні злочинів⁶⁴. У ньому вказано, що ці судді повинні призначити судово-медичну експертизу й забезпечити розслідування для встановлення походження цих ознак і для забезпечення безпеки особи, що вважається потерпілою.

Невиправлені концептуальні недоліки

28. Незважаючи на те, що проект Кодексу прагне пристосуватись до європейських стандартів, чітко зазначаючи основні принципи, яких належить дотримуватися в кримінальному провадженні, однак він не робить спроби намітити шляхи розв'язання чи належним чином знайти вирішення кількох концептуальних

⁵⁹ Стаття 188 проекту Кодексу

⁶⁰ Статті 181 і 186.

⁶¹ Див коментарі в пп.34–39

⁶² Див., проте, п. 195 щодо певних недоліків у конструкції окремих гарантій.

⁶³ Стаття 208.

⁶⁴ Стаття 204 проекту Кодексу.

проблем і питань, на які раніше вказували експерти Ради Європи, відтак, в ньому й досі, як видається, мають місце серйозні вади.

Змагальний процес

29. Це постає особливо очевидним у зв'язку з втіленням у практику змагальної процедури. Зокрема, укладачі не взяли до уваги коментарі щодо потреби послідовніше застосовувати засади змагальності впродовж усього кримінального провадження, в тому числі й на його досудових стадіях. Зокрема, проект Кодексу передбачає, як і раніше, відкриття доказів захистом на досудовій стадії. Так, відповідно до частини 6 статті 286, захист зобов'язаний надати обвинуваченню доступ до матеріалів, які він має намір використовувати як докази в суді. Хоча ця норма супроводжується умовою, яка формально дозволяє виключення доказів, які можуть бути використані на підтвердження винуватості, та вона не дає достатньої гарантії права не свідчити проти себе. На цій стадії процедури (завершення досудового розслідування), до того ж не бачачи усіх доказів обвинувачення, дійсно важко оцінити точний характер усіх матеріалів, що перебувають у розпорядженні захисту.
30. Негативні наслідки для змагального характеру досудових процедур та принципу рівності сторін може також мати формальне правило, яке передбачає, що захист повинен збирати свої докази за допомогою ініціювання слідчих дій⁶⁵. Проект Кодексу не передбачає якої-небудь чіткої процедури ініціювання захистом подібних слідчих дій та не окреслює меж їхньої участі в них. Можливість обвинуваченого збирати і представляти докази в результаті таких слідчих дій, таким чином, є більш теоретичною, аніж реальною.
31. Крім того, очевидне обмеження сторони захисту в збиранні доказів офіційно проведеними слідчими діями – незважаючи на широко деклароване в пункті 2 частини 4 статті 45 її право збирати і подавати суду докази – спричиняє значну процесуальну невідповідність. Хоча б саме захистові належало вирішувати, в якій формі подавати докази і як забезпечити їх прийнятність судом першої інстанції, ця норма фактично зобов'язує захист розкривати свої докази в ході досудового розслідування. Це обмеження стає ще менш зрозумілим, якщо зіставити його з всім тим потенціалом підтримуваного державою розслідування та набором процесуальних засобів (у тому числі, негласних слідчих дій), які надано в розпорядження прокуратури, при тому, що результати його захистові стануть відомими на завершальному етапі досудового провадження.
32. Є також підстави для занепокоєння в зв'язку з правилами про виключення доказів. Проект Кодексу встановлює, що докази, отримані незаконно, не повинні бути допустимими, проте не передбачає достатніх механізмів для виключення таких елементів доказової бази з провадження.
33. Що ж до права на захист, то один із істотних його моментів полягає в належних гарантіях права на правову допомогу. У проекті Кодексу є чимало положень, що описують права обвинуваченого та захисника. Проте на практиці здійснення цих прав викликає серйозний сумнів, бо обвинувачений, якому бракує фінансових коштів, матиме право тільки на призначеного йому за законом адвоката і на звільнення від сплати гонорару в тих справах, де участь адвоката є обов'язковою. А це, відповідно до проекту Кодексу, передбачено тільки в кримінальному провадженні у справах про тяжкі злочини (тобто такі, що передбачають позбавлення волі на строк понад 10 років). Як і в більшості

⁶⁵ Пункти 12 і 3 статей 45 і 92 відповідно

систем кримінального судочинства, переважна більшість справ (понад 90%) пов'язані не з тяжкими злочинами, тобто в переважній більшості проваджень право на допомогу захисника завдяки наданню безоплатної правової допомоги не буде належним забезпечене. Це, безумовно, призведе до численних випадків порушення права на отримання правової допомоги, закріпленого в статті 6 (3) (с) Європейської конвенції .

Слідчі заходи

34. Незважаючи на ряд рекомендацій експертів Ради Європи, у проекті Кодексу не передбачено відповідних обмежень для широких повноважень щодо здійснення обшуків та виконання інших слідчих дій, які спричиняють, без будь-якого судового дозволу, втручання в право на повагу до житла, недоторканність приватного життя та інших аналогічних цінностей, при тому, що бракує будь-яких гарантій, які б їх урівноважували.
35. Окрім непослідовного застосування норми про обов'язковість попереднього судового дозволу на слідчі дії, супроводжувані втручанням, у проекті Кодексу є ще кілька недоліків, які перетворюють аналізовані рамки на дуже хиткі.
36. По-перше, окрім сумнівного формулювання – «публічно доступні місця», – яке вживається в Главі 21, в якій ідеться про негласні слідчі дії, межі поняття «житло» охоплено неповно. Тимчасом як, відповідно до практики Європейського суду, воно включає в себе, окрім іншого, офіс компанії, якою керує приватна особа, а також зареєстровану контору юридичної особи, філії та інші приміщення ділового підприємства, визначення запропоноване в частині 2 статті 230 проекту Кодексу, охоплює лише «будь-яке приміщення, яке правомірно знаходиться у постійному чи тимчасовому володінні особи» та просто посилається на деякі конкретні місця, що підпадають під це визначення⁶⁶. Отже, воно обмежує його тим, що формально воно належить фізичній особі та ще й вводить додаткові передумови законності (правомірності) володіння ним. Оскільки правомірність володіння приміщенням має - якщо має взагалі - дуже обмежене значення для законних цілей кримінального процесу, то цей останній компонент слід розглядати як такий, що послаблює загальну норму. Вводячи можливість використати цей привід, проект Кодексу відчиняє Пандорину скриню для обходу судового контролю за подібного роду втручання в права відповідної особи.
37. По-друге, на відміну від того положення, яке обумовлює терміновістю проникнення в приміщення без попереднього отриманого ордеру при проведенні звичайних слідчих дій⁶⁷, ця ж сама умова опущена в відповідних положеннях статті 246, який містить змінені норми щодо негласних дій. Хоч в обох випадках вони окреслені випадками, відповідно, «врятування життя та майна чи з безпосереднього переслідування» та «врятування життя людей та запобігання вчиненню тяжкого або особливо тяжкого злочину», опущення особливої умови, пов'язаної з гостротою ситуації, легко призводитиме до практичного нехтування судовим контролем за негласними слідчими діями.
38. По-третє, незважаючи на попередні рекомендації та те, що, як припускає Європейський суд, відсутність попереднього судового дозволу може

⁶⁶ В українському оригіналі вжито слово «особи», яке асоціюється з фізичною особою чи індивідуумом.

⁶⁷ Слід зазначити, що проект Кодексу з нез'ясованих причин виключає можливість застосування цих повноважень для проведення обшуків. На відміну від відповідних частин статей 234 і 237, які визначають таку можливість у разі оглядів та слідчих експериментів, відповідного посилання на неї в статтях 231-233 немає.

компенсувати наявність судового контролю *ex post factum*, проект Кодексу дуже непослідовно передбачає таку додаткову гарантію тільки для деяких слідчих дій, які порушують згадані права. Та роль, яку зможе зрештою відіграти в цьому стосунку суд першої інстанції, виявляється дуже віддаленою в часі.

39. Утім, у проекті Кодексу збережено також групу детальних положень щодо аналогічних заходів із категорії тих, що застосовуються з метою «забезпечення кримінального провадження». До їх переліку входить тимчасовий доступ до речей і документів, тимчасове вилучення майна та його арешт⁶⁸. Частковий збіг цих заходів з обшуками та іншими слідчими діями і, як наслідок, численні нюанси в процедурних механізмах, викликали, цілком зрозуміло, питання в попередніх експертизах. Звісно, ці заходи ускладнюють правову базу і, можливо, нечасто застосовуються. Проте їх умовою є або попередній судовий дозвіл, або наступний судовий контроль⁶⁹. З оцих причин існує, здається, якість логічне обґрунтування для впровадження цих додаткових, однак «безпечніших» методів отримання речових доказів та забезпечення безпеки майна, які можуть бути використані для заподіяння шкоди.

Адміністративне затримання

40. Європейський суд засудив Україну за використання адміністративного затримання, затримання за бродяжництво та інших аналогічних конструкцій для фактичного позбавлення волі підозрюваних у вчиненні кримінальних правопорушень без поширення на них гарантій справедливого судового розгляду, гарантій проти жорстокого поводження та інших відповідних прав⁷⁰. КЗК, в свою чергу, рекомендував, щоб органи влади поклали край такій практиці. Ці повноваження формально не охоплюються українською концепцією кримінального процесу⁷¹, але масштаб і безпосередні наслідки застосування цієї практики вимагають, щоб на додаток до реформування відповідних законів, у проекті Кодексу було б приділено увагу й цьому питанню. Найвідповіднішим процесуальним заходом було б запровадження судового контролю за слідчими діями з особами, позбавленими волі на підставі інших норм, аніж ті, які мають стосунок до кримінальної справи.

Розслідування злочинів посадових осіб

41. У статті 214 проекту Кодексу визначено підслідність злочинів, скоєних співробітниками Служби безпеки та Міністерства внутрішніх справ так, що СБУ розслідує злочини, скоєні працівниками МВС, і навпаки. Це може вважатися рішенням, яке задовольняє вимоги стандартів щодо процедурних зобов'язань, що впливають із гарантій права на життя та заборони жорстокого поводження та інших зловживань правоохоронних органів, які спричиняють інші порушення прав людини. Схоже, однак, що навіть після її прийняття українська нормативно-правова база не зможе виконувати ці зобов'язання, бо цей механізм зважає лише на інституційні аспекти набагато більш комплексних вимог щодо незалежності, яка має визначати суть відповідних процедур. А що обидві установи, причетні до цього, представляють правоохоронні органи, які є підзвітними виконавчій ієрархії, використовують атестований персонал і мають

⁶⁸ Глави 15-17.

⁶⁹ Останній передбачений в разі тимчасового вилучення майна, яке тепер обумовлюється вказівкою щодо оцінки його пропорційності та має автоматично тягнути за собою судові рішення щодо арешту; ст.ст. 164 і 166.

⁷⁰ Див., справи, згадані в п. 9.

⁷¹ Швидше за все, саме тому це питання не обговорювалося в коментарях експертів Ради Європи щодо попередніх проектів Кримінально-процесуального кодексу.

інші атрибути, які послаблюють зовнішні ознаки їхньої незалежності та неупередженості, то цей механізм навряд чи відповідатиме вимозі щодо об'єктивності, яку належить продемонструвати як імовірним потерпілим, так і широкому загалу.

42. Ці міркування мають особливе значення в зв'язку з характерними для країни масштабами безкарності за жорстоке поводження та інші зловживання з боку правоохоронних органів, на які було вказано, зокрема, в низці рішень Європейського суду і доповідей КЗК. У зв'язку з цим найбільш підходящою реакцією на цю проблему було б створення повністю незалежного органу з розгляду (розслідувань) скарг на дії поліції (правоохоронних органів).
43. Якщо згадати про позитивні моменти, то слід відзначити, що проект Кодексу передбачає можливість тимчасового відсторонення посадових осіб, щодо яких ведеться розслідування, включаючи співробітників правоохоронних органів, на ранніх стадіях кримінального процесу. Так, статті 151-155 передбачають, що цей захід може бути застосований до підозрюваних, а не тільки для обвинувачених. Проте було б необхідним знизити поріг застосовності цього заходу, а саме: середньої тяжкості, тяжкий або особливо тяжкий злочин – у разі його застосування до співробітників правоохоронних органів. З огляду на їхню особливу відповідальність і повноваження, тимчасове відсторонення має застосовуватись незалежно від тяжкості злочину, в причетності до якого їх підозрюють.

Повідомлення про підозру

44. У проекті Кодексу збережено форми офіційного повідомлення про підозру, що не зовсім відповідають усім аспектам гарантій статей 5 (2) і 6 (3) (а) Європейської конвенції. Так, у них, як і раніше, недостатньо визначено момент, з якого вважається, що особі висунуто кримінальні обвинувачення і, відповідно, момент, з якого відповідна особа має право на базові гарантії справедливого судового розгляду. Тимчасом як у Європейській конвенції використовується широке поняття, визначене як заходи у будь-якому вигляді, які дають змогу зробити висновок про звинувачення в скоєнні кримінального злочину, проект Кодексу обмежує їх моментом затримання, застосування запобіжних заходів та наявності достатніх доказів. В результаті це в деяких випадках може призвести до відкладеного застосування гарантій Європейської конвенції, що було б неприйнятно, зокрема з урахуванням повноважень слідчих органів та сфери їх застосування на досудовій стадії (включно з повноваженнями щодо тимчасового вилучення та арешту майна або інших примусових заходів).
45. Окрім того, Глава 22 – яка передбачає негайне повідомлення про підозру по затриманні або застосуванні інших запобіжних заходів – не містить посилань на конкретні положення проекту Кодексу, які б визначали форму та порядок такого повідомлення. Такий недогляд може зрештою призвести до появи тлумачення, яке наводить на думку, що підозрювані мають бути повідомлені про свої права і можуть скористатися з інших гарантій тільки з моменту, коли їм вручається офіційне письмове повідомлення про підозру. Варто підкреслити, що таке повідомлення в разі затриманих має бути здійснене впродовж 24 годин після їх затримання.
46. Окрім цього, наведене в частині 2 статті 272 формулювання того, про які саме права підозрюваних належить повідомляти, з нез'ясованих причин відрізняється від їх повного визначення в загальнішій статті 45. Хоча не всі права, згадані в

останній статті, застосовні однаковою мірою в конкретній процесуальній ситуації повідомлення про підозру, вона може бути єдиною нагодою, коли підозрюваний скористається обов'язком слідчих органів повідомити йому про них. Тому-то було б бажано розширити відповідним чином обсяг прав, про які підозрюваного належить проінформувати протягом цієї процесуальної дії.

Стиль нормопроекування

47. Вищезазначені невідповідності можуть правити за приклад певних недоліків законодавчої техніки, якою послуговуються розробники проекту. У попередніх експертизах було приділено значну увагу структурним недолікам, бракові контекстуальної узгодженості та іншим вадам текстів відповідних проектів кодексу. Навіть виходячи з того, що юридична мова, поняття і регіональні законодавчі традиції маю свою специфіку, автори цих експертиз вважали, що ці недоліки можуть послабити загальні нормативні здобутки проектів кодексу та ясність і інші якості багатьох із окремих положень.
48. Недоліки нормопроекування можна проілюструвати тим фактом, що, замість використовувати посилання на «всеосяжну» клаузулу, у проекті Кодексу право бути повідомленим про взяття під варту викладено в п'яти різних статтях⁷². В них не просто дані посилання або згадка про нього, але в кожній із них повторюються всі компоненти. Проте робиться це дуже непослідовно. Так, найважливіший елемент, пов'язаний із «вибором затриманого» тільки включений у текст статті 13. З іншого боку, на відміну від інших відповідних положень, в ній пропущено компонент «місця перебування» та порядок його виконання, який передбачає, що затриманий це робить особисто. У відповідних положеннях статей 45 і 206, своєю чергою, опущено слово «негайно», тож у них відсутня ще одна з найважливіших вимог. Окрім того, в останній статті, як і в статті 211 не згадано членів сім'ї та близьких родичів.
49. Хоча дублювання положень можна розглядати як додаткову гарантію для забезпечення їх дотримання, ця законодавча техніка розширює та ускладнює текст. Її використання вимагає високого рівня узгодженості між повторюваними статтями.
50. Більш того, хоч багато непотрібних повторів таки усунуто, залишається все ж чимало положень, що передбачають очевидне – наприклад, визначення «суддя», «суд» або «судовий розгляд».
51. Ще однією ілюстрацією недоліків нормо проектування можуть бути недоліки Глави 21. Загальна структура проекту Кодексу та відповідних статей наводять на думку, що в ньому існує тенденція до повторення умов і зазначення необхідності отримання судового дозволу для негласних слідчих дій, які пов'язані з втручанням у право на повагу до житла, кореспонденції, недоторканності приватного життя та інших компонентів, охоплених статтею 8 Європейської конвенції. Так, у статті 263 їх викладено в зв'язку з проведенням огляду в публічно недоступних місцях, житла або будь-якого іншого володіння особи і, отже, підкреслено відмінність від огляду в громадських місцях. Тим не менш тієї ж відмінності, що досить непослідовно, і рівня конкретизації бракує статті 265, яка передбачає спостереження за особою, річчю або місцем.
52. Ще одну ваду нормопроекувальної техніки можна проілюструвати на прикладі побіжних положень статті 253, яка передбачає судовий контроль за передачею

⁷² А саме ст.ст. 13, 45, 206, 211 і 272.

інформації, отриманої в ході проведення негласних слідчих дій. Це положення вводить важливу гарантію, проте не вказує на основні принципи і загальні процедури, яких треба дотримуватися. Так, опущено вказівку на якийсь певний формат, обсяг, адресатів та інші параметри передаваної інформації, а також не вказано, хто має чи може ініціювати відповідні процедури тощо.

53. Деякі з положень, які вводять обмеження на загальні норми, сформульовано в загальних виразах, які не відповідають тій вимозі, що положення закону мають бути чіткими і передбачуваними. Наприклад, у частині 1 статті 248 вказано, що «відомості про осіб, які проводили негласні слідчі (розшукові) дії або були залучені до їх проведення, у разі необхідності можуть зазначатися із збереженням таємниці щодо дійсних даних про їх особи»⁷³.
54. Наведені приклади мають суто ілюстративний характер. Якщо їх не усунути, то недоліки такого роду, безперечно, перешкоджатимуть ефективному впровадженню положень проекту Кодексу на практиці і можуть призвести до встановлення фактів порушення вимоги СКПЛ щодо «якості закону».
55. Загалом, хоча мова проєкт Кодексу ясніша і зрозуміліша, ніж у попередніх проєктах, даному текстові в багатьох місцях, як і раніше, бракує ясності. Це могло б ускладнити і утруднити його використання, тим самим підвищуючи ризик неправильного тлумачення або відсутності однорідності в його застосуванні.

IV. ОКРЕМІ ПОЛОЖЕННЯ

56. Коментарі щодо окремих положень проєкту Кодексу подано в тому ж порядку, в якому йдуть його глави, а особливий наголос у них зроблено на тих, які слід було б переглянути або, може, краще сформулювати. Утім, зважаючи на необхідність уникати невірних тлумачення, суперечностей і складнощів у застосуванні проєкту Кодексу, було необхідно навести також деякі роз'яснення.

Розділ I. Загальні положення

Глава 1. Кримінальне-процесуальне законодавство України та межі його дії (ст.ст. 1–7)

57. Ця глава проєкту Кодексу включає визначення ряду понять, які мають відношення до кримінального процесу, а також норми, що визначають межі застосування проєкту Кодексу.

Стаття 1 (Кримінальне процесуальне законодавство України)

58. Це положення, яке визначає, що є «кримінальним процесуальним законодавством», не є необхідним, а, крім того, є заплутаним, оскільки існують такі норми, що стосуються до кримінального процесу, які не передбачені ні в цьому Кодексі, ні в Конституції, ні в чинних міжнародних договорах. Наприклад, норми, що стосуються структури судустрою або несумісності суддів, застосовні і до кримінального провадження. Було б краще вилучити це положення або уточнити його мету.

⁷³ Точна цитата з англійського перекладу тексту. Курсив додано.

Стаття 2 (Призначення Кримінального процесуального кодексу України)

59. Це положення визначає, що кримінальне провадження здійснюється в порядку, встановленому в проекті Кодексу. Однак проект Кодексу також мав би зазначити з самого початку, що його норми застосовуються і трактуються відповідно до Європейської конвенції та практики Європейського суду. Інакше може виникнути певне протиріччя між статтею 1 проекту Кодексу (в якій говориться, що становить собою кримінальне процесуальне законодавство) і статтею 2, в якій йдеться не про те, що кримінальна провадження здійснюється відповідно до кримінального процесуального законодавства, а про те, що Кодекс встановлює порядок кримінального провадження. Так чи так, як зазначалося в попередньому пункті, стаття 1 проекту Кодексу не є dokonечно потрібною. Хоча стаття 9 наполягає на «врахуванні практики Європейського суду» при застосуванні принципу верховенства права, треба було б чітко зазначити, що норми проекту Кодексу мають тлумачитися відповідно до практики Європейського суду. Отож, це положення слід було б змінити відповідним чином.

Стаття 4 (Визначення основних термінів Кодексу)

60. Це положення по суті правильне, але задовге і повторюване, не будучи водночас, як здається, аж таким необхідним. Визначення призначаються на те, щоб з'ясувати щось, а не ускладнювати. Багато з визначень, що містить ця стаття, вже врегульовано іншими законами (наприклад, термін «прокурор») або визначаються далі, коли заходить мова про конкретні інститути або види провадження (наприклад, що таке оскарження або який суд є судом касаційної інстанції). Інші ж не потрібні тому, що вони є загальними, терміни, відомими всім (наприклад, «суд», «судді» або «судовий розгляд»).
61. Окрім того, треба було б змінити визначення «досудового розслідування». Відповідно до пункту 6 частини 1 існує одне визначення цього терміна, але в наступному ж пункті той самий термін визначається інакше. Крім того, слід усунути різницю між дізнанням (у пункті 5) і досудовим слідством, оскільки вона нічого суттєвого не додає до структури досудової стадії, але водночас створює додаткові складнощі. І, нарешті, широке визначення учасників у пункті 26 викликає проблеми в подальшому, коли проект Кодексу регулює права і обов'язки учасників стосовно конкретних процесуальних дій, тож його слід було б переглянути.

Глава 2. Засади кримінального провадження (ст.ст. 8–30)

Стаття 8 (Загальні засади кримінального провадження)

62. Навряд чи список «загальних засад» потрібен, бо ж усі ці засади розвинуто в наступних розділах. У кожному разі, якщо перелік засад буде збережено, слід вважати позитивним, що ця стаття включає «заборону двічі притягувати до кримінальної відповідальності» (відповідно до статті 60 Конституції) і «свободу від самовикриття», яких не було в попередніх проектах. Однак формулювання можна було б таки зробити яснішими. Так, пропонуємо на початку положення подати дещо перероблену частину 2, у якій би, наприклад, проголошувалося б, що «зміст і форми кримінального провадження повинні відповідати таким засадам». Це дало б змогу виключити частину 3, оскільки, хоч і ясно, що, можливо, є й додаткові засади, окремо не згадані в цій статті, яких так само належить дотримуватися (наприклад, «ефективність» і

«неупередженість»), у положенні, що дає перелік основних засад, що визначають зміст кримінального процесу, недоцільно стверджувати, що він не «не є вичерпним».

Стаття 9 (Верховенство права)

63. Проект Кодексу не є тим законом, в який треба включати визначення принципу «верховенства права», який зазвичай формулюється в Конституції. Утім, це не заважає повторити його в проекті Кодексу, якщо це вважається важливим у практиці системи кримінальної юстиції в Україні. У такому разі слід розглянути, чи не доцільно було б додати, що верховенство права по суті означає, що кожен повинен підкорятися закону.

Стаття 10 (Законність)

64. У першій частині цієї статті сказано, що «порядок кримінального провадження визначається лише кримінально-процесуальним законодавством України», що є повтором, бо той самий принцип закріплює і стаття 5 проекту Кодексу. Тож цю частину слід видалити.
65. Додаткових заперечень щодо змісту цього положення немає, проте, оскільки воно містить норми щодо ієрархії джерел права, а також правила тлумачення, посилення на принцип верховенства права та на неупередженість і об'єктивність службових осіб держави, прокурорів і суддів, то викликає певне замішання. Тому-то частину 4 було б краще подати в частині 2 статті 9 (засади тлумачення). Зміст частини 5 також відноситься до статті 9. Ці проблеми дрібні, але їх розв'язання сприяло б, завдяки поліпшенню структури, кращому розумінню відповідних положень. Отож, це положення слід було б змінити відповідним чином.

Стаття 11 (Рівність перед законом і судом)

66. Це положення, як видається, є повторюваним, бо ж заборона дискримінації і право на рівне ставлення вже закріплені в статті 24 Конституції, а також згадані раніше в статті 7 проекту Кодексу. Було б, може, доцільним переробити статті 7 і 11 проекту Кодексу, створивши одне положення.
67. Що стосується точного формулювання статті 11, то, як видається, існує певне протиріччя в тому, що частина 2 надає «додаткові права» певним категоріям осіб (наприклад, іноземцям), тимчасом як частина 1 забороняє будь-які «привілеї» (наприклад, за ознаками громадянства). Хоча мета положення в цілому зрозуміла, але вираз «додаткові права» може викликати деяке непорозуміння, тож було б доречно ці формулювання доопрацювати.

Стаття 13 (Право на свободу та особисту недоторканність)

68. Частина 1 проголошує, що «особа може триматися під вартою, бути затриманою або обмеженою в праві на вільне пересування в інший спосіб через підозру ...». Треба, втім, дати ясно зрозуміти, що такий захід має винятковий характер. Тож було б доцільно переписати цю частину як заперечне речення, а саме: «Ніхто не може триматися під вартою, якщо ...». Слід також додати, що має бути зазначена вимога щодо «обґрунтованості» підозри, як це викладено в статті 129 проекту Кодексу. Отож тут треба внести відповідні зміни.
69. Частина 2 узгоджується з гарантіями, визнаними в статті 29 Конституції, в тому сенсі, що затримана особа має постати перед суддею протягом 72 годин, а в разі, якщо цієї вимоги не виконано, затримана особа має бути негайно звільненою. Слід, проте, чітко пояснити, що затримана особа має бути доставлена до судді якомога швидше, що строк 72 години є абсолютним максимумом і що такий час не може бути нормою. Це положення, навіть якщо воно не суперечить статті 5 (3) Європейської конвенції, має трактуватися

відповідно до практики Європейського суду для того, щоб 72-годинний строк затримання з винятку не перетворився на правило.

70. Окрім того, слід узгодити статтю 13 з частиною 2 статті 209 проекту Кодексу, оскільки вони встановлюють різні строки (72 години в першому випадку і 60 годин – у другому).
71. Частина 4 слід виключити, оскільки він є повторним щодо частини 2. Слід, проте, зазначити, що будь-яке позбавлення волі на порушення закону і основоположних прав тягне за собою кримінальну та дисциплінарну відповідальність.

Стаття 15 (Таємниця спілкування)

72. Хоча це положення відповідає текстові статті 31 Конституції і статей 246 та 254 проекту Кодексу, використання упереджувальних слідчих дій можливе лише у виняткових випадках, для того, щоб запобігти дуже серйозним злочинам – таким, як терористичні акти або іншим формам серйозної організованої злочинності. Тож у цій статті, а також у статті 246 слід з'ясувати, які саме серйозні або тяжкі злочини дають підстави для таких заходів у виняткових випадках. Широке посилення у статті 15 лише на «тяжкі та особливо тяжкі злочини» призводить до появи ризику невинуватого використання активних слідчих дій, чому слід запобігти шляхом переліку в цьому положенні тих злочинів, щодо яких ці заходи будуть допустимими.

Стаття 18 (Презумпція невинуватості)

73. Ця стаття відтворює дуже близько зміст статті 62 Конституції. Проти цієї норми немає ніяких заперечень, проте було б доцільно зміцнити її зміст, передбачивши, що, поки вина особи не є доведена, вона не тільки вважається невинуватою, але й *поводження з нею має бути відповідним*.

Стаття 19 (Свобода від самовикриття)

74. Право не давати проти себе викривальних свідчень і мовчати є важливою гарантією обвинуваченого в кримінальному провадженні, яке впливає з поняття людської гідності. У цій статті проголошено, що «[ж]одна особа не може бути примушена» свідчити про факти, на підставі яких вона, її близькі родичі чи члени її сім'ї можуть бути обвинувачені у вчиненні кримінального правопорушення.
75. У зв'язку з цим положенням можна було б відзначити два моменти. По-перше, слід зазначити не тільки право не давати проти себе викривальних показань, а й права підозрюваного або обвинуваченого зберігати мовчання, як це зазначено в пункті 4 частини 3 статті 45 проекту Кодексу, коли особу повідомляють про підозру. Окрім того, слід зазначити, що право мовчати і не свідчити проти самого себе вимагає не тільки того, щоб особу не примушували це робити, але й того, щоб її негайно і достатнім чином повідомили про це право. Про це йдеться в частині 2 статті 21 та пункті 4 частини 3 статті 45 проекту Кодексу, однак існування цього обов'язку належить окремо підкреслити щодо права не свідчити проти самого себе і права мовчати.
76. З іншого боку, у цій статті йдеться про два різні права, а саме: (а) право не давати викривальних свідчень проти себе і (б) право не давати показань проти своїх близьких родичів. Цей виняток із загального обов'язку давати показання

поширюється не тільки на обвинуваченого, а й на кожного свідка⁷⁴. Однак, якщо це положення має за мету роз'яснити принципи, застосовні до кримінального провадження, і визначити межі основоположних прав, які визначають їхній зміст, то запропоноване формулювання може призвести до певної плутанини щодо поняття права не давати викривальних показань проти себе самого і права бути звільненим від обов'язку свідчити. Таким чином, назву цього положення слід змінити або перенести право не свідчити проти близьких родичів в іншу статтю.

Стаття 20 (Заборона двічі притягувати до кримінальної відповідальності)

77. Відповідно до статті 61 Конституції, яка визнає принцип *ne bis in idem*, це положення встановлює заборону на висунення обвинувачення чи покарання двічі за один і той самий кримінальний злочин. Однак у ньому слід чітко зазначити, що досудове розслідування припиняється, щойно стане відомо, що підслідний вже був засуджений під судом за тими ж обвинуваченнями.

Стаття 21 (Право на захист)

78. Частина 1 цієї статті містить визначення права на захист. Це визначення не є повним, бо до нього чітко не включено права подавати докази. Звісно, посилення лише на право «давати усні чи письмові пояснення» може в цьому зв'язку вводити в оману, тож пропонувалося б змінити це положення так, щоб прямо забезпечити право подавати докази.

79. З погляду систематизації структури, посилатися в положенні про право на захист у кримінальному провадженні і на право на звернення до Європейського суду, здається, не цілком доречно. Навіть більше, це може створювати хибне уявлення, ніби існує ще один рівень юрисдикції, що забезпечує право на захист, тимчасом як роль Європейського суду полягає у встановленні того, чи справді Висока Договірна Сторона забезпечила, чи ні, право на справедливий судовий розгляд та інші права і свободи, передбачені Європейською конвенцією. За умови збереження змісту цього положення, його було б доцільно подати як окрему норму, не пов'язуючи з правом на захист.

Стаття 23 (Змагальність)

80. Частина 1 вимагає, щоб кримінальне провадження здійснювалося «на основі змагальності, яка передбачає самостійне обстоювання стороною обвинувачення і стороною захисту їхніх правових позицій...», що підкреслює, нехай навіть у занадто складних виразах, що мета проекту Кодексу полягає в переході до більш змагальної моделі кримінального правосуддя, відповідно до якої обвинувачений не вважається об'єктом чи джерелом доказів, а обидві сторони користуються аналогічними правами обстоювати свою позицію перед безстороннім судом. Ця модель передбачає можливість активнішого доручення обвинуваченого до збирання доказів та його участь у досудовій стадії, і підхід цей прямо зазначений у частині 2. Проте, слід ще й указати, що, коли в обвинуваченого немає матеріальних засобів для самостійної організації збирання доказів, змагальність залишатиметься теорією, та й засада процесуальної рівності сторін також буде відсутньою. З метою впровадження змагальної моделі, мають бути передбачені норми щодо витрат та безоплатної правової допомоги, однак із статей 118 та 120 проекту Кодексу не ясно, чи буде витрати на експертів, залучуваних захистом, покриті за рахунок системи безоплатної правової допомоги, чи ні. Якщо ні, проект Кодексу може нібито передбачати змагальність у кримінальному провадженні, та на практиці будь-

⁷⁴ Див., частину 4 статті 65 проекту Кодексу.

який вирок, скоріше за все, опиратиметься майже виключно на докази, зібрані стороною обвинувачення. Ані Європейська конвенція, ані практика Європейського суду не вимагають прийняття конкретної моделі кримінального процесу, однак їх дотримання робить конечними гарантії рівності сторін і ефективного захисту. Таким чином, враховуючи зрушення в бік більшої змагальності процедури, є важливим, щоб якимись іншими нормами, ніж викладеними в статті 23, було забезпечено існування достатніх засобів для гарантування прав на захист тих обвинувачених, які не можуть собі дозволити самостійно збирати докази⁷⁵.

81. Частина 6 передбачає, що «[с]лідчому судді, суду забороняється виступати на стороні обвинувачення або захисту», а ще вимагає від слідчого судді об'єктивності та неупередженості. Справді, об'єктивності чи неупередженості не суперечитиме, якщо слідчий суддя постановляє рішення на користь однієї зі сторін провадження. Власне, кожне рішення буде на користь тієї чи другої сторони. Ясно, що це положення має на меті виразити ідею неупередженості, проте формулювання видається плутаним. Отож було б бажано видалити перше речення цієї частини, оскільки воно не є точним і нічого не додає до другого речення, з якого ясно випливає, що слідчий суддя зобов'язаний діяти відповідно до принципів неупередженості та об'єктивності.

Стаття 24 (Безпосередність дослідження показань, речей і документів)

82. Зміст і мета даного положення, як видається, потребує певного уточнення. Якщо його метою є сформулювати норму, відповідно до якої доказову силу мають лише ті докази, які були подані в суді і були предметом перехресного допиту сторонами, то перші дві його частини здаються непотрібними і заплутаними.
83. Більше того, якщо це положення має на меті встановити норму, згідно з якою при винесенні вироку можуть оцінювати тільки ті докази, які були подані судові безпосередньо, тоді вимога першої частини, щоб прокурор безпосередньо досліджував докази так само, здається, не має особливого сенсу.
84. І, нарешті, також скидається на те, що частина 6 настільки очевидна, що її можна просто видалити: суд, очевидно ж, не зв'язаний висновками і твердженнями жодної зі сторін, бо ж інакше який смисл мав би сам судовий розгляд?

Стаття 25 (Право на оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності)

85. Дуже позитивним є те, що проект Кодексу прямо визнає право сторін і учасників кримінального процесу використовувати передбачені в ньому засоби правового захисту для оскарження рішень, дій та бездіяльності. Проте передбачення в частині 2 права оскаржувати судові рішення в суді вищої інстанції «в незалежності від того, чи брала така особа участь у судовому розгляді» може призвести до ризику того, що сторона навмисно не з'являтиметься на судові засідання для того, щоб оскаржити рішення, ухвалені на них і викликати так невинуваті затримки в судовому розгляді. Було б, відтак, доцільно передбачити, що добровільну відсутність у засіданні належить враховувати, ухвалюючи рішення про прийнятність поданої до вищого суду скарги на рішення, ухвалене в такому засіданні, і внести до цього положення відповідні корективи.

⁷⁵ Див також пункт 31.

Стаття 26 (Публічність)

86. Цим положенням встановлюється принцип обов'язковості переслідування, відомий у деяких правових системах як «принцип законності». Однак назва цього положення – публічність кримінального провадження – це не те ж саме, що «обов'язковість судового переслідування», і її треба змінити, щоб уникнути плутанини.
87. Хоча дискреційні повноваження органів прокуратури щодо відмови від обвинувачення до суду (як передбачено в статті 280 проекту Кодексу) слід якось обмежити, у попередній експертизі було справедливо зауважено, що неухильне дотримання обов'язковості переслідування може бути сумнівним у справах, пов'язаних з неповнолітніми. У положеннях Глави 38, що регулює особливості провадження щодо неповнолітніх, не згадані якісь винятки з застосування принципу обов'язкового переслідування, незважаючи на те, що в більшості систем кримінальної юстиції вважають, що обвинуваченню бажано мати певні дискреційні повноваження задля сприяння перевихованню та реабілітації неповнолітніх. Тож висловлену щодо попередніх проектів пропозицію розглянути доцільність посилання в цьому положенні на можливі і чіткі винятки з принципу обов'язкового судового переслідування в разі неповнолітніх ми підтримуємо, і рекомендуємо внести в нього відповідні зміни.

Стаття 28 (Гласність і відкритість судового провадження)

88. У цілому це положення відповідає пункту 1 статті 6 Європейської конвенції, та при його застосуванні треба також повною мірою враховувати відповідну практику Європейського суду щодо прав, передбачених статтями 8 і 10, а саме, на повагу до приватного і сімейного життя та на свободу вираження поглядів.
89. Так, у першій частині, яка ледь не дослівно повторює норму статті 11 Закону «Про судоустрій...», йдеться про доступ до рішень і інформації щодо результатів судового розгляду сторін, учасників та осіб, які не брали участі в судовому розгляді, але стверджують наявність законних інтересів. Доступ до всіх рішень, що стосуються до справи, а також до всієї інформації щодо судового розгляду може, однак, бути обмежений у тих випадках, коли судом, наприклад, вжито заходи програми захисту свідків, тому-то слід визнати можливість винятків із правила, згідно з яким «Ніхто не може бути обмежений у праві на отримання в суді інформації про дату, час і місце судового розгляду та про ухвалені в ньому судові рішення».
90. Крім того, було б, мабуть, доцільно додати, як у пункті 1 статті 6 Європейської конвенції, що гласність судового розгляду та інших судових слухань може бути також обмежена, якщо така гласність зашкодила б «інтересам правосуддя».
91. Окрім того, слід зазначити, що пункти 4 і 5 частини 2 повторюються – принаймні в англійській версії.
92. Частина 6 регулює умови, за яких представники ЗМІ можуть вести аудіо- чи відеозапис у залі судових засідань. Можуть вони це робити тільки «на підставі ухвали суду та згоди учасників кримінального провадження». Роль ЗМІ у здійсненні правосуддя та умови, за яких може здійснюватися аудіо запис судового розгляду, його радіо- чи телетрансляція, є предметом широкого обговорення серед учених і практиків. Однак вимога згоди «усіх учасників» для здійснення аудіо- чи відеозапису судового засідання в першій інстанції може невиправдано обмежити гласність судового розгляду в тих справах, які викликають значний суспільний інтерес. Звичайно, зважаючи на широке

визначення «учасників» у пункті 26 частини 1 статті 4 проекту Кодексу, було б, мабуть, недоцільним питати згоди перекладача або судового розпорядника про дозвіл на трансляцію слухань. Краще замість того, щоб дозволяти трансляцію лише «з дозволу всіх учасників», від суду б вимагалось зробити висновок про наявність якихось досить вагомих заперечень, які б дали підстави виключити всякий аудіо- чи відеозапис або здійснення такого запису щодо конкретної особи.

93. Обсяг обмеження, встановленого в частині 7, яка дозволяє пропускати інформацію, для дослідження якої проводилося закрите судове засідання, при прилюдному проголошенні вироку, здається надмірним та таким, що не відповідає вимогам прозорості при здійсненні правосуддя. Було б належним передбачити, що хоч інформація, яка обґрунтовано потребує захисту, публічно не оголошується, ніякої загальної заборони посилатися на інформацію, розглянуту в закритому засіданні, при прилюдному проголошенні рішення бути не має.

Стаття 30 (Мова, якою здійснюється кримінальне провадження)

94. Це положення гарантує підозрюваному/обвинуваченому право уживати свою власну мову, якщо він або вона недостатньо володіє державною мовою, а також на допомогу перекладача й отримання певних документів у перекладі. Як таке це положення не становить жодної проблеми, проте, якщо розглядати його, пам'ятаючи про правила щодо витрат, то не є чітко визначеним, чи забезпечується право на таку допомогу безкоштовно відповідно до вимог підпункту (с) пункту 3 статті 6 Європейської конвенції. Звичайно, частина 1 статті 120 проекту Кодексу ніяк не згадує про витрати перекладачів, а частина 2 статті 120 не повністю охоплює право на безоплатну допомогу перекладача, бо стверджує тільки те, що витрати, пов'язані з «залученням перекладачів для перекладу показань підозрюваного, обвинуваченого і потерпілого, здійснюються за рахунок Державного бюджету України»). Більш того, частина 4 статті 120, забезпечуючи відшкодування витрат на відрядження перекладача, виплату добових і винагороди, не вказує, чи покриватиме держава такі витрати в випадку обвинуваченого, який не говорить державною мовою чи її не розуміє.

95. Отже, стаття 30, у поєднанні зі статтею 120, можуть і не відповідати вимогам підпункту (е) пункту 3 статті 6 Європейської конвенції та практиці Європейського суду⁷⁶. Тому-то треба роз'яснити дію цих положень і, якщо необхідно, відкоригувати їх для виконання вимог підпункту (е) пункту 3 статті 6 Європейської конвенції.

Глава 3 Суд, сторони та інші учасники кримінального провадження (статті 31-8)3

Стаття 32 (Склад суду)

96. Відповідно до основоположного права на «законного суддю», попередньо встановленого законом, ця стаття визначає, який буде склад суду у різних категоріях кримінальних справ. Пункт 1 статті 6 Європейської конвенції встановлює право на розгляд справи «незалежним і безстороннім судом, встановленим законом», і залишає на розсуд творців національних норм

⁷⁶ Див, наприклад, справу «Камасінські проти Австрії» (*Kamasinski*), № 9783/82, 19 грудня 1989 р., і «Лагерблом проти Швеції» (*Lagerblom*), № 26891/95, 14 січня 2003 р.

регулювання питань підсудності та складу суду, за умови гарантій незалежності та неупередженості судової влади. Склад судів, передбачений у цій статті, загалом здається адекватним, уможливаючи ухвалення рішення в справі суддею одноосібно, якщо покарання не таке серйозне, передбачаючи можливість суду у складі трьох суддів у справах про вчинення тяжких злочинів, та можливість обвинуваченому постати перед змішаним судом присяжних у справах, в яких передбачено покарання довічним позбавленням волі.

97. Є, втім, один момент, який може викликати стурбованість, і пов'язаний він із тим, що колегія в складі трьох суддів для розгляду справ, які пов'язані з покаранням у вигляді 10 років позбавлення волі або більше, створюється відповідно до частини 3 тільки «на клопотання» обвинуваченого. У справах, пов'язаних з такими серйозними покараннями, було б бажано, щоб суд завжди складався з трьох суддів, а не лише на клопотання обвинуваченого. І це зокрема правильно тому, що таке клопотання може бути сприйнятим неправильно або помилково витлумаченим як вираз особистої недовіри до одного судді. В інтересах правосуддя в проекті Кодексу треба передбачити, що в кримінальних справах, результатом розгляду яких може бути накладення такого суворого покарання до позбавлення волі, рішення, як правило, в будь-якому випадку виносить колегія з трьох суддів.
98. Окрім того, треба внести зміни до частини 7, щоб було ясно: суд, який здійснює перегляд рішень за нововиявленими обставинами, має інший склад, аніж той, у якому було винесене початкове рішення у справі, щоб уникнути можливого порушення гарантій неупередженості статті 6 Європейської конвенції⁷⁷.

Стаття 34 (Територіальна підсудність)

99. Критерії визначення територіальної підсудності кримінальних судів, які визнано в цій статті, не є незвичайними: суд *delictii commissi* і спеціальні положення для пов'язаних злочинів та правопорушень, місце вчинення яких поки невідоме.
100. Утім, норма, яка міститься в першому реченні частини 2, може викликати деякі сумніви щодо її відповідності одній із істотних процесуальних гарантій, а саме: праву на розгляд справи суддею, заздалегідь установленим законом. Це право гарантує об'єктивність критеріїв визначення компетентного суду і, таким чином, дозволяє уникнути маніпуляцій чи підбору судів в кожному конкретному випадку. Право на те, щоб відповідний суд був попередньо встановлений законом, вимагає не тільки того, щоб суд уже існував до появи справи, але й того, щоб установлення правил підсудності і визначення місця розгляду справ теж передували справі в часі та відповідали об'єктивним критеріям. Частина 2, яка відтворює зміст частини 6 статті 48 Закону «Про судоустрій і статус суддів», встановлює, що «підсудність справи щодо обвинувачення судді у вчиненні злочину визначається Головою Верховного Суду України». Обґрунтуванням цієї спеціальної норми визначення територіальної підсудності може бути бажання уникнути того, щоб такого суддю судили в тому ж суді, де він обіймає посаду. Однак це положення буде прийнятним тільки в тому разі, якщо визначення територіальної підсудності Головою Верховного суду проводиться згідно з об'єктивно встановленими юрисдикційними нормами. Без такої умови виникає ризик того, що суддів судитимуть у суді, визначеному волею не закону, а однієї людини, а саме: Голови Верховного Суду. З метою забезпечення незалежності судової влади і кожного судді зокрема правила щодо підсудності мають бути ясними, об'єктивними і з самого початку визначатися в законі. Отже, це положення треба відповідним чином відкорегувати.

⁷⁷ Див, наприклад, *Обершлік проти Австрії*, № 11662/85, 23 травня 1991 р.

Стаття 35 (Інстанційна підсудність)

101. Зазвичай кримінальні процесуальні кодекси, коли йдеться про принцип *res iudicata*, дозволяють повторно відкривати провадження у справах, розгляд яких було завершено винесенням остаточного вироку, тільки в виняткових випадках. З міркувань справедливості процесуальні норми можуть припускати порушення принципу *res iudicata* на користь засудженого підсудного. Усе ж, оскільки цей засіб правового захисту є винятковим, то юрисдикція, як правило, належить вищим судам, які насамперед досліджують питання про наявність законних підстав для відновлення провадження в справі. Віднесення підсудності до одного суду вищої інстанції гарантує застосування одного з принципів судової діяльності – характеру *res iudicata* вироків – і так само дозволяє застосовувати єдині критерії для відновлення провадження в справах. Слід тому поміркувати, чи належить перегляд або поновлення провадження у кримінальній справі за нововиявленими обставинами відносити до юрисдикції того ж суду або судді, який виніс був рішення, що переглядається.

Стаття 36 (Направлення кримінального провадження з одного суду до іншого)

102. Називаючи це «направленням», дане положення вносить зміни в правила територіальної підсудності з огляду на такі міркування, як кількість свідків або місце проживання обвинувачених. Хоча певна гнучкість у регулюванні територіальної підсудності і є позитивною, забагато свободи дій і відкритих норм на практиці може викликати появу проблем, і не тільки зі строками провадження, але й з передбачуваністю. Врешті-решт, судовий розгляд у справі обвинуваченого може відповідно до норм проекту Кодексу здійснюватися за місцем скоєння ним злочину, за місцем його проживання, за місцем проживання більшості свідків або більшості потерпілих, і це може призводити до значної невизначеності, а також створювати ризик маніпуляції всупереч праву на природного суддю. Отож слід уточнити, що переважну силу має загальна норма про територіальну підсудність (*forum delictii commissi*), якщо тільки інтереси правосуддя не дають підстав перенести розгляд за місцем проживання обвинуваченого, більшості потерпілих чи свідків. В іншому разі направлення до іншого суду може викликати невинуваті затримки.

103. Крім того, не годиться передбачати можливість зміни місця розгляду без заслуховування аргументів обвинуваченого, тож текст частини 2 слід відкоригувати так, щоб забезпечити йому перед цим можливість викласти свою думку.

104. І, нарешті, треба уточнити, чи частина 5 передбачає відновлення судового провадження з самого початку, чи його продовження. Відновлення з самого початку сприяє дотриманню принципу безпосередності, але водночас може призводити до значних затримок і додаткових витрат. Отож-то слід чітко зазначити, що при направленні провадження слід взяти до уваги такі наслідки і спробувати обмежити такі випадки направлення лише вкрай нагальними.

Стаття 37 (Автоматизована система документообігу суду)

105. Використання автоматизованої системи документообігу є дуже позитивним не тільки для раціоналізації роботи, але й для забезпечення права на незалежного й неупередженого суддю. Незважаючи на цю позитивну оцінку, треба уточнити, що має на увазі положення частини 3, відповідно якого автоматизована система документообігу має враховувати «при розподілі справ спеціалізацію суддів». Не ясно, яка спеціалізація тут мається на увазі, адже в проекті Кодексу немає жодних посилань на існування будь-яких спеціалізованих кримінальних судів.

Стаття 38 (Прокурор)

106. Проект Кодексу – у відповідності із Законом України «Про прокуратуру» – передбачає сильну прокуратуру з жорсткою ієрархічною структурою. Слід звернути увагу на ті небезпеки, з якими пов'язана велика залежність слідчих від прокурора. Останній не тільки контролює хід досудового розслідування, але й має повноваження спрямовувати його, віддавати точні вказівки слідчим і навіть може призначати та відсторонювати слідчих в зв'язку з конкретними розслідуваннями. Як правило, контроль за дотриманням слідчим своїх професійних обов'язків має закріплюватися за відповідним відомством, а призначати його для проведення розслідування справи чи відсторонювати від нього прокурор мав би тільки в певних випадках. Можна сказати, що прокурор є найпотужнішим інститутом в системі кримінальної юстиції, передбаченої в проекті Кодексу, однак тільки життя покаже згодом, чи така модель кримінального переслідування є в Україні найпридатнішою. Окрім того, положення пункту 4 частини 1 статті 38, яке передбачає виняткове повноваження прокуратури «в необхідних випадках особисто проводити окремі слідчі (розшукові) чи процесуальні дії або повне розслідування», суперечить загальному підходу до розслідування, який схвалюється в пункті 23 цього Висновку, і над ним слід ще раз подумати. Утім, подальші зауваження мають на меті обговорення не моделі прокуратури, а норм проекту Кодексу.

107. Частина 2, в якій встановлюється, що прокурор здійснює нагляд за досудовим розслідуванням щодо суддів і інших посадових осіб, є зайвою і такою, що спричиняє плутанину. Ця норма вже закріплена в загальному обов'язкові перевіряти законність усього досудового слідства⁷⁸. Згадка в цьому положенні про наглядові повноваження щодо справ із окремими обвинуваченими може створити неправильне враження, ніби його участь у таких справах відрізнятиметься від участі в розслідуваннях щодо «звичайних» громадян.

108. Частина 5 нагадує про незалежність прокурора при виконанні своїх обов'язків. З огляду на виняткову важливість цього принципу прокуратури дану заяву слід помістити в самий початок статті 38, а не в кінець довгого переліку обов'язків.

Стаття 39 (Участь прокурора у судовому провадженні)

109. Обов'язки, що покладено на прокурора відповідно до цього положення, згадані всі вже в статті 38, тож це положення слід виключити.

Стаття 40 (Заміна прокурора)

110. Частина 2 цього положення повторює те, що вже зазначено в частині 3 статті 38 і, отже, щоб уникнути непотрібних повторів, це положення також слід вилучити.

Стаття 45 (Підозрюваний, обвинувачений)

111. У цій надзвичайно довгій і детальній статті перелічено права та обов'язки підозрюваного і обвинуваченого. Можливо, немає кінцевої потреби перераховувати всі права, а також процесуальні дії, на які має право обвинувачений чи підозрюваний, бо ж усі ці права вже сформульовано й відрегульовано в проекті Кодексу. Однак для дотримання європейських стандартів у галузі прав людини важливе значення має ефективне втілення цих прав на практиці й, отже, в частині 3 слід чітко встановити, що підозрюваного, обвинуваченого повідомляють про його права чітко і належним чином.

⁷⁸ Частина 3 статті 5 та стаття 29 Закону «Про прокуратуру».

112. Більш того, як уже згадувалося принагідно у зв'язку зі статтею 23⁷⁹, якщо розкриття змісту матеріалів і доказів, зібраних під час досудового слідства, проводиться тільки після його завершення, достатнім чином запровадити змагальність у процес не можна. Щоб підозрюваний чи обвинувачений міг брати достатню участь у зборі доказів, він мусить мати доступ до документів ще під час проведення досудового розслідування, якщо тільки відкриття не завдасть шкоди результатам і ефективності розслідування. Звичайно ж, матеріали справи мають бути доступними після завершення досудового розслідування і перед надходженням справи до суду, але підозрюваний та обвинувачений має звичайно отримувати доступ до них ще раніше, тож пункт 14 частини 3, було б треба з огляду на це змінити.

113. Слід також зазначити, що в частині 3, здається, є елемент повторення, а саме в тому, що і пункт 14, і 19 стосуються до права на відкриття матеріалів.

Стаття 46 (Виправданий, засуджений)

114. Слід поміркувати, чи так вже треба давати визначення терміну «виправданий», бо він ніби не викликає якихось труднощів. З іншого боку, друга частина цього положення («виправданий, засуджений має всі права обвинуваченого, передбачені статтею 45 цього Кодексу») не є ані точною, ані необхідною. І виправданий, і засуджений мають права підсудних (відповідачів), бо їхнє становище в провадженні є становищем підсудних, чи підсудних за апеляцією, або підсудних за касацією і т.д. Тож це положення слід або виключити, або перенести до частини 2 статті 45.

Стаття 48 (Захисник)

115. Це положення можна було б вважати зайвим. Звісно, воно наголошує на відсутність конечної потреби в статті 46, бо ж у ньому немає і згадки про те, що захисник є також і адвокатом, який забезпечує функції захисту засудженого або виправданого за апеляцією, що самоочевидне.

Стаття 49 (Загальні правила участі захисника в кримінальному провадженні)

116. Хоча було б резонно передбачити, що виступати в суді чи втручатися в рамках надання правової допомоги особам, що перебувають під вартою, дозволяється тільки одному адвокату (або обмеженому їх числу), сама кількість адвокатів, з якими воліє працювати підозрюваний чи обвинувачений над своїм захистом, є питанням, що виходить за рамки проекту Кодексу, і не повинно б обмежуватись якимись правовими нормами так, як це прагне зробити ця частина. Це питання – приватна справа, вирішувати яку має відповідна особа, з урахуванням згоди (або її відсутності) захисників працювати в команді. Тож частину 1 слід узагалі виключити.

Стаття 50 (Права захисника)

117. Зміст цього положення, яке передбачає право обвинуваченого користуватися допомогою захисника, мати зустрічі з ним сам на сам до і після першого допиту цілком відповідає Європейській конвенції та практиці Європейського суду щодо права на допомогу адвоката. Окрім того, в ньому визнається конфіденційність документів, що відносяться до відносин захисника з його клієнтом.

118. Проте з юридичної точки зору не правильно говорити про «права захисника», бо ці права – права обвинуваченого, якими захисник користується від його імені (ту ж концептуальну помилку можна знайти у частині 4 статті 62, коли йдеться про

⁷⁹ Див., пп. 80-84.

«права представника потерпілого»), і для відображення такої позиції це положення слід змінити. У тому ж самому сенсі було б треба поміркувати, чи правильно в частині 4 встановлювати, що державні установи «зобов'язані виконувати» законні вимоги захисника. Може, ця проблема вникла внаслідок перекладу, але в європейських країнах державний службовець ніколи не зобов'язаний «виконувати» приватні вимоги, тож це тут, мабуть, мається на увазі, що державні установи «ставитимуться з увагою» чи «сумлінно розглядатимуть» запити адвоката, за умови їхньої «законності». З метою впровадження принципу змагальності, встановленого в статті 23 проекту Кодексу, реалізація цього положення повинна супроводжуватися належним навчанням працівників державних установ щодо того, як вони мають співпрацювати з захисниками в рамках розслідування і збору доказів у кримінальному процесі. В іншому випадку забезпечити досягнення мети, визначеної в частині 4 статті 50, буде важко.

119. Окрім того, треба узгодити статті 45 і 50. Пункт 3 частини 3 статті 45 передбачає право підозрюваного на присутність адвоката під час допиту та інших процесуальних дій, а стаття 50 згадує лише про право конфіденційної зустрічі до і після допиту. Таким чином, слід, уточнивши роль захисника під час допиту, ці два положення узгодити.

Стаття 51 (Обов'язки захисника)

120. У перших двох частинах цього положення викладено істотно важливі обов'язки захисника з обстоювання інтересів обвинуваченого. Було б, однак, доречно ще згадати окремо і обов'язок захисника слідкувати за дотриманням правових норм та основних прав свого клієнта в ході провадження, а також повідомляти про можливі їх порушення.

Стаття 52 (Залучення захисника)

121. Умови частини 1 є достатніми з погляду гарантій права підозрюваного, обвинуваченого – безпосередньо або з допомогою родичів – зв'язатися з захисником і домовитися з ним про надання правової допомоги. Як така вона цілком відповідає Європейській конвенції. Утім, щоб забезпечити відсутність будь-якого неналежного впливу на вибір захисника, було б, може, корисно додати, що слідчий, прокурор, суд утримуються від того, щоб давати обвинуваченому поради щодо того, з ким йому зв'язуватися, або рекомендувати йому для надання допомоги будь-яких фахівців.

122. Що ж до частини 3, то тут важливо підкреслити: мати можливість призначити захисника обвинуваченому не повинен жодний орган публічної влади (слідчий, прокурор, навіть суддя): терміновість не є підставою для обмеження основоположного права обвинуваченого на призначення захисника за власним вибором. Окрім того, в разі, якщо обвинувачений має отримати чергового адвоката, то така особа має бути призначена негайно колегією адвокатів чи іншим незалежним органом, а не слідчим або прокурором, які беруть участь у кримінальному провадженні. Отож це положення слід би було відповідним чином відкоригувати.

Стаття 54 (Підтвердження повноважень захисника)

123. У більшості континентальних правових систем Європи нормою є те, що від самого початку захисником виявляється зареєстрований адвокат. Як правило, він також має посвідчення відповідної колегії адвокатів, що підтверджує його статус практикуючого адвоката. В будь-якому випадку надмірні формальності не мають стояти на заваді здійсненню права обвинуваченого на правову допомогу, тож було б доцільно їх у цьому положенні спростити. А ще письмова угода теж би не мала

бути обов'язковою умовою надання допомоги, коли підозрюваного тільки-но затримано і він дає свою усну згоду на те, щоб його представляв адвокат.

124. У кожному разі, питання, що регулює це положення і стаття 55 (Договір із захисником і клієнтом-обвинуваченим), – це питання, які б було доречніше віднести до сфери регулювання відповідного закону про адвокатську діяльність і адвокатуру. Тому це положення слід було б відповідним чином змінити.

Стаття 56 (Обов'язкова участь захисника)

125. Це положення визначає категорії справ, в яких допомога захисника є обов'язковою. Як загальне правило, участь захисника є обов'язковою у провадженні в справах «щодо особливо тяжких злочинів», тобто таких, за які передбачене законом покарання перевищує 10 років позбавлення волі. Коли йдеться про менш тяжкий злочин, обвинувачений, як передбачає частина 1 статті 58, може відмовитися від права на допомогу захисника.

126. Утім, коли це положення розглядати під кутом зору норм про правову допомогу, з'являються певна стурбованість щодо права на захист і процесуальної рівності сторін: безоплатна правова допомога надається тільки в тих кримінальних справах, в яких участь захисника є обов'язковою. Це означає, що в переважній більшості кримінальних справ безоплатної правової допомоги надано не буде. Отож, ті з обвинувачених, яким бракує достатніх економічних ресурсів, повинні будуть брати участь в кримінальному провадженні, не отримуючи допомоги захисника. Втілити в життя змагальну модель неможливо без захисника, і, отже, відсутність правової допомоги становитиме порушення принципу рівності сторін⁸⁰.

127. Окрім того, участь захисника гарантовано – відповідно до статті 272 проекту Кодексу – тільки з моменту повідомлення про підозру, яке не обов'язково здійснюватиметься на самому початку розслідування, тож права підозрюваного на захист, якщо його не затримано – цілком може бути порушено.

128. Призначення захисника – відповідно до пунктів 1 і 2 частини 2 – є обов'язковим також і в тих справах, у яких підозрюваним чи обвинуваченим є неповнолітній – «з моменту встановлення факту неповноліття». Ці положення треба змінити так, щоб захисник призначався відразу ж за наявності будь-яких ознак того, що підозрюваний чи обвинувачений є або може бути неповнолітнім, а не після того, як це точно встановлено. Визначення віку людини може бути доволі складним і потребувати різних медичних експертиз. На час цієї процедури і доки вік підозрюваного таки не буде встановлено, йому слід забезпечити право на допомогу захисника.

Стаття 57 (Залучення захисника до проведення окремої процесуальної дії)

129. З точки зору основоположного права на допомогу захисника, як уже було зазначено⁸¹, призначати адвоката має не слідчий, прокурор або суд, навіть якщо в цьому є очевидна нагальна потреба. У справді нагальних випадках (і не тільки, щоб уникнути незручностей), нормою, якщо призначений обвинуваченим адвокат не з'являється, має бути відкладення відповідних процесуальних дій і попередження захисника щодо його можливої відповідальності за будь-яке нез'явлення без вагомих причин. Якщо ж дію аж ніяк не можна перенести на інший день, то, як правило, захисник, що відповідає за справу, посилає замість себе адвоката, що працює разом з ним в одній структурі, або іншого надійного адвоката. Якщо ж це

⁸⁰ Див., також пункт 10.

⁸¹ Див., пп. 121-122.

виявиться неможливим, то слід надіслати негайно запит до об'єднання адвокатів (орган самоврядування адвокатури відповідно до проекту Кодексу) або до іншого незалежного органу з проханням невідкладно виділити чергового адвоката для участі в цій окремій дії, яку не можна відтермінувати. Призначати адвоката слідчі чи прокурори в жодному разі не мають: їхня єдина функція має обмежуватися спрямуванням доручення до об'єднання адвокатів. Окрім того, будь-які висновки щодо термінового характеру дії має робити судовий орган. Отож у положення цієї частини слід внести відповідні зміни.

Стаття 59 (Потерпілий)

130. У частині 5 йдеться про те, що в разі, якщо заява про залучення до провадження як потерпілого, подана особою, якій не завдано шкоди, то слідчий або прокурор своєю мотивованою постановою відмовляє в визнанні особи потерпілою. Ця постанова може бути переглянута слідчим суддею. Слід, однак, чітко передбачити, що у визнанні особи потерпілою може бути відмовлено тільки за наявності безперечних даних або чітких доказів того, що така людина потерпілою не є. Об'єктом кримінального провадження якраз і є точне встановлення того, чи було заподіяно шкоду, чи ні, тож потерпілого, не виключено, невинувато виключать із провадження, бо з самого початку не є самоочевидним, що йому було заподіяно шкоду. Оцінити це особливо важко на початку провадження в тих справах, в яких йдеться про заподіяння матеріальної шкоди юридичній особі. Отже, це положення слід відповідним чином від корегувати.

Стаття 60 (Права потерпілого)

131. Намагання в проекті Кодексу детально перераховувати кожне право кожної зі сторін або учасників не сприяє більшій ясності. Як вже було зазначено вище⁸², через це складно користуватись таким юридичним документом.

132. Положення пункту 4 частини 1 є нечітким. Якщо воно стосується права на відшкодування, то право це виникатиме на основі судового рішення про відшкодування, але потерпілому не належить право вимагати повернення або отримання майна чи документів, вилучених у підозрюваного або обвинуваченого. Якщо ж йдеться про право на збереження майна, що насправді належить потерпілому, то запобіжні заходи постановляє застосувати суддя, а вони зазвичай не передбачають «права потерпілого отримати майно». Тому сферу дії цього положення слід уточнити.

Стаття 65 (Свідок)

133. У частині 2 цього положення перелічено осіб, які «не можуть бути допитані як свідки» про зазначені різні відомості, тимчасом як частина 3 пояснює, що «особи, передбачені пунктами 1-5 частини другої» можуть звільнитися від обов'язку зберігати професійну таємницю особою, яка доручила їм такі відомості. Проте на початку допиту свідка не завжди ясно, чи торкатимуться запитання професійної таємниці, чи ні. Отже для кожної особи важливо ще до допиту бути поінформованою про свої права та обов'язки, а також про винятки з обов'язку давати свідчення. З метою передбачити таку вимогу це положення слід змінити.

134. Окрім того, існують також інші конфіденційні відносини, які слід також захистити – такі, як право журналістів не розкривати джерела своєї інформації. Це право закріплене в конституціях низки європейських країн, і його слід тут розглядати як право відмовитися від дачі показань відповідно до гарантій статей 8 і 10 Європейської конвенції. Оскільки ж відмова від дачі показань, за винятком

⁸² Див., пп. 49-50 і 111.

здійснення відповідного права на відмову, тягне за собою відповідальність згідно зі статтею 67, перелік осіб, що звільняються від неї, слід переглянути й доповнити так, щоб він охоплював усіх осіб, на яких поширюється зобов'язання щодо збереження професійної таємниці.

135. Частина 4 передбачає право свідка відмовитися давати показання щодо самого себе і його близьких родичів та членів сім'ї. Таке ж положення – можливо, зайве – повторюється в пункті 3 частини 1 статті 66. Слід зазначити, що право відмови від дачі показань пов'язане з правом не давати викривальних показань проти себе чи близьких членів сім'ї, але це не означає, що від свідка не можна вимагати відповіді на загальні запитання, що стосуються його самого (наприклад, «Чи Ви проживаєте за такою адресою? Чи часто Ви бачитеся з підозрюваним у нього вдома?»).

Стаття 66 (Права та обов'язки свідка)

136. Пункт 2 частини 1 визнає право свідка «користуватися правовою допомогою» при наданні показань. Зазвичай свідку не надають права на допомогу адвоката, але, якщо свідок того побажає, це йому слід дозволити. Утім, в цьому положенні слід дати ясно зрозуміти, що про існування цього права свідка повідомляють, аби уникнути ризику того, що підозрюваного викликають і допитують як свідка, не попередивши раніше про його права.

Стаття 69 (Експерт)

137. Проект Кодексу віддає перевагу моделі призначення експертів сторонами, а не судом, хоча стаття 326 дозволяє також і судді призначати експертів. Однак з метою забезпечення процесуальної рівності сторін положення про безоплатну правову допомогу мають поширюватися і на гонорари експертів, призначених обвинуваченим, який не має достатніх фінансових ресурсів для цієї мети. На практиці експерт погоджуватиметься з завданням тільки в тому разі, якщо він отримає достатню винагороду за свою працю і якщо витрати будуть покриті з самого початку. Поки з проекту Кодексу та Закону «Про безоплатну правову допомогу» не ясно, чи винагорода експерта входить в ту безоплатну правову допомогу, право на яку тепер передбачено. Це питання потребує уточнення, щоб можна було запровадити положення щодо такої винагороди, якщо їх ще немає.
138. Пункт 4 частини 4 покладає на експерта обов'язок не розголошувати в суді будь-якої інформації, отриманої без дозволу сторони, яка його найняла. Мета даного положення не ясна. Чи полягає вона в тому, щоб забезпечувати змагальність судового провадження, позбавляючи суддю, що бере участь у розгляді, доступу до висновку експерта до початку розгляду, але, якщо це так, то експертизу в суд першої інстанції не слід надавати в будь-якому випадку – навіть з дозволу сторони. Однак, якщо експертний висновок виготовлено на призначення сторони обвинувачення, обвинувачений має – беручи до уваги існування обов'язкового повного відкриття матеріалів після завершення досудового розслідування – одержати доступ до всіх матеріалів, включно з висновками експерта, і може вільно розкривати його на досудовій стадії або представити його як докази до суду. Слід уточнити мету цього положення.
139. Слід також зазначити, що межі дії заборони на розкриття експертом, спеціалістом, свідком чи перекладачем – у пункті 4 частини 4 статті 69, пункті 3 частини 5 статті 71, пункті 3 частини 2 статті 66 та пункті 4 частини 3 статті 68, відповідно, – відомостей, які їм стали відомими під час виконання ними своїх обов'язків у ході судового розгляду, треба було б теж уточнити, оскільки, якщо вона занадто широка, то це могло б призвести до обмеження їхніх прав за статтею 10 Європейської конвенції.

Стаття 76 (Недопустимість повторної участі судді в кримінальному провадженні)

140. Жодних заперечень щодо змісту цього положення немає, проте слід поміркувати, чи можна було його викласти чіткіше, уникаючи непотрібних і громіздких повторів.

Стаття 78 (Підстави для відводу захисника, представника)

141. Треба було б уточнити, з якої причини в пункті 3 частини 2 захисника позбавлено можливості брати участь у розгляді, коли він є близьким родичем обвинуваченого. Чому обвинувачений не може найняти свого близького родича як захисника, відразу зрозуміти важко.

Стаття 80 (Заява про відвід)

142. Частина 3 цього положення встановлює, що відводи можуть заявлятися на досудовій стадії і на стадії судового розгляду, проте слід чітко вказати, що відвід на першій зі згаданих стадій має заявлятися, щойно стане відомі підстави для нього, як це передбачено в частині 4 щодо прийнятності відводу на початку судового розгляду.

Стаття 81 (Порядок вирішення питання про відвід)

143. Відповідно до частини 1 статті 81, рішення про відвід слідчого судді, як видається, ухвалює той самий слідчий суддя, щодо якого заявляється відвід. Такого не достатньо для забезпечення права на неупередженого суддю. Заява про відвід, таким чином, мала б насамперед подаватися слідчому судді, щодо якого цей відвід заявляється, а якщо він відмовляється її приймати, то остаточне рішення має ухвалювати інший суддя.

Стаття 82 (Наслідки відводу судді, слідчого судді)

144. Було б доцільно привернути увагу до можливих наслідків необґрунтованого самовідводу. Досвід показує, що неможливо виключити зловживання з посиланням на якісь підстави для самовідводу з єдиною метою – уникнути прийняття рішення з конкретних справ, які є дуже складними, вимагають великих витрат часу або пов'язані з «чутливими» питаннями. Отож самовідвід завжди має бути обґрунтованим і розглядатися іншим суддею або судом.

Глава 4. Докази та доказування (ст. 84-101)

Стаття 84 (Докази)

145. Можливо, ця проблема виникла через переклад, але посилання на обставини, які є «важливими» для кримінальної справи, було б доречніше замінити посиланням на обставини, які «мають значення». (У перекладі англійською справді обставини, "які мають значення", перекладено як "important" – прим. перекладача).

Стаття 87 (Недопустимість доказів, отриманих внаслідок суттєвого порушення прав та основоположних свобод людини)

146. Відповідно до статті 62 Конституції, яка встановлює, що «обвинувачення не може ґрунтуватися на незаконно отриманих доказах або припущеннях», стаття 87 КЗК визначає, які докази повинні визнаватися недопустимими. У частині 2 визначено, які «зокрема» діяння повинні визнаватися «суттєвим порушенням прав людини» з метою визначити неприпустимість будь-які доказів, отриманих у такий спосіб. Це положення, як видається, являє собою крок у правильному напрямку на шляху запобігання зловживанням при зборі доказів, встановлюючи правило про виключення доказів. Слід, утім, відзначити, що надане визначення діянь, які вважаються «суттєвим порушенням прав людини», не є вичерпним, з огляду на

вживання слова «зокрема». Тим не менш, ілюстративний характер переліку слід іще увиразнити, а перелік доповнити згадкою про показання, отримані без попереднього повідомлення підозрюваного або обвинуваченого про його право мовчати. Іншою підставою, з якої докази вважалися б недопустимими, могло б бути порушення права на перехресний допит.

147. Хоча визначення недопустимих доказів, як правило, загалом вважається позитивним підходом, проте, здається, не передбачено належної процедури, щоб запобігти поданню таких доказів в суді першої інстанції. Згідно з загальними нормами доказування в ході судового розгляду статті 342, рішення про недопустимість доказів не згадується. Окрім того, коли заходить про належну основу для винесення вироку в частині 3 статті 367 теж не згадано, що вирок не може бути заснований на недопустимих доказах. Тільки в статті 93 – в якій регулюється питання оцінки доказів – є коротке посилання на оцінку доказів «з точки зору ... допустимості». Внаслідок цього існує ймовірність того, що норми про виключення доказів залишатимуться просто декларацією без реального застосування на практиці, оскільки не очевидно, які слід здійснити кроки для того, щоб виключити такі докази з судового розгляду. Так само, як здається, це питання має розглядатися на підготовчому засіданні суду відповідно до ст. 309 і в подальшому. Вирішення цього питання є особливо важливим у випадку суду присяжних, оскільки члени лави присяжних в жодному разі не мають зважати на незаконно отримані докази, а про це ані слова не сказано у статті 382. От тому є потреба уточнити, як саме недопустимі докази не будуть подаватися до суду першої інстанції.

Стаття 91 (Тягар доказування)

148. Стаття 62 Конституції цілком справедливо передбачає, що «усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь», але частина 3 цього положення насправді нічого суттєвого у зв'язку з цим не додає і насправді видається плутаною в своїх формулюваннях. Отже, було б добре це положення переформулювати ясніше.

Стаття 93 (Оцінка доказів)

149. Відповідне положення, що починається з посилання на міркування моралі (В англійському перекладі змість *inner conviction* вжито *moral certainty*, звідки й коментар - прим перекладача), якими послуговуються органи слідства, прокуратури і суду при оцінці доказів, а потім в цьому відношенні згадує «свідомість» (У англійському перекладі замість *правосвідомості* фігурує просто *свідомість, совість* звідки й коментар - прим перекладача), може створити хибне враження, що свідомість окремих осіб у цих різних органах має превалювати над нормами доказового права, що є явно невиправданим: докази мають оцінюватися відповідно до правових положень, з формулюванням раціональної і логічної оцінки всіх фактів на основі повного і об'єктивного дослідження допустимих елементів доказової бази. Тому необхідно змінити формулювання цього положення так, щоб це було очевидним.

150. Заявлене в частині 2 положення про те, що «[ж]оден доказ не має наперед встановленої сили», слід розуміти так, що окремий доказ не має повної доказової сили для встановлення провини. Однак, як уже було зазначено⁸³, це, як видається, є поверненням до правових норм щодо оцінки доказів або «системи законних доказів», поширених у середньовічному судочинстві (*testis unus, testis nullus, або один свідок – не свідок*), які було вилучено з сучасних кримінальних процесуальних

⁸³ Див., п. 149.

кодексів, як тільки кримінальне провадження пронизав дух раціоналізму. Цей виняток із принципу вільної оцінки доказів не має чіткого обґрунтування: доказова сила доказів залежить від їх надійності і відсутності суперечностей. Справді, за певних обставин, одне якесь свідчення, без підтвердження якимись іншими доказами, не може розглядатися як достатнє для спростування доказової презумпції, проте оцінювати це належить судові, без того, щоб таку оцінку йому накладала норма закону. Звичайно, можна припустити, що будуть справи, в яких одного доказу виявиться достатньо, щоб обґрунтувати рішення про винуватість, бо він повністю переконує суду в існуванні фактів. Тому це положення слід видалити.

Стаття 94 (Показання)

151. Установлюючи загальну норму, відповідно до якої лише показання, представлені в суді, можуть оцінюватися як докази, частина 4 передбачає винятки щодо показань, отриманих на етапі досудового провадження в ході проведення спеціальних судових процедур. Слід, певне, уточнити, що мається на увазі під «спеціальними процедурами». Оскільки можливість закріплення доказів і перехресний допит свідків до стадії судового розгляду передбачені статтею 222 в термінових випадках, було б доцільно і в частині 4 послатися на це положення, проте варто так само зазначити, чи це положення має на увазі іще якісь інші процедури.

152. Частини 6 і 7, здається, суперечать одна другій, бо ж перша з них ніби виключає фігуру експерта-свідка, а друга – допускає такі показання за умови, що сторонам надано право на перехресний допит за правилами допиту експертних доказів. Ці пункти слід узгодити.

Стаття 95 (З'ясування достовірності показань свідка)

153. Положення, закріплене в частині 4, слід узгодити з частиною 4 статті 222: тимчасом як перша з них дозволяє допитувати свідка в зв'язку з попередніми показаннями з метою виявлення протиріч чи невідповідностей, друга, як здається, такого допиту не санкціонує.

Стаття 96 (Показання з чужих слів)

154. Виключення показань з чужих слів в цьому положенні підлягає таким численним виняткам, що зрештою означає їх допустимість, що породжує небезпеку використання показань співробітників міліції, які допитували підозрюваного всупереч частині 4 статті 94. Навіть якщо показання з чужих слів не суперечать Європейській конвенції⁸⁴, такі докази порушують питання щодо їх достовірності і мають допускатися лише за виняткових обставин. Отож, це положення слід відповідним чином відкоригувати.

Стаття 99 (Вирішення питання про речові докази і документи)

155. Частина 5 передбачає зберігання всіх речей і документів, наданих судові, до завершення кримінального провадження ухваленням судового рішення. Слід розглянути питання про можливість знищення окремих речей, – таких, як наркотики, небезпечні речовини або ж об'єкти, зберігати які надто дорого, – відразу після того, як їх доказову цінність буде закріплено. Звісно, зберігання в великих кількостях конфіскованих наркотиків до остаточного завершення провадження – а воно може тривати кілька років – пов'язане з існуванням серйозних ризиків і додаткових можливостей для корупції.

⁸⁴ Див., *Хаас проти Німеччини* (ріш.), № 73047/01, 17 листопада 2005 року.

Стаття 101 (Зміст висновку експерта)

156. Що стосується висновків експертів, то слід уточнити, хто призначає експерта. Відповідно до пункту 4 частини 4 статті 69 наймає експерта сторона, але, як впливає з Закону України «Про судову експертизу», експерти можуть призначатися як сторонами, так і судом. У проекті Кодексу це слід чітко з'ясувати, як власне і питання взаємодії між будь-яким експертом, призначений судом, і експертом, призначеним стороною.

157. Утім, оскільки передбачено, що експерта перед експертизою мають попередити про його обов'язки і наслідки неправдивого висновку, то треба роз'яснити, як насправді здійснюється призначення експерта. Навіть якщо він призначається за клопотанням сторони, то слід уточнити, чи призначає його суд, чи ні.

Глава 5. Фіксування кримінального провадження. Процесуальні рішення (статті 102-109)

Стаття 103. (Протокол)

158. Потреби перелічувати кожен з відомостей, дій і речей, які належить включати в протокол, може, й немає, бо від цього положення перетворюється на довге і надмірно формалістичне. Можливо, буде досить вказати, що протокол має охоплювати всі дії, речі і рішення, які мають значення для кримінального провадження.

159. Більш того, зважаючи на широке визначення терміну «учасники», що міститься в пункті 26 частини 1 статті 4, вимога, щоб протокол був підписаний ними всіма, здається, дещо надмірною. Чому особа, яка повідомляє про злочин, або судовий розпорядник викликаються для підписання протоколу?

160. Незважаючи на обсяг цієї статті, не є зрозумілим, чи протокол передається слідчому судді/суду, чи ні. Стаття 108 встановлює, що «реєстр матеріалів досудового розслідування» направляється до суду разом із обвинувальним висновком, але чи цей реєстр тотожний всьому протоколові досудового провадження, чи ні? Може, ця неясність спричинена перекладом, проте слід таки уточнити, з якою метою готується протокол, і, зокрема, чи суд першої інстанції матиме доступ до нього до початку судового розгляду. У зв'язку з цим слід зазначити, що частина 4 статті 287 забороняє надавати суду «інші документи» до судового розгляду, але вона все ж не уточнює, чи передаються в суд першої інстанції реєстр матеріалів і протокол.

Стаття 106 (Застосування технічних засобів фіксування кримінального провадження)

161. Передбачити аудіо- чи відеозапис кримінального провадження – річ доцільна, оскільки це може забезпечити справедливість судового розгляду і уникнути неточностей в підсумковому протоколі. Реалізація даного положення вимагає відповідного обладнання в приміщеннях, де здійснюються слідчі дії, і в залі судових засідань. У цьому положенні, втім, слід уточнити наслідки недодержання вимоги щодо відео- або аудіозапису в тих випадках, коли він є обов'язковим. Чи втрачатиме процесуальна дія через це юридичну силу? Чи має судовий розгляд провадитися навіть у тім разі, коли відсутня можливість для застосування технічних засобів запису? З огляду на те, що такі питання можуть призвести на практиці до важливих проблем і затримок, треба прямо вказати, що відбудеться, якщо в якомусь суді немає такого технічного обладнання або воно вийшло з ладу.

Стаття 109 (Процесуальні рішення)

162. Для того щоб уникнути непотрібних повторень, частину 3 слід виключити, оскільки її зміст закріплений в частині 1.

163. Окрім цього, частина 7 – вона встановлює, що постанова слідчого, прокурора, прийнята згідно з законом, є обов'язковою – може призвести до неправильного тлумачення, з огляду на те, що будь-які заходи, які обмежують основоположні права, або відповідні примусові заходи потребують отримання дозволу в вигляді вмотивованого судового рішення. Тому формулювання цього положення треба переробити.

Глава 7. Процесуальні строки (статті 112-115)

Стаття 112 (Поняття процесуальних строків)

164. Було б доцільно уточнити, що будь-які строки, встановлені судом, мають бути такими, що дають достатньо часу для підготовки належного захисту, аби уникнути можливих порушень статті 6 (3) (б) Європейської конвенції.

Глава 8. Процесуальні витрати (статті 116-124)

Статті 116-120

165. У цих статтях визначаються норми щодо витрат і ті, хто нестиме витрати, пов'язані з переїздами, оплатою допомоги та інші витрати, пов'язані із залученням свідків, експертів і перекладачів.

166. Щодо витрат на перекладачів, ми хотіли б посперечатися на зауваження, висловлені стосовно статті 30⁸⁵.

167. Проблема із залученням експертів у справах, в яких обвинуваченому бракує фінансових ресурсів, вже також висвітлювалася в зауваженнях щодо доказів експертів і змагальності в зв'язку з статтею 23⁸⁶.

168. Слід зазначити, що спосіб, в який у проекті Кодексу врегульовано питання розподілу витрат і звільнення від їх сплати, дуже складний. Тому статті 116-120 слід переглянути таким чином, щоб уникнути неузгодженості. Наприклад, у частині 2 статті 118 та частині 4 статті 119 передбачено, що витрати на оплату допомоги і транспортні витрати представника потерпілого несе потерпілий, а частина 2 статті 120 встановлює, що витрати, пов'язані з участю потерпілого, бере на себе держава. Було б отож бажано ці положення сформулювати інакше.

Глава 9. Відшкодування (компенсації) шкоди в кримінальному провадженні (ст. 125-127)

169. Те, що в разі неплатоспроможності обвинуваченого, шкода, заподіяна потерпілому внаслідок кримінального злочину, покриватиметься за рахунок держави, є моментом позитивним. Однак ці положення мають визначати порядок заявлення вимоги такого відшкодування і те, чи питання про нього має справді вирішуватися в тому ж кримінальному провадженні, замість того, щоб дати посилання на

⁸⁵ Див., пп. 94 і 95.

⁸⁶ Див., пункт. 80.

«порядок, установлений законом». Отож, хоч пункт 7 частини 1 статті 362 і передбачає, коли йдеться про зміст вироку, що суд ухвалює рішення щодо того, «чи підлягає відшкодуванню шкода, завдана потерпілому ...і, якщо так, у якому розмірі та в якому порядку», залишається неясним, які норми будуть застосовуватися до питань відшкодування, як визначатиметься сума і який порядок застосовувати. Тому дане положення слід змінити так, щоб ці питання з'ясувати.

Розділ II. ЗАХОДИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

Глава 11. Виклик слідчим, прокурором, судовий виклик і привід (ст.ст. 128-140)

Стаття 135. Поважні причини нез'явлення особи на виклик; Стаття 136. Наслідки нез'явлення на виклик

170. У разі нез'явлення на допит підозрюваного, свідка, потерпілого або іншого учасника кримінального судочинства стаття 136 передбачає накладення грошових стягнень. Проте такі стягнення вводяться лише тоді, коли відсутність не має поважних підстав або про них не повідомлено. У цьому сенсі перелік поважних причин нез'явлення на виклик у статті 135 не є повним, оскільки можуть існувати й інші поважні причини, ніж наведені в ньому, які можуть перешкодити з'явленню викликаної особи до суду. Наприклад, експерт, можливо, був викликаний на інше судове засідання на той самий день і годину. Пропонуємо тому статтю 135 доповнити згадкою про «будь-яку іншу поважну причину», яку суд повинен розглянути перш, ніж накладати грошові стягнення. Без сумніву, слід дати ясно зрозуміти, що наведений перелік поважних причин для нез'явлення не вважається вичерпним.

Статті 137-140. Привід, клопотання про здійснення приводу, розгляд клопотання про здійснення приводу і виконання ухвали про здійснення приводу

171. Ці положення передбачають «привід» підозрюваного, обвинуваченого або свідка, який не з'являється на виклик. Цей захід описано, як «примусове супроводження» відповідних осіб до вказаного місця виклику. Оскільки ця дія регулюється окремо від заходів, пов'язаних з позбавленням волі, то проект Кодексу, здається, припускає, що «привід» не пов'язаний з якими-небудь елементами затримання.

172. Однак сукупність розглянутих положень було б корисно ясно (прямо) диференціювати від позбавлення волі, детальніше вписавши повноваження, що надаються посадовим особам, які можуть виконувати цей захід. Таким чином, можливо, було б пояснено, наприклад, те, що йдеться про невідкладне допровадження особи на вказане (офіційне) місце, і те, чи виконання цього заходу дозволяє застосування фізичної сили, і якщо так, то якою мірою, тощо.

Глава 13. Тимчасове обмеження в користуванні спеціальним правом (ст.ст. 145-150)

Статті 146-147. Наслідки тимчасового вилучення документів, які посвідчують користування спеціальним правом, та Клопотання про тимчасове обмеження в користуванні спеціальним правом

173. Цим положенням, що надають посадовим і службовим особам, які здійснили затримання, право тимчасово вилучати документи «які посвідчують користування спеціальним правом» у затриманого, якого підозрюють у кримінальному злочині, бракує будь-яких вказівок на зв'язок між правопорушенням і будь-якими спеціальними правами в переліку – наприклад, водійським посвідченням, мисливським квитком чи дозволом на здійснення підприємницької діяльності. Крім того, ці статті сформульовано так, що може здатися, ніби захід цей застосовуватиметься автоматично, маючи на увазі, що критерії оцінки необхідності

і, отже, пропорційності будь-якого такого заходу мають відношення тільки до подальшого рішення суду і не застосовуються при початковому вилученні відповідних документів. Це, безумовно, було б несумісним із правом на мирне володіння майном відповідно до статті 1 Протоколу № 1. Тому ці положення треба змінити, забезпечивши наявність зв'язку між злочином, щодо якого є підозра, і вилученням документів, а також реального застосування критерію пропорційності при початковому вилученні.

174. Окрім того, було б доцільно передбачити, що в певних випадках (наприклад, керування транспортним засобом у нетверезому стані), цей захід можна застосовувати як альтернативу затриманню підозрюваного.

Глава 14. Відсторонення від посади (ст.ст. 151-155)

Стаття 151. Загальні положення відсторонення від посади

175. У частині 3 описано особливі правила відсторонення від посади суддів та осіб, що призначаються Президентом. Маючи дещо побіжний характер, вона опускає важливі нюанси, які мають відношення до особливого зв'язку між обома категоріями посадових осіб і державою, специфіки гарантій, що поширюється на суддів, а також деяких інших відповідних стандартів. Як така, ця клаузула, здається, має реферативний характер, однак, оскільки в ній не згадано про відповідні закони, то її можна помилково розглядати як вичерпне положення, що регулює це питання. Отож слід роз'яснити, яке саме інше законодавство має відношення до відсторонення від посади, а якщо такого немає, то вочевидь слід деталізувати зміст цього положення.

Глава 15. Попередній доступ до речей і документів (ст.ст. 156–163)

176. Детальним положенням щодо тимчасового доступу до речей, передбаченим у Главі 15, бракує важливого компонента щодо часу. Міркування пропорційності цього заходу вимагають того, щоб вони передбачали, що будь-який судовий дозвіл на його здійснення зазначав відповідний строк чинності такого доступу, тому їх треба відповідним чином змінити⁸⁷.

Глава 18. Запобіжні заходи, затримання особи (ст. 173–211)

Стаття 174. Мета і підстави застосування запобіжного заходу

177. Для вчинення впливу на потерпілого, свідка, іншого підозрюваного, обвинуваченого, експерта або спеціаліста існують законні способи, а саме: з допомогою клопотань, запитань і з використанням інших процесуальних можливостей. З цих міркувань у пункті 3 частини 1 слід вказати, що підставою для клопотання про застосування відповідних заходів є існування небезпеки «незаконного впливу», а не будь-якого «впливу».

178. Обов'язок дбати про дотримання основ права на свободу і особисту недоторканність, включаючи необхідність встановлення обґрунтованих підозр і ризиків, що переважали б презумпцію на користь свободи, покладено не тільки на слідчого суддю. Важливо, щоб вони рівною мірою поклалися на слідчих і прокурорів, тому це зобов'язання слід прямо поширити на них в частині 2.

⁸⁷ Загальна вказівка, запропонована в статті 99 (якомога швидше) надто розпливчата. Більш того, в проекті Кодексу не уточнено, чи навіть ця вимога поширюється на розглядуваний захід.

Статті 176 та 177. Особисте зобов'язання і Особиста порука

179. Хоча стаття 199 передбачає, що особи, які стали об'єктом особистого зобов'язання і особистої поруки, мають право клопотати про їх зміну і домагатися подальшої судової перевірки наявності законних підстав для них, було б доцільно встановити в даних положеннях певні строки, їх тимчасові рамки, а також дотримання принципу їх пропорційності.

Стаття 180. Тримання під вартою

180. Формулювання частини 4 наводить на думку, що суддя «зобов'язаний» застосувати тримання під вартою до особи, яка розшукується органами зарубіжних країн і підлягає видачі. Це було б несумісним із правом на свободу і особисту недоторканність за статтею 5 Європейської конвенції. Отож положення це слід змінити так, щоб не виключати можливості врахування всіх можливих обставин і відповідного застосування дискреційних повноважень суду.

Стаття 183. Строки розгляду клопотання про застосування запобіжного заходу

181. Всі необхідні передумови для відповідності стандартам, установленим пунктом (3) статті 5 Європейської конвенції, мають бути виконані в межах строків, які характеризуються словом «негайно». З оцих причин частина 2, що дозволяє продовжувати строк з метою кращої підготовки захисту з 72 годин до п'яти діб, це положення порушує.

182. Окрім того, у цьому зв'язку слід нагадати, що Рекомендація Комітету міністрів Ради Європи «Про застосування тримання під вартою до суду, умови тримання під вартою і гарантії проти зловживання» наводить на висновок, що було б бажано, щоб інтервал між початковим моментом позбавлення свободи і доставленням підозрюваного в суд не перевищував сорока восьми годин. У багатьох випадках достатньо буде й коротшого проміжку часу. Більш того, вона вимагає, щоб судовий орган, відповідальний за взяття когось під варту або надання дозволу на продовження строку тримання під вартою, а також застосування альтернативних заходів, розглядав і вирішував питання без затримки⁸⁸.

Стаття 191. Застосування запобіжного заходу

183. Частина 5 вводить ряд обмежень і зобов'язань, які характеризуються як альтернатива «запобіжним заходам». Однак 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.

184. Ці заходи мають обумовлюватися певними строками і можливістю клопотатися про їх зміну і домагатися подальшого судового перегляду законних підстав для їх застосування, як і передбачено статтею 199 щодо інших заходів.

185. Окрім того, 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 в статтях 173–175, та в інші відповідні положення

⁸⁸ Rec (2006) 13, пп. 14 і 16.

проекту Кодексу. Це уможливило б розширити спектр альтернатив триманню під вартою і в багатьох випадках зменшило б потребу застосовувати інші суворі запобіжні заходи.

Стаття 206. Законне затримання уповноваженою службовою особою

186. З огляду на те, наскільки важливим, на думку КЗК, є право на доступ до лікаря, та на дедалі ширшу практику з цього питання Європейського суду (який підтвердив наявність різних аспектів цього права, аналізуючи обов'язок ефективного розслідування жорстокого поводження), годилося б згадати про це право в частині 3.

187. Нова концепція «моменту затримання», закріплена в статті 207⁸⁹, вимагає її адекватної інтерпретації та імплементації. Таким чином, було б доцільно вказати в частині 4, що протокол затримання має зазначати «дату і точний час (години і хвилини) з моменту затримання», та містити посилання на статтю 207.

188. Більш того, цю частину, як і інші положення проекту Кодексу, в яких визначаються умови і строки доступу до адвоката та відповідні права на захист, слід скоригувати таким чином, щоб вони відповідали вимозі КЗК щодо того, що такий доступ надається з самого початку позбавлення волі (моменту затримання), а не тільки до першого допиту.

Стаття 208. (Доставлення до органу досудового розслідування)

189. Проект Кодексу правильно встановлює жорстку схему супроводження (доставлення) затриманої особи до органу розслідування. За її логікою вона має поширюватися й включати компонент, що забезпечує реєстрацію точного часу передачу такої особи під відповідальність такого органу або її надходження в орган внутрішніх справ чи приміщення іншої відповідної установи. Наразі цей аспект регулюється і міг і далі б регулюватися певними підзаконними актами та інструкціями. Проте, зважаючи на викладені вище міркування, частина 2 мала б бути змінена так, щоб на додаток до обов'язкового інформування відповідних посадових осіб передбачити й реєстрацію точного часу прибуття або надходження затриманих.

Стаття 209. Строк затримання особи без ухвали слідчого судді, суду

190. Висловлені вище коментарі щодо потреби зазначати «момент затримання» та давати посилання на статтю 207⁹⁰ повною мірою застосовні і до статті 209, яка визначає строки тримання під вартою без відповідної ухвали.

Стаття 210. Особа, відповідальна за перебування затриманих

191. Положення пункту 8 частини 3, які встановлюють зобов'язання «посадової особи, відповідальної за перебування затриманих», фіксувати будь-які тілесні ушкодження та забезпечити надання медичної допомоги, не відповідають усім найважливішим складникам гарантії на доступ до лікаря. Насамперед, це зобов'язання має поєднуватися з правом затриманого на доступ до лікаря «за власним вибором». По-друге, відповідні положення мають робити наголос на строках надання такого доступу і визначати, що наданий він має бути без затримок. Отже, це положення слід відповідним чином відкоригувати.

192. Зауважимо, що ні в українському, ні в англійському текстах проекту немає пунктів 6 і 7 частини 3.

⁸⁹ Див., коментарі в п. 27.

⁹⁰ Див., п. 187.

Стаття 211. Повідомлення інших осіб про затримання

193. На додаток на відзначені суперечності в визначеннях, пов'язаних із правом на повідомлення про взяття під варту⁹¹, у проекті Кодексу випущено один важливий складник цієї гарантії. Можна погодитися, що в зв'язку з потребою захистити законні інтереси розслідування таке повідомлення може, як виняток, бути відкладено на певний час (декілька годин). Однак стандарти КЗК вимагають, щоб такі винятки були чітко визначені, обумовлювалися суворими застереженнями і супроводжувалися додатковими відповідними гарантіями. Зокрема, будь-яке відтермінування має реєструватися в письмовій формі з зазначенням його причин і затверджуватися посадовою особою, яка має відношення до справи – бажано, суддею або прокурором. Відповідно, статтю 211 як найбільш осяжне положення, що стосується до розглядуваної гарантії, слід змінити так, щоб це виправити це упущення.

Розділ III. ДОСУДОВЕ ПРОВАДЖЕННЯ

Глава 20. Слідчі (розишуківі) дії (статті 220-241)

Стаття 222. Допит свідка, потерпілого під час досудового розслідування в судовому засіданні

194. Проект Кодексу запроваджує виняткову форму судового допиту свідків (потерпілих) в ході попереднього слідства. Вона існує в багатьох країнах і слугує обґрунтованій меті захисту свідків і забезпечення допиту у суді за невідкладних обставин. Проте дане положення обумовлює її окремими неприйнятними імперативами. Зокрема, він вводить заборону на допит однієї і тієї ж самої особи під час подальшого судового провадження, якщо це викликано потребою з'ясування деяких нових обставин. Крім того, він вказує, що в певних ситуаціях цю форму можна застосувати й за відсутності сторони захисту. Попри це, в ньому не передбачено якихось винятків із цієї заборони навіть у тих випадках, коли відповідні підстави перестають існувати або захисник не може бути присутнім на допиті в силу певних поважних причин. Внаслідок цього, ці імперативи обертають концепцію безпосередності судового розгляду та відповідні аспекти його справедливості на їхню протилежність, й отож мають бути видалені.

195. Окрім того, треба уточнити, чи можуть попередні показання свідка бути використаними чи зачитаними для оцінки його надійності та достовірності під час будь-якого наступного допиту відповідного свідка.

Статті 233, 234 і 237. Виконання ухвали про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи; Огляд; Слідчий експеримент

196. Порядок проведення обшуків, оглядів та слідчих експериментів, запропонований в цих положеннях, дає необмежену свободу дій слідчим щодо забезпечення присутності підозрюваного, захисника чи деяких інших учасників кримінального провадження під час цих слідчих дій. Цей порядок не враховує характер таких слідчих дій, їхній зв'язок із житлом, приміщенням чи іншим володінням відповідних осіб. Він також оминає увагою випадки, коли вони провадяться на клопотання захисту.

197. Загальна норма має забезпечувати присутність також інших причетних осіб, а не тільки підозрюваних; їхні адвокати повинні також мати змогу бути присутніми і

⁹¹ Див., пп. 44-46.

мати можливість проводити взаємні консультації до того, як вони робитимуть заяви чи підписуватимуть документи. Водночас до цієї загальної умови можуть бути прив'язані положення, що посилаються на необхідність діяти без зволікання та інші винятки.

198. Отже, до цих положень слід внести зміни з врахуванням усіх цих міркувань.

Глава 21. Негласні слідчі (розшукові) дії (ст.ст. 242–271)

Стаття 245. Строк дії ухвали слідчого судді про дозвіл на проведення негласної слідчої (розшукової) дії

199. Частина 5 суперечить принципу пропорційності, оскільки дозволяє проведення негласних слідчих дій і тоді, коли в них зникає нагальна потреба. Це положення слід змінити так, щоб прокурор був повинен (а не міг) «прийняти рішення про припинення проведення негласної слідчої (розшукової) дії, якщо така дія більше не потрібна».

Стаття 251. Заходи щодо захисту інформації, яка не використовується в кримінальному провадженні

200. Це положення дозволяє знищити інформацію, речі та документи, які було отримано внаслідок проведення негласних слідчих дій і які вважаються непотрібними для подальшого досудового провадження. Належить, однак, послатися на зобов'язання за статтею 249 щодо сповіщення про такі дії осіб, якщо ці дії зачіпають їхні інтереси. Так, стаття 251 має включати якість положення, що забезпечує права цих осіб при підготовці і до прийняття та виконання будь-якого рішення щодо знищення. Окрім того, було б доцільно передбачити знищення і носія інформації (касет, компакт-дисків тощо), і самої інформації. Отже, це положення слід відповідним чином відкоригувати.

Стаття 256. Аудіо-, відеоконтроль особи

201. У це положення – а воно регулює питання аудіо- та відеоконтролю фізичних осіб – інкорпоровано додаткове обґрунтування винятку щодо обов'язкової попередньої ухвали суду, що дозволяє проведення таких інтрузивних слідчих дій⁹². У цьому відношенні зроблено посилання на письмову згоду хоча б однієї з осіб (учасників), причетних до такого контролю. Проте цього не досить, щоб звільнити розслідування від обов'язку отримати дозвіл щодо іншої особи, якщо лише така дія не є насправді невідкладною і, зважаючи на конкретні обставини справи, причетність конкретної особи передбачити заздалегідь не було змоги через брак будь-яких відомостей про інших осіб, яких ця дія могла б зачіпати. Таким чином, цей виняток не може застосовуватися для здійснення контролю за двома особами чи більше, на яких розслідування вказує як на тих, що мають діяти спільно, без зазначення всіх їх у ордері.

Стаття 267. Контроль за вчиненням злочину

202. Положення, що стосуються до низки негласних слідчих дій, які охоплено назвою «Контроль за вчиненням злочину», позбавлені всяких застережень щодо необхідності надати вагомі причини для того, щоб підозрювати зазначену особу (осіб) у відповідній злочинній діяльності. Отож, на додаток до загального посилання на заборону провокації (підбурювання на) вчинення злочину, до статті 267 слід включити такий елемент, що запобігав би так званому «полюванню наосліп» та іншим неналежним методам припинення злочинної діяльності.

⁹² Див., пп. 34-39.

Стаття 276. Підстави та порядок зупинення досудового розслідування

203. Хоча Європейський суд визнає складність і тривалість відповідних міжнародних процедур, зупинення розслідування під приводом звернення по міжнародну правову допомогу, як це запропоновано в пункті 1 частини 3, підриває концепцію активного контролю за своєчасністю здійснення досудових процедур. З цих підстав було б доцільніше поміркувати над необхідністю передбачити додаткові строки розслідування, коли мова заходить про міжнародну правову допомогу, зазначивши конкретні підстави для продовження максимальні строків попереднього слідства та внівши відповідні зміни до даного положення.

Глава 24. Завершення досудового розслідування. Продовження строків досудового розслідування (ст.ст. 279–293)

Стаття 279. Загальні положення закінчення досудового розслідування

204. Словосполучення «якомога раніше» (в оригіналі тексту вжито «найкоротший строк», що відповідає вислову «якнайкоротший час») в частині 1 та деякі інші пов'язані клаузули, здається, запроваджує більш високі стандарти, аніж передбачене в Європейській конвенції право на судовий розгляд впродовж розумного часу.

205. Однак, незалежно від його дійсного змісту, такий стандарт залишається декларативним з своїм характером. Це так тому, що, по-перше, в проекті Кодексу прямо не передбачені відповідні засоби судового захисту для його забезпечення (як це потрібно згідно з практикою Європейського суду)⁹³. Друга причина полягає в тому, що в статті 279 це право передбачене тільки для обвинуваченого. Таким чином, маємо суперечність із статтею 291, яка передбачає, що заперечення щодо продовження строку розслідування може бути подане підозрюваним і його захисником. По-третє, проект Кодексу не пропонує жодної дійсної процедури «припинення розгляду таких [запізнілих] обвинувачень шляхом закриття провадження», як це зазначено в частині 1.

206. На практиці, і національним стандартом – «найкоротший», і стандартом Європейської конвенції – «розумний строк», ймовірно, нехтуватимуть, причому дуже вірогідно, що цей другий порушуватиметься з посиланням на формальні підстави (строки), незалежно від складності справи. У це положення слід внести відповідні доповнення.

Стаття 286. Відкриття матеріалів іншій стороні

207. Частина 9 встановлює жорсткі вимоги щодо ознайомлення з матеріалами справи. Вона зобов'язує захист завершити його «якнайшвидше» й, отож, суперечить зобов'язанню за п. (3) (б) статті 6 Європейської конвенції надати обвинуваченому «достатній час для підготовки свого захисту». Дане положення слід, таким чином, привести у відповідність до стандарту Європейської конвенції.

РОЗДІЛ IV. СУДОВЕ ПРОВАДЖЕННЯ В СУДІ ПЕРШОЇ ІНСТАНЦІЇ

Глава 27. Підготовче засідання

Стаття 311. (Закінчення підготовчого провадження і призначення судового розгляду)

208. Частина 2 передбачає, що після завершення підготовчого судового засідання справа призначається до розгляду не пізніше 10 днів. Треба уточнити, чи йдеться про

⁹³ Частина 3 статті 291 вказує, що захист має право подавати свої заперечення прокуророві, який уповноважений вирішити питання про продовження строку досудового розслідування.

призначення дати судового розгляду, чи про проведення власне судового розгляду. Другий варіант майже напевно був би несумісний з положеннями п. (3) (b) статті 6 Європейської конвенції, оскільки він не передбачав би достатньо часу, а надто в складних справах, для вивчення матеріалів відповідно до частини 2 статті 312 і належної підготовки захисту.

Глава 28. Судовий розгляд (ст.ст. 313-362)

Стаття 314 (Незмінність складу суду)

209. Положення, що в разі, коли суддя, який розглядає справу, або один із суддів складу суду, що веде розгляд справи, позбавлений можливості виконувати свої обов'язки після початку судового розгляду, то цей розгляд розпочинається спочатку, якщо лише його не міняє запасний суддя, який спостерігав за засіданням, загалом видається слухним. Тим не менш, треба уточнити, *що* тоді має статися з уже поданими доказами: чи будуть вони подаватися повторно в будь-якому разі, чи, за певних обставин, заміна одного з суддів не позбавляє сили всі вже подані докази. З огляду на те, що всі засідання суду підлягають відеозапису, вимога розпочинати судовий розгляд спочатку в усіх випадках, коли одного з суддів доводиться замінити, здається, суперечила б праву на справедливий судовий розгляд в розумні строки. Більш того, якщо сторони не заперечують проти чинності вже вчинених дій, відновлювати судовий розгляд спочатку не видається обов'язковим. У складних справах потребу знову починати судовий розгляд слід збалансувати з можливістю втрати важливих доказів. Оскільки забезпечити дотримання принципу безпосередності (пряме дослідження доказів суддями, які виносять вирок) можна досягти шляхом відтворення відеозапису, то безумовну вимогу відновлювати судовий процес з самого початку слід було б переглянути.

Стаття 316 (Головуючий в судовому засіданні)

210. Щодо повноваження головуючого судді усувати з судового розгляду «все, що не має значення для кримінального провадження», то має бути чітко встановлено, що сторони мають право заявляти заперечення на будь-яке рішення, ухвалене відповідно до цього повноваження і оскаржувати його також в апеляційному порядку. Це особливо важливо з точки зору доказів, які можуть бути без достатнього обґрунтування оголошені такими, що не мають значення для справи або вимагають надмірних витрат часу. Відсутність засобів правового захисту у такій ситуації суперечила б статті 6 Європейської конвенції.

Стаття 319 (Наслідки нез'явлення прокурора і захисника)

211. У разі нез'явлення прокурора чи захисника, коли їхня участь є обов'язковою, частина 1 передбачає відкладення судового розгляду з «ужиттям судом заходів до з'явлення їх у наступне судове засідання». Звичайно, внаслідок нез'явлення прокурора або захисника судові слід уживати щодо них не примусових заходів, а тільки повідомляти, попереджаючи про можливу відповідальність. Насправді встановлювати професійні чи дисциплінарні санкції за недбале дотримання обов'язків захисника мав би Закон «Про адвокатуру». Отже, треба роз'яснити, які саме «заходи» тут маються на увазі.

Стаття 321 (Наслідки нез'явлення свідка, спеціаліста, перекладача і експерта)

212. У разі нез'явлення в суд свідків, експертів, спеціалістів і перекладачів це положення передбачає накладення грошових стягнень, питання про які регулюють статті 135 та 136 щодо виклику в суд, а також застосування приводу. Проте вводити такі санкції слід лише тоді, коли відсутність не має поважних причин або

про їх існування не було повідомлено. Як уже зазначалося⁹⁴, перелік поважних причин недотримання порядку статті 135 не є повним, оскільки можуть бути й інші причини, що перешкодили з'явленню викликаній особи в суді. Наприклад, перекладач був, можливо, викликаний в інше судове засідання на той же день і час. Раніше висловлена пропозиція додати до статті 135 згадку про загальне виправдання на зразок «будь-якої іншої поважної причини», яку суд розглядає перш, ніж накладати грошові стягнення, таким чином, буде доречною і при застосуванні статті 321.

Стаття 324 (Заходи до порушників порядку судового засідання)

213. У виняткових випадках, коли обвинуваченого змушені вилучити з зали суду за серйозні порушення порядку під час судового засідання, а він не призначив захисника, дане положення вимагає від суду призначити захисника і дати останньому час для підготовки захисту обвинуваченого. Слід, однак, пояснити, що насправді суд повинен звернутись до колегії адвокатів (або незалежного керівного органу адвокатури) із запитом про призначення цього захисника. В інших своїх положеннях проекту Кодекс посилається на порядок призначення захисника у випадках надання безоплатної правової допомоги, і не ясно, чому цього не було зроблено тут. Окрім того, слід також відзначити, що судовий розгляд має бути зупинений на час підготовки захисту призначеним захисником, який береться за справу.

214. Окрім того, оскільки призначення захисника може призвести до затримок, то слід враховувати – з міркувань ефективності – можливість використання засобів, передбачених у статті 329 (провадження в режимі відеоконференції), а надто там, де йдеться про кримінальний злочин невеликої тяжкості.

Стаття 325 (Обрання, скасування або зміна запобіжного заходу в суді)

215. Посилання в частині 2 на статтю 18 насправді має бути на «Главу 18» Кодексу, втім, може, це просто помилка в англійському тексті.

Стаття 326 (Проведення експертизи за ухвалою суду)

216. Слід зазначити, що призначення судом експерта під час судового розгляду – з власної ініціативи або за клопотанням сторін – може потребувати зупинення та відкладення судового розгляду. Щоб уникнути необґрунтованих затримок, слід відшукати баланс між потребою призначити експерта на цьому етапі провадження у справі і потребою уникати таких затримок. В будь-якому випадку, судовий розгляд, наскільки є можливо, мав би продовжуватися, а викликані свідки – бути допитані, поки новопризначений експерт виконує відповідну експертизу, аби клопотання про призначення судом експерта не призводило автоматично до перерви в перебігу судового розгляду.

Стаття 329 (Проведення процесуальних дій у режимі відеоконференції під час судового провадження)

217. Будь-які процесуальні дії, що провадяться в режимі відеоконференції, мають, за винятком випадків, коли застосовуються спеціальні заходи захисту відповідно до частини 9, задовольняти умову статті 322 щодо того, що судові засідання є відкритими та публічними. Треба підтвердити, що ці два положення справляють саме таку дію.

⁹⁴ Див., п. 170.

Стаття 331 (Зміна обвинувачення в суді)

218. Можливість зміни обвинувачення стороною обвинувачення, що передбачена цим положенням, має дозволятися лише як виняток, якщо це може спричинити призначення обвинуваченому суворішого покарання, та підлягати затвердженню судом в будь-якому разі, за винятком випадків, коли така зміна обвинувачення має на увазі просто зміну юридичної кваліфікації фактів без збільшення міри покарання. Звичайно, сама поява нових фактичних обставин під час судового розгляду не дає достатніх підстав для зміни меж провадження, бо це б могло вплинути на всю стратегію захисту обвинуваченого. Більш того, якщо така зміна допускається, то 3-денне відкладення, передбачене в частині 4, не є достатнім для підготовки захисту, не кажучи вже про збір нових доказів щодо тих нових фактичних обставин справи. Дане положення слід змінити так, щоб воно вимагало затвердження зміни судом з урахуванням зазначених винятків, та давало б змогу відкласти засідання на довший строк.

Стаття 332. (Висунення додаткового обвинувачення)

219. У разі задоволення клопотання про розгляд додаткових обвинувачень частина 2 передбачає відкладення судового розгляду, але «не більш ніж на чотирнадцять днів». Такого максимального строку, втім, може виявитися недостатньо, враховуючи, що впродовж цього строку має бути проведене підготовче судове засідання і захист повинен буде готуватися до додаткових обвинувачень. Тому було б доцільніше встановити, що 14-денний строк може бути продовжений за клопотанням захисту і що для того, щоб уникнути непотрібних затримок, обвинувачений могтиме відмовитися від якоїсь частини такого 14-денний строку, якщо він не вважає, що він потребуватиме стільки часу для підготовки свого захисту проти додаткового обвинувачення.

Стаття 344 (Допит обвинуваченого)

220. Положення частини 3, здається, не є відповідним, бо ж від обвинуваченого не слід вимагати, щоб він залишив залу засідання, поки допитують іншого обвинуваченого. Ідея про видалення одного обвинуваченого, поки інший дає показання, а потім забезпечення тому, кого було видалено, змоги повернутися до зали суду і поставити запитання тому обвинуваченому, який свідчив за його відсутності, здається, не цілком узгоджується або з правом на перехресний допит, або з потребою захисту певних свідків. Усі відповідні питання безпеки мають вирішуватися під час застосування захисних заходів, що в цій статті явно не передбачені. Отож до даного положення слід внести відповідні зміни.

Стаття 345 (Допит свідка)

221. Частина 9 допускає можливість показань з допомогою технічних засобів – таких, як відеоконференц-зв'язок – з метою запобігти встановленню особи конкретного свідка. Однак, для того щоб це положення відповідало практиці Європейського суду⁹⁵ та Рекомендації Ради Європи (2005) 9 від 20 квітня 2005 року «Про захист свідків і помічників правосуддя»⁹⁶, воно має бути змінено так, щоб підкреслювати

⁹⁵ Див, наприклад, *Костовські проти Нідерландів*, № 11454/85, 20 листопада 1989 р., *Віндіш проти Австрії*, № 12489/86, 27 вересня 1990 р., і *Люді проти Швейцарії*, № 12433/86, 15 червня 1992 р.

⁹⁶ Пункт 19 Рекомендації передбачає, що «[в] разі наявності анонімних свідків та відповідно до внутрішнього законодавства, анонімність осіб, які можуть дати свідчення, має бути винятковим заходом. У разі, якщо такі особи подають клопотання про надання їм гарантій забезпечення їхньої анонімності та/ або така анонімність була тимчасово їм гарантована компетентними органами, кримінально-процесуальне законодавство має передбачати процедуру перевірки для забезпечення справедливого балансу між потребами кримінального судочинства та правами сторін. Сторони мають з допомогою такої процедури отримати можливість оскаржити стверджувану потребу забезпечити анонімність свідка, його / її надійність і джерело його / її відомостей.

винятковий характер використання анонімних свідків, а також забезпечувати захистові змогу оскаржити необхідність збереження анонімності конкретного свідка.

222. В частині 10 повторюється щодо свідків достоту те ж саме, що вже передбачено в частині 2 статті 344 щодо обвинувачених, тож було б бажано уникнути такого повторення шляхом передбачення загальної норми про дачу показань. Те ж саме стосується частини 11 статті 345, яка є повторенням статті 344.

Стаття 347 (Особливості допиту малолітнього або неповнолітнього свідка, потерпілого)

223. Заходів, передбачених цим положенням з метою захисту прав неповнолітньої або малолітньої особи, що надає показання як свідок чи потерпілий, здається, не достатньо. Залежно від її віку та категорії злочину, щодо якого здійснюється провадження, можливо, знадобляться додаткові гарантії для забезпечення її психологічної стійкості. Дитину, а надто в справах про жорстоке поводження з дітьми, слід допитувати не в залі суду, а з допомогою психолога або педагога в іншому приміщенні, більш підходящому її вікові, в якому немає публіки чи обвинуваченого. Як засіб захистити дитину від додаткових страждань і травм, яких вона може зазнати, пригадуючи насильство чи бачачи обвинуваченого, слід також розглянути можливість використання відеоконференц-зв'язку. Такі підходи доречніші за видалення обвинуваченого з зали, як це передбачено частиною 4, тому до цього положення слід внести відповідні зміни.

Стаття 351 (Дослідження документів)

224. Зміст частини 1, яка передбачає можливість захисту подати клопотання про відкриття змісту «протоколів слідчих (розшукових) дій» в суді, що розглядає справу, не ясний, бо ж відповідно до статей 286 і 312, обвинуваченому і його захисникові належить забезпечити повний доступ до протоколів і матеріалів кримінального провадження по завершенні досудового розслідування. Якщо ж ці положення були дотримані, то немає нагальної потреби в додаткових клопотаннях про відкриття змісту «матеріалів розшукових дій» на стадії судового розгляду. Тому статтю 351 слід переглянути з метою усунути можливу неузгодженість із статтями 286 і 312, або чітко з'ясувати, що таке ці «протоколи розшукових дій», зміст яких може залишатися невідомим стороні захисту, і які підстави для такого нерозголошення висуваються.

Стаття 354 (Огляд на місці)

225. З міркувань ефективності огляд на місці на стадії судового розгляду слід було б проводити лише як виняток, бо ця процесуальна дія відзначається складністю організації, може спричинити чималі витрати часу і коштів та, хоч там як, призводить до перерв у судовому засіданні. Окрім того, слід зазначити, що огляд на місці взагалі недоречний при розгляді справи за участі присяжних засідателів. У таких випадках було б краще усякий огляд на місці провадити на досудовій стадії, здійснюючи обов'язковий відеозапис, аби в переважній більшості справ потім не виникало потреби проводити такий огляд під час судового розгляду.

Стаття 355 (Дії суду при встановленні в судовому засіданні неосудності обвинуваченого)

226. У частині 1 є посилання на «статтю 39», хоч, фактично, йдеться про «Главу 39» Проекту Кодексу, але, може, це просто неточність, що стосується англійського тексту.

Стаття 361 (Відновлення судового розгляду)

227. Передбачено цим положенням можливість відновити судовий розгляд, коли вже його завершено і суд пішов до нарадчої кімнати для постановлення вироку, слід видалити. Взагалі дивно бачити таку можливість у межах змагального процесу, і вона здатна спотворити суть судового розгляду. Будь-які нез'ясовані питання мають бути вирішеними до закінчення судового засідання, а всі, які було виявлено вже пізніше, мають вирішуватися судом відповідно до норм про тягар доказування.

Стаття 362 (Питання, що вирішуються судом при ухваленні вироку)

228. Те, що вже було сказано щодо питання про відшкодування шкоди, однаковою мірою стосується і до цього положення⁹⁷.

229. Окрім того, наслідки рішення суду, що розглядає справу, щодо відшкодування будь-якої шкоди, заподіяної обвинуваченому під час кримінального провадження, залишаються неясними. Відповідно до частини 6, обвинувачений може, отримавши рішення з цього питання, все одно звернутися в суд (імовірно, цивільний), що, здається, суперечить принципів *res judicata*, бо дозволяє одне й те ж питання вирішувати двічі різними судами. Тож межі застосування цього положення треба уточнити.

Глава 29. Судові рішення (ст.ст. 363-374)

230. Слід поміркувати, чи доречно саме тут у проекті Кодексу поміщати положення про види судових рішень, вимоги до їхньої форми і змісту. Оскільки йдеться про загальні норми, що стосуються процесуальних дій, було б доцільніше з точки зору системності вирішувати ці питання в Розділі I – «Загальні положення». Крім того, положення про зміст вироку здається задовгим і надто деталізованим. Утім, це питання законодавчого письма і не має ніякого відношення до дотримання Європейської конвенції.

Стаття 369 (Ухвалення судового рішення і окрема думка судді)

231. Відповідно до положення частини 3 (так само, як і статті 339 чинного Кримінально-процесуального кодексу) судді можуть долучити до вироку власну окрему думку в письмовій формі. Така думка не оголошується і оприлюднюється тільки в апеляційному провадженні або в провадженні щодо судді за постановлення завідомо незаконного вироку. Однак таке неоприлюднення окремої думки не сприяє прозорості правосуддя, тож потребу зберігати таке положення слід переглянути.

232. Цей коментар рівною мірою застосовний і до частини 4 статті 385, яка дозволяє долучати окрему думку і присяжним.

Стаття 371. (Звільнення обвинуваченого з-під варті)

233. З частини 2 не зрозуміло, коли саме суд звільняє з-під варті підсудного, якому призначено покарання до позбавлення волі, тож це положення слід змінити, щоб уточнити, коли це може статися.

Стаття 372 (Заходи піклування про неповнолітніх, непрацездатних і збереження майна обвинуваченого)

234. Передбачення заходів щодо осіб, які потребують піклування, а також щодо будь-якого майна засудженого обвинуваченого, що залишається без нагляду, – річ слушна. Однак, коли йдеться про таке майно, то такі заходи було б доцільно

⁹⁷ Див., п. 169.

вживати тільки на клопотання підсудного, тому і до частини 2 було б слід внести відповідні зміни.

Глава 30. Спеціальні порядки кримінального провадження в суді першої інстанції (ст.ст. 375–385)

§ 1. Спрощене провадження щодо кримінальних проступків

235. Статті 375 і 376 викликають питання щодо дотримання права на захист. Слід відзначити, що у справах, які розглядаються порядком спрощеного провадження для кримінальних проступків, рішення ухвалюється після визнання обвинуваченим своєї винуватості і без його з'явлення до судді. Кожна правова система змушена вживати заходів для розв'язання проблеми переважаності систем кримінального судочинства, запроваджуючи скорочені форми розгляду, або прискорені чи спрощені порядки провадження. Те, як тут регулюється спрощене провадження, дуже нагадує німецьке провадження в формі судового розпорядження. Утім, потреба забезпечення ефективної реакції на масову злочинність в вигляді незначних порушень не допускає нехтування процесуальними гарантіями, які можуть бути доволі істотними навіть у справах про проступки. Немає сумніву, що в зв'язку зі спрощеним провадженням може виникати ризик потенційних зловживань на досудовій стадії. Заочний судовий розгляд таких проступків буде прийнятним тільки в тому разі, якщо обвинуваченому, коли він визнавав свою винуватість, було надано допомогу адвоката, і він відмовився від свого права бути присутнім на суді. В іншому випадку це положення породжуватиме серйозні ризики для права на доступ до суду і права на справедливий судовий розгляд. Таким чином, це положення слід переглянути з метою внесення до нього відповідних змін.

§ 2. Провадження в суді присяжних

236. Можливостей для застосування положення про провадження в суді присяжних дуже мало, а саме: тільки на клопотання обвинуваченого в справах про кримінальні злочини, карані довічним ув'язненням. Обрана модель є змішаним судом присяжних, відповідно до якої два присяжних засідатимуть у складі колегії разом із професійним суддею, котрий спрямовуватиме нараду і ставитиме присяжним засідателям запитання, які підлягають вирішенню. Ця модель цілком сумісна з Європейською конвенцією, проте слід було ще поміркувати над тим, чи підходить Україні така модель суду присяжних.

237. Суд присяжних зіграв значну роль у формуванні сучасних систем кримінальної юстиції, зокрема допомагаючи захищати незалежність судової влади та надаючи значущості події судового розгляду. У такий спосіб він, безсумнівно, сприяв зміцненню процесуальних гарантій обвинуваченого, створивши модель змагального судового процесу. У той самий час він посилив засади усного провадження, безпосередності і рівності сторін у здійсненні судового розгляду. Наявність лави присяжних справила потужний вплив на форми судового розгляду, викладення фактів, норми виключення доказів і забезпечення прав на захист.

238. У тих системах, де демократія ще не дуже вкорінена і потребує підтримки, використання суду присяжних можна розглядати як дуже корисний інститут для уникнення або зменшення ризиків, які загрожують судовій владі та її незалежності. Так само і в системі, що рухається від «інквізиційного» процесу до «змагального», створення суду присяжних підштовхуватиме трансформацію в бік усного, концентрованого судового розгляду безстороннім суддею, де сторони відіграють

вирішальну роль у поданні доказів і врешті й у результатах самого судового розгляду. Отож, обмежену сферу застосування суду присяжних треба переглянути, бо поки він передбачений відповідно до статті 378 проекту Кодексу тільки на клопотання обвинуваченого в справах про злочини, карані довічним позбавленням волі.

Стаття 380 (Права та обов'язки присяжних засідателів)

239. У переліку прав і обов'язків присяжних засідателів, наведеному в цій статті, не згадано про те, що присяжні засідателі можуть робити нотатки під час судового розгляду та подання доказів з метою використати їх пізніше, під час наради. Таку можливість треба в цей перелік включити.

240. Пункти 4 і 6 частини 2 забороняють присяжним засідателем спілкуватися щодо питань, що стосуються кримінального провадження. Як такі, вони частково дублюють одне одного, однак межі встановленої ними заборони, схоже, заширокі. Хоча й доцільно забороняти розголошувати зміст наради чи коментувати провадження, поки воно триває, однак накладення на них безумовної заборони розмовляти з кимсь про які-небудь аспекти провадження без дозволу суду, коли це провадження закінчилося, ймовірно, порушуватиме їхні права, передбачені статтею 10 Європейської конвенції. Треба уточнити рамки цієї заборони, звівши її до питань, що мають обґрунтовано триматися в таємниці.

Стаття 382 (Приведення присяжних до присяги)

241. Коментарі, висловлені раніше стосовно статті 87 з приводу допустимості доказів та виключення незаконно отриманих доказів⁹⁸, мають застосування і до цього положення.

Розділ V. СУДОВЕ ПРОВАДЖЕННЯ З ПЕРЕГЛЯДУ СУДОВИХ РІШЕНЬ

Глава 31. Кримінальне провадження в суді апеляційної інстанції (статті 386-416)

Стаття 386. Судові рішення, які можуть бути оскаржені в апеляційному порядку

242. Суть цього положення сама по собі не викликає сумнівів, але його формулювання може спричинити плутанину: частина 2 починається з повторення пункту 3 частини 1, але потім вводить поняття «рішення суду, яким закінчується провадження в суді першої інстанції», а після цього йде речення з зазначенням можливості подання заперечень проти «таких рішень» у апеляційній скарзі «на вирок чи інше судове рішення, яким закінчено провадження в суді першої інстанції». Щодо частини 2 є два неясних моменти. По-перше, не ясно, чи йдеться про те, що ухвали, винесені в ході таких рішень зазвичай не підлягають оскарженню, чи самі рішення, оскільки в частині 2 є посилання на апеляційну скаргу проти рішення суду, яким закінчено провадження в суді першої інстанції. Утім, така формула спричинює другу неясність, оскільки в частині 1 не згадано про можливість оскарження судових рішень, якими закінчено провадження. Було б зрозуміліше, якби про цю можливість було згадано в частині 1, а повторення в частині 2 було б видалене. Враховуючи, що передбачувана мета положення – припинити оскарження більшості ухвал, постановлених в ході провадження, зберігши можливість заперечень, які подаються в рамках оскарження вироку або рішення суду, ясніше було б сказати, що заперечення проти ухвал, які не можуть бути оскаржені прямо, може бути зроблене при оскарженні вироку або рішення суду.

⁹⁸ Див., пп. 146 і 147.

243. Також було б простіше додати суть частини 3 до переліку питань, щодо яких можливе оскарження у частині 1.

244. Окрім того, ця стаття створює враження, ніби вироки, на відміну від ухвал, можна оскаржувати без усяких обмежень, але насправді це не так, як про це ясно говорить частина 1 статті 388. Було б зрозуміліше положення статті 386 обумовити урахуванням положень частини 1 статті 388.

Стаття 388. Особливості апеляційного оскарження окремих рішень суду

245. З огляду на ті потенційно серйозні ризики, які угоди про примирення або визнання винуватості можуть нести для здійснення права на справедливий судовий розгляд відповідно до статті 6 Європейської конвенції, якщо їх затверджено за обставин, у яких вимоги частин 4–6 статті 467 не дотримані, до обмеженого переліку підстав оскарження судового вироку на основі таких угод в частинах 3 і 4 треба ввести можливість оскарження обвинуваченим, його захисником чи законним представником на тій підставі, що ці вимоги не були виконані. Хоча ці частини передбачають оскарження на тій підставі, що обвинуваченого не було попереджено про наслідки укладання угоди, це не усуває занепокоєності в зв'язку з тим, що суддя, який затверджує угоду, може дійти необґрунтованого висновку, що вимоги частини 4–6 статті 467 виконані були.

Стаття 394. Наслідки подання апеляційної скарги

246. Частини 1 і 2 цього положення дещо суперечать одна другій в тому сенсі, що перша згадує про те, що подання апеляційної скарги зупиняє виконання відповідного вироку або постанови, окрім зазначених випадків, а друга встановлює в абсолютних виразах, що виконання поданням апеляційної скарги не зупиняється. Було б краще вилучити посилання на виконання в частині 1.

247. Було б, окрім того, ясніше, якби частина 1 прямо посилалася на конкретні положення проекту Кодексу, відповідно до яких апеляційна скарга не зупиняє набрання законної сили вироком чи ухвалою, бо відповідна позиція щодо цього вже доволі туманна, враховуючи те, що стаття 386 говорить, що судові рішення, які ще не вступили в законну силу, можуть бути оскаржені, і, таким чином, мабуть, залежить як від статті 394, так і низки інших невизначених положень, які передбачають, що оскарження не позбавляє рішення законної сили.

Стаття 399. Апеляційне провадження

248. Спеціальні зауваження, які висловлено щодо положень, що регулюють проведення судового розгляду в першій інстанції, однаковою мірою стосуються й до апеляційного провадження, оскільки частина 1 вказує, що на нього поширюються ці положення⁹⁹.

249. Положення частини 4, згідно з яким апеляційний розгляд може відбуватися і в разі неприбуття якоїсь із сторін не враховує у своєму формулюванні відсутності з поважних причин. Продовження розгляду в разі, якщо про таку причину суд було повідомлено, призведе до заперечення принципу процесуальної рівності сторін, що застосовується до апеляційного розгляду тією ж мірою, що й до розгляду в суді першої інстанції¹⁰⁰. Тому треба або роз'яснити, що існує такий виняток щодо провадження за відсутності однієї із сторін, або змінити це положення, включивши цей виняток до нього.

⁹⁹ Див., пп. 209–241.

¹⁰⁰ Див., наприклад, *Коркюфф проти Франції*, № 16290/04, 4 жовтня 2007 р.

Стаття 403. Підстави для скасування або зміни судового рішення судом апеляційної інстанції

250. Треба уточнити наслідки заборони в частині 3 на скасування рішення «з мотивів однобічності чи неповноти досудового розслідування чи судового розгляду». Така однобічність або неповнота може передбачати, що не шукалися докази, які б виправдовували обвинуваченого, і це саме по собі може означати порушення зобов'язань відповідно до статті 92 проекту Кодексу. Цілком можливо, що такі порушення розглядатимуться як ті, що підпадають під можливість, передбачену в пункті 2 частини 1 про скасування рішення з підстав «істотного порушення вимог кримінально-процесуального закону», але це не відбито в конкретних випадках суттєвих порушень, перелічених у статті 405, і якщо недотримання обов'язку пошуку доказів не підпадає під визначення «істотне порушення», то обмеження в частині 3 слід вилучити.

251. Також треба уточнити зміст частини 4, оскільки не вказано чітко, за яких обставин «істотне порушення прав обвинуваченого» може давати якісь підстави для скасування виправдувального вироку. Навпаки, такі порушення обов'язково означатимуть, що судовий розгляд відбувався з порушенням принципу справедливості й, отже, на порушення статті 6 Європейської конвенції¹⁰¹.

Стаття 409. Особливості нового судового розгляду судом першої інстанції

252. Спеціальні зауваження, вже висловлені щодо положень, які регулюють провадження в суді першої інстанції, рівною мірою стосуються й до частини 1, бо в ній зазначено, що ці положення також регулюють провадження після скасування вироку¹⁰².

253. Було б доцільно зазначити в цьому положенні, що суд першої інстанції, який розглядає справу, в якій вирок, постановлений іншим судом першої інстанції, був скасований, має відбуватися в іншому складі, ніж той, що цей вирок ухвалив. Такого положення в статті 32 проекту Кодексу немає, а було б бажано змінити склад суду так, щоб це усувало всякі підстави для обґрунтованих сумнівів щодо неупередженості і, отже, порушення статті 6 Європейської конвенції¹⁰³.

Стаття 411. Судові рішення суду апеляційної інстанції

254. Спеціальні зауваження, вже висловлені з приводу статей 363–374, рівною мірою стосуються до частини 2, оскільки і саме положення, хоча й з посиланням на статті 362–374, вказує, що вони визначають порядок щодо судових рішень суду апеляційної інстанції¹⁰⁴.

Глава 32. Проведення в суді касаційній інстанції (ст.ст. 417–436)

Стаття 417. Судові рішення, які можуть бути оскаржені в касаційному порядку

255. Хоча використання касаційного порядку загалом може бути недоречним стосовно до рішень, заснованих на угоді, важливість забезпечення умов, які регулюють затвердження таких угод в статті 467, вказує на те, що суд касаційної інстанції повинен мати змогу розглядати скарги, обґрунтовані неправильним тлумаченням або застосуванням таких умов судом апеляційної інстанції. Тому частину 3 слід змінити так, щоб уможливити відповідне заперечення.

¹⁰¹ Див., наприклад, *Мірілашвілі проти Росії*, № 6293/04, 11 грудня 2008 р., пп. 164-166.

¹⁰² Див., пп. 209-241.

¹⁰³ Див., наприклад, *Обершлік проти Австрії*, № 11662/85, 23 травня 1991 р.

¹⁰⁴ Див., пп. 230-234.

Стаття 427. Касаційний суд

256. Положення частини 4, згідно з яким касаційний розгляд може відбуватися і в разі неприбуття якоїсь сторони, не враховує у своєму формулюванні відсутності з поважних причин. Продовження розгляду в разі, якщо про таку причину суд було повідомлено, призведе до заперечення принципу процесуальної рівності сторін, що застосовується до провадження касаційним порядком такою ж мірою, як до розгляду в першій інстанції й апеляційній¹⁰⁵. Тому треба або роз'яснити, що існує такий виняток щодо провадження за відсутності однієї із сторін, або змінити це положення, включивши цей виняток до нього.

Стаття 429. Повноваження суду касаційної інстанції за наслідками розгляду касаційної скарги

257. Було б доцільно зазначити в цьому положенні, що склад суду першої або апеляційної інстанції, що розглядає справу, в якій було скасовано попередній вирок суду першої чи апеляційної інстанції, має бути іншим, аніж той, що ухвалював такий вирок. Такого положення в статті 32 проекту Кодексу немає, а було б бажано змінити склад суду так, щоб це усувало підстави для обґрунтованих сумнівів щодо неупередженості і, отже, порушення статті 6 Європейської конвенції¹⁰⁶.

Стаття 431. Підстави для скасування або зміни судового рішення судом касаційної інстанції

258. Враховуючи коментар, запропонований з приводу статті 403¹⁰⁷, до переліку підстав для касації треба включити односторонність або неповноту попереднього розслідування або судового розгляду, яка передбачає відсутність пошуку доказів, що б виправдовували обвинуваченого, якщо тільки такий мотив не охоплено визначенням «істотне порушення порядку кримінального процесуального закону» в пункті 1 частини 1.

Глава 33. Проведення в Верховному Суді України (ст.ст. 437-451)

Стаття 438. Підстави для перегляду судових рішень Верховним Судом України

259. Можливість перегляду рішень, виходячи з установлення міжнародною судовою установою порушення Україною міжнародних зобов'язань слід, безсумнівно, вітати. Тим не менш, термін «міжнародні судові установи» в проекті Кодексу не має визначення, тож було б доцільно підкреслити, що він охоплює також і Європейський суд з прав людини.

Стаття 440. Строк подання заяви про перегляд судових рішень

260. Не зрозуміло, чому, як передбачено чч. 1 і 2, встановлюються різні строки для подання заяв згідно з пунктом 1 і, відповідно, пунктом 2 частини 1 статті 438. Крім того, такий порівняно короткий термін в один місяць, передбачений для подання оскаржень на підставі рішень міжнародних судових установ, здається надмірно коротким і дотриматися його, ймовірно, буде важко, надто тому, що таке рішення майже напевно буде вчинене не українською мовою. Окрім того, як здається, недоречно тягар подання заяви покласти на особу, на користь якої було ухвалено рішення, адже, наприклад, обов'язок виконання рішень Європейського суду покладається на державу-відповідача. Тож було б доречніше, якби частина 2 передбачала, що Уповноважений Уряду України в Європейському суді або іншій

¹⁰⁵ Див., наприклад, *Вейнен проти Бельгії*, № 32576/96, 5 листопада 2002 р.

¹⁰⁶ Див., наприклад, *Обершлік проти Австрії*, № 11662/85, 23 травня 1991 р.

¹⁰⁷ Див., п. 251.

міжнародній судовій установі зобов'язаний передати відповідне рішення до Верховного Суду України, даючи особі, на користь якої таке рішення було ухвалене, можливість це зробити самій, якщо Уповноважений цього не зробив у встановлений строк.

Статті 443-444. Перевірка відповідності заяви вимогам цього Кодексу Вищим спеціалізованим судом України з розгляду цивільних і кримінальних справ; Допуск Вищим спеціалізованим судом України з розгляду цивільних і кримінальних справ справи до провадження

261. Роль, яка відводиться цими положеннями Вищому спеціалізованому суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ у визначенні прийнятності заяви про перегляд вироку Верховним Судом України в разі встановлення міжнародною судовою установою порушення Україною своїх міжнародних зобов'язань, як здається, створює зайву перешкоду для негайного виконання рішень Європейського суду, адже з встановлення порушення щодо вироку вже ясно, що є проблема, яку мав би розглянути Верховний Суд України. Очевидно, що немає потреби виносити ухвалу щодо прийнятності колегією в складі п'яти суддів, і тому слід розробити спрощений порядок передачі до Верховного Суду України.

262. Стаття 442 вимагає, що до заяви на перегляд Верховним Судом України належить додати копію рішення міжнародної судової установи. Однак у випадку Європейського суду таке рішення буде англійською або французькою мовою, а в положенні не вирішено питання про того, хто відповідає за переклад рішень міжнародних судових установ українською мовою, враховуючи, що практика, якщо не вимога, відповідно до Закону України «Про виконання судових рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» полягає в тому, що рішення Європейського суду не розглядаються, якщо вони не були офіційно перекладені. Надання Верховному Суду України перекладу – це явно відповідальність української влади. Це б слід було не тільки знову повторити в цьому положенні, але й установити порівняно короткий термін для надання перекладу так, щоб розгляд не надмірно затримувався. Це особливо важливо з огляду на те, що офіційний переклад деяких рішень щодо України тривав аж до двох років.

Стаття 448. Ухвала Верховного Суду України про задоволення заяви

263. Було б доцільно у цьому положенні вказати, що суд, який виніс оскаржений вирок, і в якій справа передається після задоволення заяви на перегляд, має збиратися іншим складом, аніж той, що ухвалив такий вирок. Такого положення в статті 32 проекту Кодексу немає, а було б бажано змінити склад суду так, щоб це усувало всякі підстави для обґрунтованих сумнівів щодо неупередженості і, отже, порушення статті 6 Європейської конвенції¹⁰⁸.

Глава 34. Провадження за нововиявленими обставинами (статті 452–460)

Стаття 454. Строк звернення про перегляд судового рішення за нововиявленими обставинами

264. Термін один місяць, установлений в частині 1 подання заяви про перегляд за нововиявленими обставинами, є не виправдано коротким і може становити собою необґрунтовану відмову в доступі до суду всупереч статті 6 Європейської конвенції, бо заявник може й не бути в країні на той час, коли виявлено ці обставини, або ж, не виключено, потребує отримати юридичну консультацію щодо наслідків тих обставин, які вважатимуться новими; він також може бути

¹⁰⁸ Див., наприклад, *Обершлік проти Австрії*, № 11662/85, 23 травня 1991 р.

недостатнім для збирання всіх матеріалів, необхідних за статтею 455 для подачі клопотання. Тож було б доцільніше передбачити тримісячний термін або дозволити зміну існуючого терміну, якщо особа, що подає заяву, наводить підстави для його пропуску.

Розділ VI. Особливі порядки кримінального провадження

Глава 35. Кримінальне провадження на підставі угод (статті 461-469)

Стаття 467. Загальний порядок провадження на підставі угоди

265. Умови, що належить виконати, перш ніж затверджувати угоду про примирення або визнання винуватості, загалом є відповідними. Зокрема обов'язок суду, зазначений у частині 6, – переконатися в тому, що угоду укладено добровільно – має першорядне значення. Однак, для того, щоб правильно встановити добровільний характер, та зважаючи на те, що будь-яка участь адвокатів в справах даної категорії, ймовірно, залишатиметься теоретичною, суд повинен перевірити справжність будь-якої відмови обвинуваченого від права, шляхом його виклику з метою одержати підтвердження в письмовому вигляді. Окрім того, було б доцільно вимагати від суду спеціально з'ясувати, чи мав місце будь-який тиск на підозрюваного або обвинуваченого з метою змусити його відмовитися від скарги на співробітників правоохоронних органів в обмін на обіцянку припинити його переслідувати – що, як здається, відбувалося, коли в різних країнах запроваджували такі угоди¹⁰⁹ – і, таким чином, ознайомитися з відповідними матеріалами про всі ті місця, де підозрюваного або обвинуваченого тримали до укладання угоди.

Глава 37. Кримінальне провадження щодо окремої категорії осіб (ст.ст. 473–476)

Стаття 475. Особливий порядок затримання і обрання запобіжного заходу

266. Положення частини 1, яке передбачає автоматичне звільнення з-під варти професійних суддів і народних депутатів, незалежно від злочину, до якого вони можуть бути причетні, безсумнівно, враховує особливий конституційний статус цих осіб. Проте воно також дорівнює визнанню того, що кримінальне провадження може здійснюватися ефективно і без необхідності тримання підозрюваного під вартою до суду. Як таке воно підкреслює потребу більш суворого підходу до формулювання, а також застосування норм, за якими інші особи, що не мають такого високого статусу, підозрювані або обвинувачені в злочинах, тримаються під вартою¹¹⁰.

Глава 38. Кримінальне провадження щодо неповнолітніх (ст.ст. 477-496)

§ 1. Загальні правила кримінального провадження щодо неповнолітніх

267. У положеннях цієї частини глави насправді не відображено потреби створення доброзичливого до дитини середовища і процесу, в межах якого здійснюється кримінальне провадження щодо осіб, молодших вісімнадцяти років. Зокрема, немає якихось положень про те, що у приміщенні, в якому відбувається судовий розгляд, має бути враховано особливості характеру і правоздатності тих, кого судять, як немає й вимоги, щоб усі працівники органів охорони правопорядку, юстиції і суду, що беруть участь у такому провадженні, мали відповідну підготовку, перш вони

¹⁰⁹ Див., Дж. Мердок, *Доповідь щодо Грузії про боротьбу з жорстоким поводженням і безкарність та ефективно розслідування жорстокого поводження*, (Рада Європи, 2011), пп. 55-62.

¹¹⁰ Див., пп. 177-185.

будуть до нього допущені¹¹¹. Недостатньо визнається й потреба інформувати неповнолітніх та вислуховувати їхні аргументи в ході провадження: про останнє прямо згадано лише в частині 3 статті 487 (щодо передання таких осіб під опіку їхніх батьків), а про перше – в частині 2 статті 489 (у разі тимчасового видалення неповнолітніх з зали судового засідання) та частині 2 статті 491 (у частині застосування примусових заходів виховного характеру замість кримінального покарання). Отож є безсумнівна потреба інакше сформулювати ці положення, щоб забезпечити формування чіткої бази для того, щоб ця частина глави встановлювала систему справді доброзичливої до дітей юстиції.

268. Спеціальні зауваження, вже висловлені з приводу статті 174, рівною мірою стосуються до частини 2 статті 486, оскільки в ній вказано, що відповідні положення також визначають порядок ухвалення рішень в суді апеляційної інстанції¹¹².

§ 2. Застосування примусових заходів виховного характеру до неповнолітніх, які не досягли віку кримінальної відповідальності

269. Недоліків, відзначених з приводу першого параграфу цієї глави, безумовно, більшає в другій частині. Ця частина передбачає застосування кримінального провадження відносно осіб, які досягли віку одинадцяти, але ще не того віку, після досягнення якого кримінальне провадження може закінчуватися застосуванням примусових заходів виховного характеру в разі стверджуваного вчинення суспільно небезпечного діяння, яке містить ознаки злочину. Утім, жодне з положень цієї частини не містить будь-якої вказівки на те, що в ньому належним чином враховано молодий вік таких дітей. Внаслідок цього знов з'являється реальна потреба переробити ці положення так, щоб вони забезпечували формування чітких рамок, які створюють доброзичливе до дитини правосуддя для здійснення повноважень, передбачених у цій частині глави.

270. Спеціальні зауваження, вже висловлені з приводу статті 174, рівною мірою стосуються й до другого абзацу частини 5 статті 493, оскільки в ньому вказано, що положення тієї статті визначають судові рішення суду апеляційної інстанції¹¹³.

Глава 39. Кримінальне провадження за участю неосудних осіб та осіб, які захворіли на психічну хворобу до постановлення вироку або під час відбування покарання (ст.ст. 497–510)

Стаття 498. Порядок здійснення досудового розслідування щодо суспільно небезпечних діянь неосудних осіб і кримінальних правопорушень обмежено осудних осіб

271. Ні це положення, ні будь-яке інше в цій главі не дає зрозуміти, як саме на досудовій стадії буде встановлено, що особа є неосудною або хвора психічне захворювання. У статті 503 є положення про психіатричну експертизу після порушення провадження стосовно до такої особи та про ухвалу на основі психіатричного висновку в статті 509 у випадках, коли особа мала тимчасовий психічний розлад, проте, здається, таки немає будь-яких положень щодо порядку постановлення ухвали на досудовій стадії про те, що особу належить вважати за таку, що була неосудна в момент стверджуваного вчинення злочину, або яка

¹¹¹ Див., Салдуз проти Туреччини [GC], № 36391/02, 27 листопада 2008 р., і Пановітц проти Кіпру, № 4268/04, 11 грудня 2008 р., (щодо допиту) та Т проти Сполученого Королівства [GC], № 24724/94, 16 грудня 1999 р. (щодо судового розгляду), а також «Керівні принципи Комітету Міністрів Ради Європи про доброзичливе щодо дитини правосуддя (ухвалені Комітетом Міністрів 17 листопада 2010 р. на 1098-ому засіданні Заступників міністрів).

¹¹² Див., п. 177.

¹¹³ Там само.

згодом захворіла на психічне захворювання, внаслідок чого до неї починають застосовуватися положення цієї глави. Такий висновок має бути предметом судового контролю. Безсумнівно, заходи судового контролю передбачені статтею 502, де йдеться про застосування запобіжного заходу, але має існувати більш чітка основа для ухвали про те, що підозрюваного треба розглядати не як осудну особу, а як неосудну, або таку, що захворіла на психічне захворювання. Отже, треба це питання має бути з'ясоване і, можливо, положення цієї глави слід доопрацювати.

Стаття 503. Психіатрична експертиза

272. Психіатрична експертиза для визначення психічного стану особи, в принципі, є заходом, обґрунтованим в тому разі, якщо когось вважають неосудним або таким, хто захворів на психічне захворювання. Проте ця експертиза має проводитися так, щоб це не становило нелюдського або такого, що принижує людську гідність, поводження і забезпечувало дотримання права на приватність відповідно до статей 3 та 8 Європейської конвенції¹¹⁴, також було б бажано, щоб це зобов'язання окремо відзначене в будь-якому дозволі на її проведення. Це не вимагає вносити які-небудь зміни до проекту Кодексу, однак цьому питанню слід приділити особливу увагу при забезпеченні підготовки до втілення в практику його положень.

Глава 40. Кримінальне провадження, яке містить державну таємницю (ст.ст. 511–512)

Стаття 511. Охорона державної таємниці під час кримінального провадження

273. Треба уточнити, що є наслідком вимоги частини 1, відповідно до якої досудове розслідування і судовий розгляд у справах, що містять державну таємницю, здійснюється з дотриманням вимог режиму секретності. Хоча необхідність охороняти законні державні таємниці зрозуміла, однак обмеження на гласність не мають бути надмірними. Особливо ж важливо, щоб будь-які такі обмеження не заважали підготовці захисту чи здійсненню право на слухання в відкритому засіданні. Тимчасом як обмеження на розголошення змісту певних фактів або свідчень, а також даних персональних даних щодо окремих свідків може бути виправданими, з цього не випливає, що проведення розслідування або суду треба тримати в секреті або що проведення всього судового розгляду треба проводити за зачиненими дверима. Таким чином, слід роз'яснити наслідки виконання вимог режиму секретності, вказавши водночас, як їхнє застосування забезпечуватиме, щоб праву на розгляд справи в відкритому засіданні і праву захищати себе, що їх передбачає стаття 6 Європейської Конвенції, не було завдано шкоди.

274. Крім того, бланкетна заборона частини 4 захисникові чи законному представникові підозрюваного робити нотатки під час розгляду матеріалів, які містять державну таємницю, ймовірно, перешкоджатиме як підготовці ним його захисту, так і здатності забезпечити ефективне представництво в ході самого судового процесу, бо ж захисник чи законний представник, цілком можливо, не зуміють запам'ятати всі моменти в розглянутих матеріалах, що будуть важливі для їхнього завдання. Хоча й можна зрозуміти занепокоєність з приводу подальшого поширення відомостей, пов'язаних із державною таємницею, слід знайти змогу створити систему, яка б дозволяла робити нотатки, водночас унеможливаючи їх винесення за межі юрисдикції суду, але все ж забезпечуючи поважати конфіденційність підготовки захисту підозрюваного. Отож треба поміркувати над зміною формулювання сфери дії обмеження в частині 4.

¹¹⁴ Див., наприклад, *Ворва проти Польщі*, № 26624/95, 27 листопада 2003 р.

Глава 41. Кримінальне провадження на території дипломатичних представництв, консульських установ, суден України (ст.ст. 513–517)

Стаття 514. Процесуальні дії під час кримінального провадження на території дипломатичних представництв, консульських установ, суден України

275. Треба уточнити, які є гарантії проти можливої неналежності або недбалості проведення процесуальних дій главою дипломатичного представництва, керівником консульської установи або капітаном українського судна в справах про злочини, що, як вважається, були вчинені на цій території або на судні, бо це може завдати великої шкоди захистові будь-кого, хто буде обвинувачений у вчиненні відповідного злочину.

Стаття 516. Строк законного затримання особи

276. Ця стаття має включати положення про те, що особі, яку тримають під вартою на території дипломатичного представництва або консульської установи, буде забезпечено доступ до консультації незалежного правника під час її тримання під вартою, оскільки це може бути вирішальним як для оскарження законності тримання, так і для забезпечення дотримання права такої особи на захист¹¹⁵.

Розділ VIII. Виконання судових рішень (ст.526–534)

Стаття 530. Відстрочка виконання вироку

277. Може, це просто проблема перекладу, але як підстави для відстрочки виконання вироку до пункту 1 частини 1 слід включити як хвороби, так і захворювання, бо і ті, і другі однаково можуть позбавити когось здатності відбувати покарання, якщо б унаслідок цього вони б зазнавали нелюдського чи такого, що принижує гідність, поводження – всупереч статті 3 Європейської конвенції¹¹⁶. Крім того, у цій статті слід передбачити, що відбування покарання відкладається для інваліда, адже місця тримання під вартою не пристосовані для задоволення їхніх особливих потреб¹¹⁷.

Стаття 531. Питання, які вирішуються судом під час виконання вироків

278. Питання в цьому положенні безперечно належать до тих, які має вирішувати суд, а надто ті, що пов'язані з рішеннями щодо припинення чи відновлення тримання особи під вартою, бо вони стосуються дотримання права, передбаченого пунктом (4) статті 5 Європейської конвенції, оскаржувати законність свого тримання під вартою в суді¹¹⁸. Право за пунктом (4) статті 5 включає в себе право на забезпечення правової допомоги та на участь у провадженні, в якому вирішується питання про тримання відповідної особи під вартою. Проте в статті 531 немає ніякої згадки про будь-які аспекти відповідної судової процедури, тож є потреба уточнення норм, що регулюють цю процедуру, і, зокрема, того, якою мірою вони відповідають вимогам Європейської конвенції.

¹¹⁵ Див., наприклад, *Оджалан проти Туреччини* [GC], № 46221/99, 12 травня 2005 р.

¹¹⁶ Див., наприклад, *Муїзель проти Франції*, № 67263/01, 14 листопада 2002 р.

¹¹⁷ Див., *Прайс проти Сполученого Королівства*, № 33394/96, 11 липня 2001 р.

¹¹⁸ Див., наприклад, *Вік проти Сполученого Королівства*, № 9787/82, 2 березня 1987 р. і *Вінтерверп проти Нідерландів*, № 6301/73, 24 жовтня 1979 р.

Розділ IX. Міжнародне співробітництво під час кримінального провадження

Глава 42. Загальні принципи міжнародного співробітництва (статті 535–544)

279. Було б доцільно включити до положень цієї глави обов'язок діяти оперативно при розгляді чи здійсненні запитів про надання міжнародної правової допомоги або екстрадиції з метою забезпечення того, що запити, надіслані українським органам влади або спрямовані ними, розглядалися оперативно, щоб таким чином уникнути невинувато тривалого тримання під вартою тих, хто може бути об'єктом всіх подібних запитів¹¹⁹.

Глава 43. Міжнародна правова допомога при проведенні процесуальних дій (ст.ст. 545–566)

Стаття 560. Допит на підставі запиту про міжнародну правову допомогу

280. Перше речення пункту 1, здається, частково дублює зміст частини 1 статті 559, тож слід переглянути необхідність його збереження.

281. Було б доцільно повідомляти особу, яка викликається, про те, що вона має право на допомогу адвоката до або під час допиту, щоб вона могла знати, чи не слід їй відмовитися від дачі показань з однієї з причин, передбачених частиною 2.

282. Треба роз'яснити, хто визначає, чи є відмова від дачі показань допустимою і чи можна якось оскаржити ухвалу про недопустимість відповідної відмови.

283. Також є потреба включити сюди положення, подібні до частин 2 і 5 статті 561, щоб забезпечити відповідним особам належні процесуальні гарантії в випадках, коли допит не проводиться шляхом відео- або телефонної конференції.

Стаття 562. Розшук, арешт і конфіскація майна

284. Частина 2 передбачає, що рішення щодо відповідних активів ухвалює суд, проте немає вказівок на те, чи особа, яка ними володіє, має право оскаржити подання запитуючої держави і, зокрема, чи має вона право вимагати відхилити запит про міжнародну правову допомогу з будь-якої з тих підстав, що викладені в статті 551. Отож треба уточнити, які процесуальні гарантії має особа, що володіє активами, грошима та цінностями, які можуть бути об'єктом здійснення повноважень, які надаються згідно цих положень.

Глава 44. Видача осіб, які вчинили кримінальні правопорушення (екстрадиція) (статті 567-587)

Стаття 577. Підстави для відмови у видачі

285. З метою забезпечити відповідність вимогам статті 6 Європейської конвенції щодо результату передачі іншій країні, сюди слід включити як додаткову підставу для відмови у видачі існування обґрунтованих підстав вважати, що суд над особою, видача якої запитується, відбуватиметься з відвертою відмовою в правосудді¹²⁰.

Стаття 579. Застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою для забезпечення видачі особи

¹¹⁹ Див., наприклад, *Квінн проти Франції*, № 18580/91, 22 березня 1995 р.

¹²⁰ Див., наприклад, *Дрозд і Яноушек проти Франції та Іспанії*, № 12747/87, 26 червня 1992 р., і *Маматкулов і Аскарров проти Туреччини* [GC], № 46827/99, 4 лютого 2005 р.

286. Спеціальні зауваження, вже зроблені з приводу глави 18, однаковою мірою стосуються й частини 3, оскільки в ній зазначено, що її положення регулюють застосування запобіжного заходу в вигляді взяття під варту в справах про екстрадицію¹²¹.

Стаття 586. Транзитне перевезення

287. Положення частини 2 щодо надання дозволу на транзитне перевезення через територію України осіб з метою екстрадиції до третьої країни слід обумовити обов'язковим установленням того факту, що видача цієї особи здійснюється без порушення пункту 8 або 9 частини 3 статті 577, або додатковою підставою для відмови в видачі, про яку йшлося в попередньому пункті, з метою забезпечити те, що Україна не порушує вимог Європейської конвенції, які регулюють видачу.

Глава 45. Кримінальне провадження у порядку перейняття (ст.ст. 588–594)

Стаття 590. Тримання під вартою особи до отримання запиту про перейняття кримінального провадження

288. Спеціальний коментар, вже висловлений з приводу статті 579, однаковою мірою стосується частини 2, оскільки вона вказує, що її положення будуть поширюються на рішення про тримання під вартою в разі запиту на перейняття кримінального провадження¹²².

Глава 46. Визнання та виконання вироків іноземних судів та передача засуджених осіб (статті 595–607)

Стаття 604. Організація виконання покарання щодо переданої засудженої особи

289. Це положення слід змінити, включивши звільнення з-під варту переданої засудженої особи в тому разі, якщо встановлено, що вирок їй винесено в провадженні, що становило відверту відмову в правосудді, так щоб її надалі не тримали під вартою на порушення статті 5 Європейської конвенції¹²³.

Розділ X. ПРИКІНЦЕВІ ПОЛОЖЕННЯ І РОЗДІЛ XI. ПЕРЕХІДНІ ПОЛОЖЕННЯ

290. 6-місячний період, нібито встановлюваний в частині 1 щодо набрання законної сили загальними положеннями проекту Кодексу, не передбачає достатнього часу для належної підготовки спеціалістів та внесення адміністративних змін, необхідних для забезпечення правильного застосування всіх запроваджуваних змін. Така підготовка має в себе включати ознайомлення з міжнародними зобов'язаннями, у тому числі Європейською конвенцією та практикою Європейського суду, на виконання яких спрямовано проект Кодексу. Шести місяців може не вистачити для досягнення цієї мети, враховуючи масштаби відповідних змін і значне навантаження, яке лежить на слідчих, суддях, адвокатах та прокурорах. Однак запропонований 6-місячний інтервал між публікацією і набранням чинності насправді не гарантує навіть того часу, якого потребує підготовка фахівців, оскільки пункт 3 частини 19 Розділу XI дозволяє Кабінету Міністрів зачекати аж три місяці, доки набере чинності обов'язок підготувати та забезпечити виконання програм перепідготовки. Як наслідок цього, можливості для ефективного навчання всіх відповідних працівників в секторі юстиції до набрання чинності Кодексом явно недостатньо. До проекту Кодексу слід, таким

¹²¹ Див. пп. 177-193.

¹²² Див., п. 286.

¹²³ Див., *Дрозд та Яноушек проти Франції та Іспанії*, № 12747/87, 26 червня 1992 р.

чином, слід внести зміни, вилучивши з нього цю 3-місячну затримку з виникненням зобов'язань.

291. Короткий проміжок часу між публікацією і набранням чинності загальними положеннями проекту Кодексу помітно контрастує з 5-річним відтермінуванням, запропонованим у частині 1, щодо досудового розслідування злочинів, передбачених статтями 402–421 та 423–435 Кримінального кодексу й пунктом 2 частини 2 статті 214, яке видається задовгим і не мало б бути збереженим.
292. Хоча, в цілому, це має сенс, щоб, як передбачають практично всі положення розділу XI, провадження, розпочате до набрання чинності проектом Кодексу, тривало відповідно до порядку, чинного до цієї дати, було б доцільно передбачити для відповідних осіб можливість скористатися будь-якими істотними поліпшеннями – наприклад, тими, що стосуються до запобіжних заходів, які запроваджує проект Кодексу. Причому це повинно б мати місце і в тому разі, якщо інституції, які ведуть справу, будуть іншими, ніж передбачені в проекті Кодексу, тож відповідні положення щодо цього слід додати до тих, що даний Розділ вже містить.
293. Надто оптимістично, здається, передбачати лише три місяці для приведення у відповідність всіх нормативно-правових актів до проекту Кодексу, як це встановлено в пунктах 1 і 2 частини 19 Розділу XI, тож цей строк слід продовжити до тих самих 6 місяців, які відділятимуть його публікацію від набрання чинності.

V. ДОДАТОК: Таблиця змін до законодавчих актів України

294. Тут не місце зазначати, які інші положення слід було б змінити з метою встановлення системи кримінального правосуддя, що відповідає стандартам Ради Європи. Однак важливо відзначити, що, хоч текст проекту Кодексу являє собою значний поступ у бік створення кримінального процесу, що відповідає Європейській конвенції і сучасним системам кримінальної юстиції, успіху в цьому досягнуто не буде, якщо зміст інших законів не буде узгоджено з тими змінами, які запроваджує проект Кодексу. Наприклад, кримінально-процесуальне законодавство може повністю забезпечувати дотримання всіх необхідних процесуальних гарантій, але їх можна буде обійти, якщо й далі існуватиме можливість затримувати за адміністративні правопорушення.
295. Поданий далі аналіз Додатка, містить, по-перше, кілька загальних зауважень, а потім ті, що посилаються на конкретні його положення.

Загальні коментарі

296. Хоча проект Кодексу охоплює основні положення, що стосуються кримінального провадження, є безліч інших норм закону, які безпосередньо пов'язані з кримінально-процесуальним. Набрання чинності новим Кримінальним процесуальним кодексом неминує зачіпає багато інших законів, починаючи від Цивільного кодексу, до Закону «Про прокуратуру» або Закону «Про державну таємницю», і це лише кілька прикладів. Розробка проекту Кримінального процесуального кодексу вимагає обов'язкового розгляду всіх цих правових норм, на які можуть вплинути нові норми кримінального процесу, а також перевірки, чи всі ці інші закони відповідають таким нормам. Додаток містить зміни до 71 закону, положення яких частково оновлюються, видаляються або реформуються.

297. Процес адаптації всього національного законодавства до тексту проекту Кодексу – завдання не з легких. Обсяг Додатку – близько 92 сторінок – та кількість дотичних законів свідчить про масштаб відповідної праці, а також дає уявлення про зусилля розробників, докладені з метою привести в актуальний стан умови відповідних законів, а також для виявити можливі неузгодженості з нормами проекту Кодексу.
298. Незважаючи на прагнення укладачів представити в проекті Кодексу додаток із повним переліком пов'язаних змін законодавства, аналіз запропонованих поправок не був позбавлений труднощів. Документ розділено на дві колонки – у лівій містяться чинні норми, а в правій – наведено запропоновані зміни. Така будова в принципі має полегшувати порівняння норм і дозволяти з першого погляду знаходити змінювані пункти, речення чи словосполучення. Проте запропоновані поправки не завжди чітко виділені і відразу зрозумілі. Іноді цілі параграфи виділені напівжирним шрифтом, навіть у тих випадках, коли було змінено тільки одне слово. В інших – довгі положення повністю копіюються в додатку, що ускладнює розпізнання конкретного пункту, до якого внесено зміни, тимчасом як однієї згадки про нього було б досить, щоб побачити, що і як змінено. В інших частинах тексту, положення, яке нібито зазнає змін, залишається точно таким самим (наприклад, у статтях 4 і 19 Закону України «Про забезпечення безпеки учасників кримінального провадження», статті 166 Кримінально-виконавчого кодексу України, статтях 38, 185-5, 247 Кодексу України про адміністративні правопорушення та чи в Законі «Про державну охорону судів та правоохоронних органів» текст у правій колонці аналогічний текстові в лівій колонці). Окрім того, є деякі статті, в яких через переклад надзвичайно важко зрозуміти зміст норми – див., наприклад, статті 88 Закону України «Про виконавче провадження». Усі ці аспекти збільшують труднощі в виявленні відповідних змін і обсягу пропонованих поправок.
299. Щодо обсягу змін в Додатку, то вони, в основному, являють собою незначне коригування формулювань, що залишає зміст без змін. Деякі з заміненіх термінів показують, що хоч їх і можна вважати адекватними, однак вони не є релевантними по суті: так, «орган дізнання» замінено «органом досудового дізнання», «кримінальну справу» на «кримінальне провадження», «злочин» на «кримінальне правопорушення», «громадян, що перебувають під слідством» на «громадян у кримінальному провадженні», «кримінально-процесуальне законодавство» на «кримінальне процесуальне законодавство» і «взяття під арешт» на тримання під арештом». Ці поправки, загалом, правильні і узгоджуються з положеннями проекту Кодексу.
300. Однак не всі вони обмежуються коригуванням формулювання чи термінів. Кілька змін стосуються нових інститутів або положень, запроваджуваних проектом Кодексу, як, наприклад, «повідомлення про підозру органів, що здійснюють досудові слідчі (розшукові) дії». Усе ж понад 80% змін, наведених у Додатку, не мають істотного значення, бо не міняють змісту норми.
301. Утім, у коментарях з приводу окремих положень слід таки вказати на деякі очевидні недоліки в окремих законах, навіть якщо це може здатися чимось, що виходить за рамки цього Висновку. Наприклад, надмірними здаються повноваження міліції. Окрім того, наявність трьох законів про виконавче провадження (Закон «Про Державну кримінально-виконавчу службу», Кримінально-виконавчий кодекс і Закон «Про виконавче провадження») також не сприяє розумінню правової бази й ускладнює, таким чином, контроль за її можливими порушеннями. Більш того, імунітети, передбачені в кримінальному процесі для суддів, можуть викликати побічний ефект, негативно впливаючи на незалежність суддів. А ще й повноваження прокурора входять в приміщення

суперечать принципу попереднього судового дозволу на здійснення таких заходів. І, нарешті, відповідно до Закону «Про Службу безпеки України», співробітники цієї служби наділені повноваженнями проводити кримінальне розслідування (стаття 24) і входити в житло під час розслідування злочинів у межах своєї компетенції (стаття 25.7). Існування цих повноважень становить значний виняток щодо застосування загальних норм у проекті Кодексу, тому слід було б поміркувати, чи ці надзвичайні повноваження можуть бути обґрунтовані і чи узгоджуються вони з розумними процесуальними гарантіями.

302. Обговорювані далі запропоновані зміни до Законів «Про оперативно-розшукову діяльність», «Про міліцію», «Про прокуратуру», «Про службу безпеки» та низки інших правних актів, пов'язаних із кримінальним процесом або відповідними органами та установами, в основному, є або загальними, або цілеспрямованими посиланнями на проект Кодексу чи відповідні зміни до положень, які дублюють його положення. Однак ці закони потребують більш суттєвого перегляду, оскільки запропоновані зміни не зачіпають ряду концептуальних питань, які не були охоплені з огляду на обмежений (вузькоспрямований) спосіб їх коригування. Унаслідок цього, збережено повноваження органів прокуратури та слідства застосовувати відповідні втручальні заходи поза рамками кримінального процесу. Наприклад, запропоновані зміни не торкнулися пункту 1 статті 20 Закону «Про прокуратуру», що надає прокурорам повноваження входити «безперешкодно ... в приміщення органів державної влади, органів місцевого самоврядування, громадських об'єднань громадян, підприємств, установ і організацій, незалежно від форми власності, отримувати доступ до їх документації» та деякі інші пов'язані з цим прерогативи. Закон «Про Службу безпеки», а також Закон «Про міліцію» та деякі інші містять багато положень одного й того ж характеру.

Коментарі щодо окремих положень

Закон України «Про судоустрій та статус суддів»

Стаття 21.

303. Нова частина 5, яка додається в це положення, передбачає порядок призначення слідчого судді в системі місцевих загальних судів. Ця законодавча поправка є абсолютно необхідною для імплементації схеми проекту Кодексу, відповідно до якої слідчий суддя здійснює контроль за слідчими діями і заходами та забезпечує захист основоположних прав.

304. У частині 5 йдеться про те, що слідчий суддя обирається з числа суддів місцевого загального суду на зборах суддів суду за поданням голови суду. Оскільки голова суду зобов'язаний сприяти ефективній роботі працівників суду, то можна вважати прийнятним, що він і пропонує кандидатуру судді для обрання на посаду слідчого судді. Однак така система пов'язана з ризиком того, що вибір завжди падатиме на тих самих суддів або ж, навпаки, що деякі судді ніколи не побувають на посаді слідчого судді. Словом, рішення голови суду може перетворити таку систему обрання на просту формальність.

305. Крім того, призначення на посаду слідчого судді здійснюється на максимальний строк на два роки. З міркувань ефективності, термін призначення має бути довшим, щоб дозволити відповідному судді набути необхідного досвіду та навичок для розвитку функціональних можливостей слідчого судді. А ще слід уточнити, чи може той самий суддя бути повторно призначений на посаду слідчого судді.

306. Більш того, з метою дотримання вимог безсторонності стаття 21 також мала б установлювати, що слідчий суддя звільняється від виконання обов'язків судді першої інстанції.

Стаття 24.

307. Зміна до цієї статті, в якій перелічуються функції і обов'язки голови місцевого суду, відповідає статті 21 вище. Однак ця зміна не є строго обов'язковою. При перелікові функцій та обов'язків голови місцевого суду стаття 24 говорить, що голова суду «здійснює інші повноваження, передбачені законом»^[1], тобто встановлює загальну норму, якої достатньо, щоб охопити і новий обов'язок вносити кандидатуру слідчих суддів.¹²⁴

Статті 29 та 115

308. Попередній коментар однаковою мірою застосовується й до зміни в цих положеннях, які відповідно стосуються голови апеляційного суду та переліку функцій зборів суддів.

Стаття 48.

309. Поправка до цієї статті має не більш як формальний характер, оскільки зміст при цьому не змінюється: попереднє посилання на «відкриття кримінальної справи» міняється на «повідомлення про підозру у скоєнні злочину». В обох випадках останнє слово у розслідуванні кримінальної справи щодо судді – за Генеральною прокуратурою. Якщо запропонована формальна зміна цієї статті не потребує жодних додаткових зауважень, та й ця зміна як така не суперечить нормам досудового розслідування нового проекту Кодексу, то її зміст викликає стурбованість з приводу незалежності правосуддя, і тому його слід цілком переглянути.

310. Конституція надає суддям імунітет. Зокрема стаття 126 проголошує, що «суддя не може бути затриманий чи заарештований без згоди Верховної Ради України до винесення обвинувального вироку судом». Такий широкий імунітет для суддів у європейських конституціях незвичний і Венеціанська комісія піддавала критиці це положення Конституції¹²⁵. Не вдаючись в питання про доцільність і необхідність у такому широкому суддівському імунітеті, той факт, що арешт або затримання судді вимагає попередньої згоди парламенту, може викликати занепокоєння і з погляду незалежності суддів. На думку Венеціанської комісії, «імунітет має скасовувати не парламент, а Вища рада юстиції. Тож статтю 126 слід змінити в цьому сенсі, забезпечивши лише функціональний імунітет за дії, вчинені на посаді, й виключивши корупційні. Поки такої зміни внесено не буде, закон має принаймні гарантувати, що позбавлення недоторканності відбувається тільки на підставі судової рекомендації»¹²⁶.

311. Утім, кримінальне переслідування суддів може розпочинатися тільки Генеральним прокурором. Такий спосіб має два аспекти. З одного боку, його можна розглядати як такий, що допомагає уникнути ризику того, що якийсь один, нижчий прокурор вирішить висунути звинувачення проти судді без достатніх ознак ймовірної підстави. З іншого боку, це викликає сумнів тому, що Генерального прокурора призначає виконавча влада. Отак, те, що назовні виглядає як комплекс заходів для

¹²⁴ Пункт 9 частини 1 статті 24.

¹²⁵ Див Спільний висновок щодо проекту Закону «Про судоустрій та статус суддів України», підготовлений Венеціанською комісією та Управлінням співробітництва Генерального директорату з прав людини та правових питань Ради Європи. Затверджений у березні 2010 р., з урахуванням коментарів Ш. Гасса, Дж. Гамільтона, М. Пеллонпя і Г. Сухоцької, пункт 27.

¹²⁶ Там само, п. 27.

захисту незалежності судової системи, могло б, при детальнішому розгляді, поставати як певний ризик політичної залежності, що, звісно, не йде на користь незалежності судової системи. Отож, цей механізм було б бажано дещо переглянути.

Стаття 58.

312. Треба також з'ясувати, чому відрізняються норми, які визначають порядок офіційного затвердження списку присяжних засідателів і народних засідателів. Якщо функції присяжних та народних засідателів в цілому однакові, то й ті вимоги, які вони мають задовольняти, теж ідентичні¹²⁷, не зрозуміло, чому правила формування списку присяжних засідателів мають бути відмінними від правил, застосованих до списку народних засідателів.

Стаття 61.

313. Реформування цієї статті зводиться, в основному, до того, щоб додати словосполучення «присяжні засідателі» в різні частини з метою поширити сферу застосування цього положення, яке насамперед призначалося лише для народних засідателів, і на присяжних засідателів. Проте в новій частині 3 посилання на присяжних засідателів опущено, тому, якщо це не друкарська помилка чи хиба перекладу, цей недолік треба усунути.

Стаття 62.

314. Поправка, яку вносить проект Кодексу, обмежується поширенням сфери застосування цього положення на присяжних засідателів. Єдина зміна полягає в запровадженні терміну «присяжний засідател» поряд із терміном «народний засідател». Утім, якщо на присяжних та народних засідателів поширюються всі гарантії, передбачені для суддів, – такі, як недоторканність, то коментарі, запропоновані раніше з приводу статті 48, стосуватимуться й до цього положення.

Стаття 66.

315. Слід насамперед підкреслити, що зміни, внесені до цієї статті - а йдеться в ній про порядок призначення особи на посаду судді вперше - не мають відношення до проекту Кодексу або наслідків змін, які він спричиняє.

316. Чинна тепер стаття проголошує, що оголошення про заповнення вакансій суддів друкується в «Голосі України» і «Урядовому кур'єрі». Згідно з поправками, які мають супроводжувати введення в дію нового Кримінального процесуального кодексу, оголошення про конкурс на посади суддів здійснюється в друкованих засобах масової інформації, визначених Вищою кваліфікаційною комісією суддів України. У більшості європейських країн оголошення про такі конкурси друкуються в Офіційному віснику, а також на веб-сторінці органів судової влади і державного управління, так що всі зацікавлені знають, де його шукати. Додатково вони можуть виходити друком і в інших виданнях.

317. Слід, певне, пояснити, що оголошення через «друковані ЗМІ» здійснюється досить широко, аби гарантувати, що кожен можливий кандидат, зацікавлений взяти участь у конкурсі на заміщення вакансії суддів, знатиме про це.

318. Це зауваження також можна застосувати до змін, що їх внесено до статті 77.

¹²⁷ Стаття 59 Закону про судоустрій.

Перехідне положення

319. Сформульовано тут запропоновану зміну, здається, помилково. Може, це сталося в перекладі, але не ясно, які клопотання мають бути подані до Верховного Суду. Окрім того, згадка в цьому пункті про частину 4 статті 400 Кримінально-процесуального кодексу теж потребує оновлення.

Закон України «Про оперативно-розшукову діяльність»

320. Положення цього Закону щодо негласних та інших слідчих дій ставляться в залежність від дотримання норм проекту Кодексу, таким чином змішуючи їх із непрозорими положеннями про оперативно-розшукову діяльність. Щоб підкреслити чітку відмінність між цими двома структурами, було б доцільно виключити з цього Закону положення про слідчі дії, які вже регулюються в проекті Кодексу, провівши чітку лінію поділу між кримінальним розслідуванням та іншими оперативними діями. Закон «Про оперативно-розшукову діяльність» мав би просто включати загальне положення про те, що всі такі дії регулюються проектом Кодексу.

Стаття 4.

321. Дуже позитивним є нагадування про основні засади оперативно-розшукової діяльності. У цьому положенні також згадано як одну з них «взаємодію з органами державної влади, місцевого самоврядування і населенням». Це, здається, означає, що будь-яка оперативно-розшукова дія повинна бути узгоджена і здійснюватися в співпраці з такими органами, а також з дотримання прав громадян. Може, ця проблема спричинена перекладом, але зміст поняття «взаємодія» видається заплутаним та, в будь-якому випадку, не належить до принципів того ж рівня, що верховенство права та захист прав людини.

Статті 6 і 7

322. Доповнення, внесені в ці статті, відображають позитивні зміни в покладених на оперативно-розшукові підрозділи завданнях в рамках системи кримінальної юстиції, чітко вказуючи, що вони виконують свої функції в сфері попередження, виявлення та припинення злочинів, але не в сфері судового переслідування. Це чітко передбачено в частині 7 статті 7, яка встановлює загальну норму, відповідно до якої за наявності ознак вчинення злочину, розслідування і всі зібрані матеріали переходять до органів досудового розслідування. Однак незрозуміло, чи ці матеріали, які належить передати органам кримінального слідства і прокуратури, мають доказову силу. Слід чітко пояснити, за яких умов ці матеріали можуть використовуватися як докази і стосовно яких категорій злочинів. В іншому разі може бути порушено принцип пропорційності.

Стаття 8.

323. Поправка до частини 2 цього положення, а воно стосується до прав підрозділів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, містять пряме посилання на статтю 267 проекту Кодексу, в якій ідеться про контроль за «контрольованими і оперативними закупівлями». Поправка ця коректна, проте, як уже зазначалося¹²⁸, стаття 267 має включати більше гарантій для запобігання «полюванню наосліп» та іншим неналежним методам припинення злочинної діяльності.

324. Зміни до частин 6-19 цього положення заслуговують на позитивну оцінку, оскільки додатково уточнюють, що функції розслідування скоєних злочинів є завданням, що виконуватиметься в рамках розслідування кримінальної справи, і що діяльність

¹²⁸ Див., пп. 197-198.

оперативних підрозділів відповідатиме нормам проекту Кодексу та, в разі необхідності, проводитиметься тільки після отримання судового дозволу від слідчого судді.

Стаття 9.

325. Зміни, внесені в чч. 1, 2 і 4, є слухними, але нова редакція частини 6.11 здається плутаною, можливо, через переклад. Не є достатньо зрозумілим, чи продовження строку проведення оперативно-розшукових дій до 12 місяців у справах про зраду завжди потребує згоди прокурора. Також не ясно, хто є компетентним прокурором для вирішення питання про таке продовження строку в відповідній справі.

Стаття 14.

326. До цієї статті, яка стосується нагляду за дотриманням законів при проведенні оперативно-розшукової діяльності, додано нову частину, що встановлює умову, щоб цей нагляд у разі розслідувань щодо суддів, прокурорів та інших високих державних посадових осіб органів управління чи виконавчої влади здійснюється Генеральним прокурором. Питання, вже раніше висловлені щодо концентрації таких повноважень у руках Генерального прокурора¹²⁹, так само застосовні й тут. Відповідно до статті 122 Конституції, Генеральний прокурор призначається на посаду і звільняється з посади Президентом України за згодою парламенту. Тому нагляд з боку Генеральної прокуратури за оперативно-розшуковою діяльністю може розглядатися як додаткова гарантія або, навпаки, як ризик існування впливу виконавчої влади на оперативно-розшукову діяльність. Хоч це, можливо, виходить за рамки цієї статті, але слід зазначити, що для запобігання політичному впливу на прокуратуру, термін повноважень Генерального прокурора не має збігатися з каденцією Президента, а підстави для його звільнення чітко визначені законом. Надмірне підпорядкування прокуратури виконавчій владі залишає простір для зловживань і загрожує принципам демократії.

Закон України «Про прокуратуру»

327. Поправки до цього закону, в основному, вносять незначні корективи для приведення у відповідність із новими положеннями проекту Кодексу – як, наприклад, виключити посилання на слідчих прокуратури. Поправки до частини б статті 15 і статті 36, які вимагають, щоб вказівки Генерального прокурора органам досудового розслідування були оформлені «письмово», відповідають Рекомендації Ради Європи Res (2000) 19, зокрема, Рекомендації № 13 щодо заохочення прозорості прокуратури.

328. Інші поправки стосуються внесення змін в структурі кримінального розслідування, передбачених у проекті Кодексу, та деяких незначних коректив у формулюваннях – таких, наприклад, як: «кримінальне правопорушення» замість «злочин», «підслідні громадяни», а не «громадяни, які перебувають під слідством», і «прокурор» замість «слідчий прокуратури»¹³⁰.

Стаття 20.

329. Поправка, запропонована до цього положення міняє тільки «кримінальну справу» на «досудове слідство», тож сам зміст залишається незмінним. Слід зазначити, що повноваження прокурора входять в певні приміщення, яке йому надає частина 1, здаються надмірними і такими, що суперечать гарантіям прав відповідно до статті 8 Європейської конвенції.

¹²⁹ Див., п. 309.

¹³⁰ Ст.ст. 46, 47, 48, 49, 50 і 55.

Стаття 40.

330. Право прокурора відкликати справу з суду в зміненій статті 40 було виключено, тож, назва цієї статті – «Зміни апеляційної або касаційної скарги, вилучення справи з суду» – може також бути змінена. Окрім того, ця стаття передбачає можливість вищому прокуророві вносити зміни, повністю або частково відкликати апеляційні чи касаційні скарги, подані нижчими прокурорами. Ієрархічна структура прокуратури призначена забезпечити однаковість та послідовність діяльності прокуратури на всій території. Проте слід усе ж пояснити, що зміни й виправлення, які вищий прокурор може вносити в акти нижчого прокурора, мають завжди відповідати законові. Хоч дуже важливо, щоб начальник міг виправляти помилки або зловживання підлеглих, тим самим запобігаючи неналежному виконанню функції прокуратури або її виходові за межі своїх повноважень, якими є захист прав і інтересів суспільства, не менш важливо, щоб система передбачала ефективну процедуру, з допомогою якої прокурор міг протистояти незаконним вказівкам свого начальника.

Прикінцеві положення

331. Слідчі прокуратури має відповідно з новою структурою досудового слідства, створеної проектом Кодексу, зникнути. Однак, це прикінцеве положення передбачає термін у п'ять років, поки посада цих слідчих буде остаточно ліквідована, що, як уже зазначалося¹³¹, видається надміру довгим.

Закон України «Про міліцію»

332. Основна зміна цього положення полягає у включенні посилання на норми, передбачені проектом Кодексу, що не можна не оцінити позитивно. Проте проект Кодексу не визначає функцій міліції та того, чиї вказівки вона має виконувати, коли діє в рамках кримінального процесу. Проект Кодексу прямо згадує міліцію тільки в статтях 490, 494 і 495, а саме «міліцію у справах неповнолітніх». Участь міліції в кримінальному процесі, безумовно, слід звести до мінімуму.

Стаття 11.

333. Це положення, а воно уповноважує міліцію тримати особу під арештом протягом терміну, встановленого судом, але не більше як 10 днів, потребує подальшого уточнення. Зокрема, має бути ясно, навіть тоді, коли арешт здійснено на основі судового дозволу на арешт, які підстави вважаються поважним для обґрунтування тримання затриманого під контролем міліції протягом такого тривалого часу.

334. З іншого боку, надзвичайно позитивно, що можливість тримання «осіб, підозрюваних у бродяжництві» упродовж 30 днів було вилучено, як і можливість фото-, відео- та кінозйомки й звукозапису та/ або дактилоскопіювання таких осіб.

335. Можливо, це проблема перекладу, але використання терміну «дідзнавач» в цій та інших статтях не виглядає доцільним. Слід уточнити, чи він стосується слідчого судді.

Закон України «Про Службу безпеки України»

336. Зміни, внесені в цей Закон внаслідок появи проекту Кодексу, мають невелику релевантність, в основному, міняючи вираз «злочин» на «кримінальний злочин», «дідзнання» на «досудове розслідування» або даючи посилання на норми проекту Кодексу. Наприклад, довга стаття 25, в якій перелічено права Служби безпеки відтворюється на двох сторінках в Додатку до проекту Кодексу, але при цьому змінено всього два слова, що не передбачають якимось змінити зміст.

¹³¹ Див., п. 291.

337. Давати оцінку цьому Законові в цілому з точки зору його відповідності європейським стандартам прав людини виходить за рамки даного Висновку. Слід усе ж зазначити, що норми кримінально-процесу та кримінального переслідування проекту Кодексу, мають, як правило, застосовуватися до всіх видів кримінальних злочинів, а також до всіх можливих осіб, з урахуванням необхідних імунітетів або особливостей. Треба тож уточнити, які види розслідування кримінальних злочинів відносяться до компетенції Служби безпеки України, чи ці розслідування вносяться до Єдиного реєстру кримінальних розслідувань і хто скеровує і контролює досудове розслідування у кримінальній справах, яке ведуть працівники Служби безпеки, та чи такі види спеціальних розслідувань дійсно виправдані.
338. Вилучення останнього речення зі статті 25, яка в справах про терористичну діяльність наділяє органи Служби безпеки тими ж повноваженнями органу дізнання, може, в принципі, розглядатися як позитивний крок.

Закон України «Про контррозвідальну діяльність»

339. Єдина зміна, яку було виявлено в Додатку, є заміна посилання на «рішення суду» на «дізнавача» – термін, який, як уже зазначалося¹³², потребує роз'яснення щодо того, чи він стосується слідчого судді.

Закон України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянинуві незаконними діями органів дізнання і попереднього слідства»

340. Цей Закон залишається в цілому незмінним, за винятком дещо зміненої редакції проекту Кодексу. Щодо змісту жодних змін немає, за винятком норми, яка усуває відшкодування шкоди за відмову в порушенні кримінальної справи або її закритті за певних обставин.

Закон України «Про досудове ув'язнення»

341. Як і в інших законах, більшість змін, запропонованих до Закону «Про досудове ув'язнення», є поверхневими і такими, що не міняють змісту. Заслуговує позитивної оцінки те, що в частині 5 статті 26 право прокурора «видавати ордери на арешт» замінено посиланням на здійснення «повноважень», передбачених у Законі «Про прокуратуру».
342. У поправці до статті 13 робиться посилання на захист прав «відповідно до статті 44 Кримінального процесуального кодексу України», хоча слід посилатися на статтю 45.
343. У статті 20 робиться посилання на звільнення осіб, які перебувають під арештом, і міститься посилання на статтю 156 Кримінального процесуального кодексу, тимчасом як треба посилатися на статтю 155.

Кримінальний кодекс України

344. Текст статей 48, 65 і 91, а також частини 4 статті 235, частини 5 статті 235 і статей 369, 374, 383, 385, 386, 387 та 426, у лівому стовпчику ідентичний тексту в правому.
345. Було додано дві статті: 381-1 і 389-1. Перша пов'язана зі стягненнями, що накладаються на особу, яка здійснює досудове розслідування, за невиконання законних письмових указівок прокурора, що, здається, нормально. Друга ж, стаття 389-1 називається «Умисне невиконання угоди про примирення або угоди про

¹³² Див., п. 335.

визнання винуватості», тому, здається, недоцільно регулювати в тому ж самому положенні правопорушення, між якими немає жодного зв'язку.

Закон України «Про нотаріат»

346. Поправки до цього закону мають, як і більша частина поправок, включених в цей Додаток, невелике значення, головним чином, замінюючи вирази («слідчі органи, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність», замість «органів слідства»). Слід, однак, уточнити, що мається на увазі під новим текстом пункту 2d, – не пов'язаного з проектом Кодексу, – який передбачає «припинення кримінальної справи проти нотаріуса з nereабілітуючих підстав», бо це, здається, не мало б правити за підставу для відкликання ліцензії на право вчиняти нотаріальні дії.

Цивільний кодекс України

347. Оцінити вплив вилучення частини 2 статті 265 неможливо через заплутані формулювання, використані в англійському перекладі.

348. Текст статті 306 з лівого боку точнісінько такий самий, як і з правого.

349. Поправка до частини 1 статті 1176, здається, не узгоджується з поправкою до статті 1167, в якій ідеться про відшкодування моральної шкоди в випадку «незаконного застосування запобіжних заходів», а не тільки у випадках «незаконного застосування таких запобіжних заходів, як арешт або підписка про невийзд. Таку ж зміну треба внести до частини 1 статті 1176.

Закон України «Про психіатричну допомогу»

350. Текст статті 19 з лівого боку такий самий, як і з правого.

Закон України «Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України»

351. Поправки до цього закону, як більша частина поправок, включених в Додаток, не є нерелевантними. Так, вираз «злочин» замінюється на «кримінальний злочин», а тимчасове взяття на зберігання паспорта може здійснюватися з моменту «повідомлення про підозру», а не з моменту «порушення кримінальної справи». Однак слід чітко встановити, що цей захід має здійснюватися на основі кримінального провадження щодо особи (або підозри проти неї), ухвали суду або принаймні за вмотивованим рішенням прокурора, яке може бути оскаржене у слідчого судді.

Закон України «Про боротьбу з незаконним обігом і зловживанням наркотичних засобів, психотропних речовин і їх прекурсорів»

352. Поправка до статті 6 цього Закону обмежується заміною терміну «дізнання і попереднє слідство» терміном «оперативно-розшукова діяльність та досудове слідство», що відповідає тим змінам у системі досудових органів, які запроваджує проект Кодексу. Що ж до змісту, то тут жодних змін немає. Треба, втім, зазначити, що це положення може призвести до появи серйозних ризиків для нормальної роботи різних підрозділів, що причетні до боротьби з незаконним обігом наркотиків. Якесь «винагорода» найефективнішим підрозділам може відігравати позитивну роль – наприклад, поліпшення умов їхньої праці або виділені техніки, проте виділення 50% конфіскованих активів безпосередньо підрозділові, який відзначився при розслідуванні – це норма, яку було б слід переглянути. Хоча це положення може бути виправданим з міркувань ефективності та стимулювання правоохоронців до активнішої боротьби з незаконним обігом наркотиків, однак може також призводити до інших форм корупції.

VI. РЕЗЮМЕ РЕКОМЕНДАЦІЙ

Положення, які потребують редакційного доопрацювання

353. Вказані далі положення треба перемістити або переформулювати для більшої ясності, уникнення неправильного тлумачення та усунення невідповідності з іншими положеннями:

Глава 1. Кримінальне процесуальне законодавство України та межі його дії

- Стаття 4 (пп. 60-61);

Глава 2. Засади кримінального провадження

- Стаття 8 (п. 62);
- частини 4 та 5 статті 10 (п. 65);
- Стаття 11 (пп. 66 і 67);
- частина 1 статті 13 (п. 68);

Глава 3. Суд, сторони та інші учасники кримінального провадження

- Стаття 45 (п.48);
- частина 5 статті 21 (п. 79);
- назва статті 26 (п. 86);
- частина 5 статті 38 (п. 108);
- пункт 3 частини 3 статті 45 і стаття 50 (п. 119);
- Стаття 60 (п. 131);
- Стаття 76 (п. 140);

Глава 4. Докази і доказування

- Стаття 84 (п. 144);
- Стаття 91 (п. 148);
- Стаття 93 (п. 149);
- частини 6 і 7 статті 93 (п. 152);
- частина 4 статті 95 у поєднанні з частиною 4 статті 222 (п. 153);

Глава 5. Фіксування кримінального провадження. Процесуальні рішення

- Стаття 103 (пп. 158-159);
- частина 7 статті 109 (п. 163);

Глава 6. Процесуальні витрати

- Статті 116–120 (п. 168);

Глава 18. Запобіжні заходи, затримання особи

- Стаття 206 (п. 48);

Глава 21. Негласні слідчі (розшукові) дії

- Стаття 265 (п. 51);

Глава 28. Судовий розгляд

- частина 2 статті 344 та частина 10 статті 345 (п. 222);

Глава 31. Проведення в суді апеляційної інстанції

- Стаття 386 (пп. 242-244);
- частина 1 статті 394 (п. 247);

Глава 43. Міжнародна правова допомога при проведенні процесуальних дій

- Перше речення частини 1 статті 560 (п. 280);

Додаток: Таблиця змін до законодавчих актів України

- Формулювання перехідних положень щодо Закону України «Про судову систему та статус суддів» (п. 319), а також
- Статті 4 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» (п. 321).

Положення, що потребують істотних змін

354. З метою приведення вказаних положень у відповідність до європейських стандартів треба внести такі зміни:

Глава 1. Кримінальне процесуальне законодавство України та межі його дії

- включити до статті 2 норму щодо обов'язку трактувати Кодекс відповідно до практики Європейського суду з прав людини (п. 59);

Глава 2. Засади кримінального провадження

- доповнити статтю 9 констатацією того факту, що верховенство права по суті означає те, що кожен підкоряється закону (п. 63);
- доповнити частину 1 статті 13 вимогою щодо обґрунтованої підозри (п. 68);
- узгодити строки тримання під вартою, передбачені в статті 13 і в частині 2 статті 209 (п. 70);
- посилити принцип презумпції невинуватості в статті 18 (п. 73);
- уточнити право підозрюваного або обвинуваченого зберігати мовчання в статті 19 і змінити назву або перемістити положення про заяви щодо родичів (пп. 75 і 76);
- уточнити в статті 20, що досудове розслідування негайно припиняється, щойно стане відомо, що підслідний вже перебував під судом за тими ж обвинуваченнями (п. 77);
- уточнити положення статті 21 щодо права надавати докази (п. 78);
- прийняти норми, які б гарантували існування достатніх засобів для забезпечення захисту прав тих із обвинувачених, які не можуть власним коштом зібрати докази (п. 80);
- передбачити в статті 25 положення, відповідно до якого добровільну неучасть особи в судовому розгляді слід брати до уваги, ухвалюючи рішення про апеляцію в суді вищої інстанції на рішення, постановлене під час такого розгляду (п. 85);
- розширити винятки, передбачені в статті 26, із принципу обов'язкового підтримання обвинувачення у справах щодо неповнолітніх (п. 87);
- ввести обмеження у статті 28 щодо відкритості судового розгляду та отримання інформації для забезпечення прав, передбачених статтями 6 і 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (пп. 89 і 90);
- переглянути у частині 6 статті 28 підстави для заперечень проти трансляції перебігу судового розгляду (п. 92);
- усунути загальну заборону в частині 7 статті 28 посилання на відомості, досліджені за зачиненими дверима, при публічному проголошенні рішення (п. 93);

Глава 3. Суд, сторони та інші учасники кримінального провадження

- додати до частини 3 статті 32 вимогу, згідно з якою рішення у справах про злочини, що передбачають вагомі покарання, мають завжди виноситися колегією у складі трьох суддів (п. 97);
- додати до частини 7 статті 32 вимогу, згідно з якою суд, що здійснює перегляд рішень за нововиявленими обставинами, повинен мати інший склад, аніж той, який виніс початкове рішення у справі (п. 98);
- забезпечити чіткість, об'єктивність і визначеність норм частини 2 статті 34, що стосуються підсудності (п. 100);
- передбачити в статті 36 положення, відповідно до якого територіальна юрисдикція є загальною нормою, винятки з якої можливі, якщо інтереси правосуддя виправдовують передачу провадження за місцем проживання обвинуваченого або більшості потерпілих чи свідків, а в частині 2 передбачити обов'язковість заслуховування думки обвинуваченого до ухвалення будь-якого рішення про передачу провадження (п. 102 та 103);
- додати до частини 3 статті 45 вимогу про те, що підозрюваному або обвинуваченому його права доводять до відома ясно і належним чином (п. 111);
- ввести положення до пункту 14 частини 3 статті 45 про те, що підозрюваний або обвинувачений має право на доступ до матеріалів справи під час досудового слідства, якщо лише такий доступ не шкодить результатам і ефективності розсліду (п. 112);
- змінити посилання права захисника в статті 50 на права обвинуваченого (п. 118)
- включити в статтю 51 обов'язок захисника контролювати дотримання приписів закону і основоположних прав його клієнта в перебігу провадження, а також його зобов'язання повідомляти про можливі їх порушення (п. 120);
- передбачити в статті 52, що слідчий, прокурор, суд утримуються від того, щоб радити обвинуваченому, з ким йому можна зв'язатися, або рекомендувати йому будь-яких фахівців, які йому можуть надати допомогу (п. 121);
- заборонити в частині 3 статті 52 і частині 1 статті 55 будь-якому державному органу призначити адвоката обвинуваченому, навіть у разі крайньої потреби (пп. 122 та 129);
- спростити в статті 54 формальності, зробивши питання регулювання професії в цьому положенні і в статті 55 предметом регулювання закону про адвокатуру і адвокатів (пп. 123 та 124);
- передбачити в пунктах 1 і 2 частини 2 статті 56 невідкладність призначення захисника в разі, якщо є будь-які ознаки того, що підозрюваний або обвинувачений є або може бути неповнолітнім (п. 128);
- передбачити в статті 59, що відмовити особі в визнанні її потерпілою дозволено тільки за наявності очевидних даних або чітких доказів того, що така особа потерпілою не є (п. 130);
- передбачити в статті 65, що кожній особі перед тим, як її буде допитано, повідомляють про свої права та обов'язки, а також винятки щодо обов'язку свідчити (п. 133);
- змінити наведений у статті 65 перелік осіб, які звільнені від обов'язку розкривати інформацію, так, щоб він охоплював усіх осіб, на яких покладено обов'язок зберігати професійну таємницю (п. 134);

- передбачити в пункті 2 частини 2 статті 66, що свідкові повідомляють про його право користуватися правовою допомогою (п. 136);
- передбачити в пункті 3, що відвід на досудовому етапі формулюється, як тільки підстави для нього стають відомі (п. 142);
- передбачити в частині 1 статті 81, що постанови про відвід приймає інший суддя, ніж той, кому заявлено відвід (п. 143);

Глава 4 Докази й доказування

- розширити у статті 87 перелік дій, що становлять істотне порушення прав людини (пп. 146 та 241);
- передбачити в статті 96, що показання з чужих слів є допустимими тільки в виняткових випадках (п. 154);

Глава 7. Процесуальні строки

- Установити вимогу, згідно з якою будь-які строки, що суд встановлює відповідно до статті 112, мають давати час, достатній для підготовки належного захисту (п. 164);

Глава 11. Виклик слідчим, прокурором, судовий виклик і привід

- додати в перелік статті 135 причину загального характеру, таку, як «будь-які інші поважні причини» (п. 170);
- в статтях 137-140 чіткіше відрізнити привід від позбавлення волі і детальніше викласти повноваження, що надаються посадовим особам, які можуть застосовувати цей захід (п. 172);

Глава 13. Тимчасове обмеження у користуванні спеціальним правом

- встановити в статтях 146-147 вимогу щодо того, що між підозрою в скоєному злочині і виїмкою документів має існувати зв'язок, а також, що первинна виїмка має відповідати принципів пропорційності (п. 173);
- передбачити, що вилучення документів відповідно до статей 146-147 є альтернативою взяттю під варту (п. 174);

Глава 15. Тимчасовий доступ до речей і документів

- ввести вимогу встановлення строків надання тимчасового доступу до речей і документів відповідно до статей 156–163 (п. 176);

Глава 18. Запобіжні заходи, затримання особи

- уточнити в пункті 3 частини 1 статті 174, що підставою для застосування відповідних заходів є небезпека «незаконного впливу», а не будь-якого «впливу» (п. 177);
- передбачити в частині 2 статті 174, що прокурори і слідчі зобов'язані дотримуватися основоположного права на свободу і безпеку (п. 178);
- закріпити в статтях 176 і 177 часові рамки особистого зобов'язання або особистої поруки, а також вимогу щодо їх пропорційності (п. 179);
- встановити в частині 4 статті 180 вимогу враховувати всіх можливі обставини і можливість користування судовим розсудом (п. 180);
- передбачити, що заходи, які санкціонує стаття 191, мають бути пов'язані з певними строками, на них має поширюватися право клопотати про їх зміну та здійснення подальшого судового контролю за їх правомірністю, як передбачено статтею 199 щодо інших запобіжних заходів (п. 184);
- включити в явному вигляді заходи, які санкціонує Стаття 191, в рамки, визначені в статтях 173–175 (п. 185);
- прямо згадати в частині 3 статті 206 право на доступ до лікаря (п. 186);

- уточнити в частині 4 статті 206, що в протоколі затримання має зазначатися «дата і точний час (години і хвилини) з моменту затримання», міститися посилання на статтю 207, а також те, що умови і строки доступу до адвоката і надання відповідних прав на захист передбачаються від самого початку позбавлення волі (моменту затримання) (пп. 187, 188 і 190);
- передбачити в частині 2 статті 208, на додаток до обов'язку повідомлення відповідних посадових осіб, також фіксацію точного часу прибуття або надходження затриманих (п. 189);
- поєднати зобов'язання, закріплене в пункті 8 частини 3 статті 210, з правом затриманого на доступ до лікаря «за власним вибором», уточнивши, що він має бути наданий невідкладно (п. 191);
- у статті 211 чіткіше визначити винятки з обов'язку повідомляти про затримання та розширити передбачені гарантії (п. 193);

Глава 20. Допит свідка, потерпілого під час досудового розслідування в судовому засіданні

- зняти в статті 222 заборону на допит однієї й тієї ж особи в ході подальшого судового провадження, яку допитували в ході досудового розслідування (п. 194);
- передбачити, що присутніми під час обшуків, огляду та слідчих експериментах відповідно до статей 233, 234 і 237, можуть бути інші причетні особи, а не тільки підозрювані, а також їхні адвокати, та обмежити заширокий розсуд, який надається цими положеннями (пп. 196–198);

Глава 21. Негласні слідчі (розшукові) дії

- усунути можливість проводити негласні слідчі дії відповідно до частини 5 статті 245, коли в них більше немає потреби (п. 199);
- більш точно визначити обмеження в статті 248 (п. 53);
- забезпечити права осіб, постраждалих від знищення інформації, предметів і документів, вилучених при здійсненні негласних слідчих дій (п. 200);
- уточнити в статті 253 форми судового контролю за негласними слідчими діями (п. 52);
- передбачити, що винятки щодо судових ордерів у статті 256 не застосовуються для здійснення контролю двох або більше осіб, які, на думку розслідування, діють спільно, без зазначення усіх їх у ордері (п. 201);
- включити в статтю 267 елементи, які б протидіяли «риболовлі»¹³³ та іншим сумнівним методам припинення злочинної діяльності (п. 201);
- передбачити в пункті 1 частини 3 статті 267 конкретні підстави для продовження максимальних строків досудового розслідування (п. 202);

Глава 24. Закінчення досудового розслідування. Продовження строку досудового розслідування

- передбачити в статті 279 засіб забезпечення дотримання строків, установлених у статті 279 (п. 204-206);
- передбачити в частині 9 статті 286 достатній час для ознайомлення з матеріалами справи як стандарт (п. 207);

¹³³ Риболовля (в оригіналі 'fishing') або виловлювання навання – різновид напівлегальних дій правоохоронних органів, спрямованих на виявлення злочинів.

Глава 28. Судовий розгляд

- обмежити можливість судового розгляду спочатку відповідно до статті 314 в разі, якщо зміни в доказах не позбавляють юридичної сили усіх прийнятих доказів (п. 209);
- обумовити, що сторони мають право заперечити будь-яке рішення, ухвалене відповідно до статті 316 (п. 210);
- додати в статті 321 підставу загального характеру, як-от: «будь-яка інша поважна причина» (п. 212);
- передбачити порядок призначення захисника в разі, якщо підсудного видалено з зали судового засідання відповідно до статті 324 за серйозне порушення порядку (п. 213);
- змінити посилання в частині 2 статті 325 зі «Стаття 18» на «Глава 18» (п. 215);
- передбачити, що будь-які процесуальні дії, які здійснюються в режимі відео-конференції, мають, за винятком випадків застосування спеціальних заходів безпеки згідно з частиною 9 статті 329, відповідати вимогам статті 322 щодо відкритості і гласності судового засідання (п. 217);
- встановити вимогу щодо затвердження судом зміни обвинувачення відповідно до статті 331 і передбачити тривалішу перерву, ніж 3 дні (п. 218);
- передбачити можливість продовження терміну, необхідного для відкладення засідання відповідно до статті 332 (п. 219);
- усунути передбачену в статті 344 можливість вилучення одного з обвинуваченого під час показань іншого (п. 220);
- передбачити, що використання анонімних свідків відповідно до частини 9 статті 345 є винятковим, а також можливість оскарження правомірності такого анонімного статусу (п. 221);
- передбачити в статті 347 відповідні умови для допитування неповнолітніх та малолітніх свідків (п. 223);
- передбачити в статті 354, що огляд на місці загалом не є доречним в судовому розгляді за участю присяжних засідателів (п. 225);
- змінити в частині 1 статті 355 посилання зі «статті 39» на «Глава 39» (п. 226);

Глава 29. Судові рішення

- передбачити в частині 2 статті 371 умови, за яких суд звільняє з-під варти обвинуваченого, якому призначено покарання, пов'язане з позбавленням волі (п. 233);
- передбачити заходи відповідно до частини 2 статті 372 щодо майна засудженого підсудного, які застосовуються тільки за його клопотанням (п. 234);

Глава 30. Особливі порядки провадження в суді першої інстанції

- передбачити, що судовий розгляд за відсутності обвинуваченого відповідно до статей 375 та 376 можливий лише в тому разі, якщо обвинувачуваному було забезпечено допомогу адвоката при визнанні своєї вини і його відмови від свого права бути присутнім на суді (п. 235);
- передбачити в статті 380 можливість для присяжних засідателів робити нотатки під час судового розгляду та подання доказів (п. 239);

- доопрацювати межі заборони в пунктах 4 і 6 частини 2 статті 380 присяжним засідателям спілкуватися і не розголошувати відомості, що стосуються до кримінального провадження (п. 240);

Глава 31. Судове провадження з перегляду судових рішень

- передбачити в статті 386 можливість оскарження обвинуваченим, його захисником чи законним представником на тій підставі, що вимоги частин 4–6 статті 467 не були дотримані (п. 245);
- уточнити в статті 409, що склад суду першої інстанції, який здійснює провадження в справі в разі скасування попереднього вироку, постановленого в першій інстанції, має бути іншим, аніж той, що таке рішення постановив (п. 252);

Глава 32. Провадження в суді касаційної інстанції

- передбачити в частині 3 статті 417 можливість оскарження неправильного тлумачення або застосування умов, що регулюють вироки суду на підставі угоди (п. 255);
- уточнити в статті 429, що склад суду першої або апеляційної інстанції, який здійснює провадження в справі в разі, якщо попередній вирок у ній, постановлений в першій чи апеляційній інстанції був скасований, має бути іншим, аніж той, що цей вирок виніс (п. 257);
- включити до статті 431 як підставу для касаційної скарги, якщо її не охоплює формулювання «істотне порушення вимог кримінально-процесуального закону», наведене в пункті 1 частини 1, односторонність або неповноту досудового розслідування або судового розгляду, якщо внаслідок цього не було вжито заходів для пошуку доказів, які виправдовують обвинуваченого (п. 258);

Глава 33. Провадження в Верховному суді України

- закріпити в статті 438, що терміном «міжнародна судова установа» охоплено Європейський суд прав людини (п. 259);
- збільшити строки в частині 2 статті 440 і встановити вимогу щодо звернення Уповноваженого Уряду України в Європейському суді з прав людини про передачу справи до Верховного Суду (п. 260);
- спростити процедуру передачі в статтях 443-444 (п. 261);
- встановити, що обов'язок забезпечення перекладу рішення Європейського суду з прав людини покладається на органи влади України (п. 262);
- уточнити в статті 448, що склад суду, який виніс оскаржуване рішення і в якій справа передається після задоволення заяви про перегляд, має бути іншим, аніж той, в якому було винесено відповідний вирок (п. 263);

Глава 34. Провадження за нововиявленими обставинами

- передбачити в статті 454 або тримісячний строк, або можливість відмови від установленого строку, якщо особа, яка звертається з клопотанням, може навести причини пропуску такого строку (п. 264);

Глава 35. Кримінальне провадження на підставі угод

- ввести в статтю 467 вимогу, відповідно до якої суд, перевіряючи справжність будь-якої відмови обвинуваченого від своїх прав, викликає його для отримання підтвердження в письмовому вигляді і для встановлення того, чи мав місце будь-який тиск на підозрюваного або обвинуваченого з метою спонукати його відмовитися від оскарження дій

співробітників правоохоронних органів у відповідь на обіцянку не переслідувати його в судовому порядку (п. 265);

Глава 38. Кримінальне провадження щодо неповнолітніх

- переробити положення статей 477–496 з метою забезпечити створення чіткої бази для реального формування правосуддя, доброзичливого до дітей (пп. 267-270);

Глава 40. Кримінальне провадження, яке містить державну таємницю

- звузити сферу застосування обмежень частини 4 статті 511 (п. 274);

Глава 41. Кримінальне провадження на території дипломатичних представництв, консульських установ, суден України

- прийняти положення, що забезпечувало будь-якій особі, затриманій на території дипломатичного представництва або консульської установи відповідно до статті 516, доступ до незалежної правової допомоги під час тримання під вартою (п. 276);

Розділ VIII. Виконання судових рішень

- включити в пункт 1 частини 1 статті 530 захворювання, а також хворобу як підставу для відстрочки виконання вироку (п. 277);

Глава 42. Загальні засади міжнародного співробітництва

- включити в Главу 42 конкретний обов'язок діяти оперативно при розгляді або надсиланні запитів про надання міжнародної правової допомоги або про екстрадицію (п. 279);

Глава 43. Міжнародна правова допомога при проведенні процесуальних дій

- передбачити, що особа, викликана відповідно до статті 560, повідомляється про те, що вона має право на допомогу адвоката до або під час допиту (п. 281);
- ввести в статтю 560 положення, аналогічні частинам 2 і 5 статті 561, у випадках, коли допит провадиться не за допомогою відео- або телефонної конференції (п. 283);

Глава 44. Видача осіб, які вчинили кримінальне правопорушення (екстрадиція)

- включити як додаткову підставу для відмови у видачі відповідно до статті 577 обґрунтовані підстави вважати, що суд над особою, видача якої запитується, відбуватиметься з неприхованою відмовою в правосудді (п. 285);
- ввести вимогу, відповідно до якої надання дозволу на транзит через територію України осіб, що видаються в третю країну відповідно до частини 2 статті 586, обумовлюється обов'язковим встановленням того факту, що екстрадиція особи здійснюється без порушення вимог пп. 8 або 9 частини 3 статті 577, або додаткову підставу для відмови у видачі, про яку йдеться в попередньому пункті (п. 287);

Глава 46. Визнання і виконання вироків іноземних судів та передача засуджених осіб

- передбачити в статті 604 звільнення з-під варти передаваного засудженого в разі встановлення, що вирок йому винесено в межах розгляду, що являв собою неприховану відмову в правосудді (п. 289);

Розділ XI. Перехідні положення

- передбачити в розділі XI можливість для осіб, які беруть участь у судовому розгляді, розпочатому до набрання чинності проектом Кодексу, скористатися з будь-яких істотних поліпшень – наприклад, щодо застосовуваних запобіжних заходів, незважаючи на те, що самий розгляд продовжуватиметься відповідно до порядку, чинного до того часу (п. 292);

Додаток: Таблиця змін до законодавчих актів України

- термін призначення слідчого судді відповідно до статті 21 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» має бути довшим, ніж два роки, і такий суддя звільняється від обов'язків судді першої інстанції (пп. 305 і 306) ;
- передбачити в новій частині 3 статті 61 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» посилання на присяжних засідателів (п. 313);
- просто включити до Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» загальну норму, відповідно до якої всі слідчі дії регулюються даним проектом Кодексу (п. 320);
- уточнити підстави для подальшого нагляду за затриманим з боку міліції відповідно до статті 11 Закону України «Про міліцію» (п.333);
- посилання в статті 20 Закону України «Про попереднє ув'язнення» на статтю 156 Кримінально-процесуального кодексу має бути зроблене на статтю 155 (п. 343), а також
- встановити вимогу, згідно з якою вилучення паспорта відповідно до Закону України «Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України» з моменту «повідомлення про наявність підозри» здійснюється за судовим рішенням або принаймні за вмотивованим рішенням прокурора, що може бути переглянутим слідчим суддею (п. 351).

Положення, що потребують уточнення та можливої видозміни

355. Указані далі пункти потребують уточнення щодо питання відповідності даних положень із європейськими стандартами і, можливо, внесення для цього певних змін:

Глава 2. Засади кримінального провадження

- має чи ні термін 72 години тримання під вартою, передбачений у статті 13, автоматично застосовуватися в усіх випадках (п. 69);
- в чому сенс перших двох частин статті 24 (пп. 82 і 83);
- які наслідки має застосування статті 30 в поєднанні зі статтею 120 для тлумачення суми витрат (пп. 94, 95 і 166);

Глава 3. Суд, сторони та інші учасники кримінального провадження

- чи частина 5 статті 36 передбачає судовий розгляд від початку чи його продовження (п. 104)
- що мається на увазі під «спеціалізацією суддів» у частині 3 статті 37 (п. 105);
- в чому сенс обов'язку «виконувати вимоги» в частині 4 статті 50 (п. 118);
- які межі застосування пункту 4 частини 1 статті 60 (п. 132);
- чи покриває безоплатна правова допомога гонорари експертів (п. 137);

- яка мета зазначеного в пункті 4 частини 4 статті 69 зобов'язання експерта не розголошувати в суді будь-якої отриманої інформації без дозволу сторони, яка його найняла (п. 138);
- які межі заборони на розголошення експертом, спеціалістом, свідком чи перекладачем – у пункті 4 частини 4 статті 69, пункті 3 частини 5 статті 71, пункті 3 частини 2 статті 66 та пункті 4 частини 3 статті 68, відповідно, – відомостей, яка стали їм відомими під час виконання ними своїх обов'язків у судовому розгляді (п. 139);
- в чому причина встановленої в пункті 3 частини 2 статті 78 заборони захисникові брати участі у розгляді, коли він є близьким родичем обвинуваченого (п. 141);

Глава 4. Докази й доказування

- яким чином вдасться запобігти наданню неприпустимих доказів судові першої інстанції (п. 147);
- в чому сенс особливих порядків частини 4 статті 93 (п. 151);
- як здійснюється призначення експерта (пп. 156-157);

Глава 5. Фіксація кримінального провадження. Процесуальні рішення

- яка мета підготовки реєстру матеріалів і чи матиме суд першої інстанції доступ до них до початку судового розгляду (п. 160);

Глава 9. Відшкодування (компенсація) шкоди в кримінальному провадженні.

- які норми поширюються відповідно до глави 9 і статті 362 на питання щодо шкоди, як визначається сума і яка застосовується процедура (пп. 169 і 228);

Глава 14. Відсторонення від посади

- яке інше законодавство має відношення до відсторонення від посади відповідно до статті 151 і, якщо такого немає, то зміст цього положення, ясна річ, слід деталізувати (п. 175);

Глава 18. Запобіжні заходи, затримання особи

- який зміст має відсутній текст пунктів 6 і 7 частини 3 статті 210 (п. 192);

Глава 20. Слідчі (розшукові) дії

- дозволяє стаття 222, чи ні, використання чи зачитування попередніх заяв свідка для оцінки його надійності та вірогідності під час будь-якого наступного допиту такого свідка (п. 195);

Глава 21. Негласні слідчі (розшукові) дії

- якими є ті серйозні чи тяжкі злочини, в яких заходи, передбачені статтями 246 і 254, можуть допускатися як виняток (п. 72)

Глава 27. Підготовче провадження

- стосується, чи ні, десятиденний строк, установлений в частині 2 статті 311, призначення дати судового розгляду чи ж фактичного проведення судового розгляду (п. 208);

Глава 28. Судовий розгляд

- які саме заходи передбачає стаття 319 (п. 211);

- узгоджується стаття 351, чи ні, зі статтями 286 і 312, які «розшукові документи» можуть залишатися нерозкритими стороні захисту і які підстави передбачено для такого нерозголошення (п. 224);
- які наслідки має ухвала суду першої інстанції відповідно до статті 362 щодо відшкодування будь-якої шкоди, завданої обвинуваченому в ході кримінального провадження (п. 229);

Глава 31. Провадження в суді апеляційної інстанції

- існує виняток, чи ні, щодо провадження за відсутності однієї зі сторін відповідно до частини 4 статті 399, і, якщо ні, то треба його передбачити (п. 249);
- які наслідки встановлення в частині 3 статті 403 неможливості скасування рішень з підстав односторонності або неповноти попереднього слідства або суду (п. 250);
- в чому сенс частини 4 статті 403 (п. 251);
- існує виняток, чи ні, щодо провадження за відсутності однієї із сторін відповідно до частини 4 статті 427, і, якщо ні, то його слід передбачити (п. 256);

Глава 39. Кримінальне провадження за участю неосудних осіб та осіб, які захворіли на психічну хворобу до постановлення вироку

- як встановлюється на досудовому етапі неосудність особи або те, що вона занедужала на психічну хворобу (п. 271);

Глава 40 Кримінальне провадження, що містить державну таємницю

- які наслідки має вимога, встановлена в частині 1 статті 511, про те, що досудове розслідування та судове провадження у кримінальному провадженні, яке містить відомості, що становлять державну таємницю, проводяться з дотриманням вимог режиму секретності (п. 273);

Глава 41 Кримінальне провадження на території дипломатичних представництв, консульських установ, суден України

- чи існують якісь гарантії від можливої неналежності або недбалості при проведенні процесуальних дій відповідно до статті 514 главою дипломатичного представництва, керівником консульської установи або капітаном українського судна щодо злочинів, ймовірно вчинених на їх території чи борту судна (п. 275);

Розділ VIII. Виконання судових рішень

- які правила регулюють процедуру в суді відповідно до статті 531 та, зокрема, міру, до якої вони відповідають вимогам Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (п. 278);

Глава 43. Міжнародна правова допомога при проведенні процесуальних дій

- хто визначає, чи відмова від показань відповідно до статті 560 є допустимою, чи ні, і чи є якась можливість оскарження ухвали щодо неприйнятності конкретної відмови (п. 282);
- які існують процесуальні гарантії у особи, що володіє активами, грошима та цінним речами, які можуть бути предметом здійснення повноважень відповідно до статті 562 (п. 284);

Розділ X. Прикінцеві положення

- в чому причина відтермінування, запропонованого щодо вступу в силу положень, які стосуються до повторного судового розгляду у справах про злочини, передбачені статтями 402-421 і 423-435 Кримінального кодексу і щодо пункту 2 частини 2 статті 214 (п. 291);

Додаток: Таблиця змін до законодавчих актів України

- чи може суддя бути повторно призначений на посаду слідчого судді відповідно до статті 21 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» (п. 305);
- чому норми статті 58 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» щодо офіційного затвердження списку присяжних засідателів і затвердження списку народних засідателів відрізняються (п. 312);
- за яких умов матеріали розслідування, зібраних відповідно до Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», можуть використовуватися як докази, і стосовно до якого типу злочинів (п. 322);
- чи продовження строку здійснення оперативно-розшукової діяльності до 12 місяців у справах про державну зраду відповідно до статті 9 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» завжди потребує згоди прокурора, і хто з прокурорів уповноважений давати дозвіл на таке продовження часу в даній справі (п. 325);
- чи термін «дознавач» в Законі України «Про міліцію» та Законі України «Про контррозвідальну діяльність» має на увазі слідчого суддю (пп. 335 і 339)
- розслідування яких кримінальних злочинів підпадає під компетенцію Служби безпеки України відповідно до Закону України «Про Службу безпеки України» (п. 337), а також
- що мається на увазі в новій редакції частини 2г Закону України «Про нотаріат», яка передбачає «припинення кримінальної справи проти нотаріуса з реабілітуючих підстав»(п. 346).

Положення, які слід видалити

356. Слід видалити такі положення:

Глава 1. Кримінальне процесуальне законодавство України та межі його дії

- визначення кримінально-процесуального законодавства в статті 1 (п. 58);

Глава 2. Засади кримінального провадження

- частина 1 статті 10 (п. 64);
- частина 4 статті 13 (п. 71);
- перша фраза частини 6 статті 23 (п. 81);
- частина 6 статті 24 (п. 84);
- пункти 4 і 5 частини 2 статті 28 (п. 91);

Глава 14 Суд, сторони та інші учасники кримінального провадження

- частина 2 статті 38 (п. 107)
- Стаття 39 (п. 109);
- пункту 2 статті 40 (п. 110);
- пункт 14 або 19 частини 3 статті 45 (п. 113);
- частина 2 статті 46 (п. 114);

- Стаття 48 (п. 115);
- частина 1 статті 49 (п. 116);
- пункт 3 частини 1 статті 66 (п. 135);

Глава 4. Докази й доказування

- частина 2 статті 93 (п. 150);

Глава 5. Фіксація кримінального провадження. Процесуальні рішення

- частина 3 статті 109 (п. 162);

Глава 18. Запобіжні заходи, затримання особи

- можливість у частині 2 статті 183 продовження запобіжного заходу з 72 годин до п'яти діб (п. 181);

Глава 28 Судовий розгляд

- можливість відповідно до статті 361 поновлення судового розгляду, коли він був завершений і суд пішов до нарадчої кімнати (п. 227);

Глава 31. Кримінальне провадження в суді апеляційної інстанції

- посилання на виконання в частині 1 статті 394 (п. 246);

Розділ X. Прикінцеві положення

- п'ятирічне відтермінування введення в дію передбаченого пунктом 1 положення стосовно досудового розслідування злочинів, передбачених статтями 402-421 та 423-435 Кримінального кодексу України та пункту 2 частини другої статті 214 цього Кодексу (п. 291)

Розділ XI. Перехідні положення

- має бути виключено положення у Розділі XI стосовно тримісячного періоду перед впровадженням програм перепідготовки працівників органів кримінальної юстиції з питань застосування нових положень кримінального процесуального законодавства (п. 290); а також

Додаток: Таблиця змін до законодавчих актів України

- посилання на відкликання справи із суду в назві статті 40 Закону України «Про прокуратуру» (п. 330).

Положення, що потребують перегляду

357. Є також потреба зважити доцільність таких положень:

Глава 3 Суди, сторони та інші учасники кримінального провадження

- визнання в статті 35 юрисдикції для перегляду або відновлення провадження у кримінальній справі за нововиявленими обставинами за тим самим судом або суддею, які постановили рішення, що підлягає переглядові (п. 101);
- положення пункту 4 частини 1 статті 38, що передбачають проведення окремих слідчих (розшукових) або процесуальних дій чи повного досудового розслідування (п. 106)

Глава 4. Докази й доказування

- потреба зберігання певних речей відповідно до частини 5 статті 99 (п. 155);

Глава 29. Судові рішення

- положення про нерозкриття особливої думки відповідно до частини 3 статті 369 та частини 4 статті 385 (пп. 231 і 232);

Глава 30. Особливі порядки кримінального провадження в суді першої інстанції

- обмежені можливості судового розгляду за участі присяжних відповідно до статті 378 (п. 238), а також

Додаток: Таблиця змін до законодавчих актів України

- роль Генерального прокурора у кримінальному переслідуванні суддів відповідно до статті 48 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» (пп. 309-311).

VII. ВИСНОВОК

358. Проект Кодексу ясно свідчить про суттєві зусилля, спрямовані на вдосконалення попередніх проектів, коли йдеться і про його організацію та форму вираження думки, і про відповідність до європейських стандартів, зокрема Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та практики Європейського суду з прав людини.
359. Утім, не вирішено ще деякі істотні проблеми, розв'язанням яких треба перейматися.
360. По-перше, в проекті Кодексу є ще чимало положень, формулювання яких треба було б зробити чіткішим, простішим і точнішим.
361. По-друге, багато з деталей, щодо яких у запропонованих далі висновках зроблено певні зауваження, слід розглядати не просто як проблематичні самі по собі, а як свідчення того, що підхід до створення нового проекту Кодексу в цілому не пронизаний вимогами Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, розвиненими в практиці Європейського суду з прав людини. Деякі з зауважених недоліків побільшують інші, проте багато з них так само неодмінно послаблюватимуть ефективність положень, які могли б таки зробити корисний внесок у створення системи кримінального судочинства, яка на практиці буде справедлива, і водночас дозволить звести до мінімуму позбавлення волі.
362. По-третє, у проекті Кодексу не вдалося встановити систему кримінального процесу, повністю побудовану на принципі змагальності. Зокрема, правила збирання доказів і показання експерта, якщо їх розглядати в зв'язку з положенням про надання безоплатної правової допомоги, не гарантують ефективної участі сторони захисту в збиранні доказів. Більше того, той факт, що матеріали і докази, зібрані на досудовій стадії державними слідчими, підлягають розкриттю тільки після завершення досудового розслідування, так само підриває ідею змагальної процедури. Більш того, змагальна модель – хоч які формальні положення передбачено – неможлива без підтримки з боку адвоката, а відсутність передбачення ширших можливостей для надання правової допомоги обвинуваченим, що мають обмежені економічні ресурси або і взагалі жодних, неодмінно призведе до порушення принципу рівності сторін. Очевидно, що в переважній більшості кримінальних справ безоплатна правова допомога надаватися не буде.

363. По-четверте, роль прокурора у кримінальному процесі є дуже помітною – надто на досудовій стадії, але також і там, де сформульовано порядок подання апеляційних, касаційних скарг та інших засобів правового захисту. Прокурор, таким чином, має повний контроль над досудовим розслідуванням – хоча слідчі дії, які обмежують основоположні права тепер, як правило, вимагають попередньої санкції суду, – а також відіграє вирішальну роль в ухваленні будь-яких рішень щодо відмови від обвинувачення або врегулювання справи. Хоча, теоретично, сильна прокуратура – це непогано, однак це може спричинити існування серйозних ризиків політичного втручання в систему кримінального правосуддя, особливо в країнах з авторитарними традиціями. У своєму сучасному вигляді проект Кодексу не має достатніх стримувань і противаг для забезпечення верховенства права.
364. По-п'яте, хоча роль суду, безсумнівно, посилено шляхом встановлення загальної норми про те, що прийнятними є тільки ті докази, які отримані законним шляхом і надані судові першої інстанції, процесуальних механізмів для застосування правила про виключення доказів недостатньо.
365. І, нарешті, положення проекту Кодексу залишають можливість уникнути режиму, який він встановлює, шляхом застосування адміністративних правопорушень і адміністративного затримання, а також заходів, передбачених такими нормами, як Закон «Про оперативно-розшукову діяльність», Закон «Про Служби безпеки України» і Закон «Про міліцію».
366. Отже, в проекті Кодексу залишаються деякі недоліки, які вимагають подальшого коригування або змін, і їх можна розділити на кілька категорій: ті, які *доконечно треба*, ті, які *було б слід* і ті, які *можна було б* внести:
- перша категорія включає в себе недоліки – і рекомендації, – які зазначено в пунктах 29-54, 68-70, 72, 75, 78-83, 87, 97-98, 100, 102, 103, 111, 112, 116, 119, 121, 122, 126-129, 137, 143, 146, 147, 176, 178-180, 182-191, 193, 194, 196-198, 204-207, 220, 221, 223, 241, 245, 255-257, 265, 267, 270, 290, 291, 293 і 320 Висновку;
 - друга включає в себе пункти 59-61, 66, 67, 76, 77, 79, 85, 92-95, 104, 106, 107, 108, 118, 120, 123, 124, 130, 133-136, 138, 139, 150, 152-154, 156, 160, 163, 164, 166-175, 177, 181, 195, 199-203, 210, 211-214, 217-219, 224, 227-229, 233-235, 239, 242, 249, 250, 252-254, 258-264, 271-279, 281-289, 292, 304-306, 310, 321-323, 326, 333, 337 і 349 Висновку, а
 - третя – пункти 58, 62-64, 71, 73, 84, 86, 88-91, 101, 105, 109, 110, 113-115, 131, 132, 141, 142, 144, 145, 148, 149, 152, 155, 156, 158, 159, 161, 162, 192, 208, 209, 215, 216, 222, 225, 226, 230-232, 238, 240, 243, 244, 246-248, 241, 280, 308, 309, 311-314, 317-319, 325, 330, 331, 335, 342, 343, 345 і 346 Висновку.
367. Слід, однак, мати на увазі й те, що не тільки текст закону має бути сумісний із європейськими стандартами і, зокрема, вимогами Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Не менш важливим за текст національного законодавства є те, як закон застосовується в повсякденній практиці. Для цього кожному судді в державі, прокуророві і захисникові треба забезпечити змогу повноцінного розуміння змін, які потягне за собою проект Кодексу після його ухвалення. А для цього потрібен відповідний час для навчання та поглиблення обізнаності. Тому-то важливо, щоб у разі, коли йдеться про заходи такого обсягу, на це призначалося набагато більше часу, ніж той, що тепер

передбачено. Після того, щоб забезпечити реалізацію положень Кримінально-процесуального кодексу відповідно до його власних вимог і вимог Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, знадобиться безперервна юридична освіта як щодо дії самого кодексу і відповідної національної судової практики, так практики Європейського суду з прав людини, яка розвивається. У Висновку порушено деякі питання, які мають відношення і до цього.

368. Слід подбати також і про інформаційну програму, спрямовану на представників широкої громадськості, щоб вони могли цілком усвідомити природу всіх змін, які відбуватимуться. Без такого усвідомлення навряд чи з'явиться довіра до системи кримінального правосуддя в цілому і легітимність її окремих аспектів буде з більшою вірогідністю ставитися під сумнів.