



ЕЛЕКТРОННЕ НАУКОВЕ ВИДАННЯ
ISSN 2786-7900
<https://doi.org/10.61417/2786-7900.2023.1>

ЗБІРНИК
«НАУКОВИЙ ВІСНИК НДІ ПРОБЛЕМ
ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ»

2023
№ 1

ПРОФЕСІЙНО
ВИСВІТЛЮЄМО
РЕЗУЛЬТАТИ
ДОСЛІДЖЕНЬ З
ПИТАНЬ
ДОСУДОВОГО
РОЗСЛІДУВАННЯ

Засновник:

- 1. Приватна наукова установа
«Науково-дослідний інститут
проблем досудового розслідування»**
- 2. Адвокатське об'єднання
«DEFENSORES»**
- 3. Науково-дослідний інститут
публічного права**



insitutpdr@gmail.com



<http://ndipdr.com.ua>

Збірник «Науковий вісник НДІ проблем досудового розслідування» – рецензоване електронне наукове фахове видання з вільним доступом, що засноване та видається з червня 2023 року.

Рекомендовано Вченою радою до публікації та до поширення через мережу Інтернету

Підписано до публікації та до поширення через мережу Інтернет

УДК 343(051.034)=161.2

<p>Мета журналу: розвиток теоретичних і прикладних досліджень в галузі права в Україні що стосується проблем досудового розслідування; наукова апробація та поширення їх результатів.</p> <p>Тематика: згідно з галуззю "юридичні науки" за науковими спеціальностями (12.00.08, 12.00.09) відповідно до чинного переліку галузей наук МОН України зі спеціальностей 081 Право, 262 Правоохоронна діяльність</p> <p>Періодичність видання: 2 рази на рік</p> <p>ISSN – 2786-7900 (ONLINE)</p> <p>Відповідає: Національному стандарту України <u>ДСТУ 8302:2015</u> «Інформація та документація. Видання електронні. Основні види та вихідні відомості»</p> <p>Науковим публікаціям: присвоюється міжнародний ідентифікатор цифрового об'єкта DOI (digital object identifier)</p> <p>Редакційна колегія</p> <p>Головний редактор: Бабікова Олена Сергіївна, д.ю.н., професор, директор НДІ проблем досудового розслідування, Україна</p> <p>Члени редколегії: Берднік Інна Володимирівна, д.ю.н., професор, головний спеціаліст Тренінгового центру прокурорів України; Лихова Софія Яківна, д.ю.н., професор, завідувач кафедри кримінального права та процесу Національного авіаційного університету; Рубашенко Микола Анатолійович, к.ю.н., доцент, доцент кафедри кримінального права № 1 Національного юридичного університету ім. Ярослава Мудрого; Кікалшвілі Марія Вікторівна, д.ю.н., доцент, доцент кафедри кримінально-правової політики та кримінального права Інституту права Київського національного університету ім. Тараса Шевченка; Літвінова Ірина Феофанівна, к.ю.н., доцент, доцент кафедри кримінального права та процесу Національного авіаційного університету;</p>	<p>Андрушко Андрій Васильович, д.ю.н, професор, професор кафедри кримінального права та процесу Ужгородського національного університету; Конюшенко Яна Юріївна, д.ю.н., доцент, доцент кафедри кримінального процесу Національної академії внутрішніх справ; Мінченко Сергій Іванович, д.ю.н., професор, габілітований доктор правничих наук (Польща), начальник управління правового забезпечення економіки оборони, безпеки і санкційної політики департаменту юридичного забезпечення Міністерства економіки України; Бабіков Олександр Петрович, к.ю.н, професор кафедри кримінального права та процесу Київського авіаційного університету , h-індекс – 3, ORCID – 0000-0003-4003-5198 Зозуля Олександр Ігорович, доктор юридичних наук, доцент, завідувачий науковим сектором порівняльного конституційного та муніципального права Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування НАПрН України (h-індекс – 6) ORCID: 0000-0002-5428-4622 Мозгава Марек, д.ю.н., професор, завідувач кафедри кримінального права і кримінології факультету права та адміністрування, Університет Марії Кюрі-Склодовської, Республіка Польща;</p> <p>Технічна група: Технічний редактор: Коректор: П.М. Кирилович</p> <p>Комп'ютерна верстка та оформлення: П.М. Кирилович</p> <p>Мінімальні системні вимоги: операційна система MS Windows 98/2000/XP/2003, браузер MS Internet Explorer версії 5 та вище, Adobe Acrobat (Adobe Reader).</p> <p>Адреса редколегії журналу: 01004, м. Київ, вул. Антоновича, 14, оф. 3.</p> <p>Редакція наукового журналу «Збірник Науковий вісник НДІ проблем досудового розслідування» Тел. +38-095-080-84-17, +38-067-863-95-93</p> <p>E-mail: institutpdr@gmail.com Веб-сайт журналу: http://ndipdr.com.ua/</p>
--	--

Призначення журналу: досягнення якісно нового рівня повноти й оперативності задоволення інформаційних потреб суспільства в сучасних знаннях в галузі права.

Автори статей несуть усю відповідальність за зміст статей і за сам факт їх публікації. Редакція журналу не несе ніякої відповідальності перед авторами і/або третіми особами й організаціями за можливий збиток, викликаний публікацією статей.



ЗБІРНИК
«НАУКОВИЙ ВІСНИК НДІ ПРОБЛЕМ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ» 2023-1
ISSN 2786-7900
<https://doi.org/10.61417/2786-7900.2023.1>

ЗМІСТ

1. Рубашченко Микола Анатолійович:
Аналоги наркотичних засобів і психотропних речовин як предмет кримінальних правопорушень (ч. 1 – фізичні ознаки);
2. Берднік Інна Володимирівна:
Механізм заподіяння шкоди водним ресурсам: кримінально-правовий аспект;
3. Омельченко Олександр Євгенійович:
Перешкодження кримінальному провадженню іншим чином як підстави застосування запобіжного заходу;
4. Бабікова Олена Сергіївна:
Роль принципу справедливості в аспекті розбудови правової держави;
5. Федоренко Ігор Люсинович:
Особливості проведення допиту під час розслідування провокації підкупу;
6. Бабіков Олександр Петрович:
Процесуальні проблеми відкриття матеріалів іншій стороні;



ЗБІРНИК
«НАУКОВИЙ ВІСНИК НДІ ПРОБЛЕМ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ» 2023-1
ISSN 2786-7900
<https://doi.org/10.61417/2786-7900.2023.1.1>

АНАЛОГИ НАРКОТИЧНИХ ЗАСОБІВ І ПСИХОТРОПНИХ РЕЧОВИН ЯК ПРЕДМЕТ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ (Ч. 1 – ФІЗИЧНІ ОЗНАКИ)

УДК 343.2

Рубашенко Микола,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри кримінального права
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого,
м. Харків, Україна

Стаття є першою частиною зі статей, присвячених дослідженню кримінально-правового статусу аналогів наркотичних засобів і психотропних речовин. У ній предметно розглядаються фізичні ознаки аналогів, як предмета кримінальних правопорушень. Спершу розглядається родова ознака аналогів – вони є хімічними речовинами. Далі аналізується ознака, яка головним чином вирізняє аналог від наркотичних засобів і психотропних речовин – він не є тотожним з ними, хоч і має подібну хімічну структуру. Фокусується увага і на кількісних параметрах аналогу, як предмета кримінального правопорушення.

Ключові слова: аналоги наркотичних засобів і психотропних речовин, кримінальна відповідальність, кримінальне правопорушення, наркотичні засоби, психотропні речовини

Статья является первой частью из статей, посвященных исследованию уголовно-правового статуса аналогов наркотических средств и психотропных веществ. В ней предметно рассматриваются физические признаки аналогов как предмета уголовных правонарушений. Сначала рассматривается родовой признак аналогов – они являются химическими веществами. Далее анализируется признак, который главным образом отличает аналог от наркотических средств и психотропных веществ – он не тождественен с ними, хотя и имеет подобную химическую структуру. Фокусируется внимание и на количественных параметрах аналога как предмета уголовного правонарушения.

Ключевые слова: аналоги наркотических средств и психотропных веществ, уголовная ответственность, уголовное правонарушение, наркотические средства, психотропные вещества

ANALOGUES OF NARCOTICS AND PSYCHOTROPIC SUBSTANCES AS A SUBJECT OF CRIMINAL OFFENSES (CH. I. – PHYSICAL SIGNS)

Mykola Rubashchenko,

Doctor of Law,

Associate Professor of the

Department of Criminal Law

Yaroslav Mudryi National Law University

The article is the first part of the articles that devote to the investigation of the criminal legal status of analogues of narcotic drugs and psychotropic substances. They are the subject of a number of criminal offenses provided for both by the current Criminal Code of Ukraine and by the Project of the Criminal Code of Ukraine developed by the Working Group under the President of Ukraine.

It is customary to analyze the subject of a criminal offense in the doctrine of criminal law by distinguishing its physical, social (socio-economic) and legal features. This article explores the physical characteristics of analogs as the subject of criminal offenses.

First, the generic feature of analogues is considered – they are chemical substances. In this connection, special consideration is given to question, can analogues be synthetic or natural substances, preparation or natural materials.

Next, the feature that mainly distinguishes the analogue from narcotic drugs and psychotropic substances is analyzed – it is not identical to them, although it has a similar chemical structure to them. The problem of the evaluative nature of the concept of «similarity» is highlighted and a conclusion is drawn as to whether it has been resolved due to the fact that today the limits of similarity of chemical structures are determined by normatively established Criteria.

The question of whether isomers and stereoisomers, simple and complex esters, homologues, metabolites and salts of these drugs and substances can be recognized as analogues of narcotic drugs and psychotropic substances is analyzed. Quantitative characteristics of analogs that affect to the qualification of the committed act («small size», «large size», «especially large size») are determined in the same way as in relation to the corresponding means/substance with which the similarity of the chemical structure is established.

Keywords: analogues of narcotic drugs and psychotropic substances, criminal responsibility, criminal offense, narcotic drugs, psychotropic substances

Постановка проблеми. Питання протидії наркозлочинності та правового регулювання обігу психоактивних речовин не втрачають актуальності. Згідно національного Звіту щодо наркотичної та алкогольної ситуації в Україні за 2022 рік [10], в Україні спостерігається тенденція до зростання вживання опіоїдів і канабіноїдів, а також кількості смертей, пов'язаних із вживанням психоактивних речовин та отруєнь ними. Посилюють актуальність звернення до цієї проблематики також необхідність європеїзації вітчизняного законодавства, вивчення та поступової імплементації найкращих європейських практик, і зрештою процес реформування кримінального законодавства, яке передбачає кримінальну відповідальність за незаконний обіг найнебезпечніших психоактивних речовин (далі – ПАР). З метою вдосконалення кримінального законодавства Указом Президента України у 2019 року була створена Робоча група з питань розвитку кримінального права [15], робота якої над Проектом нового Кримінального кодексу України (далі – Проект) знаходиться на завершальному етапі. Незалежно від долі цього акту, на сьогодні він вже став джерелом активних фахових дискусій та генератором розвитку науки кримінального права, в тому числі й в частині досліджень, які стосуються кримінального переслідування за незаконні дії з небезпечними ПАР.

Серед психоактивних речовин чи не найнебезпечнішими для здоров'я населення справедливо вважаються наркотичні засоби і психотропні речовини. Перелік цих предметів є чітко визначеним з огляду на фіксацію їх конкретних видів в спеціальному підзаконному нормативному акті [17]. Разом з тим, закріплення конкретних хімічних назв цих предметів в офіційному акті має свою негативну сторону, обумовлену тим, що на наркоринку спостерігається попит на створення нових наркотичних засобів і психотропних речовин та фіксується стійка тенденція до появи їх аналогів.

Аналіз останніх досліджень. Кримінально-правовий статус аналогів наркотичних засобів і психотропних речовин (далі – аналогів), їх поняття та ознаки і доцільність виокремлення у вітчизняній науці залишається практично не дослідженими. Окремі аспекти правового регулювання обігу аналогів висвітлені в працях В.А. Бублейника, О.П. Гороха, О.В. Козаченка, С.В. Мокляка, А.А. Музики та деяких інших. Однак у цих дослідженнях аналоги розглядалися лише частково, переважно в аспекті аналізу вчинюваних з ними діянь, нормативного регулювання та застосування покарання.

Метою статті є визначення поняття і встановлення ознак аналогів як предмета кримінального правопорушення, а також доцільності виокремлення аналогів як окремого предмета альтернативно з наркотичними засобами і психотропними речовинами в чинному Кримінальному кодексі України (далі – КК) та Проєкті. У цій статті йде мова про фізичні ознаки аналогів як предмета кримінальних правопорушень.

Виклад основного матеріалу. 1. Питання загального визначення предмета кримінального правопорушення, його ознак та місця в складі кримінального правопорушення досі залишаються дискусійними, хоча вже й сформоване певне консенсусне їх бачення. В основі цього дослідження закладено таке розуміння предмету кримінального правопорушення: 1) він є факультативною ознакою загального (теоретичного) поняття складу; 2) він знаходить свій прояв у матеріальних цінностях [12, с. 110], речах або інших явищах об'єктивного світу (інформація, енергія тощо) [13, с. 96], з приводу яких і шляхом безпосереднього впливу на які (або без такого впливу) вчиняється кримінально-протиправне діяння [12, с. 110], або з певними властивостями яких закон пов'язує наявність в діянні особи ознак складу конкретного кримінального правопорушення [20, с. 118]; 3) предмет кримінального правопорушення прийнято характеризувати шляхом виділення його фізичних, соціальних (соціально-економічних) та юридичних ознак [14, с. 68]. Фізичні ознаки предмета, яким присвячено цю статтю, виділяють його з-поміж інших за його фізичними (субстанційними) характеристиками і

властивостями, при цьому наявність таких ознак у конкретному предметі визначається емпірично – органами чуття людини або спеціальними технічними засобами [12, с. 110].

Аналоги є предметами кримінальних правопорушень, передбачених статтями 305, 307, 308, 309, 314, 315, 320 КК. У всіх цих випадках вони називаються законодавцем альтернативно з наркотичними засобами та психотропними речовинами. Правову основу для кваліфікації передбачених цими статтями діянь в частині встановлення ознаки предмета кримінального правопорушення складають такі базисні нормативні акти: 1) Закон України про наркотичні засоби і психотропні речовини від 15 лютого 1995 р. (далі – *Закон*); 2) постанова КМУ «Про затвердження переліку наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів» № 770 від 6 травня 2000 р., що містить чотири таблиці назв відповідних засобів, речовин і прекурсорів (далі – *Перелік*); 3) наказ МОЗ України «Про затвердження таблиць невеликих, великих та особливо великих розмірів наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, які знаходяться у незаконному обігу» № 188 від 01 серпня 2000 р. (далі – *Наказ МОЗ № 188*); 4) наказ МОЗ України «Про деякі питання віднесення засобів і речовин до аналогів наркотичних засобів і психотропних речовин» № 715 від 3 квітня 2019 р. (далі – *Наказ МОЗ № 715*), яким затверджено Порядок віднесення засобів і речовин до аналогів наркотичних засобів і психотропних речовин (далі – *Порядок*) та Критерії подібності хімічної структури нових психоактивних речовин до хімічної структури наркотичних засобів і психотропних речовин, включених до Переліку (далі – *Критерії*).

2. Аналоги наркотичних засобів і психотропних речовин визначені в Законі як заборонені до обігу в Україні речовини природного чи синтетичного походження, не включені до Переліку, хімічна структура і властивості яких подібні до хімічної структури і властивостей наркотичних засобів і психотропних речовин, психоактивну дію яких ці речовини відтворюють (ст. 1) [19].

Виходячи з цього визначення, родова ознака аналогів полягає в тому, що вони є речовинами природного чи синтетичного походження. Перше питання у зв'язку з цим стосується того, в якому саме значенні в Законі використано поняття «речовина». На відміну від аналогів, наркотичні засоби визначаються Законом через родові поняття «речовини», «препарати», «рослини», а психотропні речовини через поняття «речовини», «препарати» та «природні матеріали» (ст. 1).

Речовина – це насамперед вид матерії (форма її існування), що має атомно-молекулярну структуру, з масами спокою частинок, що не рівні нулю, але разом з тим, залежно від контексту, – це і матеріальна субстанція природного або синтетичного походження, яка є об'єктом хімічного дослідження, характеризується однорідністю, має певні сталі властивості і елементний склад [9, с. 445].

Препарат за визначенням ст. 1 Закону слід розуміти як суміш речовин у будь-якому стані (твердому, рідкому чи газоподібному), у тому числі й суміш, що містить: а) один чи декілька наркотичних засобів, б) одну чи декілька психотропних речовин, в) один чи декілька наркотичних засобів/психотропних речовин і прекурсорів. Для того, щоб бути «препаратом» в розумінні Закону, таким чином, суміш або розчин обов'язково повинні, по-перше, містити хоча б дві самостійні речовини, по-друге, мінімум одна з них є наркотичним засобом чи психотропною речовиною. Зазначене відповідає розумінню цього терміну в ст. 1 Конвенції 1971 р.

Вважається, що термін «природний матеріал» застосовується до частин рослини, які становлять психотропну речовину (чи наркотичний засіб відповідно), а термін «речовина природного походження» стосується речовини, отриманої безпосередньо з рослини у такий спосіб, який у всякому разі передбачає її виготовлення набагато простіше, ніж процес повного хімічного синтезу [2, с. 21-24].

Так, наприклад, природним матеріалом вважатиметься канабіс та макова солома (цілі чи подрібнені рослини конопель індійських чи маку опійного відповідно), смола

канабісу, екстракт опію та й сам опіум (опій), оскільки останній може складатися з біля 20 різних видів самостійних речовин (опіатів) – алкалоїдів, які самі собою залежно від способу їх отримання (виготовлення) можуть вважатися речовиною природного чи синтетичного походження. Як приклад, на початку ХІХ ст. шляхом екстракції спершу німецький фармацевт Ф. Зертюрнер виділив морфін з опію [5], а потім французький хімік П. Робіке екстрагував з нього кодеїн. Пізніше в пошуках опіатів, які б не викликали залежність, учені винайшли напівсинтетичні діаморфін (героїн) та оксикодон, та створили повністю синтетичні (тобто, без використання «природних матеріалів» при їх виготовленні) – метадон і фентаніл [4].

Власне поява аналогів, як окремого предмету, щодо якого встановлюється заборона його вільного обігу, історично пов'язана з речовинами, що були винайдені (синтезовані) штучним шляхом, як правило цілеспрямовано, як зі злочинною, так і з благородною метою. Недарма в англійських дослідженнях, які стосуються проблематики «нових» наркотичних засобів і психотропних речовин, переважає термін «дизайнерські наркотики» (*designer drugs*) [див. напр.: 1], хоча спеціальний закон, який забороняє їх в США іменується як «Федеральний акт про аналоги» (*Federal Analogue Act, 1986*) [6], а у Великій Британії – «Акт про психотропні речовини» (*Psychoactive Substances Act, 2016*, за змістом ідеться про нові класи психотропних речовин). Натомість у законодавстві Європейського Союзу переважно використовується термін «нові психоактивні речовини» (*new psychoactive substances, NPS*) [3].

Надаючи визначення аналогів як речовин, як убачається, законодавець виходив із звичайної логіки, згідно якої достатньо заборонити або обмежити в обігу певну речовину, визнавши її аналогом, а відтак і будь-які суміші речовин, у тому числі в лікарській формі, що міститимуть такий аналог, також автоматично підпадатимуть під заборону/обмеження. Крім того, у разі якби в Законі, а тим більше у відповідних таблицях Переліку, йшлося не тільки про аналоги-речовини, але й про аналоги-

препарати, то могла б виникнути плутанина і аналогом міг бути визнаний препарат, що не відтворює негативні психоактивні властивості відповідних наркотичних засобів чи психотропних речовин. Це означає, що якщо певний препарат містить аналог, то забороненим чи обмеженим в обігу буде не сам препарат як такий, а лише його відповідна складова речовина, що зокрема важливо для визначення розмірів аналогу, які впливають на кваліфікацію вчиненого.

Закономірно, що Закон не згадує й про аналог наркотичного засобу чи психотропної речовини як природнього матеріалу. Такі матеріали (як от, смола канабісу чи екстрагований опій) зазвичай є сумішшю різних складних речовин, кожна чи окремі з яких є наркотичними засобами/психотропними речовинами, що можуть мати власні аналоги. Звичайно, не виключається, що природній матеріал (частина певної рослини) може складатися і лише з однієї речовини, але в такому разі коректно говорити власне про речовину, а не про природній матеріал.

Таким чином, препарати чи природні матеріали, які в Переліку віднесені до наркотичних засобів чи психотропних речовин, не можуть мати відповідних їм аналогів. Водночас, один і той же препарат чи природній матеріал можуть містити один чи декілька аналогів наркотичних засобів чи психотропних речовин. Походження ж речовини, що визнається аналогом, може бути як природнім, так і синтетичним (повний хімічний синтез).

3. З точки зору фізичних ознак, аналог – це не будь-яка речовина, а лише така, що має хімічну структуру, подібну до хімічної структури наркотичних засобів і психотропних речовин. Власне ця ознака справедливо може іменуватися, як зазначає С.В. Мокляк, хімічною [11, с. 139]. Проте, як убачається, фізичні ознаки предмета кримінального правопорушення не слід розуміти виключно з точки зору фізики (вид матерії, агрегатний стан, кількісні параметри тощо). Фізичні ознаки характеризують предмет субстанційно – як предмет матеріального світу з усіма його механічними,

фізичними, хімічними і більшою мірою навіть біологічними (якщо це можливо) характеристиками.

Разом з іншою (соціальною) ознакою аналогу як речовини, що відтворює негативні властивості відповідного наркотичного засобу або психотропної речовини, ознака подібності за хімічною (молекулярною) структурою до прийняття Наказу МОЗ № 715 перетворювала аналоги на певною мірою оціночне поняття, оскільки віднесення тієї чи іншої речовини до аналогу вирішальним чином залежало від експертних висновків стосовно її хімічної структури і властивостей впливати на людський організм і поведінку. У практичному вимірі сторона обвинувачення, доводячи наявність аналогу, як предмету відповідного кримінального правопорушення, нерідко посилалась на листи Комітету з контролю за наркотиками Міністерства охорони здоров'я України (зараз – це Державна служба України з лікарських засобів та контролю за наркотиками) [див. напр.: 7, 8], якими Комітет у відповідь на запити уповноважених суб'єктів та на підставі матеріалів досліджень організацій та установ наукового і медичного профілю надавав висновок, що та чи інша речовина є аналогом.

Наприклад, у Листі від 04.02.2010 р. «Щодо віднесення речовин до аналогів психотропних речовин» [21] Комітет у відповідь на запит Голови Державної митної служби, проаналізувавши матеріали досліджень Центрального митного управління лабораторних досліджень та експертної роботи, Українського науково-дослідного інституту спеціальної техніки та судових експертиз і Київського науково-дослідного інституту судових експертиз, підсумував, що речовини JWH-018 і JWH-073 є синтетичними канабіноїдами та за своїми властивостями відносяться до аналогів тетрагідроканнабінолу, а на основі позиції Державного науково-дослідного експертно-криміналістичного центру МВС України зробив висновок, що речовина MDPV є аналогом амфетаміну.

І хоча висновки експертів, так само як і висновки Комітету, спирались на проведені дослідження, все ж були відсутні єдині методика та критерії, за якими речовина визнавалась такою, що має подібну хімічну структуру. Невизначеність цієї ознаки породжувала щонайменше два питання: які структури є подібними (за якими ознаками) та яким має бути ступінь такої подібності? За відсутності єдиного підходу, очевидно, що експерти керувалися власними методиками, спираючись на власні знання і досвід суб'єктивного характеру, що потенційно уможливило не лише різні підходи до оцінки однієї і тієї ж речовини, але й помилкові висновки.

З набранням чинності Наказу МОЗ № 715 [16] унеможливлено визнання певної речовини аналогом (віднесення її до аналогів) на підставі експертизи, що проводиться в конкретному кримінальному провадженні. Наказ закріплює це повноваження виключно за спеціальною Комісією МОЗ України з віднесення засобів і речовин до аналогів наркотичних засобів і психотропних речовин. Комісія готує висновок про віднесення / невіднесення речовини до аналогу на підставі звернення уповноважених суб'єктів, які вже можуть містити результати досліджень, або на підставі інформації від міжнародних організацій чи завдяки залученню державних закладів, установ та організацій, що можуть надати інформацію у відповідних галузях науки. При цьому Критерії подібності хімічної структури нових психоактивних речовин до хімічної структури наркотичних засобів і психотропних речовин, включених до Переліку, викладено у додатку 2 до Наказу МОЗ № 715.

Загальною умовою подібності згідно цих Критеріїв визначено те, що обидві хімічні структури (нової речовини і тої, яку вже містить Перелік) виводяться з однієї базової структури за мінімальної кількості відмінностей порівняно з молекулярними структурами інших наркотичних засобів або психотропних речовин з Переліку з тією самою базовою структурою. Межі цих відмінностей окремо визначені виходячи з

базових структур трьох груп речовин: а) речовин ряду фенетиламіну та ряду катинону, б) синтетичних канабіноїдів і в) речовин ряду фентанілу.

Подібність визначається для кожної з названих груп речовин і, як правило, пов'язана з заміщенням в межах окремого структурного компонента органічної сполуки атомів одних хімічних елементів (чи їх комбінацій) іншими. Таким чином, хімічна структура аналогу і відповідного наркотичного засобу / психотропної речовини не є тотожною, а ступінь (межі) їх відмінностей визначаються встановленими Критеріями. Молекулярна структура індивідуалізує наркотичні засоби, психотропні речовини і їх аналоги як предмети кримінальних правопорушень. А тому розглядувані нетотожність і водночас подібність за молекулярною структурою разом є однією з головних їх розмежувальних ознак.

4. Структурні та просторові ізомери, складні і прості ефіри, гомологи, метаболіти, а так само солі перелічених в Таблицях I і II Переліку наркотичних засобів і психотропних речовин (у тому числі солі ізомерів, ефірів, гомологів та метаболітів), у разі якщо їх існування можливе, не можуть визнаватися аналогами, у тому числі й якщо вони відповідають визначеним Критеріями умовам. Це пов'язано з тим, що списки наркотичних засобів і психотропних речовин, що містяться в Таблицях I і II Переліку, доповнюються примітками, які автоматично (тобто лише за зв'язком з відповідним засобом чи речовиною, без окремого рядку в списку) включають до кожного зі списків ізомери, ефіри, гомологи, метаболіти та солі вказаних у відповідних списках засобів і речовин. Іншими словами – примітки прирівнюють їх до відповідних засобів і речовин, за винятком випадків, коли вони виключені зі списків шляхом спеціального зазначення про це в примітках. Рослини або їх частини, що містять будь-які засіб чи речовину, включені до відповідного списку наркотичних засобів чи психотропних речовин, також автоматично включаються до такого списку.

Ізмери, ефіри, гомологи та метаболіти психотропних речовин зі Списку №2 Таблиці III Переліку за відповідності їх визначеним Критеріями умовам, можуть визнаватися аналогами таких речовин. Натомість солі таких речовин автоматично включаються до Списку №2 у разі, коли існування таких солей можливе, тобто аналогами вони визнаватися не можуть, оскільки порівнюються до наркотичних засобів і психотропних речовин.

5. З фізичної точки зору аналог має також і певні кількісні характеристики, серед яких кримінально-правове значення в частині впливу на кваліфікацію вчиненого, а отже і на ступінь відповідальності винного, має розмір (вага) предмету правопорушення. Якщо невеликі, великі та особливо великі розміри наркотичних засобів і психотропних речовин, що знаходяться у незаконному обігу, окремо визначені Таблицями I (наркотичні засоби) і II (психотропні речовини) Наказу МОЗ № 188 [18], то окремої (самостійної) таблиці для аналогів не передбачено. Проте під згаданими таблицями містяться спеціальні застереження про те, що при виявленні аналогів (а так само й ізомерів, ефірів, гомологів чи метаболітів) засобів і речовин, включених до таблиць, невеликі, великі та особливо великі розміри застосовуються, як для відповідних засобів і речовин, включених до цих таблиць.

З погляду на це, важливими є положення п. 6 розділу III Порядку, згідно якого перелік аналогів має містити не лише назву засобу (речовини) згідно з міжнародною номенклатурою хімічних сполук і структурну хімічну формулу, але й інформацію щодо того, аналогом якого наркотичного засобу чи психотропної речовини (сполуки) є засіб (речовина). Саме остання інформація дозволить правозастосувачу правильно кваліфікувати вчинене з аналогом діяння в частині його розміру.

Висновки. На підставі вище викладеного, можна підсумувати, що аналоги, як окремий предмет кримінальних правопорушень проти здоров'я населення, характеризується такими фізичними ознаками:

1) вони є речовинами; аналогами не можуть бути препарати та природні матеріали, однак останні можуть містити речовини, що є аналогами; препарати і природні матеріали, які самі собою визнаються наркотичними засобами або психотропними речовинами, не можуть мати аналогів;

2) речовина, що утворює аналог, є як правило синтетичною, але може мати і природне походження;

3) за своєю хімічною структурою вони хоч і не тотожні, але мають істотну подібність із речовинами, визнаними наркотичними засобами чи психотропними речовинами, межі якої визначаються Критеріями;

4) ізомери, ефіри, гомологи, метаболіти і солі засобів і речовин, названих у списках Таблиць I і II, а також солі речовин Списку №2 Таблиці III Переліку, аналогами бути не можуть;

5) кількісні характеристики аналогів, які впливають на кваліфікацію вчиненого діяння («невеликий розмір», «великий розмір», «особливо великий розмір») визначаються так само, як і стосовно відповідного засобу / речовини, з якими встановлено подібність хімічної структури.

Література:

1. Fratantonio, J., Andrade, L., & Febo, M. (2015). Designer Drugs: A Synthetic Catastrophe. *Journal of reward deficiency syndrome*, 1(2), 82–86. URL: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5013729> . (дата звернення: 30.01.2023)

2. Lande A. Commentary on the Convention on Psychotropic Substances, done at Vienna on 21 February 1971. New York: United Nations; 1976. 394 p. URL: https://www.unodc.org/unodc/en/commissions/CND/Mandate_Functions/conventions.html (дата звернення: 30.01.2023)

3. On the information exchange, risk-assessment and control of new psychoactive substances: council decision 2005/387/JHA of 10 May 2005; Council of the European Union. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A32005D0387> . (дата звернення: 30.01.2023)

4. Philip G. Boysen, Jenilkumar H. Patel, Angelle N. King. Brief History of Opioids in Perioperative and Periprocedural Medicine to Inform the Future. *Ochsner Journal*, XX:1–7, 2022. URL: <https://www.ochsnerjournal.org/content/early/2022/11/22/toj.22.0065> . (дата звернення: 30.01.2023)

5. Schmitz, R. (1985). Friedrich Wilhelm Sertürner and the Discovery of Morphine. *Pharmacy in History*, 27(2), 61–74. URL: <http://www.jstor.org/stable/41109546> . (дата звернення: 30.01.2023)

6. Treatment of controlled substance analogues (21 U.S. Code § 813). URL: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/21/813> . (дата звернення: 30.01.2023)

7. Вирок Києво-Святошинського районного суду Київської області від 07 червня 2011 р. у справі № 1-256/11. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/45222648>. (дата звернення: 30.01.2023)

8. Вирок Переяслав-Хмельницький міськрайонного суду Київської області від 20 травня 2011 р. у справі № 1-77/11. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/52440257> . (дата звернення: 30.01.2023)

9. Глосарій термінів з хімії. Укладачі Й. Опейда, О. Швайка. Донецьк: Вебер, 2008, 738с.
URL: upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/7/79/Opeida_Shvaika_Glossary_of_chemistry_terms.pdf . (с. 445)

10. Звіт щодо наркотичної та алкогольної ситуації в Україні за 2022 рік. С. 21-23. URL: <https://cmhmda.org.ua/opublikovano-zvit-shhodo-narkotychnoyi-ta-alkogolnoyi-sytuacziyi-v-ukrayini> . (дата звернення: 30.01.2023)

11. Мокляк С.В. Предмет злочину, передбаченого ст. 307 КК України. Вісник Асоціації кримінального права України. 2017. № 2 (9). С. 131-144.

12. Музика А. А., Лащук Є. В. Предмет злочину: теоретичні основи пізнання : моногр. К. : ПАЛИВОДА А. В., 2011. 192 с. С. 110.

13. Радутний О. Е. Кримінальна відповідальність за незаконне збирання, використання та розголошення відомостей, що становлять комерційну або банківську таємницю : моногр. Х. : Ксілон, 2008. 202 с. С. 96.

14. Панов Н. И. Понятие предмета преступления по советскому уголовному праву. Проблемы правоведения .1984. Вып. 45. С. 67–73. С. 68.

15. Питання Комісії з питань правової реформи: указ Президента України від 07.08.2019 № 584/2019. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/584/2019#Text> . (дата звернення: 30.01.2023)

16. Про деякі питання віднесення засобів і речовин до аналогів наркотичних засобів і психотропних речовин: наказ МОЗ України від 03.04.2019 № 715. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0655-19#Text> . (дата звернення: 30.01.2023)

17. Про затвердження переліку наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів: постанова Кабінету Міністрів України від 06.05.2000 № 770. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/770-2000-п#Text> . (дата звернення: 30.01.2023)

18. Про затвердження таблиць невеликих, великих та особливо великих розмірів наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, які знаходяться у незаконному обігу: наказ МОЗ України від 01.08.2000 № 188. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0512-00#Text> . (дата звернення: 30.01.2023)

19. Про наркотичні засоби, психотропні речовини і прекурсори: Закон України від 15.02.1995 № 60/95-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/60/95-вр#Text> . (дата звернення: 30.01.2023)

20. Тацій В. Я. Об'єкт злочину // Кримінальне право України. Загальна частина : підруч. / за ред. В. Я. Тація, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. Х. : Право, 2015. 680 с. С. 118.

21. Щодо віднесення речовин до аналогів психотропних речовин: лист Комітету з контролю за наркотиками від 04.02.2010 № 27-02.0-09/469. URL: zakon.rada.gov.ua/rada/show/v_469475-10 . (дата звернення: 30.01.2023)



ЗБІРНИК

«НАУКОВИЙ ВІСНИК НДІ ПРОБЛЕМ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ» 2023-1

ISSN 2786-7900

<https://doi.org/10.61417/2786-7900.2023.1.2>

МЕХАНІЗМ ЗАПОДІЯННЯ ШКОДИ ВОДНИМ РЕСУРСАМ: КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Берднік Інна,

доктор юридичних наук, професор,

професор кафедри правоохоронної діяльності

та загальноправових дисциплін

Національного університету «Чернігівська політехніка»,

м. Київ, Україна

УДК 343.347

У даній статті досліджуються особливості шкоди, заподіюваної водним ресурсам, її механізму, а також його значення для забезпечення кримінально-правової охорони водних ресурсів у певному обсязі та межах.

Автором визначено, що шкода, яка спричиняється внаслідок вчинення злочинного посягання на водні ресурси, умовно можна поділити на наступні складові: екологічна шкода (така, що спричиняється водній екологічній системі); шкода людині (шкода життю та здоров'ю людей); економічна шкода (шкода, що спричиняється у процесі господарського використання водних об'єктів). Залежно від визначення таких основних видів шкоди визначається обсяг забезпечення кримінально-правової охорони водних ресурсів. Зокрема, обґрунтовується, що визначення такого обсягу та меж кримінально-

правової охорони залежить передусім від впливу на зазначені вище «компоненти» водних ресурсів, що пов'язані передусім із заподіянням шкоди правам, свободам та інтересам учасників водокористування, а також існуючим соціальним зв'язкам між цими учасниками, а саме: а) ураження у відповідному обсязі прав, свобод та правоохоронних інтересів учасників водокористування (у тому числі прав, свобод та інтересів осіб, що уповноважені забезпечувати відповідний порядок водокористування); б) певний розрив соціальних зв'язків між учасниками водокористування.

Автор доходить висновку, що дослідження механізму заподіяння шкоди водним ресурсам як об'єкту кримінально-правової охорони залежить від визнання соціальними цінностями: прав, свобод та охоронюваних інтересів осіб, що задіяні у процесі використання водних ресурсів, виконання контрольних функцій за їх обігом; потерпілих осіб, які зазнають матеріальної шкоди внаслідок посягання на водні ресурси; соціальних зв'язків між учасниками процесу використання водних ресурсів, реалізації їх прав, свобод та інтересів, що набувають форму правовідносин.

Ключові слова: водні ресурси, навколишнє природне середовище, водний об'єкт, об'єкт злочину, суспільно небезпечні наслідки.

В данной статье исследуются особенности вреда, причиняемого водным ресурсам, его механизма, а также его значение для обеспечения уголовно-правовой охраны водных ресурсов в определенном объеме и пределах.

Автором определено, что вред, который причиняется в результате совершения преступного посягательства на водные ресурсы, условно можно разделить на следующие составляющие: экологический вред (такой, который причиняется водной экологической системе); вред человеку (вред жизни и здоровью людей); экономический вред (вред, который причиняется в процессе хозяйственного использования водных объектов). В зависимости от определения таких основных видов вреда определяется объем обеспечения уголовно-правовой охраны водных ресурсов. В частности,

обосновывается, что определение такого объема и границ уголовно-правовой охраны зависит прежде всего от влияния на указанные выше "компоненты" водных ресурсов, связанные прежде всего с причинением вреда правам, свободам и интересам участников водопользования, а также существующим социальным связям между этими участниками, а именно: а) поражение в соответствующем объеме прав, свобод и правоохранительных интересов участников водопользования (в том числе прав, свобод и интересов лиц, уполномоченных обеспечивать соответствующий порядок водопользования);

Автор приходит к выводу, что исследование механизма причинения вреда водным ресурсам как объекта уголовно-правовой охраны зависит от признания социальными ценностями: прав, свобод и охраняемых интересов лиц, задействованных в процессе использования водных ресурсов, выполнения контрольных функций за их оборотом; потерпевших лиц, которые испытывают материальный ущерб в результате посягательства на водные ресурсы; социальных связей между участниками процесса использования водных ресурсов, реализации их прав, свобод и интересов, приобретающих форму правоотношений.

Ключевые слова: водные ресурсы, окружающая природная среда, водный объект, объект преступления, общественно опасные последствия.

MECHANISM OF CAUSING DAMAGE TO WATER RESOURCES: CRIMINAL-LEGAL ASPECT

Berdnik Inna,
Doctor of Law, prof,
Professor of the Department of Law
Enforcement and general legal disciplines
Chernihiv National University of Technology

The article analyzes the mechanism of water resource damage and its specific features.

According to the author, water resource damage is subdivided into three elements: environmental, human, and economic. Environmental damage is caused to the aquatic ecological system, harm to people is harmful to people's lives and health, and economic damage is caused in the process of economic use of water resources.

The scope and limits of water resources criminal protection depend on the impact of the above-mentioned components. Such as the rights, freedoms, and law-protected interests in the field of water use; victims (participants of water use); legal relations concerning the rights, privileges, and interests of the water-using participants in the form of social links existing them.

The author concludes that studying the water resources damage mechanism depends on recognizing social values. It includes the rights, freedoms, and protected interests of injured persons who suffer material damage as a result of encroachment on water resources; social ties between participants in the process of using water resources, and realization of their rights, freedoms, and interests, in the form of legal relations.

Keywords: water resources, natural environment, water object, object of crime, socially dangerous consequences.

Постановка проблеми. Згідно зі ст. 13 Конституції України водні ресурси визнаються одним із об'єктів права власності Українського народу. Держава забезпечує захист усіх суб'єктів права власності на такі об'єкти. Одним із “засобів” забезпечення такого захисту є відповідні норми Кримінального кодексу України (далі – КК). Ці норми КК виконують передбачене у ч. 1 ст. 1 КК завдання правового забезпечення охорони водних ресурсів як складового об'єкта довкілля. Серед природних ресурсів вода займає особливе місце. Вона є найважливішим компонентом навколишнього природного середовища. Саме життя і виживання людини значною мірою залежить від наявності та стану водних ресурсів. Забезпечення населення, галузей національної економіки доброякісною водою є одним з пріоритетних завдань соціально-економічної політики держави. Вода виконує важливі екологічну, культурно-оздоровчу, економічну

функції. Актуальність цього аспекту нашого дослідження також обумовлена зростаючим негативним впливом людини на навколишнє природне середовище взагалі та на водні ресурси зокрема. Виснаження і забруднення природного середовища вражають своїми масштабами. Перелік можливих форм використання людиною водних об'єктів є численним і різноманітним. Не менш різноманітними є як джерела, так і механізм заподіяння їм шкоди.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Особливості механізму дослідження шкоди докільню були предметом дослідження Андрушка П.П., Берзіна П.С., Дудорова О.О., Фесенка Є.В., Шульги А.М. та інших вчених. Проте, питанням дослідження механізму заподіяння шкоди водним ресурсам в літературі достатньої уваги не приділялося.

Метою даного дослідження є дослідження механізму заподіяння шкоди водним ресурсам та його основних структурних елементів.

Виділення не вирішених раніше частин загальної проблеми, яким присвячується означена стаття. В Україні відсутні наукові праці, спеціально присвячені дослідженню механізму заподіяння шкоди об'єкту злочину, зокрема й водним ресурсам.

Виклад основного матеріалу. У кримінально-правовому вченні про об'єкт злочину важливе місце займає механізм заподіяння шкоди, оскільки завдяки визначенню характеру та ступеню негативного впливу суспільно небезпечного діяння на об'єкт кримінально-правової охорони, вирішується питання про визнання протиправного діяння злочинним, а також застосування заходів кримінально-правового впливу до особи, яка його вчинила. Але, незважаючи на складність з'ясування механізму заподіяння шкоди об'єкту злочину та його важливість для кримінального права, законодавства і судової практики, це питання лишається недостатньо вивченим [1, с. 345].

Не викликає сумніву, що результатом впливу, у тому числі й протиправного, є

шкода, яка спричиняється водним ресурсам. Зокрема, це питання є актуальним у контексті дослідження водних ресурсів як видового об'єкту злочину. Досліджуючи питання механізму спричинення такої шкоди, на наш погляд, насамперед слід визначитись, яку концепцію необхідно покласти в основу поняття об'єкт злочину та його характеристик. Ми виходимо із концепції «об'єкт – цінності». Адже цінне - це те, що має для людей позитивне значення. Саме тому найважливіші індивідуальні та соціальні цінності бере під захист кримінальний закон. Один з прибічників цієї концепції Є. В. Фесенко доходить висновку, що об'єкт злочину можна визначити як цінності, що охороняються кримінальним законом, проти яких спрямоване злочинне діяння і яким воно може заподіяти або спричиняє шкоду. Цінності, на його думку, - це різноманітні об'єкти матеріального світу, зокрема й сама людина, які мають суттєве позитивне значення для окремих осіб, соціальних груп і суспільства в цілому. Тому вони охороняються нормами різних галузей права, а найважливіші з них бере під захист кримінальне законодавство [2, с. 51].

Отже, *механізм заподіяння шкоди об'єкту злочину* - це вплив певного виду суспільно небезпечного діяння на соціальні цінності (потерпілого; його права, свободи та інтереси; соціальні зв'язки між членами суспільства з приводу реалізації ними належних їм прав, свобод та інтересів), внаслідок чого в об'єкті в цілому настають шкідливі зміни.

Чинниками, які обумовлюють *функціонування механізму заподіяння шкоди об'єкту кримінально-правової охорони*, є: 1) об'єкт злочину як єдина цілісна система взаємопов'язаних і взаємодіючих між собою соціальних цінностей; 2) властивістю цієї системи є те, що істотне пошкодження однієї чи кількох її складових, що призводить до завдання шкоди об'єкту злочину в цілому; 3) суспільно небезпечне діяння за своїм характером та інтенсивністю здатне здійснити такий вплив на складову об'єкта злочину, який призведе до його виключення із системи (шляхом вилучення чи знищення) або суттєвого пошкодження [3, с. 129].

Наукова теорія щодо визнання соціальних цінностей, що охороняються законом про кримінальну відповідальність, об'єктом злочину виходить із розуміння об'єкта як єдиної цілісної системи, що містить певні складові: 1) суб'єкти (носії, учасники) відносин; 2) предмет (об'єкт), з приводу якого вони існують; 3) соціальний зв'язок (зміст відносин, суспільно значуща діяльність). З огляду на з'ясування цих складових встановлюється механізм заподіяння злочином шкоди суспільним відносинам (соціальним цінностям, відповідно до концепції «об'єкт злочину - соціальні цінності»), що є об'єктом злочину, оскільки посягання на будь-який з цих елементів тягне за собою руйнування (розрив) усього суспільного відношення [4, с. 45].

Суб'єктами відносин, що виникають у соціумі, можуть бути такі їх носії, як фізичні особи та юридичні особи, інші об'єднання людей, а також держава. При цьому учасники таких відносин виконують певні соціальні функції, мають інтереси, наділяються взаємними правами та обов'язками.

Відповідно до ч. 1 ст. 13 Конституції України, земля, її надра, атмосферне повітря, водні та інші природні ресурси, які знаходяться в межах території України, природні ресурси її континентального шельфу, виключної (морської) економічної зони є об'єктами права власності Українського народу [5].

Основний закон нашої держави наділяє органи державної влади та органи місцевого самоврядування повноваженням від імені Українського народу здійснювати права власності на природні ресурси в межах території України, її континентального шельфу, виключної (морської) економічної зони. *Предметами* є блага і цінності матеріального або нематеріального характеру, з приводу яких існують суспільні відносини (життя, здоров'я людини, особиста свобода, статеві свободи і недоторканність, суспільна діяльність, природні об'єкти, майно тощо). Змістом відносин є *соціальний зв'язок*, тобто зв'язок між суб'єктами, їх взаємодія з приводу предмета (благ і цінностей матеріального або нематеріального характеру).

При цьому зазначені компоненти слід розглядати лише в органічній єдності та їх взаємодії; без наявності та нормального існування кожного з них неможливе існування системи загалом. При вчиненні злочинного посягання на об'єкт злочину *знищується або суттєво пошкоджується один із його елементів* - суб'єкт, предмет або соціальний зв'язок. Однак, враховуючи системні властивості об'єкта як елемента складу злочину, у такий спосіб шкода завдається нормальному існуванню системи в цілому.

У теорії кримінального права існують різні підходи до питання визначення механізму злочинного посягання. При цьому визначається, що соціальні цінності, на які безпосередньо спрямоване суспільно небезпечне діяння шляхом знищення або суттєвого пошкодження якого завдається шкода об'єкту злочину визнаються *предметом злочинного впливу*.

У цьому контексті П. П. Андрушко зазначає, що з погляду теорії «об'єкт злочину - соціальні цінності» об'єктом злочинного впливу мають визнаватися конкретні види соціальних цінностей чи їх структурні елементи, на які безпосередньо впливає (посягає) винний» [6, с. 7].

Є. В. Фесенко, критикуючи розуміння об'єкта як правових благ, уважає такий підхід неправильним, тому що блага можуть бути лише частиною тієї сукупності компонентів, які утворюють об'єкт злочинного посягання. За цих підстав вчений не визнає правильною і позицію Г. П. Новосолова, слабким місцем якої є намагання знайти якусь одну домінуючу ознаку [2, с. 48]. Щоб уникнути певних протиріч та недоліків Є. В. Фесенко зазначає, що на будь-якому рівні об'єкт має такі класи (категорії) ознак: потерпілі, їхні інтереси та права, соціальні зв'язки, матеріальні блага [2, с. 83].

Шкоду, що спричиняється внаслідок вчинення злочинного посягання на водні ресурси, умовно можна поділити на наступні складові:

- екологічна шкода (шкода, що завдається водній екологічній системі);
- шкода людині (шкода життю та здоров'ю людей);

- економічна шкода (шкода, що спричиняється у процесі господарського використання водних об'єктів).

Такий умовний розподіл злочинних наслідків в результаті посягання на водні ресурси витікає з результатів аналізу диспозицій ст.ст. 236; 237; 238; 239; 239¹; 239²; 240; 242; 243; ч.1 ст. 244 КК, тобто злочинів з матеріальним складом.

Екологічна шкода являє собою ті негативні біологічні зміни, що відбуваються у водних ресурсах, в першу чергу в результаті антропогенного фактору. При цьому необхідно зауважити, що втручання людей до того чи іншого компонента довкілля, в тому числі й до водних ресурсів, може й не визнаватись саме злочинним посяганням. Поряд з тим, з'ясування питання щодо наявності у діянні складу кримінального правопорушення, зокрема щодо водних ресурсів, має здійснюватись у встановленому кримінально-процесуальним законом порядку з урахуванням як законодавчо закріплених норм КК України, так і фактичних обставин кримінального провадження.

Необхідно наголосити, що природний якісний стан такого компонента довкілля, як водні ресурси, є однією з головних умов безпечного існування не лише людства, а й різноманітних екологічних систем. У зв'язку з цим будь-яка антропогенна діяльність, що пов'язана із взаємодією людини з водними ресурсами, повинна передбачати науково-обґрунтовані заходи щодо забезпечення охорони, використання, відтворення водних ресурсів, забезпечення екологічної безпеки, запобігання і ліквідації негативного впливу господарської та іншої діяльності на водні ресурси та їх збереження.

Порушення природного якісного стану водних ресурсів як компонента довкілля набуває кримінально-правового значення тільки за умови, коли злочинне посягання спричинило непоправне порушення екологічних зв'язків певного водного об'єкту (об'єктів) або створило загрозу існуванню будь-яким екосистемам або живим чи неживим елементам такого об'єкту. Прикладом може слугувати можливість масового захворювання риб, водних тварин чи рослин, забруднення моря тощо. Зі спричинення шкоди водним ресурсам, як компонентам довкілля, витікає і спричинення шкоди

довкіллю взагалі. Такий результат злочинного посягання об'єднує будь-які негативні зміни, що мають суспільно небезпечний характер в природному середовищі, наслідки порушення існуючих зв'язків у природі. Отже, ці наслідки є безпосередніми, їх також можливо вважати найближчими, первинними і обов'язковими.

Важливим питанням для кваліфікації посягань на водні ресурси має обчислення шкоди, спричиненої водним ресурсам злочинним посяганням, оскільки такий результат протиправної поведінки суб'єкта злочину потребує певного обчислення. Внаслідок встановлення розміру екологічної шкоди з'являється можливість визначити рівень матеріальних витрат на відновлення первинного стану водного об'єкту та запобігання виникненню інших небезпечних наслідків. Не дивлячись на певне окреслення цієї проблеми в юридичній літературі, вона залишається практично не дослідженою, оскільки, на наш погляд, механізм її вирішення має не стільки правовий, скільки математико-прикладний (з урахуванням результатів проведених у цьому напрямку досліджень інших точних наук) характер.

Щодо похідних наслідків, то в більшості статей КК, якими встановлено кримінальну відповідальність за посягання на водні ресурси, до неї віднесено реальну шкоду життю, здоров'ю людей або довкіллю чи можливість її настання. В юридичній літературі шкода, яка завдається людині, розглядається іноді як різновид біологічної шкоди. Поняття «шкода життю чи здоров'ю» включає будь-які види фізичної шкоди, що спричиняється потерпілому внаслідок злочинного посягання на водні ресурси, а також смерть хоча б однієї особи.

Щодо часу виявлення наслідків, то небезпека їх настання проявляється саме з моменту завершення злочинної дії. У більшості злочинів, що розглядаються, цим моментом вважається час порушення положень спеціальних правил. Отже, загроза трансформується в реальні наслідки з моменту їх фактичного настання. При цьому треба враховувати характер їх опису в кримінально-правовій нормі, а також особливості самої фактичної шкоди [7, с. 124].

Викладене вкотре підтверджує обґрунтованість висновку про те, що механізм заподіяння шкоди об'єкту являє собою вплив суспільно небезпечного діяння на один із його елементів (суб'єкт, предмет або соціальний зв'язок), що призводить до його знищення або суттєвого пошкодження.

Визнання водних ресурсів об'єктом кримінально-правової охорони потребує з'ясування низки наступних його «аспектів»: а) економічного змісту; б) зв'язку з державою; в) розуміння водних ресурсів у кримінальному праві та інших юридичних науках; г) визначення учасників відносин, які виникають та існують у процесі використання та охорони водних ресурсів.

Економічний зміст водних ресурсів слід пов'язувати насамперед з: його визнанням самостійним «елементом» економічної системи держави, який відображається у його функціональному, інституційному та відтворюючому аспектах; структурою водних ресурсів (їх загальними і спеціальними ознаками); діяльністю учасників (суб'єктів) використання водних ресурсів, яка забезпечує їх економічні інтереси; основними і спеціальними функціями водних ресурсів.

Від економічного змісту водних ресурсів прямо залежить визначення таких «компонентів» об'єкта кримінально-правової охорони як: а) права, свободи та правоохоронювані інтереси суб'єктів використання водних ресурсів; б) соціальні зв'язки між такими учасниками з приводу реалізації належних їм прав, свобод та інтересів, що набувають форми правовідносин (у разі їх врегулювання нормами права) [6, с. 10]. За певних умов лише окремі із ушкоджених вчиненим діянням «компонентів» такого об'єкта враховуються у змісті об'єкта злочину як елемента складу злочину.

Насамперед потрібно відзначити, що основним «показником» функціонування водних ресурсів у державі виступає їх здатність у задоволенні потреб населення та суб'єктів господарювання у доброякісній воді. Забезпечує таку «привабливість» саме держава. Наприклад, Національною академією аграрних наук України розроблено Водну стратегію України на період до 2025 року, метою якої є законодавче закріплення

загальнонаціональних пріоритетів у сфері раціонального використання водних ресурсів України.

Звідси обов'язкове значення держави у регулюванні обігу водних ресурсів – держава може і зобов'язана правовими способами впливати на порядок їх використання та охорони. Зазначена теза також засновується на положеннях Закону «Про охорону навколишнього природного середовища», відповідно до ст. 5 якого «Державній охороні і регулюванню використання на території України підлягають: навколишнє природне середовище як сукупність природних і природно-соціальних умов та процесів, природні ресурси, як залучені в господарський обіг, так і невикористовувані в економіці в даний період (земля, надра, води, атмосферне повітря, ліс та інша рослинність, тваринний світ), ландшафти та інші природні комплекси» [8].

Потрібно наголосити також на тому, що в галузях юридичної науки наголошується на тому, що визначених у законодавстві «компонентів» водних ресурсів для їх правової охорони явно недостатньо. Зокрема, водні ресурси - це сформовані під впливом природних чинників підземні, поверхневі, внутрішні морські води та територіальне море, які мають межі, об'єм, визначений водний режим, внесені до державного водного кадастру, а також природні багатства, які перебувають у взаємозв'язку з водними об'єктами (водні біологічні ресурси, земельні ділянки, що перебувають під водними об'єктами, природні ресурси континентального шельфу, надра, тощо).

Як бачимо, для забезпечення належної кримінально-правової охорони водних ресурсів потрібно чітко визначитись із питанням: які саме “компоненти” слід включати до змісту об'єкта кримінально-правової охорони – ті, що визначені ВК. При цьому необхідно підкреслити, що у ч.1 ст.1 КК законодавець, формулюючи завдання КК, визначив об'єкти кримінально-правової охорони, одним з яких є довкілля. Враховуючи, що довкілля - це природне навколишнє середовище, сукупність усіх живих і неживих об'єктів, що зустрічаються у певному регіоні без впливу людини, а водні ресурси є його

компонентом, слід дійти висновку про те, що водні ресурси є складовою (компонентом) такого об'єкта кримінально-правової охорони як довкілля.

Відтак, з позиції соціальних цінностей, які мають братися під кримінально-правову охорону, «потенційно» можуть зазнати істотної шкоди та стати об'єктом злочину, слід вважати: 1) права, свободи та правоохоронювані інтереси фізичних та юридичних осіб, що задіяні у процесі використання водних ресурсів, виконання контрольних функцій за їх обігом; 2) потерпілі (фізичні особи, яким було спричинено фізичну чи матеріальну шкоду внаслідок злочинного посягання на водні ресурси); 3) соціальні зв'язки між учасниками взаємодії з приводу обігу водних ресурсів, реалізації їх прав, свобод та інтересів, що набувають форму правовідносин.

З точки зору механізму кримінально-правової охорони з'ясування змісту цих учасників потрібно для визнання їх «суб'єктами», здатними вчинити суспільно небезпечні діяння, а також потерпілими, які зазнають впливу таких діянь.

Залежно від загального змісту правовідносин, які виникають та існують у процесі водокористування, а також виконуваних учасниками цього процесу функцій можна виділити наступні різновиди таких учасників (з точки зору їх значення для визначення суб'єктів названих діянь та потерпілих від них):

- 1) фізичні особи які здійснюють загальне користування водними ресурсами
- 2) фізичні та юридичні особи, що здійснюють спеціальне користування водними ресурсами;
- 3) особи, уповноважені приймати рішення з питань охорони довкілля, природокористування та забезпечення екологічної безпеки, діяльність яких пов'язана із здійсненням функцій контролю за дотриманням її вимог.

Крім цього, існують окремі різновиди осіб, які певним чином впливають на функціонування фондового ринку, але як його учасники зазначеним Законом не визначені. Ними можна вважати, зокрема: окремі органи державної влади, які наділені повноваженнями «впливати» на фондовий ринок і забезпечити досягнення мети його

функціонування («забезпечення відкритості та ефективності функціонування фондового ринку»), виконуючи регулятивну та/або охоронювану функції (Президент України, КМУ, ВРУ).

Отже, таке співвідношення дозволяє сформулювати наступні *висновки*, важливі з точки зору значення для кримінально-правової охорони:

1) посяганнями на водні ресурси слід вважати такі посягання, що здійснюються учасниками взаємодії у процесі функціонування водних ресурсів та завдають шкоди правам, свободам та інтересам таких учасників;

2) лише за умови, що діяльність, здійснювана водокористувачами у сфері спеціального водокористування, відповідає ознакам підприємництва, передбаченим у ст. 42 ГК, вчинені ними посягання можна вважати такими, що пов'язані з підприємницькою діяльністю (спрямовані на неї); за цієї самої умови посягання, що завдають шкоди правам, свободам та інтересам учасників правовідносин, можна вважати пов'язаними з підприємницькою діяльністю (спрямованими на неї).

Здійснення впливу на «компоненти» водних ресурсів залежить від: а) прав, свобод, правоохоронюваних інтересів суб'єктів (учасників) користування водними ресурсами, які зазнають такого впливу; б) прав, свобод, правоохоронюваних інтересів та повноважень інших осіб, які уповноважені приймати рішення з питань охорони довкілля, природокористування та забезпечення екологічної безпеки; в) соціальних зв'язків між зазначеними особами, що мають форму правовідносин та здійснюються з приводу прав, свобод та інтересів згаданих осіб. З огляду на це негативні зміни можна пов'язувати з ураженням прав, свобод та правоохоронюваних інтересів зазначених вище осіб, а також з «розривом» соціальних зв'язків між такими особами.

Показником «ураження» *прав, свобод та правоохоронюваних інтересів* учасників обігу водних ресурсів є утворення в їх змісті так званих негативних змін. Для ілюстрації їх (змін) утворення спочатку охарактеризуємо поняття прав, свобод та правоохоронюваних інтересів зазначених осіб, які «взаємодіють» з водними ресурсами.

Зміст такої «взаємодії» визначається залежно від наведених вище різновидів діяльності учасників відносин у процесі їх обігу, а саме:

1) права, свободи та інтереси осіб, які здійснюють загальне користування водними ресурсами;

2) права, свободи та інтереси осіб, що здійснюють спеціальне користування водними ресурсами;

3) права, свободи та інтереси, що забезпечують діяльність зазначених вище осіб у процесі водокористування та які уповноважені приймати рішення з питань охорони довкілля, природокористування та забезпечення екологічної безпеки, діяльність яких пов'язана із здійсненням функцій контролю за дотриманням її вимог.

Зазначені види діяльності слід вважати обов'язковими «компонентами» кримінально-правової охорони водних ресурсів та механізму заподіяння їм шкоди. Ці «компоненти» певним чином взаємодіють з названими правами, свободами та правоохоронюваними інтересами, до яких відносяться наступні.

Право являє собою суб'єктивне право потерпілого, закріплене тим чи тим нормативним актом, який надає потерпілому відповідного правового статусу, повноваження діяти певним чином або не вчинювати певних дій, мати певні блага тощо [2, с. 64; 6, с. 127; 9, с. 106-157]. Терміни «права» і «свободи» мають спільні змістовні характеристики, передусім з огляду на наявність певних соціальних можливостей (людських можливостей) [10, с. 93-94]. Отже, **свобода** – це можливість і здатність людини робити вибір згідно зі своїми, ніким не нав'язаними, переконаннями та думками, обумовлювати власні вчинки та поведінку світоглядними уявленнями, сформованими за своїм бажанням [11, с. 82; 9, с. 116].

Права і свободи людини поділяються на природні та позитивні (набуті). Природними правами і свободами людина наділяється від самого народження незалежно від раси, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими

ознаками. Ними можуть бути такі цінності людини, як її життя, здоров'я, свобода, честь і гідність, які на підставі ч. 2 ст. 21 Конституції України вважаються невідчужуваними і непорушними. Тому, виступаючи гарантом цих прав і свобод, держава визнає ними права людини на вільний розвиток своєї особистості, на життя, на повагу до гідності, на свободу та особисту недоторканість тощо. Позитивні права і свободи людина набуває як член суспільства або громадянин держави [6, с. 139; 9, с. 116-117].

У процесі користування водним ресурсами права і свободи учасників цього процесу залежать від їх конкретного різновиду та особливостей виконуваних ними функцій, що пов'язуються з набуттям такими учасниками економічних зв'язків (вступу у правовідносини) з приводу набуття, користування та переходу прав на фінансові інструменти.

Учасники механізму функціонування водних ресурсів поділяються на наступні основні різновиди: особи, які здійснюють загальне користування водними ресурсами; особи, які здійснюють спеціальне користування водними ресурсами; особи, уповноважені приймати рішення з питань охорони довкілля, природокористування та забезпечення екологічної безпеки, діяльність яких пов'язана із здійсненням функцій контролю за дотриманням її вимог. «Носіями» прав і свобод таких учасників можуть бути фізичні, юридичні особи, а також держава.

«Ураження» прав і свобод цих учасників здійснюється шляхом створення таких обставин, які унеможливають виконання (перешкоджають виконувати) властивих їм функцій у процесі водокористування, задовольняти основні потреби учасників відносин функціонування водних ресурсів, їх інтереси (про це див. нижче).

Висновки. Отже, узагальнено зазначені інтереси водокористувачів можна пов'язати з:

а) отриманням доходу від відповідної діяльності, яка визнається підприємницькою (її окремим видом);

б) цілями так званого «некомерційного характеру» (зокрема, у разі здійснення загального водокористування).

«Ураження» зазначених інтересів здійснюється шляхом унеможливлення (виникнення таких фактичних обставин, що унеможлиблюють) досягнення цілей діяльності водокористувачів, зацікавленості у досягненні таких цілей та задоволенні основних потреб учасників правовідносин.

Соціальні зв'язки – це дії і взаємодії, взаємозв'язки (взаємовідносини) учасників суспільних відносин, а також те, що соціальні зв'язки у вузькому розумінні цього слова є елементом суспільних відносин. Причому правовий стан суб'єкта соціальних зв'язків – це наявний у нього відповідно до законодавства обсяг (комплекс) прав та обов'язків, які кореспондують із наявністю в інших суб'єктів соціальних зв'язків обов'язків не порушувати прав такого суб'єкта та вимагати від нього виконувати покладені на нього обов'язки. Взаємодія ж суб'єктів соціальних зв'язків – це фактичне вчинення (невчинення) ними певних дій із реалізації наданих їм прав чи виконання покладених на них обов'язків.

Будь-які соціальні зв'язки мають відповідати правам і свободам та інтересам людини, суспільства чи, відповідно, держави. Якщо ж учасником певних відносин (суспільних відносин) виступає держава (в особі її відповідних інституцій), то це не означає, що відповідні соціальні зв'язки виникають й існують (розвиваються) не між людьми. Держава виступає в них лише як своєрідна форма, що визначає становище учасників цих відносин, як виразник їх інтересів. Самі ж суспільні відносини завжди виражають певні зв'язки між людьми у процесі їх матеріального та духовного життя.

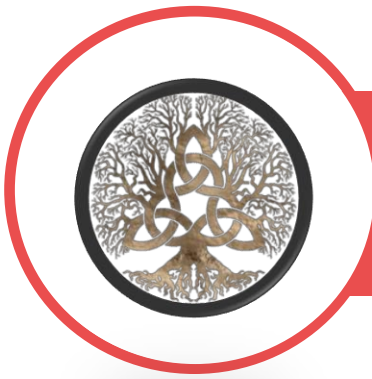
Наявність соціальних зв'язків у процесі водокористування зумовлюється його дефініцією, до змісту якої відносяться: а) сукупність його учасників та б) наявність між ними зв'язків, що набувають форми «правовідносин», які реалізуються у процесі водокористування; в) специфічного «предмета» цих правовідносин – водних ресурсів.

Література:

1. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 11-те вид., перероб., та допов. Київ: Дакор, 2019. 1384 с.
2. Фесенко Є. В. Злочини проти здоров'я населення та система заходів з його охорони: монографія. Київ: Атіка, 2004. 280 с.
3. Берднік І.В. Особливості механізму заподіяння шкоди водним ресурсам та їх кримінально-правової охорони. *Правові новели*. 2018. № 6. С. 128-133.
4. Дудоров О.О., Хавронюк М.І. Кримінальне право: навчальний посібник / за заг. ред. М.І. Хавронюка. Київ: Ваїте, 2014. 944 с.
5. Конституція України від 29.06.1996 р. 254к/96-ВР / Верховна Рада України. Офіційний веб-портал. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ru/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80> (дата звернення: 01.02.2023).
6. Андрушко П.П. Об'єкт кримінально-правової охорони, об'єкт злочину, об'єкт злочинного посягання та об'єкт злочинного впливу: основний зміст та їх співвідношення. *Адвокат*. 2011. №12. С.3-10.
7. Шульга А.М. Кримінально-правова охорона земель від забруднення або псування: дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2004. 207 с.
8. Про охорону навколишнього природного середовища: Закон України від 25.06.1991 р. № 1264-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 1991. № 41. Ст. 546.
9. Берзін П.С. Злочинні наслідки: поняття, основні різновиди, кримінально-правове значення: монографія. Київ: Дакор, 2009. 736 с.
10. Лихова С.Я. Злочини у сфері реалізації громадянських, політичних та соціальних прав і свобод людини і громадянина (розділ V Особливої частини КК

України): монографія. Київ: Видавничо-поліграфічний центр «Київський університет», 2006. 573 с.

11. Строган А. Політичні права особи в сучасній правовій державі: порівняльний аналіз національних і міжнародних нормативно-правових актів. *Підприємництво, господарство і права*. 2008. № 10. С. 82-86.



ЗБІРНИК

«НАУКОВИЙ ВІСНИК НДІ ПРОБЛЕМ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ» 2023-1

ISSN 2786-7900

<https://doi.org/10.61417/2786-7900.2023.1.3>

ПЕРЕШКОДЖЕННЯ КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННЮ ІНШИМ ЧИНОМ ЯК ПІДСТАВИ ЗАСТОСУВАННЯ ЗАПОБІЖНОГО ЗАХОДУ

УДК 343.1

Омельченко Олександр,
кандидат юридичних наук, доцент,
практикуючий адвокат,
м. Київ, Україна

Анотація. У статті розкриваються питання, що стосуються застосування підстави як «перешкоджання кримінальному провадженню іншим чином. Проаналізовані рішення Європейсько суду та національні.

В дослідженні підкреслено на обов'язковості під час посилання на підставу застосування запобіжного заходу як перешкоджання кримінальному провадженню іншим чином вказувати реальні докази впливу особи на кримінальне провадження, із наданням документів, а не абстрактна.

Ключові слова: запобіжні заходи, підстави застосування, перешкоджання кримінальному провадженню.

INTERFERENCE WITH CRIMINAL PROCEEDINGS IN OTHER MANNERS AS A GROUND FOR THE APPLICATION OF A PREVENTIVE MEASURE

Oleksandr Omelchenko,
candidate of legal sciences,
associate professor, practicing lawyer

Annotation. The article discloses issues related to the application of the ground as «obstructing criminal proceedings in another way». Analyzed decisions of the European Court and national ones.

The study emphasizes the obligation, when referring to the grounds for applying a preventive measure as an obstacle to criminal proceedings, to indicate real evidence of a person's influence on criminal proceedings, with the provision of documents, and not in the abstract.

Documentary confirmation must include information related to: actual concealment from pre-trial investigation bodies and/or the court; testimony of witnesses about the person's intention to hide, purchase tickets, change of residence, etc.; actual destruction, concealment or distortion of things or documents that are essential for establishing the circumstances of a criminal offence; testimony of witnesses, about the suspect's intention to take actions aimed at destroying, hiding or distorting things and documents important for the pre-trial investigation and/or trial; unlawful influence on the victim, witness, other suspect, accused, expert, specialist in the same criminal proceedings; information about the suspect committing similar actions in the past; information about a person's criminal connections; information that a person commits some specific actions aimed at creating obstacles to justice; commission of another criminal offense or continuation of a criminal offense in which a person is suspected or accused; information that a person has already been held criminally liable, has been convicted, has an unexpunged or unexpired criminal record, is prone to illegal behavior, has been held administratively liable, information that a person has committed several crimes without being previously convicted, information about abuse of drugs or alcohol, etc.

Keywords: preventive measures, grounds for application, obstruction of criminal proceedings.

Вступ. Суддя, здійснюючи правосуддя, є незалежним та керується верховенством права. Основними засадами судочинства є: рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом... (ст. 129 Конституції України)

Із зазначеного принципу випливає вимога визначеності, ясності і недвозначності правової норми, оскільки інше не може забезпечити її однакове застосування, що приводить до свавільного правозастосування.

Верховенство права також регулюється елементом правової визначеності, яким передбачається, що обмеження основних прав людини та громадянина можливе лише за умови забезпечення передбачуваності застосування правових норм, встановлених такими обмеженнями. У будь-якому випадку правові обмеження повинні передбачати юридичні наслідки. Дане положення стосується і застосування заходів примусу, особливо запобіжних заходів у кримінальному провадженні.

Аналіз останніх публікацій та досліджень. Проблемам застосування запобіжних заходів у різні роки у своїх працях багато уваги присвятили вчені процесуалісти, а саме: Ю.П. Аленін, Ю.М. Грошевой, О.П. Кучинська, В.Т. Маляренко, Л.М. Лобойко, М.А. Михеєнко, В.В. Назаров, В.Т. Нор, Д.П. Письменний, Л.Д. Удалова, О.Г. Шило та ін.

Постановка завдання. Метою публікації є розкриття такої підстави застосування запобіжного заходу як перешкодження кримінальному провадженню іншим чином.

Результати дослідження. Запобіжні заходи, як частина заходів забезпечення кримінального провадження, застосовуються за наявності мети, підстав та визначеного процесуального порядку, уповноваженими на те органами та посадовими особами відносно підозрюваного (обвинуваченого) на певний період часу.

Запобіжні заходи є найбільш суворим різновидом превентивних заходів кримінального процесуального примусу, застосування яких супроводжується обмеженням конституційних прав і свобод осіб, які підозрюються (обвинувачуються) у

вчиненні кримінальних правопорушень і застосовуються для забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду [3, с. 89].

Запобіжні заходи застосовуються до осіб, щодо яких відповідно до презумпції невинуватості ще не прийнято рішення про визнання винуватим та відповідно до ч. 1 ст. 177 КПК України з метою виконання підозрюваним, обвинуваченим покладених на нього процесуальних обов'язків.

У ряді рішень Європейського суду з прав людини викладено чотири основні прийнятні причини для тримання особи під вартою до винесення вироку, коли така особа підозрюється у вчиненні злочину:

- ризик того, що особа не з'явиться до суду;
- ризик того, що обвинувачений, у разі звільнення, вчинить дії, які перешкоджатимуть відправленню правосуддя;
- вчинить нові злочини, або порушить громадський порядок (Справа «Пірузян проти Вірменії» (*Piruzyan v. Armenia*) (заява № 33376/07, рішення від 26.06.2012 р.).

У іншому рішенні суд нагадує, що ст. 5 Конвенції присвячена основному праву людини: захист людини проти самовільного посягання з боку держави на її свободу. Параграф 3 цієї статті зобов'язує, щоб попередній арешт не перевищував розумного строку і щоб компетентні судові органи регулярно розглядали наявність «достатніх» і «доречних» підстав, які виправдовують попередній арешт.

У зв'язку із чим визначив чотири фундаментальні підстави, що виправдовують попередній арешт особи, яка обвинувачується у вчиненні злочину:

- ризик, що обвинувачена особа втече;
- ризик, що при звільненні підозрюваний перешкодить здійсненню правосуддя;
- ризик, що він вчинить нові злочини або порушить громадський порядок (Справа «Трипедуш проти Республіки Молдова» (*Tripadus v. the Republic of Moldova*) (заява № 34382/07, рішення від 22.04.2014 р.).

Після набуття чинності КПК України у 2012 році, на підставі проведеного аналізу практики його застосування та узагальнення, з метою однакового застосування та уникнення неоднозначного тлумачення положень кримінального процесуального законодавства, Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ опублікував лист від 04 квітня 2013 р. № 511-550/0/4-13, яким зокрема звернули увагу на підстави запобіжного заходу. Так, у ньому зазначається, що слідчому судді, суду варто враховувати, що рішення про застосування одного з видів запобіжних заходів, який обмежує права й свободи підозрюваного, обвинуваченого, має відповідати характеру певного суспільного інтересу (визначеним у КПК України конкретним підставам і меті), що, незважаючи на презумпцію невинуватості, превалює над принципом поваги до свободи особистості [1].

У будь-якому випадку необхідно враховувати ч. 2 ст. 177 КПК України, яка чітко визначає, що підставою застосування запобіжного заходу є наявність обґрунтованої підозри у вчиненні особою кримінального правопорушення, а також наявність ризиків, які дають достатні підстави слідчому судді, суду вважати, що підозрюваний, обвинувачений, засуджений може здійснити дії, передбачені ч. 1 цієї статті.

Дане положення розкрито у конвенційному рішенні. Відповідно до ст. 5 § 1 (с) щоб арешт на підставі обґрунтованої підозри був виправданим поліція не зобов'язана отримувати достатні докази для пред'явлення обвинувачення, ні в момент арешту, ні під час тримання заявника під вартою; також затриманій особі не обов'язково у підсумку повинно бути пред'явлено обвинувачення, і ця особа не обов'язково має постати перед судом. Метою затримання для допиту є подальше розслідування кримінальної справи шляхом підтвердження або спростування підозр, які стали підставою для затримання. Таким чином, факти, на яких ґрунтується підозра, не повинні бути такого ж рівня, як факти, необхідні для засудження або навіть для пред'явлення обвинувачення, що є наступним етапом процесу розслідування кримінальної справи (Справа «Расул Джафаров проти Азейбарджану (Rasul Jafarov v. Azerbaijan) від 17.03.2016 р.).

Також, суд повторює, що подальше існування обґрунтованої підозри у вчиненні затриманою особою злочину є *sine qua non* умовою законності її продовжуваного тримання під вартою. Але зі спливом певного часу така підозра перестає сама по собі бути виправданням для позбавлення особи свободи. У таких випадках Суд має встановити, чи інші підстави, надані судовими органами, досі виправдовують позбавлення свободи. У випадку, коли такі підстави є «відповідними» і «достатніми», Суд повинен також з'ясувати, чи виявили відповідні національні органи «особливу ретельність» при здійсненні провадження (Справа «Білий проти України» (*Bilyu v. Ukraine*) від 21.10.2010 р.).

Європейський суд з прав людини в справі «Лабіта проти Італії» (*Labita v. Italy*) (заява № 26772/95, рішення від 06.04.2000 р.) щодо «розумної підозри» вказав на той факт, що конкретному заявникові не було висунуто обвинувачень або справу не було передано до суду, не обов'язково має означати, що мета його затримання суперечила п. 1 (с) ст. 5. Питання про наявність такої мети слід вивчати окремо від питання про те, чи було її досягнуто, і з п. 1 (с) ст. 5 не впливає, що поліція повинна була здобути докази (достатні для винесення обвинувачень) або до моменту арешту, або під час перебування заявника під вартою. Проте для розумної підозри необхідні факти або інформація, здатна переконати незалежного спостерігача, що особа могла вчинити правопорушення.

Європейський суд з прав людини в справі «Томазі проти Франції» (*Tomasì v. France*) (заява № 12850/87, рішення від 27.08.1992 р.) зазначив про те, що: більшість судів, які розглядали цю справу, наполягали на необхідності охороняти громадський порядок від хвилювань, спричинених злочинами та правопорушеннями, які ставилися в провину заявнику. Уряд погоджується з цим доводом, в той час як заявник і Комісія піддають його критиці. Так, суд визнає, що деякі правопорушення в силу їх особливої тяжкості і реакції на них громадськості здатні призвести до соціальних хвилювань, що виправдовує попередній висновок, принаймні протягом певного часу. Отже, в

особливих обставинах і, звичайно, за наявності достатніх доказів цей елемент може враховуватися з точки зору Конвенції, в усякому разі там, де внутрішнє право юридично закріплює – як, наприклад, ст. 144 французького КПК – поняття порушення громадського порядку в результаті правопорушення. Однак його можна вважати явним і достатнім тільки тоді, коли він заснований на фактах, які свідчать, що звільнення ув'язненого дійсно здатне порушити громадський порядок або якщо цей порядок знаходиться під реальною загрозою. Попереднє ув'язнення не повинно передбачати покарання у вигляді позбавлення волі. В даному конкретному випадку слідчі і обвинувальні палати розглядали необхідність продовження строку тримання під вартою в виключно абстрактній формі, обмежившись наголошенням на тяжкості вчиненого або його наслідків. У будь-якому випадку терористичний акт проти центру відпочинку Іноземного легіону був навмисним діянням, відповідальність за яке взяла на себе підпільна організація, що веде, за її заявою, озброєну боротьбу. В результаті цього акту одна людина загинула, інша отримала тяжкі тілесні ушкодження. Отже, цілком закономірно вважати, що спочатку мало місце порушення громадського порядку.

У справі «Мюллер проти Франції» (Muller v. France) (заява № 21802/93, рішення від 17.03.1997 р.) Європейський суд з прав людини зазначив про те, що згідно з твердженнями уряду справа була складною з огляду на тяжкість злочинів і кількість причетних осіб. Виявилось необхідним тримати особу в запобіжному ув'язненні, оскільки упродовж розслідування він прагнув виправдати своїх спільників, і останні арешти було проведено 05.02.1991 р., 10.07.1991 р., тобто через два роки після початку судового розслідування. За даних обставин, суд погоджується, що розслідування справи було складним, оскільки існувала необхідність об'єднати провадження, які спочатку здійснювалися під юрисдикцією трьох різних судів одночасно. Однак Суд зауважує, що як тільки особу було заарештовано, він визнав себе винним у вчиненні злочинів, у яких його було обвинувачено.

Європейський суд з прав людини в справі «Мюллер проти Франції» (Muller v. France) (заява № 21802/93, рішення від 17.03.1997 р.) зазначив про те, що на думку Комісії, зізнання заявника на допиті, як і те, що у перші дні розслідування обвинувачення було висунуто багатьом іншим особам, зменшило ризик змови між заявником та іншими співобвинуваченими. Суд зазначає, що суддя закритим кримінальне розслідування 07.11.1991 р., а 12.12.1991 р. обвинувальна палата віддала пана Мюллера та його спільників під суд присяжних Верхнього Рейну. Таким чином, на той час ризику змови між відповідними особами не було.

На підставі вищевикладеного, наголошуємо, що застосування запобіжних заходів передбачає обмеження у певних правах і свободах особи, яка підозрюється (обвинувачується) у скоєнні кримінального правопорушення а не як покарання.

Частина 1 ст. 177 КПК України передбачає ризики, які необхідно з'ясувати, а саме:

- 1) переховуватися від органів досудового розслідування та/або суду;
- 2) знищити, сховати або спотворити будь-яку із речей чи документів, які мають істотне значення для встановлення обставин кримінального правопорушення;
- 3) незаконно впливати на потерпілого, свідка, іншого підозрюваного, обвинуваченого, експерта, спеціаліста у цьому ж кримінальному провадженні;
- 4) перешкоджати кримінальному провадженню іншим чином;
- 5) вчинити інше кримінальне правопорушення чи продовжити кримінальне правопорушення, у якому підозрюється, обвинувачується [4].

Цікавим є рішення апеляційної палати Вищого антикорупційного суду від 23.12.2022 у справі № 991/6233/22 в якому колегія суддів ризик «перешкоджати кримінальному провадженню іншим чином» розкривається як: численні особисті, ділові та інші зв'язки з представниками правоохоронних органів, бізнес-структур, суб'єктами уповноваженими на виконання функцій держави та місцевого самоврядування у підозрюваного наявні відповідні можливості, які він зможе використати для того, щоб

уникнути кримінальної відповідальності та перешкоджати кримінальному провадженню будь-яким іншим чином – шляхом підкупу, погроз, тиску на учасників кримінального провадження, створення інших умов та обставин з метою уникнення кримінальної відповідальності».

Піддавши критичному аналізу зазначене рішення адвокат Семен Ханін розкриває недоліки, які в подальшому необхідно брати за основу в правозастосовній практиці. Так, колегія суддів вийшли за межі КПК, надавши оцінку можливим діям третіх осіб, які на погляд суду дійсно можуть перешкоджати кримінальному провадженню іншим чином, а саме шляхом підкупу, погроз, тиску на учасників кримінального провадження.

Відповідно до ст. 24 Конституції України громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом. Однак, колегія суддів осіб правоохоронних органів наділяє особливим статусом. Тим самим надає перевагу цим особам над іншими громадянами України за ознаками працевлаштування та принижує їх людську гідність. Згідно зі ст. 28 Конституції України, кожен має право на повагу до його гідності. Як вірно зазначає автор публікації, таке відношення до представників правоохоронних органів, бізнес-структур, суб'єктів уповноважених на виконання функцій держави та місцевого самоврядування впершу чергу принижує честь та гідність нашої держави. І саме головне на що треба звернути увагу, відповідно до ст. 62 Конституції України та ст.17 КПК України у даному висновку порушено принцип-засаду презумпції невинуватості щодо цих третіх осіб [5].

У даному рішенні колегією суддів відсутнє підтвердження доказами можливості впливу особи на правоохоронні органи, бізнес-структури, суб'єктів уповноважених на виконання функцій держави та місцевого самоврядування, що призведе до перешкоджання кримінальному провадженню іншим чином.

На це наголошується в справі «Пірузян проти Вірменії» (Piruzyan v. Armenia) (заява № 33376/07 від 26.06.2012 р.) в якій зазначено, що на загрозу перешкоджання

обвинуваченим належному ходу провадження не можна посилатися абстрактно; її слід підтвердити фактичними доказами.

Відповідно до рішення Європейського суду з прав людини у справі «Клішин проти України» наявність кожного ризику повинна носити не абстрактний, а конкретний характер та доводитися відповідними доказами [6].

Як зазначено в п. 111, 112 рішення Європейського суду з прав людини «Белеветський проти Росії» обмеження розгляду клопотання про обрання, продовження запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою лише переліком законодавчих (стандартних) підстав для його застосування без встановлення їх наявності та обґрунтованості до конкретної особи є порушенням п. 4 ст. 5 Конвенції [1].

Європейський суд з прав людини у своїх рішеннях наголошує, що абстрактна можливість перешкоджання кримінальному провадженню є недостатньою для застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою. У будь якому випадку докази повинні підтверджувати документально так звані обґрунтовані ризики щодо:

- фактичного переховування від органів досудового розслідування та/або суду;
- показань свідків про намір особи переховуватись, придбання квитків, зміна місця проживання тощо;
- фактичного знищення, переховування або спотворення речей чи документів, які мають істотне значення для встановлення обставин кримінального правопорушення;
- показань свідків, про намір підозрюваного вчиняти дії, спрямовані на знищення, переховування або спотворення важливих для досудового розслідування чи/та суду речей і документів;
- незаконного впливу на потерпілого, свідка, іншого підозрюваного, обвинуваченого, експерта, спеціаліста у цьому ж кримінальному провадженні;
- відомостей про вчинення підозрюваним подібних дії у минулому;
- інформації про кримінальні зв'язки особи;

– відомостей того, що особа вчиняє якісь конкретні дії, направлені на створення перешкод правосуддю;

– вчинення іншого кримінального правопорушення чи продовження кримінального правопорушення, у якому особа підозрюється, обвинувачується;

– інформації про те, що особа вже притягалась до кримінальної відповідальності, була засуджена, має не зняту чи не погашену судимість, схильна до протиправної поведінки, притягалась до адміністративної відповідальності, інформація про те, що не будучи раніше судимою, особа вчинила декілька злочинів, інформація про зловживання наркотичними засобами чи алкоголем тощо.

Висновок. Підсумовуючи вищевикладене, необхідно підкреслити, що під час посилання на підставу застосування запобіжного заходу як перешкоджання кримінальному провадженню іншим чином необхідно вказувати реальні відомості, з підтвердженням документально, а не абстрактно, як це зазвичай здійснює сторона обвинувачення.

Література:

1. Інформаційний лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 04.04.2013 № 511-500/0/4-13 «Про деякі питання порядку застосування запобіжних заходів під час досудового розслідування та судового провадження відповідно до Кримінального процесуального кодексу України» URL : http://zib.com.ua/ua/15417informaciyinyi_list_vischogo_specializovanogo_sudu_ukraini_vi.html.
2. Конституція України. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 41.
3. Кримінальний процес : підруч. / кер. авт. кол. д-р юрид. наук, доц. О.Ф. Кобзар. У 2-х ч. Ч. 1. Дніпро : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ ; Ліра ЛТД, 2017. 337 с.

4. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>.
5. Перешкоджання кримінальному провадженню іншим чином – аналіз адвоката. URL: <https://zib.com.ua/ua/154303.html>.
6. Узагальнення практики застосування статей 3, 5, 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. URL: https://zib.com.ua/ua/print/33771-uzagalnennya_praktiki_zastosuvannya_statey_3_5_6_konvencii_p.html.



ЗБІРНИК

«НАУКОВИЙ ВІСНИК НДІ ПРОБЛЕМ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ» 2023-1

ISSN 2786-7900

<https://doi.org/10.61417/2786-7900.2023.1.4>

РОЛЬ ПРИНЦИПУ СПРАВЕДЛИВОСТІ В АСПЕКТІ РОЗБУДОВИ ПРАВОВОЇ ДЕРЖАВИ

Бабікова Олена,

директор Науково-дослідного інституту

проблем досудового розслідування, професор кафедри
кримінального права

Національної академії внутрішніх справ,

доктор юридичних наук, професор,

м. Київ, Україна

УДК 343.2

Статтю присвячено дослідженню питання визначення ролі принципу справедливості під час розбудови правової держави. Автором досліджується міжнародний досвід розвитку правової системи та впливу принципів права, зокрема принципу справедливості, на становлення і розбудову правової держави. Дослідження питання розвитку правової системи на основі принципів права в правовій державі грає важливу роль й у визначенні напрямків розвитку, в тому числі й сучасного законодавства про кримінальну відповідальність.

Ключові слова: принципи справедливості, міжнародний досвід, система права, правова держава

Стаття посвящена дослідженню питання визначення ролі принципу справедливості в процесі розвитку правового державства. Автором досліджується міжнародний досвід розвитку правової системи та впливу принципів права, зокрема принципу справедливості, на становлення та розвиток правового державства. Дослідження питання розвитку правової системи на основі принципів права в правовому державстві грає важливу роль та в визначенні напрямків розвитку, зокрема та сучасного законодавства про кримінальну відповідальність.

Ключеві слова: принцип справедливості, міжнародний досвід, система права, правове державство

THE ROLE OF THE PRINCIPLE OF JUSTICE IN THE ASPECT OF DEVELOPING THE RULE OF LAW

Babikova Olena

Director of the Research Institute of problems of pre-trial investigation,
Professor of the Department of Criminal Law National Academy of Internal Affairs,
DS (Law), Professor,
Kyiv, Ukraine

The article is devoted to the study of the question of determining the role of the principle of justice during the development of the rule of law. The author also examines the international experience of the development of the legal system and the influence of the principles of law, in particular the principle of justice, on the formation and development of the rule of law. It was determined that the appearance of a whole series of interesting and meaningful scientific studies of the phenomenon of the rule of law does not remove from the agenda the relevance and significance of the problem of scientific understanding of the fundamental ideas and provisions that underlie the model of the rule of law and the process of its formation and development. The study of the development of the legal system based on the principles of law

in the rule of law plays an important role in determining the directions of development, including modern legislation on criminal liability. In a number of ECtHR decisions, we find the interpretation of justice as a criminal law principle. Yes, the Court in the case "Kraska v. Switzerland", (Applicationno. 13942/88), 19.04.1993, determined that the effectiveness of a fair trial is achieved when the parties to the process have the right to present to the court those arguments that they consider important for the case. At the same time, such arguments must be heard, that is, carefully considered by the court. In other words, the court has the duty to conduct a thorough consideration of submissions (motions), arguments and evidence submitted by the parties. According to the results of the research conducted by the author of the article, it is proved that in order to achieve a positive result in the process of building the legal state, active state activity in the aspect of raising legal awareness is necessary not only the legislator, but also the entire population, that is, on the scale of the entire country. At the same time, one should not forget that "law and justice are not (and should not be!) the subject of unlimited discretion of the legislator.

Keywords: principles of justice, international experience, legal system, rule of law

Вступ. Відповідно до положень Основного Закону (ст. 1): «Україна є суверенна і незалежна, демократична, соціальна, *правова* держава.» [1]. В аспекті нашого дослідження нас найбільше цікавить саме зміст поняття – «правова держава». З одного боку питанням вивчення поняття «правової держави» займається окрема галузь науки – теорія держави і права. Звісно, вчені цієї галузі вивели своє розуміння та значення цього терміну. Відповідно до нього, правова держава — це суверенна політична, територіальна організація влади, яка може існувати тільки в цивільному демократичному суспільстві, і базується на основі *соціально-справедливого права*. З іншого боку, значення цього поняття для різних галузей права важко переоцінити.

Ключовим воно виступає і для кримінального права, є обов'язковим для врахування під час формування будь-якої галузі права, законодавства.

Поява цілої низки цікавих і змістовних наукових досліджень феномену правової держави не знімає з порядку денного актуальності та значимості проблеми наукового осмислення фундаментальних ідей і положень, які лежать в основі моделі правової держави та процесу її формування і розвитку. Неузгодженості та прорахунки в діяльності Української держави в цій сфері часто дають підстави говорити про її «неправовий характер», про спотворення змісту принципів правової держави [2].

Аналіз результатів останніх досліджень. Свої роботи питанням вивчення природи окремих принципів права, в тому числі кримінального, присвячували свої роботи такі вітчизняні та зарубіжні вчені, як: П.С. Берзін, В.О. Гацелюк, І.М. Гнатів, О.П. Горох, О.О. Дудоров, Ю.Л. Дятлова, М.А. Залигіна, С.Г. Келіна, В.Н. Кудрявцев, М.А. Малигіна, М.В. Мазур, В.В. Мальцев, В.О. Навроцький, А.Е. Скакун, Л.Ю. Тимофєєва, В.І. Тютюгін, В.Д. Філімонов, Д.Ю. Фісенко, Є.Є. Чередніченко, К.В. Шундиків та багато інших.

Згадані науковці вивчали природу та основні ознаки загальноправових принципів кримінального права. Питання впливу окремих принципів права на розвиток правової держави вказаними авторами не досліджувалось.

Наприклад, П.С. Берзін в своїх дослідженнях здійснив систематизацію принципів та надав їм стисло характеристику, а також порушував питання історії виникнення та становлення основположних начал в різні історичні періоди. О.О. Дудоров та М.В. Мазур здійснювали порівняльну характеристику окремих принципів та вивчали їх природу. Д.Ю. Фісенко досліджувала спеціальні принципи кримінального права та надавала їм характеристику.

Метою цієї статті є дослідження практичного аспекту впливу окремих принципів права на розвиток правової держави в Україні з урахуванням міжнародного досвіду.

Викладення основного матеріалу. Порушуючи питання про окремі складові елементи загальної моделі правової держави, не можна лишити поза увагою їх реалізацію і забезпечення їх на практиці. Таке дослідження питання розвитку правової системи на основі принципів права в правовій державі виникнення грає важливу роль й у визначенні напрямків розвитку в тому числі й сучасного законодавства про кримінальну відповідальність. Але все ж таки для початку, необхідно з'ясувати теоретичне визначення поняття «правова держава.» У самому загальному вигляді, згідно з положеннями теорії правової держави, закон мусить бути єдиним для всіх - і для держави, і для громадян, при цьому мати правовий характер, тобто відповідати високим моральним принципам, вимогам, ідеям. В такому випадку закони повинні відповідати також вимогам моральності, гуманізму, демократизму та справедливості і не повинні біти спрямовані лише на захист державної влади. Не зважаючи на те, що Україна ще у 1996 році Конституцією була проголошена правовою державою, гадаємо, що насправді, з огляду на сьогоднішні події, наша держава відкинута на самий початок шляху щодо визнання її правовою державою, на превеликий жаль. Так, ознакою правовою держави є не лише прийняття Основного Закону, проголошення ним високих цінностей, а й дотримання останніх, безпосереднє сприйняття законодавцем волі народу країни, втілення цінностей сучасного суспільства у нормах права.

Європейські країни у своїх конституціях іноді вказують на особливу визначальну роль справедливості, принципу справедливості при творенні законів. Адже, як ми вже зазначали раніше в наших дослідженнях, саме задля реалізації принципу справедливості й було винайдено суспільством право й визначено його основним регулятором суспільних відносин.

Так, в одному зі своїх перших рішень Конституційний Суд Чехії вказав: «З огляду на концепцію конституційної держави, на якій заснована чеська Конституція, *право і справедливість* не є предметом необмеженої дискреції законодавця, не є предметом

навіть закону, адже законодавець обмежений певними основними цінностями, які Конституція проголошує непорушними. Наприклад, чеська Конституція передбачає у Частині 2 Статті 9, що «зміни до суттєвих вимог демократичної правової держави неприпустимі». Таким чином, установчі принципи демократичного суспільства в рамках Конституції стоять вище за законодавчу владу і Парламент не має повноважень у їх відношенні. Конституційна держава витримає або впаде разом з цими принципами. Позбутися будь-якого з цих принципів у будь-який спосіб – будь-то рішенням більшості чи навіть одностайним рішенням Парламенту – означає ніщо інше як скасування конституційної держави як такої» [3].

Відмітимо, що загальним і безумовним моментом усіх сучасних концепцій справедливості є ідея прав людини, тобто визнання однакового поводження з людьми і відмова від привілеїв та імунітету, пов'язаних з національними і релігійними ознаками [4].

Принцип справедливості або як його ще називають принцип соціальної справедливості ґрунтується на визнанні справедливості ознакою права. В кримінальному праві, наприклад, він означає відповідність видів «кримінально-правової аномалії» та інших діянь, що враховуються у змісті відповідних елементів механізму кримінально-правового регулювання, передбаченим за їх здійснення кримінально-правовим наслідком. Він дійсно прямо не сформульований ні в міжнародно-правових актах, ні в Конституції України.

Водночас, ст. 10 Загальної декларації прав людини встановлює: «Кожна людина, для визначення її прав і обов'язків і для встановлення обґрунтованості пред'явленого їй кримінального обвинувачення, має право, на основі повної рівності, на те, щоб її справа була розглянута прилюдно і з додержанням усіх вимог справедливості незалежним і неупередженим судом» [5]. У ст.14 Міжнародного пакту про громадянські і політичні

права сказано: «Кожен має право при розгляді будь-якого кримінального обвинувачення, висунутого проти нього, або при визначенні його прав і обов'язків у будь-якому цивільному процесі на справедливий і публічний розгляд справи компетентним, незалежним і безстороннім судом, створеним на підставі закону» [6]. Вимога, схожа з наведеними, міститься і в ст. 6 Протоколу № 6 до Європейської Конвенції про захист прав людини і основних свобод [7].

Що стосується конкретизації досліджуємого питання в практичній площині, то суди України у кримінальних справах, наприклад, часто посилаються на принцип справедливості у комплексі з іншими принципами права, зокрема кримінального права. В ухвалі колегії суддів Третьої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 4 березня 2020 р. вказувалося, що суд виходить з «принципів справедливості, співмірності та індивідуалізації», відтак, «покарання повинно бути адекватним характеру вчинених дій, їх небезпечності та даним про особу винного, які підлягають обов'язковому врахуванню». При цьому, суд розтлумачує значення терміну «явно несправедливе покарання», під яким пропонує розуміти «не будь-яку можливу відмінність в оцінці виду та розміру покарання з погляду суду апеляційної чи касаційної інстанції, а відмінність у такій оцінці принципового характеру». Також суд зробив висновок, що «покарання відповідає принципам законності, індивідуалізації та справедливості, а тому не вбачає підстав вважати таке покарання явно несправедливим через м'якість». Крім цього, суд зазначив, що, «виходячи із принципів розумності та справедливості місцевий суд вважав, що заявлена потерпілою сума моральної шкоди є завищеною і обґрунтовано зменшив її до 500 000 грн.». Водночас, висновок суду в частині вирішення цивільного позову узгоджується «з принципом розумності, виваженості та справедливості, відповідає характеру та обсягу моральних страждань потерпілої, встановлених судом при дослідженні всіх обставин справи» [8].

В іншому випадку ухвалою колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 18 лютого 2020 р. вказувалося на таке: «Виходячи з указаної мети й принципів справедливості, співмірності та індивідуалізації, покарання повинно бути адекватним характеру вчинених дій, їх небезпечності та даним про особу винного». Крім цього, суд спеціально наголосив, що «обставини цього кримінального провадження відповідають принципам законності, індивідуалізації та справедливості при призначенні покарання» [9].

У низці рішень ЄСПЛ знаходимо тлумачення справедливості як кримінально-правового принципу. Так, Суд у справі «*Kraska v. Switzerland*», (Application no. 13942/88), 19.04.1993 р., визначив, що ефективність справедливого розгляду досягається тоді, коли сторони процесу мають право представити перед судом ті аргументи, які вони вважають важливими для справи. При цьому такі аргументи мають бути почуті, тобто ретельно розглянуті судом. Іншими словами, суд має обов'язок провести ретельний розгляд подань (клопотань), аргументів та доказів, поданих сторонами [10].

Відповідно до рішення ЄСПЛ в справі «Пономарьов проти України», 03.04.2008 р., сама можливість існування двох точок зору на один предмет не є підставою для нового розгляду. Право на справедливий розгляд судом, яке гарантовано пунктом 1 статті 6 Конвенції, має розумітися у світлі преамбули Конвенції, у відповідній частині якої зазначено, що верховенство права є спільною спадщиною Високих Договірних Сторін [11].

Повертаючись до порушеного нами вище питання, яке більш масштабне за своїм змістом, хотілось би зазначити, що проголошення принципу справедливості (принципу соціальної справедливості) Основним законом держави, визначення цього принципу, розуміння його сутності, використання на практиці тощо – різні речі, іноді навіть суттєво (кардинально) різняться.

Справа в даному випадку в тому, що розуміння та ставлення до системи принципів права, до моральних засад та цінностей суспільства в різні часи була різною. Якщо в давні часи панував принцип «око за око, зуб за зуб», що більше схоже у чистому вигляді на прояв принципу справедливості, то сьогодні панівне місце в ієрархії принципів права зайняв принцип гуманізму, відповідно до якого, як стверджується в Політологічному словнику, останній становить собою «форми життєвої практики, системи мислення людей, світоглядний принцип, які ґрунтуються на переконанні, що людина є найвищою суспільною цінністю, на впевненості в здатності людини до необмеженого розвитку і самореалізації всіх її сутнісних сил, здібностей і талантів; ідея гуманізму – одна з центральних у людській культурі та історії цивілізації, змістовим стержнем якої визначено гуманність, що розуміється як людяність, людинолюбство, повага до людської гідності» [12, с. 160]. У Літературознавчому словнику-довіднику визначений в етичному плані як «моральний принцип, в основі якого лежить переконаність у безмежних можливостях людини та її здатності до удосконалення, вимога свободи й захисту гідності особистості, ідея про право людини на щастя» [13, с. 171–172].

На нашу думку, якщо поставити на визначальне місце один з перелічених принципів, може статися дисбаланс у побудові не лише системи принципів права, але й у системі моральних засад суспільства. Саме тому принцип справедливості повинен виступати арбітром в ситуаціях, коли виникають певні протиріччя між іншими принципами [14, с. 7-13].

Але, як вбачається з положень Конституції Чехії, то згадана держава, по-перше, визначаючи себе як уповноваженого суб'єкта влади як конституційна, а не як правова держава, акцент на чому ставиться в Україні. По-друге, через основний закон у законодавця вилучено навіть можливість змістити акценти у формуванні державної політики країни в сфері правотворення, якщо це йде у розріз із розумінням

справедливості (принципу справедливості). Таке ставлення до справедливості є визначальним та суттєво скорочує шлях до визнання держави правовою та появи в такій державі громадянського суспільства. Водночас, приймаючи на перспективу норми права (закони) треба пам'ятати, що принципи, як і самі норми, не залишаються незмінними, так само як і самі принципи мають динамічний характер і можуть змінюватись, іноді доволі суттєво.

Висновки. Отже, на наш погляд, визначальним для визнання держави правовою є дотримання її державними органами, а також іншими інституціями державної та приватної форми власності режиму законності, який побудований на дотриманні принципів права, які в свою чергу представляють собою згладжену та впорядковану систему. Для досягнення позитивного результату та настання моменту, з якого залежить від рівня правосвідомості не лише самого законодавця, а й населення будь-якої країни загалом. І як записано в Конституції однієї з європейських держав: «право і справедливість не є предметом (і не повинні бути!) необмеженої дискреції законодавця, не є предметом навіть закону, адже законодавець обмежений певними основними цінностями, які Конституція проголошує непорушними». Таким чином, правовою державою може назвати себе держава, де панує справедливість, тобто діють справедливі закони, правосуддя здійснюють справедливі суди – і все це відбувається на основі принципа справедливості, який стоїть понад усі інші основоположні начала, покладені в основу організації та існування системи державної влади, всього суспільства й окремо взятої людини. При цьому, розуміння та ставлення до цього принципу повинно бути максимально уніфікованим, зрозумілим та прийнятним для всіх, хто вважає або хоче вважати себе членом такого суспільства.

Література:

1. Конституція України Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1996, № 30, ст. 141 <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text>

2. Правова держава в Україні: питання теорії і практика реалізації // Матеріали конференції : №18, вересень 2010 <https://veche.kiev.ua/journal/2191/>

3. Конституція Чехії від 16 грудня 1992 р.
https://www.wikiwand.com/uk/Конституція_Чехії

4. Філософські проблеми людини і суспільства в реаліях ХХІ століття : в рамках програми МОН України Всеукраїнські сквородинські навчання «Пізнай себе», (13 берез. 2020 р.). Київ, 2020. 450 с. URL: http://library.nlu.edu.ua/POLN_TEXT/4%20KURS/4/2/47Chast2Rozd7TemalParagraf3.htm

5. Загальна декларація прав людини : прийнята и проголошена в резолюції 217 А (III) ГА ООН від 10 груд. 1948 р. *Верховна Рада України* : [сайт]. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015#Text

6. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права : прийнято ГА ООН від 16 груд. 1966 р. *Верховна Рада України* : [сайт]. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043#Text

7. Протокол № 6 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, який стосується скасування смертної кари : підписаний 28 квіт. 1983 р. ; зі змінами, внесеними протоколом № 11. *Верховна Рада України* : [сайт]. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_802#Text

8. Архів Верховного Суду. Ухвала колегії суддів Третьої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 4 берез. 2020 р. Справа № 146/501/19, провадження № 51-1123ск20

9. Архів Верховного Суду. Ухвала колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 18 лют. 2020 р. Провадження № 51-789 ск 20

10. *Kraska v. Switzerland* (Applicationno. 13942/88), 19.04.1993. The Judgment of the European Court of Human Rights. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57828>

11. Справа Пономарьов проти України (Заява № 3236/03) : рішення Європейського суду з прав людини від 03 квіт. 2008 р. *Верховна Рада України* : [сайт]. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_434#Text

12. Політологічний словник : навч. посіб. для студ. вищ. навч. заклад. / за ред. М. Ф. Головатого, О. В. Антонюка. Київ : МАУП, 2005. 792 с.

13. Літературознавчий словник-довідник / за ред. Р. Т. Гром'яка, Ю. І. Коваліва, В. І. Теремка. Київ : Академія, 2007. 752 с.

14. Олійник О. С. Ієрархія принципів кримінального права України. *Правова позиція*. 2019. № 3 (24). С. 7–13.



ЗБІРНИК
«НАУКОВИЙ ВІСНИК НДІ ПРОБЛЕМ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ» 2023-1
ISSN 2786-7900
<https://doi.org/10.61417/2786-7900.2023.1.6>

ПРОЦЕСУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ВІДКРИТТЯ МАТЕРІАЛІВ ІНШІЙ СТОРОНІ

УДК 343.1

Бабіков Олександр,
керуючий партнер АО «DEFENSORES»,
кандидат юридичних наук,
професор кафедри кримінального права та процесу
Київського авіаційного університету,
м. Київ, Україна

Статтю присвячено дослідженню питання визначення та вирішення процесуальних проблем відкриття матеріалів стороною обвинувачення стороні захисту. Автором досліджується засади умови та процес перебігу відкриття та ознайомлення з матеріалами; актуальна судова практика пов'язана із реалізацією права на справедливий суд з огляду на ознайомлення матеріалами кримінального провадження. Належну увагу автор приділяє допустимості доказів, які були зібрані стороною обвинувачення протягом досудового розслідування та розсекречені іншій стороні. Запропоновано запровадження електронної норми ознайомлення з матеріалами з метою належної реалізації гарантій у межах кримінального процесу.

Ключові слова: відкриття матеріалів, справедливий суд, сторона обвинувачення, розсекречення документів, реалізація гарантій

Статья посвящена исследованию вопроса определения и решения процессуальных проблем открытия материалов стороной обвинения стороне защиты. Автором исследуется основы условия и процесс течения открытия и ознакомления с материалами; актуальная судебная практика связана с реализацией права на справедливый суд с учетом ознакомления с материалами уголовного производства. Должное внимание автор уделяет допустимости доказательств, которые были собраны стороной обвинения в течение досудебного расследования и рассекречены другой стороне. Предложено введение электронной нормы ознакомления с материалами с целью надлежащей реализации гарантий в рамках уголовного процесса.

Ключевые слова: открытие материалов, справедливый суд, сторона обвинения, рассекречивание документов, реализация гарантий

PROCEDURAL PROBLEMS OF DISCLOSING MATERIALS TO THE OTHER PARTY

**Babikov Oleksandr,
Managing Partner of DEFENSORES Law Firm,
PhD in Law,
Associate Professor of the Department of Criminal Law and Procedure of the Kyiv
University of Law of the National Academy of Sciences of Ukraine
Kyiv, Ukraine**

The article is devoted to the study of the issue of determining and solving procedural problems of disclosure of materials by the prosecution to the defence. Inadequate fulfillment of the requirements of Article 290 of the CPC of Ukraine by the prosecution may be considered a violation of conventional human rights and freedoms. The period of familiarization with the

materials of the proceedings does not include the time of familiarization of the victim, his/her representative and legal representative

The author examines the principles, conditions and process of discovery and familiarisation with the materials; current case law related to the exercise of the right to a fair trial in terms of familiarisation with the materials of criminal proceedings.

Given that the law does not define a specific form of procedural document that would confirm the fact of granting access and familiarization with the proceedings, but only establishes that this fact must be confirmed in writing by the party to the criminal proceedings to whom access was granted and such written documents must be attached to the criminal proceedings as confirmation that each party has fulfilled its obligations and has not violated the rights of the parties to the criminal proceedings, the key issue of recognizing the evidence obtained as admissible or inadmissible is the procedure for obtaining it, not the conditions of use, granting access to it, the possibility to familiarize oneself with the procedural grounds for obtaining evidence. The ability of the party and the court to check for the absence of the above circumstances is key to their evaluation and use in criminal proceedings.

The author pays due attention to the admissibility of evidence collected by the prosecution during the pre-trial investigation and declassified to the other party.

The author proposes to introduce an electronic system of familiarisation with the materials with a view to ensuring effective implementation of guarantees within criminal proceedings.

Key words: disclosure of materials, fair trial, prosecution, declassification of documents, implementation of guarantees

Тлумачення положень кримінального процесуального законодавства щодо умов та порядку відкриття матеріалів кримінального провадження іншій стороні, обчислення строків досудового розслідування під час зазначеної процесуальної дії, з урахуванням запровадження в КПК України додаткової підстави для закриття кримінального провадження, - через закінчення строку досудового розслідування, залишається

актуальним і на даний час не лише через спроби сторін схилити у цьому питанні «ваги» на свою користь, а й неоднозначні та непослідовні позиції вищої судової інстанції.

Положеннями ст. 290 КПК України[1] визначено загальні засади відкриття матеріалів іншій стороні. Однією з основних є вимога до сторони обвинувачення про те, що: «визнавши зібрані під час досудового розслідування докази достатніми для складання обвинувального акта, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру прокурор або слідчий за його дорученням зобов'язаний повідомити підозрюваному, його захиснику, законному представнику та захиснику особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру, про завершення досудового розслідування та надання доступу до матеріалів досудового розслідування.» Отже ініціатива у цьому питанні залежить виключно від сторони обвинувачення і пов'язується з достатністю одержаних доказів.

Встановлення у кримінальному процесуальному законодавстві такої вимоги розглядається як одна з гарантій реалізації права особи на справедливий суд, встановлених у ст. 6 Європейською конвенцією з прав людини. [2]

Доступ та ознайомлення з матеріалами кримінального провадження можна розглядати як форму реалізації права особи бути негайно і детально поінформованим про характер і причини обвинувачення, висунутого проти нього (п. «а» ч. 3 ст. 6 Конвенції), як захід, спрямований на забезпечення можливості підготувати свій захист (п. «b» ч. 3 ст. 6 Конвенції), у тому числі для реалізації права здійснити допит свідків обвинувачення (п. «с» ч. 3 ст. 6 Конвенції), сформулювати зміст допиту свідків захисту.

Отже, неналежне виконання вимог ст. 290 КПК України з боку сторони обвинувачення може розглядатися як порушення конвенційних прав і свобод людини. Крім того, доступ до матеріалів, зібраних під час досудового розслідування, що здійснюється як стороною обвинувачення, так і стороною захисту, є способом

забезпечення реалізації такої засади кримінального судочинства як змагальність сторін та свободу в поданні ними суду своїх доказів і доведенні судом їх переконливості, визначеної ст. 22 КПК України. І в цьому контексті, надання сторонам кримінального провадження можливості ознайомитися з доказами, джерелами доказів, процесуальними підставами їх одержання, є умовою, за якою сторона може, з урахуванням їх дослідження, ініціювати питання визнання їх неналежними чи недопустимими.

Поряд з тим, що у ст. 290 КПК України законодавець намагався деталізувати порядок і умови ознайомлення сторін з матеріалами кримінального провадження, більшість положень науковцями та практиками тлумачиться неоднозначно.

Отже проаналізуємо ключові питання, пов'язані з відкриттям матеріалів.

Правовою підставою для початку відкриття сторонами матеріалів кримінального провадження є ініціатива сторони обвинувачення – встановлення факту, що зібраних матеріалів достатньо для направлення провадження для розгляду в суді та повідомлення про це сторону захисту.

З повідомленням сторони захисту про завершення досудового розслідування та ознайомлення з матеріалами провадження, яке здійснюється прокурором, або за його дорученням слідчим, кримінальне процесуальне законодавство пов'язує настанням декількох наслідків: 1) дата складання/направлення такого повідомлення є останнім днем, що враховується в строки досудового розслідування; 2) період ознайомлення до завершення виконання вимог ст. 290 КПК України не враховується в строки досудового розслідування; 3) під час виконання вимог ст. 290 КПК України стороні обвинувачення заборонено збирати докази.

Порядок надання стороною обвинувачення доступу передбачає такі основні засади як: 1) надання доступу до матеріалів досудового розслідування, які є в їх розпорядженні, у тому числі будь-які докази, які самі по собі або в сукупності з іншими доказами можуть

бути використані для доведення невинуватості або меншого ступеня винуватості обвинуваченого, або сприяти пом'якшенню покарання; 2) такий доступ передбачає можливість скопіювати або відобразити відповідним чином будь-які речові докази або їх частини, документи або копії з них, а також надання доступу до приміщення або місця, якщо вони знаходяться у володінні або під контролем держави, і прокурор має намір використати відомості, що містяться в них, як докази у суді; 3) до матеріалів досудового розслідування, що містяться в інформаційно-телекомунікаційній системі досудового розслідування надається доступ або надаються електронні копії таких матеріалів, засвідчених в установленому порядку; 4) допускається видалення відомостей з документів, що надаються для ознайомлення, якщо не має намір їх використовувати під час судового розгляду.

Для сторони захисту передбачено дещо інші умови відкриття матеріалів: 1) відкриття матеріалів здійснюється виключно за наявності ініціативи прокурора; 2) відсутність запиту прокурора про надання для ознайомлення матеріалів сторони захисту позбавляє сторону захисту обов'язку надати їх стороні обвинувачення для ознайомлення та не може бути підставою для відмови у їх дослідженні в судовому засіданні; 3) під час відкриття матеріалів також надається можливість скопіювати або відобразити відповідним чином будь-які речові докази або їх частини, документи або копії з них та надається доступ до житла чи іншого володіння, якщо вони знаходяться у володінні або під контролем сторони захисту, якщо сторона захисту має намір використати відомості, що містяться в них, як докази у суді; 4) сторона захисту має право не надавати прокурору доступ до будь-яких матеріалів, які можуть бути використані прокурором на підтвердження винуватості обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення.

Також передбачено, що про відкриття матеріалів сторона обвинувачення повідомляють потерпілого, представника юридичної особи, щодо якої здійснюється

провадження, цивільний позивач, його представник та законний представник, цивільний відповідач, його представник.

І якщо на перший погляд визначені правила відкриття матеріалів здаються чіткими та послідовними, недосконалість юридичних формулювань призвела до виникнення протилежних думок щодо їх тлумачення.

З якого моменту починається ознайомлення з матеріалами кримінального провадження: 1) з дати направлення/вручення повідомлення сторони обвинувачення; 2) з дати, визначеної стороною обвинувачення коли стороні захисту необхідно прибути для одержання доступу до матеріалів; 3) з дати, коли сторона захисту фактично одержала доступ до матеріалів сторони обвинувачення?

У постанові Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати від 28 вересня 2021 року у справі №758/12538/20 (провадження №51-3811 км 21) [3] зроблено висновок, що період з моменту повідомлення сторони захисту про завершення досудового розслідування у порядку, визначеному ст. 290 КПК України, та відкриття матеріалів провадження для ознайомлення у строки досудового розслідування не включається. При цьому факт завершення досудового розслідування має бути належно підтверджений, як і факт повідомлення цієї інформації стороні захисту. Тобто судом зроблено висновок, що початком ознайомлення з матеріалами є дата направлення повідомлення.

В іншій постанові, ВС від 17 серпня 2021 року у кримінальному провадженні, внесеному до Єдиного реєстру досудових розслідувань (далі – ЄРДР) за №6202000000000273 від 12 березня 2020 року, колегія суддів висловила думку про необхідність відступити від висновку щодо застосування положень ч. 5 ст. 219 КПК України, та висловила пропозицію сформулювати з цього питання такого висновок у такій формі: «Початком обчислення строку ознайомлення з матеріалами досудового розслідування є момент фактичного надання стороною обвинувачення стороні захисту

доступу до матеріалів досудового розслідування та забезпечення реальної можливості ознайомитися з ними».[4]

Поряд з різним підходом до визначення початку перебігу процесуальної дії, залишається актуальним питанням підтвердження факту винесення/складання та направлення повідомлення. Якщо виходити з того, що початком ознайомлення з матеріалами кримінального провадження є дата фактичного доступу до них, або дата, на яку сторона обвинувачення визначила як дату, з якої сторона захисту може розпочати ознайомлення, - встановити час, з якого не відраховуються строки досудового розслідування просто. Вони фіксуються у повідомленні або протоколі чи іншій формі фіксації доступу до матеріалів. В іншому випадку, коли відрахування зазначеного періоду проводиться починаючи від дня, наступного за датою складання/направлення повідомлення, виникає питання щодо можливих зловживань з боку сторони обвинувачення, як приклад направлення повідомлення «заднім числом».

Надання переваги точці зору, що початком ознайомлення є дата направлення повідомлення на нашу думку суттєво порушує баланс інтересів сторін, дозволяючи стороні обвинувачення маніпулювати датою, від якої буде здійснюватися відлік початку процесуальної дії. Особливе занепокоєння це викликає також і через те, що вищою судовою інстанцією крім іншого висловлено позицію, що поштові повідомлення, що можуть підтвердити або спростувати відомості про фактичну дату направлення повідомлення про завершення досудового розслідування не є матеріалами кримінального провадження і сторона обвинувачення не зобов'язана їх надавати стороні захисту для ознайомлення.[3]

На наступному етапі, після оголошення про закінчення досудового розслідування сторони надають доступ до матеріалів та розпочинається ознайомлення з ними. При цьому виникає питання щодо обсягу та змісту матеріалів, що перебувають у розпорядженні сторін.

У цьому питанні сторони виступають на різних засадах.

Прокурор зобов'язаний надати доступ до матеріалів, приміщень, місця, що є в його розпорядженні чи перебувають під контролем держави: 1) які самі по собі або в сукупності з іншими доказами можуть бути використані для доведення невинуватості або меншого ступеня винуватості обвинуваченого, або сприяти пом'якшенню покарання (ч. 2 ст. 290 КПК); 2) прокурор має намір використати відомості, що містяться в них, як докази у суді. Отже, кримінальний процесуальний закон встановлює обов'язок прокурора надати доступ як до матеріалів, документів, місця, які він має намір використати для доведення винуватості особи в суді, так і ті, що виправдовують або пом'якшують відповідальність особи.

Сторона захисту надає доступ до матеріалів виключно за наявності відповідного запиту прокурора та може відмовитися, якщо матеріали можуть бути використані прокурором на підтвердження винуватості підзахисного.[5]

Поряд з цим питання обсягу таких матеріалів, і насамперед сторони обвинувачення залишається спірним, особливо в частині, що стосуються первинних документів, що були підставою для експертного дослідження, процесуальні рішення що стали підставою для проведення слідчих дій, документів на підтвердження проведення процесуальної дії.

Так, досліджуючи питання щодо надання стороні захисту доступу до матеріалів, що були предметом експертного дослідження суд дійшов висновку, що «Якщо стороною обвинувачення використано висновок експерта на підтвердження винуватості особи, саме цей висновок з детальним аналізом медичної документації має бути відкритий стороні захисту при виконанні вимог ст. 290 КПК. Водночас захист не позбавлений процесуальної можливості за необхідності клопотати про надання доступу до матеріалів, які досліджував експерт. За відсутності такого клопотання, з урахуванням ст. 22 вказаного Кодексу слід розуміти, що сторона захисту, самостійно обстоюючи

свою правову позицію, не вважала за доцільне скористатися на згаданій стадії провадження правом на відкриття їй також і медичної документації.»[7]

В частині надання стороні захисту доступу до речових доказів ВС зробив висновок, що на орган досудового розслідування покладено обов'язок надати сторонам майбутнього судового розгляду безперешкодно реалізувати їх можливість ознайомитися із речовими доказами (у разі виявлення ними бажання), однак він не зобов'язаний здійснювати таке ознайомлення в обов'язковому порядку за відсутності ініціативи сторони захисту. [8]

Щодо надання процесуальних рішень, що стали підставою для проведення слідчих дій, в деяких питаннях правові позиції вищої с удової інстанції мають суттєві відмінності.

Першу позицію можливо охарактеризувати так: «...За наявності відповідного клопотання процесуальні документи, які стали підставою для проведення НСРД (ухвали, постанови, клопотання) і яких не було відкрито стороні захисту в порядку, передбаченому ст. 290 КПК, оскільки їх тоді не було у розпорядженні сторони обвинувачення (процесуальні документи не було розсекречено на момент відкриття стороною обвинувачення матеріалів кримінального провадження), можуть бути відкриті іншій стороні, але суд не має допустити відомості, що містяться в цих матеріалах кримінального провадження, як докази.»[9]

Наступна позиція полягає у тому, що: «Якщо сторона обвинувачення під час досудового розслідування своєчасно вжила всі необхідні та залежні від неї заходи, спрямовані на розсекречення процесуальних документів, які стали підставою для проведення НСРД, однак такі документи не були розсекречені з причин, що не залежали від волі і процесуальної поведінки прокурора, то суд не може автоматично визнавати протоколи НСРД недопустимими доказами з мотивів невідкриття процесуальних документів, якими санкціоноване їх проведення» та «Якщо сторона обвинувачення не вжила необхідних та своєчасних заходів, що спрямовані на розсекречення

процесуальних документів, які стали процесуальною підставою для проведення НСРД і яких немає в її розпорядженні, то в такому випадку має місце порушення норм статті 290 КПК України». [10]

Таким чином, ВП ВС поклала на суд обов'язок встановлювати, чи вживались прокурором необхідні та своєчасні заходи, що спрямовані на розсекречування документів, які стали правовою підставою для проведення НСРД, і вже в залежності від цих обставин встановлювати допустимість чи недопустимість таких доказів, а з іншого боку фактично «зобов'язала» сторону захисту своєчасно вимагати від сторони обвинувачення надання для ознайомлення первинних документів, речових доказів, рішень, що були підставою для проведення слідчих та інших процесуальних дій.

Проте питання наскільки така позиція є виваженою та відповідає засадам кримінального судочинства, - залишається дискусійною. Висловимо свої міркування на прикладі НС(Р)Д. На нашу думку відомості/докази вжиття чи невжиття прокурором заходів до зняття грифу таємності з процесуальних рішень, що стали підставою для проведення НС(Р)Д чи інших слідчих дій, жодним чином не повинно впливати на визнання доказів допустимими, оскільки незалежно від активності і зусиль прокурора, якщо документи, що стали підставою для проведення слідчих дій відсутні – неможливо перевірити наявність фактичного дозволу суду, встановити чи надавався такий дозвіл щодо певної особи, місця, кінцевого обладнання тощо. Крім того, залишаються нез'ясованими межі та умови такого дозволу, часові рамки. Відповідно, неможливо оцінити, чи дотримано вимогу, передбачену п. 2 ч. 2 ст. 87 КПК України, чи здійснено процесуальну дію, яка потребує попереднього дозволу суду, без такого дозволу або з порушенням його суттєвих умов.

Адже, якщо говорити про допустимість чи недопустимість доказів, матеріали щодо одержання яких не були надані стороні захисту для ознайомлення під час виконання вимог ст. 290 КПК України, слід приймати до уваги, що відповідно до вимог

ст. 87 КПК України, недопустимими визнаються докази, отримані внаслідок істотного порушення прав та свобод людини, а також будь-які інші докази, здобуті завдяки інформації, отриманій внаслідок істотного порушення прав та свобод людини. Частиною 2 цієї статті встановлено, що суд зобов'язаний визнати істотними порушеннями прав людини і основоположних свобод, зокрема, такі діяння: 1) здійснення процесуальних дій, які потребують попереднього дозволу суду, без такого дозволу або з порушенням його суттєвих умов; 2) отримання доказів внаслідок катування, жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність особи, поводження або погрози застосування такого поводження; 3) порушення права особи на захист; 4) отримання показань чи пояснень від особи, яка не була повідомлена про своє право відмовитися від давання показань та не відповідати на запитання, або їх отримання з порушенням цього права; 5) порушення права на перехресний допит, а ч. 3, якщо докази, що були отримані: 1) з показань свідка, який надалі був визнаний підозрюваним чи обвинуваченим у цьому кримінальному провадженні; 2) після початку кримінального провадження шляхом реалізації органами досудового розслідування чи прокуратури своїх повноважень, не передбачених цим Кодексом, для забезпечення досудового розслідування кримінальних правопорушень; 3) під час виконання ухвали про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи у зв'язку з недопущенням адвоката до цієї слідчої (розшукової) дії; 4) під час виконання ухвали про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи, якщо така ухвала винесена слідчим суддею без проведення повної технічної фіксації засідання.

Отже, ключовим питанням визнання одержаних доказів допустимими чи недопустимими є процедура їх одержання, а не умови використання, надання доступу до них, можливості ознайомитися з процесуальними підставами одержання доказів тощо. Отже можливість сторони та суду їх перевірити на відсутність вищезазначених обставин є ключовим для їх оцінки та використання у кримінальному провадженні.

При цьому слід відзначити, що ч. 12 ст. 290 КПК України встановлено, що у випадках, якщо сторона кримінального провадження не здійснить відкриття матеріалів відповідно до положень цієї статті, суд не має права допустити відомості, що містяться в них, як докази.

Але у даному випадку, на нашу думку говорити про недопустимість доказів у кримінальному провадженні, якщо єдиною підставою для визнання їх недопустимими є нездійснення їх відкриття іншої стороні – є безпідставним. Такі докази можуть бути допустимими, зібраними у порядку та спосіб, передбачений КПК України, проте їх використання у кримінальному процесі заборонено.

Інша річ, коли мова йде про використання доказів, з якими сторони ознайомилися, проте захисту не надано для ознайомлення процесуальні документи, що стали підставою для одержання таких доказів.

Так, у постанові від 12.10.2017 р. у справі №5-237 кс (15)17), ВС зробив висновок, що відкриті захисту лише під час апеляційного розгляду докази, які вже існували на момент звернення із обвинувальним актом, не можуть вважатися судом допустимими оскільки «недослідження судом першої інстанції процесуальних документів, які стали правовою підставою проведення негласних слідчих (розшукових) дій, впливає на справедливість судового розгляду в цілому, оскільки відсутність дослідження цих матеріалів викликає сумніви щодо можливості здійснення судом належної оцінки законності проведення таких дій, а також достовірності та допустимості їх результатів як доказів. У такому разі недослідження зазначених матеріалів призводить до оперування судом доказами, допустимість яких є імовірною, що в контексті презумпції невинуватості є неприпустимим для обґрунтування рішення про винуватість особи та свідчить про порушення права особи на справедливий суд», так і сформував правовий висновок, який визначив вектор правозастосування та підхід до питання допустимості доказів (абз. 3 п. 5 Постанови): «так, відкриття в умовах публічного і гласного

апеляційного судового розгляду окремих матеріалів кримінального провадження, які існували на момент звернення до суду з обвинувальним актом, але не були відкриті стороні захисту, не означає їх автоматичну допустимість, оскільки за КПК критерієм допустимості доказів є не лише законність їх отримання, а і попереднє відкриття матеріалів іншій стороні до їх безпосереднього дослідження у суді».

Отже, за відсутності/ненаданні стороні захисту, суду документів, що стали правовою підставою проведення слідчих чи інших процесуальних дій унеможливорює надання належної правової оцінки наявності чи відсутності підстав, визначених у ст. 87 КПК України. Тобто такі докази втратили одну з важливих властивостей допустимого доказу - бути перевіреними. Як приклад, без дослідження документів, що були підставою для проведення слідчих дій неможливо з'ясувати, чи був відповідний дозвіл суду на їх проведення, чи проведено слідчі дії у межах та строки, визначені судом тощо.

Тобто можливо зробити висновок, що неналежне виконання вимог ст. 290 КПК України може мати наслідком: 1) заборону використання доказів через не ознайомлення з ними стороні; 2) визнання недопустимими доказів, які через неможливість ознайомлення з процесуальними підставами проведення слідчої дії унеможливають надання об'єктивної оцінки щодо їх допустимості; 3) визнання недопустимими доказів через ненадання стороні первинних документів, речових доказів, що стали підставою для одержання таких доказів, якщо сторона наполягала на ознайомленні з ними.

Слід відзначити ще один аспект виконання вимог ст. 290 КПК України як фактор, що впливає на обрахування строків досудового розслідування. Частиною 5 ст. 219 КПК України встановлено, що строк ознайомлення з матеріалами досудового розслідування сторонами кримінального провадження в порядку, передбаченому ст. 290 КПК України, не включається у строки, передбачені цією статтею, крім дня повідомлення стороні захисту про завершення досудового розслідування та надання доступу до матеріалів досудового розслідування. Поряд з цим закінчення процесуальних строків передбачено

як окрему підставу для закриття кримінального провадження п. 10 ч. 1, ч. 9 ст. 284 КПК України. Відповідно питання обрахування строків досудового розслідування також пов'язане з тим, які саме учасники кримінального провадження приймають участь у процесуальній дії.

Дослівне тлумачення положень, передбачених ч. 5 ст. 219 КПК України дають підстави для визначення ключових моментів: 1) не враховується у строки досудового розслідування строк ознайомлення з матеріалами досудового розслідування сторін кримінального провадження, до яких відносяться відповідно до п. 19 ч. 2 ст. 3 КПК України: з боку обвинувачення: слідчий, дізнавач, керівник органу досудового розслідування, керівник органу дізнання, прокурор, а також потерпілий, його представник та законний представник у випадках, установлених цим Кодексом; з боку захисту: підозрюваний, особа, стосовно якої зібрано достатньо доказів для повідомлення про підозру у вчиненні кримінального правопорушення, але не повідомлено про підозру у зв'язку з її смертю, обвинувачений (підсудний), засуджений, виправданий, особа, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішувалося питання про їх застосування, їхні захисники та законні представники;

Отже у строк ознайомлення з матеріалами провадження не входить час ознайомлення потерпілого, його представника та законного представника

Проте це правило не розповсюджується на час ознайомлення представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, цивільного позивача, його представника та законного представника, цивільного відповідача, його представника, які також мають право на доступ та ознайомлення з матеріалами. Також не передбачено, що не враховується в строки досудового розслідування час, що використовується сторонами та іншими учасниками для доступу та ознайомлення з речовими доказами, з житлом чи іншим володінням особи, що перебувають під контролем іншої сторони.

Неоднозначно вирішується і питання щодо підтвердження сторонами факту надання їм доступу до матеріалів із зазначенням найменування таких матеріалів.

За загальним правилом перебіг і результати проведення процесуальної дії фіксуються у протоколі лише у випадках, передбачених КПК України. При цьому, у ст. 290 КПК України вимоги щодо складання протоколу як форми фіксації процесуальної дії.

Зважаючи на те, що закон не визначає певної форми процесуального документа, яким би підтверджувався факт надання доступу та ознайомлення з матеріалами провадження, а лише встановлює, що цей факт повинен бути письмово підтверджений самим учасником кримінального провадження, якому надано доступ і такі письмові документи повинні додаватися до матеріалів кримінального провадження як підтвердження того, що кожна із сторін виконала свої обов'язки і не порушила прав учасників кримінального провадження, таке тлумачення цілком корелюється із наведеним вище поясненням відсутності визначеності у положеннях КПК України з цього питання. Тобто законодавець дав сторонам тактичні можливості щодо визначення форми підтвердження.[6]

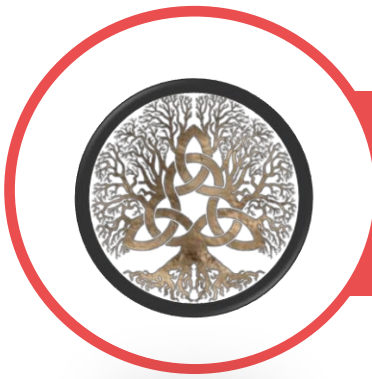
Висновки та пропозиції.

Належна реалізація гарантій на ознайомлення з матеріалами кримінального провадження та мінімізацію впливу сторін на додержання розумних строків можливо досягти запровадженням електронної форми ознайомлення з матеріалами провадження. У випадку запровадження такого підходу строк, з якого сторона розпочала ознайомлення буде визначатися автоматично датою відкриття їй доступу до матеріалів, та відповідно повідомленням сторони про завершення ознайомлення.

Література:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України №4651-VI від 13.04.2012
URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>
2. Європейська конвенція з прав людини від 04.11.1950 URL:
https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text
3. Постанова колегії суддів Першої судової палати ККС ВС від 28 вересня 2021 року у справі № 758/12538/20 URL: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1225996/>
4. Початком обчислення строку ознайомлення з матеріалами досудового розслідування є момент фактичного надання стороною обвинувачення стороні захисту доступу до матеріалів та забезпечення реальної можливості з ними ознайомитися: відступ URL :<https://advokatpost.com/pochatkom-obchyslennia-stroku-oznajomlennia-z-materialamy-dosudovoho-rozsliduvannia-ie-moment-faktychnoho-nadannia-storonoiu-obvynuvachennia-storoni-zakhystu-dostupu-do-materialiv-ta-zabezpechennia-re/>
5. Постанова Верховного Суду від 17.03.2020. – Справа № 691/1358/15-к
URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88401654/>
6. Постанова Колегії Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 26 березня 2019 року у справі № 752/3929/15-к URL:
<https://reyestr.court.gov.ua/Review/80889235/>
7. Постанова Об'єднаної палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 27.01.2020 у справі №754/14281/17 URL:
<https://reyestr.court.gov.ua/Review/87298256/>
8. Постанова Касаційного адміністративного суду Верховного Суду від 12.03.2020 у справі № 688/2831/17 URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88187336/>

9. Судова практика ВС щодо відкриття доказів іншій стороні за ст. 290 КПК
URL: <https://femida.ua/advice/sudova-praktyka-vs-shhodo-vidkryttya-dokaziv-inshij-storoni-za-st-290-kpk-top-17-kejsiv/>
10. Постанова ВП Верховного Суду у справі № 640/6847/15-к від 16.10.2019 р.
URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85174578/>



ЗБІРНИК
«НАУКОВИЙ ВІСНИК НДІ ПРОБЛЕМ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ» 2023-1
ISSN 2786-7900
<https://doi.org/10.61417/2786-7900.2023.1.6>

ПРОЦЕСУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ВІДКРИТТЯ МАТЕРІАЛІВ ІНШІЙ СТОРОНІ

УДК 343.1

Бабіков Олександр,
керуючий партнер АО «DEFENSORES»,
кандидат юридичних наук,
професор кафедри кримінального права та процесу
Київського авіаційного університету,
м. Київ, Україна

Статтю присвячено дослідженню питання визначення та вирішення процесуальних проблем відкриття матеріалів стороною обвинувачення стороні захисту. Автором досліджується засади умови та процес перебігу відкриття та ознайомлення з матеріалами; актуальна судова практика пов'язана із реалізацією права на справедливий суд з огляду на ознайомлення матеріалами кримінального провадження. Належну увагу автор приділяє допустимості доказів, які були зібрані стороною обвинувачення протягом досудового розслідування та розсекречені іншій стороні. Запропоновано запровадження електронної норми ознайомлення з матеріалами з метою належної реалізації гарантій у межах кримінального процесу.

Ключові слова: відкриття матеріалів, справедливий суд, сторона обвинувачення, розсекречення документів, реалізація гарантій

Статья посвящена исследованию вопроса определения и решения процессуальных проблем открытия материалов стороной обвинения стороне защиты. Автором исследуется основы условия и процесс течения открытия и ознакомления с материалами; актуальная судебная практика связана с реализацией права на справедливый суд с учетом ознакомления с материалами уголовного производства. Должное внимание автор уделяет допустимости доказательств, которые были собраны стороной обвинения в течение досудебного расследования и рассекречены другой стороне. Предложено введение электронной нормы ознакомления с материалами с целью надлежащей реализации гарантий в рамках уголовного процесса.

Ключевые слова: открытие материалов, справедливый суд, сторона обвинения, рассекречивание документов, реализация гарантий

PROCEDURAL PROBLEMS OF DISCLOSING MATERIALS TO THE OTHER PARTY

**Babikov Oleksandr,
Managing Partner of DEFENSORES Law Firm,
PhD in Law,
Associate Professor of the Department of Criminal Law and Procedure of the Kyiv
University of Law of the National Academy of Sciences of Ukraine
Kyiv, Ukraine**

The article is devoted to the study of the issue of determining and solving procedural problems of disclosure of materials by the prosecution to the defence. Inadequate fulfillment of the requirements of Article 290 of the CPC of Ukraine by the prosecution may be considered a violation of conventional human rights and freedoms. The period of familiarization with the

materials of the proceedings does not include the time of familiarization of the victim, his/her representative and legal representative

The author examines the principles, conditions and process of discovery and familiarisation with the materials; current case law related to the exercise of the right to a fair trial in terms of familiarisation with the materials of criminal proceedings.

Given that the law does not define a specific form of procedural document that would confirm the fact of granting access and familiarization with the proceedings, but only establishes that this fact must be confirmed in writing by the party to the criminal proceedings to whom access was granted and such written documents must be attached to the criminal proceedings as confirmation that each party has fulfilled its obligations and has not violated the rights of the parties to the criminal proceedings, the key issue of recognizing the evidence obtained as admissible or inadmissible is the procedure for obtaining it, not the conditions of use, granting access to it, the possibility to familiarize oneself with the procedural grounds for obtaining evidence. The ability of the party and the court to check for the absence of the above circumstances is key to their evaluation and use in criminal proceedings.

The author pays due attention to the admissibility of evidence collected by the prosecution during the pre-trial investigation and declassified to the other party.

The author proposes to introduce an electronic system of familiarisation with the materials with a view to ensuring effective implementation of guarantees within criminal proceedings.

Key words: disclosure of materials, fair trial, prosecution, declassification of documents, implementation of guarantees

Тлумачення положень кримінального процесуального законодавства щодо умов та порядку відкриття матеріалів кримінального провадження іншій стороні, обчислення строків досудового розслідування під час зазначеної процесуальної дії, з урахуванням запровадження в КПК України додаткової підстави для закриття кримінального провадження, - через закінчення строку досудового розслідування, залишається

актуальним і на даний час не лише через спроби сторін схилити у цьому питанні «ваги» на свою користь, а й неоднозначні та непослідовні позиції вищої судової інстанції.

Положеннями ст. 290 КПК України[1] визначено загальні засади відкриття матеріалів іншій стороні. Однією з основних є вимога до сторони обвинувачення про те, що: «визнавши зібрані під час досудового розслідування докази достатніми для складання обвинувального акта, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру прокурор або слідчий за його дорученням зобов'язаний повідомити підозрюваному, його захиснику, законному представнику та захиснику особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру, про завершення досудового розслідування та надання доступу до матеріалів досудового розслідування.» Отже ініціатива у цьому питанні залежить виключно від сторони обвинувачення і пов'язується з достатністю одержаних доказів.

Встановлення у кримінальному процесуальному законодавстві такої вимоги розглядається як одна з гарантій реалізації права особи на справедливий суд, встановлених у ст. 6 Європейською конвенцією з прав людини. [2]

Доступ та ознайомлення з матеріалами кримінального провадження можна розглядати як форму реалізації права особи бути негайно і детально поінформованим про характер і причини обвинувачення, висунутого проти нього (п. «а» ч. 3 ст. 6 Конвенції), як захід, спрямований на забезпечення можливості підготувати свій захист (п. «b» ч. 3 ст. 6 Конвенції), у тому числі для реалізації права здійснити допит свідків обвинувачення (п. «с» ч. 3 ст. 6 Конвенції), сформулювати зміст допиту свідків захисту.

Отже, неналежне виконання вимог ст. 290 КПК України з боку сторони обвинувачення може розглядатися як порушення конвенційних прав і свобод людини. Крім того, доступ до матеріалів, зібраних під час досудового розслідування, що здійснюється як стороною обвинувачення, так і стороною захисту, є способом

забезпечення реалізації такої засади кримінального судочинства як змагальність сторін та свободу в поданні ними суду своїх доказів і доведенні судом їх переконливості, визначеної ст. 22 КПК України. І в цьому контексті, надання сторонам кримінального провадження можливості ознайомитися з доказами, джерелами доказів, процесуальними підставами їх одержання, є умовою, за якою сторона може, з урахуванням їх дослідження, ініціювати питання визнання їх неналежними чи недопустимими.

Поряд з тим, що у ст. 290 КПК України законодавець намагався деталізувати порядок і умови ознайомлення сторін з матеріалами кримінального провадження, більшість положень науковцями та практиками тлумачиться неоднозначно.

Отже проаналізуємо ключові питання, пов'язані з відкриттям матеріалів.

Правовою підставою для початку відкриття сторонами матеріалів кримінального провадження є ініціатива сторони обвинувачення – встановлення факту, що зібраних матеріалів достатньо для направлення провадження для розгляду в суді та повідомлення про це сторону захисту.

З повідомленням сторони захисту про завершення досудового розслідування та ознайомлення з матеріалами провадження, яке здійснюється прокурором, або за його дорученням слідчим, кримінальне процесуальне законодавство пов'язує настанням декількох наслідків: 1) дата складання/направлення такого повідомлення є останнім днем, що враховується в строки досудового розслідування; 2) період ознайомлення до завершення виконання вимог ст. 290 КПК України не враховується в строки досудового розслідування; 3) під час виконання вимог ст. 290 КПК України стороні обвинувачення заборонено збирати докази.

Порядок надання стороною обвинувачення доступу передбачає такі основні засади як: 1) надання доступу до матеріалів досудового розслідування, які є в їх розпорядженні, у тому числі будь-які докази, які самі по собі або в сукупності з іншими доказами можуть

бути використані для доведення невинуватості або меншого ступеня винуватості обвинуваченого, або сприяти пом'якшенню покарання; 2) такий доступ передбачає можливість скопіювати або відобразити відповідним чином будь-які речові докази або їх частини, документи або копії з них, а також надання доступу до приміщення або місця, якщо вони знаходяться у володінні або під контролем держави, і прокурор має намір використати відомості, що містяться в них, як докази у суді; 3) до матеріалів досудового розслідування, що містяться в інформаційно-телекомунікаційній системі досудового розслідування надається доступ або надаються електронні копії таких матеріалів, засвідчених в установленому порядку; 4) допускається видалення відомостей з документів, що надаються для ознайомлення, якщо не має намір їх використовувати під час судового розгляду.

Для сторони захисту передбачено дещо інші умови відкриття матеріалів: 1) відкриття матеріалів здійснюється виключно за наявності ініціативи прокурора; 2) відсутність запиту прокурора про надання для ознайомлення матеріалів сторони захисту позбавляє сторону захисту обов'язку надати їх стороні обвинувачення для ознайомлення та не може бути підставою для відмови у їх дослідженні в судовому засіданні; 3) під час відкриття матеріалів також надається можливість скопіювати або відобразити відповідним чином будь-які речові докази або їх частини, документи або копії з них та надається доступ до житла чи іншого володіння, якщо вони знаходяться у володінні або під контролем сторони захисту, якщо сторона захисту має намір використати відомості, що містяться в них, як докази у суді; 4) сторона захисту має право не надавати прокурору доступ до будь-яких матеріалів, які можуть бути використані прокурором на підтвердження винуватості обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення.

Також передбачено, що про відкриття матеріалів сторона обвинувачення повідомляють потерпілого, представника юридичної особи, щодо якої здійснюється

провадження, цивільний позивач, його представник та законний представник, цивільний відповідач, його представник.

І якщо на перший погляд визначені правила відкриття матеріалів здаються чіткими та послідовними, недосконалість юридичних формулювань призвела до виникнення протилежних думок щодо їх тлумачення.

З якого моменту починається ознайомлення з матеріалами кримінального провадження: 1) з дати направлення/вручення повідомлення сторони обвинувачення; 2) з дати, визначеної стороною обвинувачення коли стороні захисту необхідно прибути для одержання доступу до матеріалів; 3) з дати, коли сторона захисту фактично одержала доступ до матеріалів сторони обвинувачення?

У постанові Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати від 28 вересня 2021 року у справі №758/12538/20 (провадження №51-3811 км 21) [3] зроблено висновок, що період з моменту повідомлення сторони захисту про завершення досудового розслідування у порядку, визначеному ст. 290 КПК України, та відкриття матеріалів провадження для ознайомлення у строки досудового розслідування не включається. При цьому факт завершення досудового розслідування має бути належно підтверджений, як і факт повідомлення цієї інформації стороні захисту. Тобто судом зроблено висновок, що початком ознайомлення з матеріалами є дата направлення повідомлення.

В іншій постанові, ВС від 17 серпня 2021 року у кримінальному провадженні, внесеному до Єдиного реєстру досудових розслідувань (далі – ЄРДР) за №6202000000000273 від 12 березня 2020 року, колегія суддів висловила думку про необхідність відступити від висновку щодо застосування положень ч. 5 ст. 219 КПК України, та висловила пропозицію сформулювати з цього питання такого висновок у такій формі: «Початком обчислення строку ознайомлення з матеріалами досудового розслідування є момент фактичного надання стороною обвинувачення стороні захисту

доступу до матеріалів досудового розслідування та забезпечення реальної можливості ознайомитися з ними».[4]

Поряд з різним підходом до визначення початку перебігу процесуальної дії, залишається актуальним питанням підтвердження факту винесення/складання та направлення повідомлення. Якщо виходити з того, що початком ознайомлення з матеріалами кримінального провадження є дата фактичного доступу до них, або дата, на яку сторона обвинувачення визначила як дату, з якої сторона захисту може розпочати ознайомлення, - встановити час, з якого не відраховуються строки досудового розслідування просто. Вони фіксуються у повідомленні або протоколі чи іншій формі фіксації доступу до матеріалів. В іншому випадку, коли відрахування зазначеного періоду проводиться починаючи від дня, наступного за датою складання/направлення повідомлення, виникає питання щодо можливих зловживань з боку сторони обвинувачення, як приклад направлення повідомлення «заднім числом».

Надання переваги точці зору, що початком ознайомлення є дата направлення повідомлення на нашу думку суттєво порушує баланс інтересів сторін, дозволяючи стороні обвинувачення маніпулювати датою, від якої буде здійснюватися відлік початку процесуальної дії. Особливе занепокоєння це викликає також і через те, що вищою судовою інстанцією крім іншого висловлено позицію, що поштові повідомлення, що можуть підтвердити або спростувати відомості про фактичну дату направлення повідомлення про завершення досудового розслідування не є матеріалами кримінального провадження і сторона обвинувачення не зобов'язана їх надавати стороні захисту для ознайомлення.[3]

На наступному етапі, після оголошення про закінчення досудового розслідування сторони надають доступ до матеріалів та розпочинається ознайомлення з ними. При цьому виникає питання щодо обсягу та змісту матеріалів, що перебувають у розпорядженні сторін.

У цьому питанні сторони виступають на різних засадах.

Прокурор зобов'язаний надати доступ до матеріалів, приміщень, місця, що є в його розпорядженні чи перебувають під контролем держави: 1) які самі по собі або в сукупності з іншими доказами можуть бути використані для доведення невинуватості або меншого ступеня винуватості обвинуваченого, або сприяти пом'якшенню покарання (ч. 2 ст. 290 КПК); 2) прокурор має намір використати відомості, що містяться в них, як докази у суді. Отже, кримінальний процесуальний закон встановлює обов'язок прокурора надати доступ як до матеріалів, документів, місця, які він має намір використати для доведення винуватості особи в суді, так і ті, що виправдовують або пом'якшують відповідальність особи.

Сторона захисту надає доступ до матеріалів виключно за наявності відповідного запиту прокурора та може відмовитися, якщо матеріали можуть бути використані прокурором на підтвердження винуватості підзахисного.[5]

Поряд з цим питання обсягу таких матеріалів, і насамперед сторони обвинувачення залишається спірним, особливо в частині, що стосуються первинних документів, що були підставою для експертного дослідження, процесуальні рішення що стали підставою для проведення слідчих дій, документів на підтвердження проведення процесуальної дії.

Так, досліджуючи питання щодо надання стороні захисту доступу до матеріалів, що були предметом експертного дослідження суд дійшов висновку, що «Якщо стороною обвинувачення використано висновок експерта на підтвердження винуватості особи, саме цей висновок з детальним аналізом медичної документації має бути відкритий стороні захисту при виконанні вимог ст. 290 КПК. Водночас захист не позбавлений процесуальної можливості за необхідності клопотати про надання доступу до матеріалів, які досліджував експерт. За відсутності такого клопотання, з урахуванням ст. 22 вказаного Кодексу слід розуміти, що сторона захисту, самотійно обстоюючи

свою правову позицію, не вважала за доцільне скористатися на згаданій стадії провадження правом на відкриття їй також і медичної документації.»[7]

В частині надання стороні захисту доступу до речових доказів ВС зробив висновок, що на орган досудового розслідування покладено обов'язок надати сторонам майбутнього судового розгляду безперешкодно реалізувати їх можливість ознайомитися із речовими доказами (у разі виявлення ними бажання), однак він не зобов'язаний здійснювати таке ознайомлення в обов'язковому порядку за відсутності ініціативи сторони захисту. [8]

Щодо надання процесуальних рішень, що стали підставою для проведення слідчих дій, в деяких питаннях правові позиції вищої с удової інстанції мають суттєві відмінності.

Першу позицію можливо охарактеризувати так: «...За наявності відповідного клопотання процесуальні документи, які стали підставою для проведення НСРД (ухвали, постанови, клопотання) і яких не було відкрито стороні захисту в порядку, передбаченому ст. 290 КПК, оскільки їх тоді не було у розпорядженні сторони обвинувачення (процесуальні документи не було розсекречено на момент відкриття стороною обвинувачення матеріалів кримінального провадження), можуть бути відкриті іншій стороні, але суд не має допустити відомості, що містяться в цих матеріалах кримінального провадження, як докази».[9]

Наступна позиція полягає у тому, що: «Якщо сторона обвинувачення під час досудового розслідування своєчасно вжила всі необхідні та залежні від неї заходи, спрямовані на розсекречення процесуальних документів, які стали підставою для проведення НСРД, однак такі документи не були розсекречені з причин, що не залежали від волі і процесуальної поведінки прокурора, то суд не може автоматично визнавати протоколи НСРД недопустимими доказами з мотивів невідкриття процесуальних документів, якими санкціоноване їх проведення» та «Якщо сторона обвинувачення не вжила необхідних та своєчасних заходів, що спрямовані на розсекречення

процесуальних документів, які стали процесуальною підставою для проведення НСРД і яких немає в її розпорядженні, то в такому випадку має місце порушення норм статті 290 КПК України». [10]

Таким чином, ВП ВС поклала на суд обов'язок встановлювати, чи вживались прокурором необхідні та своєчасні заходи, що спрямовані на розсекречування документів, які стали правовою підставою для проведення НСРД, і вже в залежності від цих обставин встановлювати допустимість чи недопустимість таких доказів, а з іншого боку фактично «зобов'язала» сторону захисту своєчасно вимагати від сторони обвинувачення надання для ознайомлення первинних документів, речових доказів, рішень, що були підставою для проведення слідчих та інших процесуальних дій.

Проте питання наскільки така позиція є виваженою та відповідає засадам кримінального судочинства, - залишається дискусійною. Висловимо свої міркування на прикладі НС(Р)Д. На нашу думку відомості/докази вжиття чи невжиття прокурором заходів до зняття грифу таємності з процесуальних рішень, що стали підставою для проведення НС(Р)Д чи інших слідчих дій, жодним чином не повинно впливати на визнання доказів допустимими, оскільки незалежно від активності і зусиль прокурора, якщо документи, що стали підставою для проведення слідчих дій відсутні – неможливо перевірити наявність фактичного дозволу суду, встановити чи надавався такий дозвіл щодо певної особи, місця, кінцевого обладнання тощо. Крім того, залишаються нез'ясованими межі та умови такого дозволу, часові рамки. Відповідно, неможливо оцінити, чи дотримано вимогу, передбачену п. 2 ч. 2 ст. 87 КПК України, чи здійснено процесуальну дію, яка потребує попереднього дозволу суду, без такого дозволу або з порушенням його суттєвих умов.

Адже, якщо говорити про допустимість чи недопустимість доказів, матеріали щодо одержання яких не були надані стороні захисту для ознайомлення під час виконання вимог ст. 290 КПК України, слід приймати до уваги, що відповідно до вимог

ст. 87 КПК України, недопустимими визнаються докази, отримані внаслідок істотного порушення прав та свобод людини, а також будь-які інші докази, здобуті завдяки інформації, отриманій внаслідок істотного порушення прав та свобод людини. Частиною 2 цієї статті встановлено, що суд зобов'язаний визнати істотними порушеннями прав людини і основоположних свобод, зокрема, такі діяння: 1) здійснення процесуальних дій, які потребують попереднього дозволу суду, без такого дозволу або з порушенням його суттєвих умов; 2) отримання доказів внаслідок катування, жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність особи, поводження або погрози застосування такого поводження; 3) порушення права особи на захист; 4) отримання показань чи пояснень від особи, яка не була повідомлена про своє право відмовитися від давання показань та не відповідати на запитання, або їх отримання з порушенням цього права; 5) порушення права на перехресний допит, а ч. 3, якщо докази, що були отримані: 1) з показань свідка, який надалі був визнаний підозрюваним чи обвинуваченим у цьому кримінальному провадженні; 2) після початку кримінального провадження шляхом реалізації органами досудового розслідування чи прокуратури своїх повноважень, не передбачених цим Кодексом, для забезпечення досудового розслідування кримінальних правопорушень; 3) під час виконання ухвали про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи у зв'язку з недопущенням адвоката до цієї слідчої (розшукової) дії; 4) під час виконання ухвали про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи, якщо така ухвала винесена слідчим суддею без проведення повної технічної фіксації засідання.

Отже, ключовим питанням визнання одержаних доказів допустимими чи недопустимими є процедура їх одержання, а не умови використання, надання доступу до них, можливості ознайомитися з процесуальними підставами одержання доказів тощо. Отже можливість сторони та суду їх перевірити на відсутність вищезазначених обставин є ключовим для їх оцінки та використання у кримінальному провадженні.

При цьому слід відзначити, що ч. 12 ст. 290 КПК України встановлено, що у випадках, якщо сторона кримінального провадження не здійснить відкриття матеріалів відповідно до положень цієї статті, суд не має права допустити відомості, що містяться в них, як докази.

Але у даному випадку, на нашу думку говорити про недопустимість доказів у кримінальному провадженні, якщо єдиною підставою для визнання їх недопустимими є нездійснення їх відкриття іншої стороною – є безпідставним. Такі докази можуть бути допустимими, зібраними у порядку та спосіб, передбачений КПК України, проте їх використання у кримінальному процесі заборонено.

Інша річ, коли мова йде про використання доказів, з якими сторони ознайомилися, проте захисту не надано для ознайомлення процесуальні документи, що стали підставою для одержання таких доказів.

Так, у постанові від 12.10.2017 р. у справі №5-237 кс (15)17), ВС зробив висновок, що відкриті захисту лише під час апеляційного розгляду докази, які вже існували на момент звернення із обвинувальним актом, не можуть вважатися судом допустимими оскільки «недослідження судом першої інстанції процесуальних документів, які стали правовою підставою проведення негласних слідчих (розшукових) дій, впливає на справедливість судового розгляду в цілому, оскільки відсутність дослідження цих матеріалів викликає сумніви щодо можливості здійснення судом належної оцінки законності проведення таких дій, а також достовірності та допустимості їх результатів як доказів. У такому разі недослідження зазначених матеріалів призводить до оперування судом доказами, допустимість яких є імовірною, що в контексті презумпції невинуватості є неприпустимим для обґрунтування рішення про винуватість особи та свідчить про порушення права особи на справедливий суд», так і сформував правовий висновок, який визначив вектор правозастосування та підхід до питання допустимості доказів (абз. 3 п. 5 Постанови): «так, відкриття в умовах публічного і гласного

апеляційного судового розгляду окремих матеріалів кримінального провадження, які існували на момент звернення до суду з обвинувальним актом, але не були відкриті стороні захисту, не означає їх автоматичну допустимість, оскільки за КПК критерієм допустимості доказів є не лише законність їх отримання, а і попереднє відкриття матеріалів іншій стороні до їх безпосереднього дослідження у суді».

Отже, за відсутності/ненаданні стороні захисту, суду документів, що стали правовою підставою проведення слідчих чи інших процесуальних дій унеможливорює надання належної правової оцінки наявності чи відсутності підстав, визначених у ст. 87 КПК України. Тобто такі докази втратили одну з важливих властивостей допустимого доказу - бути перевіреними. Як приклад, без дослідження документів, що були підставою для проведення слідчих дій неможливо з'ясувати, чи був відповідний дозвіл суду на їх проведення, чи проведено слідчі дії у межах та строки, визначені судом тощо.

Тобто можливо зробити висновок, що неналежне виконання вимог ст. 290 КПК України може мати наслідком: 1) заборону використання доказів через не ознайомлення з ними стороні; 2) визнання недопустимими доказів, які через неможливість ознайомлення з процесуальними підставами проведення слідчої дії унеможливають надання об'єктивної оцінки щодо їх допустимості; 3) визнання недопустимими доказів через ненадання стороні первинних документів, речових доказів, що стали підставою для одержання таких доказів, якщо сторона наполягала на ознайомленні з ними.

Слід відзначити ще один аспект виконання вимог ст. 290 КПК України як фактор, що впливає на обрахування строків досудового розслідування. Частиною 5 ст. 219 КПК України встановлено, що строк ознайомлення з матеріалами досудового розслідування сторонами кримінального провадження в порядку, передбаченому ст. 290 КПК України, не включається у строки, передбачені цією статтею, крім дня повідомлення стороні захисту про завершення досудового розслідування та надання доступу до матеріалів досудового розслідування. Поряд з цим закінчення процесуальних строків передбачено

як окрему підставу для закриття кримінального провадження п. 10 ч. 1, ч. 9 ст. 284 КПК України. Відповідно питання обрахування строків досудового розслідування також пов'язане з тим, які саме учасники кримінального провадження приймають участь у процесуальній дії.

Дослівне тлумачення положень, передбачених ч. 5 ст. 219 КПК України дають підстави для визначення ключових моментів: 1) не враховується у строки досудового розслідування строк ознайомлення з матеріалами досудового розслідування сторін кримінального провадження, до яких відносяться відповідно до п. 19 ч. 2 ст. 3 КПК України: з боку обвинувачення: слідчий, дізнавач, керівник органу досудового розслідування, керівник органу дізнання, прокурор, а також потерпілий, його представник та законний представник у випадках, установлених цим Кодексом; з боку захисту: підозрюваний, особа, стосовно якої зібрано достатньо доказів для повідомлення про підозру у вчиненні кримінального правопорушення, але не повідомлено про підозру у зв'язку з її смертю, обвинувачений (підсудний), засуджений, виправданий, особа, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішувалося питання про їх застосування, їхні захисники та законні представники;

Отже у строк ознайомлення з матеріалами провадження не входить час ознайомлення потерпілого, його представника та законного представника

Проте це правило не розповсюджується на час ознайомлення представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, цивільного позивача, його представника та законного представника, цивільного відповідача, його представника, які також мають право на доступ та ознайомлення з матеріалами. Також не передбачено, що не враховується в строки досудового розслідування час, що використовується сторонами та іншими учасниками для доступу та ознайомлення з речовими доказами, з житлом чи іншим володінням особи, що перебувають під контролем іншої сторони.

Неоднозначно вирішується і питання щодо підтвердження сторонами факту надання їм доступу до матеріалів із зазначенням найменування таких матеріалів.

За загальним правилом перебіг і результати проведення процесуальної дії фіксуються у протоколі лише у випадках, передбачених КПК України. При цьому, у ст. 290 КПК України вимоги щодо складання протоколу як форми фіксації процесуальної дії.

Зважаючи на те, що закон не визначає певної форми процесуального документа, яким би підтверджувався факт надання доступу та ознайомлення з матеріалами провадження, а лише встановлює, що цей факт повинен бути письмово підтверджений самим учасником кримінального провадження, якому надано доступ і такі письмові документи повинні додаватися до матеріалів кримінального провадження як підтвердження того, що кожна із сторін виконала свої обов'язки і не порушила прав учасників кримінального провадження, таке тлумачення цілком корелюється із наведеним вище поясненням відсутності визначеності у положеннях КПК України з цього питання. Тобто законодавець дав сторонам тактичні можливості щодо визначення форми підтвердження.[6]

Висновки та пропозиції.

Належна реалізація гарантій на ознайомлення з матеріалами кримінального провадження та мінімізацію впливу сторін на додержання розумних строків можливо досягти запровадженням електронної форми ознайомлення з матеріалами провадження. У випадку запровадження такого підходу строк, з якого сторона розпочала ознайомлення буде визначатися автоматично датою відкриття їй доступу до матеріалів, та відповідно повідомленням сторони про завершення ознайомлення.

Література:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України №4651-VI від 13.04.2012
URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>
2. Європейська конвенція з прав людини від 04.11.1950 URL:
https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text
3. Постанова колегії суддів Першої судової палати ККС ВС від 28 вересня 2021 року у справі № 758/12538/20 URL: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1225996/>
4. Початком обчислення строку ознайомлення з матеріалами досудового розслідування є момент фактичного надання стороною обвинувачення стороні захисту доступу до матеріалів та забезпечення реальної можливості з ними ознайомитися: відступ URL :<https://advokatpost.com/pochatkom-obchyslennia-stroku-oznajomlennia-z-materialamy-dosudovoho-rozsliduvannia-ie-moment-faktychnoho-nadannia-storonoiu-obvynuvachennia-storoni-zakhystu-dostupu-do-materialiv-ta-zabezpechennia-re/>
5. Постанова Верховного Суду від 17.03.2020. – Справа № 691/1358/15-к
URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88401654/>
6. Постанова Колегії Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 26 березня 2019 року у справі № 752/3929/15-к URL:
<https://reyestr.court.gov.ua/Review/80889235/>
7. Постанова Об'єднаної палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 27.01.2020 у справі №754/14281/17 URL:
<https://reyestr.court.gov.ua/Review/87298256/>
8. Постанова Касаційного адміністративного суду Верховного Суду від 12.03.2020 у справі № 688/2831/17 URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88187336/>

9. Судова практика ВС щодо відкриття доказів іншій стороні за ст. 290 КПК
URL: <https://femida.ua/advice/sudova-praktyka-vs-shhodo-vidkryttya-dokaziv-inshij-storoni-za-st-290-kpk-top-17-kejsiv/>
10. Постанова ВП Верховного Суду у справі № 640/6847/15-к від 16.10.2019 р.
URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85174578/>