

державою іншої іноземній державі, вирішуються Міністерством внутрішніх справ України.

За дозволом на транзитне перевезення по території іноземних держав осіб або речей, які видаються або передаються в Україну, до компетентних органів цих держав звертається Генеральний прокурор України або його заступник.

Витрати, пов'язані з транзитним перевезенням, відшкодовує держава, яка порушила клопотання про таке перевезення.

Стаття надійшла до редакції 18 лютого 1994 р.

Ю. М. ГРОШЕВОЙ, акад. АПН України

ПРОБЛЕМИ НОРМАТИВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІВ ПОПЕРЕДЬОГО РОЗСЛІДУВАННЯ У НОВОМУ КПК УКРАЇНИ

І. Необхідність реформи кримінально-процесуального законодавства. В умовах тоталітарного режиму сформувалась особлива, радянська модель кримінального процесу, у якому привабливі декларації не опираються на конкретні норми. Правові основи процесу мали формальний характер при фактичній відсутності гарантій правосуддя.

Радянський кримінальний процес на перший погляд належить до континентального, або змішаного, типу: інквізиційний процес на попередніх стадіях поєднується з елементами змагальності в суді. Реально не тільки слідчий і прокурор, але значною мірою і суд виконують функцію обвинувачення, яка маскується намірами забезпечити "всебічність, повноту та об'єктивність дослідження обставин справи" заздалегідь недосяжними при такій побудові судочинства.

Законодавство практично заперечує функціональну диференціацію у межах системи кримінальної юстиції. Це виявляється не тільки у встановленні єдиних завдань судової і обвинувальної влади, але і в об'єднанні в одному і тому ж суб'єкті кримінально-процесуальної діяльності різних за юридичною природою видів діяльності.

Найбільш суттєвими проявленнями неінквізиційного характеру радянського кримінального процесу виступає, таким чином:

- включення суду в коло суб'єктів, які реалізують функцію обвинувачення; невизнання за судовим розглядом особливої ролі, фактичне надання йому значення рівноправного елемента, що розвивається під час кримінального переслідування;

- об'єднання органів, які ведуть процес, функцій обвинувачення, захисту і розв'язання справи;

- розмиття процесуальної форми особливо в сфері доказового права.

Ці та інші риси виводять радянську модель судочинства за межі змішаного процесу і наближають її до інквізиційного. Проголошення в законі загальноприйнятих прогресивних правових принципів має в значній мірі формальний характер, мало відбивається на дійсному "обличчі" процесу.

Процесуальна форма радянського типу закономірно еволюціонувала в таких основних напрямках:

1/ зменшення ролі суду;

2/ з'єднання кримінального процесу з оперативно-розшуковою діяльністю;

3/ визнання примату державного інтересу, фактичне ігнорування гарантій прав особистості, яке теоретично виправдовується "гуманізмом відносно суспільства";

4/ розмиття процесуальної форми доказів і зневажання до фактів її порушення заради "викриття злочинців";

5/ перетворення у формальність участі представників громадськості у відправленні правосуддя.

Складаючись на практиці, ці тенденції теоретично обґрунтовувались і проникали до кримінально-процесуального закону, що, в свою чергу, надавало імпульсу правозастосувачам і вченим.

Особливість радянської моделі юстиції полягає у тому, що вона не розрахована на дійсну реалізацію навіть в оголошеному вигляді. Контраст між існуючою практикою судочинства, принципами радянського кримінального процесу, які декларуються - це прояв однієї з специфічних характеристик "радянського способу життя", який надавав перевагу видимості, а не суті.

П. Концептуальні засади нового кримінально-процесуального законодавства України. Перехід до суспільного устрою принципово іншого типу правової держави передбачає докорінне реформування кримінальної юстиції згідно з принципами демократичного суспільства. Розв'язання цього завдання неможливе без розробки і прийняття нового кримінально-процесуального законодавства. Воно повинно відповідати оновленим відносинам власності і влади, сприяти становленню і зміцненню громадянського суспільства, відбивати якісно новий статус особи в державі.

Основні цілі створення нового кримінально-процесуального закону України диктуються необхідністю приведення системи кримінальної юстиції в становище відповідно до характеристики сучасної демократичної держави і міжнародних стандартів.

Завданням кримінальної юстиції є захист суспільства від злочинів шляхом реалізації кримінального закону, охорона прав і законних інтересів громадян, які потрапили до сфери кримінального судочинства /обвинувачуваних, потерпілих, цивільних позивачів, цивільних відповідачів/. Під реалізацією кримінального закону при цьому мається на увазі не тільки притягнення до кримінальної відповідальності і призначення покарання, але і відмова від кримінального переслідування невинних. Ці завдання розв'язуються в окремому порядку, встановленому кримінально-процесуальним законодавством. Новий КПК України повинен визначити ефективний, неодмінно гуманний правовий порядок досягнення таких результатів.

Реформоване судочинство передбачається в Кодексі, що розробляється за формою, близькою до континентальної, або змішаної, моделі. Розслідування буде провадитись обвинувальною владою /слідчий, прокурор/ під судовим контролем, але при відсутності гласності і з окремими елементами змагальності, а процес перед неупередженим і незалежним судом відбуватиметься на підставі послідовної змагальності. Суд на усіх стадіях процесу позбавиться елементів обвинувальної функції.

Кримінальне судочинство має бути диференційовано в залежності від:

- категорії правопорушень; які розглядаються /справи про кримінальні проступки будуть слухатися в порядку сумарної юрисдикції мировими судьями, а про злочини - одноособово суддею, колегіями у складі трьох суддів, судами присяжних/;

- фактичної участі присяжних засідателів /з'являються особливі інститути - безмотивного відводу присяжних, крім цього виправдувальні вердикти присяжних можуть перевірятися вищими інстанціями тільки з точки зору законності умов їх прийняття/;

- касаційного або апеляційного порядку перегляду рішень, які були винесені судом першої інстанції; при цьому апеляційне провадження передбачає нове розглядання справи з залученням додаткових доказів;

- характеру рішень, які приймаються /передбачається дякою миром відрізнити порядок розв'язання правових питань і питань факту, а також визначення покарання/.

Диференціація торкнеться інститутів доказового права, кримінального переслідування, повноважень посадових осіб, прав сторін. В інтересах найкращого дослідження обставин справи передбачається допустити можливість ускладнення процесуальної форми при розгляданні скрутних, хоч і не особливо значних справ. Наприклад, мировий суддя може доручити провадження слідчих дій, передбачених кримінально-процесуальним кодексом, органу дізнання або слідчому, хоча звичайний порядок провадження по підсудних йому справах не передбачав попереднього розслідування, обов'язкового при наявності ознак тяжкого злочину.

За змістом реформоване судочинство повинно належати до охоронного /на відміну від репресивного/ типу.

Необхідно мати на увазі, що обидва типи судочинства не позбавлені дефектів і пов'язані з певними, але різними за характером соціальними витратами. Принципова різниця між охоронним і репресивним судочинством полягає в їх орієнтуванні на різні системи цінностей. Якщо для охоронного типу головним є прагнення запобігти ризику засудження невинного і обмежити права людини, то репресивний тип судочинства націлений перш за все на те, щоб запобігти виправданню винуватого. Звичайно, зазначені типи кримінального процесу — це своєрідна ідеальна абстракція. У своєму законодавчому втіленні обидва типи втрачають абсолютну чистоту, проте різниця між ними чітко простежується в ситуаціях вибору законотворця /між намаганням забезпечити викриття винуватого і необхідністю ужорсточити санкції за порушення встановленої процедури, між намаганням здешевити кримінальне судочинство і прагненням поставити більш надійний заслін небезпеці засудження невинного тощо/.

Ш. Необхідні передумови нового судочинства. Створення судочинства охоронного типу потребує додержання ряду умов. Основною з них є чітке розподілення процесуальних функцій і доручення їх законом незалежним один від одного суб'єктам кримінально-процесуальної діяльності.

В загальній течії кримінального процесу можуть бути виділені три види цілеспрямованої діяльності, які в міру ускладнення судочинства виявилися персоніфікованими у фігурах професіональних кривіт: звинувачення /кримінальне переслідування/, яке виникає кожний раз, коли з'являється обгрунтоване припущення про наявність кримінально-правових відносин за участю певної особи, і припиняється, коли таке припущення виявляється помилковим або не може бути під-

тверджене у силу інших обставин, а також коли питання про обґрунтованість обвинувачення остаточно вирішене судом;

охорона – одностороння спрямована діяльність, яка служить протидією кримінальному переслідуванню для охорони інтересів особи, яка звинувачується;

вирішення справи по суті – центральна функція, яка містить у собі прийняття рішень, що мають особливе юридичне значення в зв'язку з характером породжуваних нею правових наслідків /засудження особи, припинення справи тощо/.

Відповідно до такого розуміння і передбачається створити нормативні передумови встановлення на нашому ґрунті кримінального судочинства охоронного типу континентального /змішаного/ за формою.

Отже, функція обвинувачення /кримінального переслідування/ здійснюється прокурором та слідчими і органами міліції, які діють під його процесуальним керівництвом. Прокурор виконує функцію обвинувачення на всіх стадіях процесу. Порушивши кримінальну справу або санкціонувавши її порушення іншими суб'єктами обвинувальної влади, прокурор здійснює кримінальне переслідування для того, щоб установити всі інкриміновані обставини. Якщо прокурор переконується у відсутності підстав для кримінального переслідування, його діяльність по цій справі припиняється.

Процесуальні відносини між прокурором і слідчим регулюються з урахуванням трьох обставин: 1/ обидва вони в процесі виконують одну і ту ж функцію – обвинувачення; 2/ прокурор повинен представляти сторону обвинувачення в суді, що створює об'єктивну основу його зацікавленості у якості попереднього розслідування; 3/ і той і інший, коли здійснюють доказування, керуються внутрішніми переконаннями, однак пріоритет прийняття рішення, яке визначає долю попереднього розслідування, належить прокурору.

Функція захисту реалізується перш за все адвокатом. Хоча обвинувачений повинен бути наділений найбільш широким комплексом процесуальних прав, захист як процесуальна функція може успішно здійснюватися лише тоді і постільки, коли і оскільки суб'єктам обвинувальної влади може протистояти незалежний від держави юрист-професіонал. Разом з тим захист здійснюється в інтересах обвинуваченого і тому останній має право відмовитися від професійного адвоката, здійснювати свій захист самостійно. Важливо, щоб його рішення було добровільним і усвідомленим. Ця можливість розпорядження своїми правами не знімає з державних органів обов'язку забезпечити право

кожного обвинуваченого на захисника-професіонала.

Функція захисту виникає з моменту, коли підозра конкретної особи в учиненні злочину набуває те чи інше юридичне оформлення.

Для того, щоб фактична і правова сторони такої підозри не мали великого розриву у часі, необхідно впровадження інституту імунітету свідка.

Повноваження захисника повинні бути розширені в таких напрямках: 1/ законодавче закріплення права захисника знайомитися з усіма матеріалами справи з моменту вступу в процес і брати участь у слідчих діях; 2/ надання захиснику права звертатися з клопотаннями і скаргами на дії і рішення обвинувальної влади в суд; 3/ забезпечення йому можливості самостійно збирати необхідну інформацію по справі.

Функція розв'язання справи на усіх стадіях процесу реалізується тільки судом. В стадії розслідування мировий суддя наділяється правом здійснювати контроль за законністю дій і рішень обвинувальної влади. До відання мирового судді належить:

- санкціонування застосування і продовження строку заходів прискіпання, особливо взяття під варту, проведення обшуків, виїмок, оглядів у помешканні, арешту кореспонденції;

- контроль за правильністю закриття і припинення кримінальних справ;

- розгляд скарг і заяв захисника, обвинуваченого, потерпілого та інших осіб у зв'язку з діями і рішеннями слідчого і прокурора;

- віддання обвинуваченого до суду згідно з обвинувальним актом прокурора.

Необхідно прийняти норми, які забезпечили б обвинуваченому, потерпілому, цивільному позивачу, цивільному відповідачу можливість відстоювати свої інтереси. При цьому, коли цей інтерес більш суттєвий, система гарантій його захисту повинна бути більш надійною.

Надзвичайно важливими для судочинства охоронного типу є дотримання твердих критеріїв допустимості доказів, для того щоб матеріали, одержані з порушенням /хоча б і ненавмисним/ процесуальних норм незалежно від їх важливості для викриття винуватого, не враховувалися.

Ступінь гуманності кримінального процесу, його відповідність своєму соціальному призначенню як гаранта від свавілля каральних органів держави може бути визначений такими критеріями:

1/ пріоритет процесуальних гарантій від необгрунтованого при-

тягнення до відповідальності і засудження перед правовими інсти- тутами, які переслідують інші безпосередні цілі;

2/ розподіл функцій обвинувачення, захисту і вирішення справи по суті між різними суб"єктами, які не залежать один від одного як юридично, так і організаційно; центральна роль суду в процесі;

3/ досягнення загального балансу процесуальних прав обвинувачення і захисту /при визначенні такого балансу необхідно мати на увазі, що надмірне звуження повноважень суб"єктів, які реалізують функцію обвинувачення, може мати негативні соціальні наслідки не тільки в плані підвищеного ризику ухилення від відповідальності осіб, які вчинили злочин, але й через небезпеку виникнення латентної процедури, яка підмінює собою законодавчо закріплену/; змагальна конструкція процесу;

4/ заміна суб"єктів, які приймають юридично значимі для результату справи рішення, на різних стадіях процесу; провідна роль суду, який здійснює контроль за попереднім розслідуванням і застосуванням заходів процесуального примусу;

5/ диференціація процесуальної форми залежно від категорії інкримінованого злочину і міра покарання, яка загрожує обвинуваченому; визнання права кожної особи, яка обвинувачується в учиненні злочину, на розгляд його справи у передбачених законом випадках судом присяжних;

6/ забезпечення права громадянина брати участь у реалізації судової влади; впровадження суду присяжних;

7/ наявність твердого регламенту, який регулює допустимість доказів, порушення якого позбавляє останніх юридичної сили.

Говорячи про моделі попереднього розслідування у майбутньому КПК України, важливо підкреслити, що в ідеалі необхідна безпосередня участь суду або судді в цій процесуальній стадії, зокрема, санкціонування ними арештів і слідчих дій, які пов"язані з обмеженням конституційних прав людини.

IV. Судова влада як носій функції розслідування злочинів.

У світі існують дві основні моделі організації розслідування злочинів - англо-американська і французька. Перша характеризується тим, що функція розслідування цілком і повністю покладена на виконавчу владу, перш за все на поліцію та інші органи державного управління /в США, наприклад, - на службу натуралізації, іміграції, митне управління та ін./. Особливість другої моделі - покладення функції роз-

• слідування тяжких злочинів на владу судову /слідчих суддів/ з залишенням в юрисдикції виконавчої влади /поліції, прокуратури/ дізнання як засобу розслідування найменш тяжких злочинів /кримінальних проступків і правопорушень/. До цієї моделі належало і судочинство дореволюційної Росії, де у 1860 р. був запроваджений інститут судових слідчих /у Франції вони зветься слідчими судьями/ - носії судової влади /до цього часу слідство веде поліція під наглядом прокуратури/. І хоча у 1917-1918 рр. цей інститут був ліквідований, залишення традиції бачиться у тому, що аж до 1929 р. народні слідчі перебували при судах і не підпорядковувалися прокуратурі /хоча поступово наглядні функції прокуратури зміцнювалися аж до повного поглинення нею слідчого апарату/.

Злочини, які будуть підсудні суду присяжних, розслідуються судовою владою, і з цією метою запроваджується посада слідчого судді або судового слідчого.

Запровадження посади слідчого судді не виключає необхідності мирової юстиції. Уявляється, що завдання мирового судді полягає: у підготовці кримінальних справ до судового розгляду; відданні до суду по справах, які підсудні суду присяжних /так зване попереднє слухання/; розгляді по першій інстанції кримінальних справ про незначні злочини і збирання доказів. Отже, слідчий суддя здійснював би попереднє розслідування сам або контролював би обвинувальну владу, а мировий суддя виконував би правосуддя або створював би передумови, необхідні для цього. Саме таким було співвідношення повноважень судового слідчого і мирового судді в дореволюційній Росії, де існували обидві ці фігури.

Слідчий суддя повинен володіти функціями дослідження обставин справи і прийняття процесуальних рішень. Поскільки обвинувальна функція йому не властива, він не міг би порушувати кримінальну справу "*in personam*", формулювати обвинувачення, складати обвинувальні акти /висновки/, виступати в суді по справах, які розслідуються. Усе це належить до компетенції прокурора - органу кримінального переслідування. Слідчий суддя, коли зібрав докази, яких достатньо для обговорення питання про пред"явлення обвинувачення, повинен був би повідомити про це прокурора і передати йому на якийсь час матеріали кримінальної справи. Прокурор міг би відмовитися від формулювання обвинувачення, що тягло б припинення справи, або сформулювати обвинувачення. В останньому випадку він у присутності і під контролем слідчого судді пред"являв би обвинувачення. Після

закінчення розслідування слідчий суддя міг би закрити справу, у тому числі і за реабілітуючою підставою, або передати її прокурору для складання обвинувального акта.

Очевидно, що в основі розподілу юрисдикції між слідчим судом, прокурором, поліцією лежить ретельно продумана концепція, яка спирається на теорію розподілу властей. Судова влада не виконує обвинувальних функцій і не підпорядкована прокурору, тоді як виконавча влада /прокурор, поліція/ здійснює кримінальне переслідування, формулює і підтримує обвинувачення, хоча і не приймає остаточних рішень по кримінальній справі. Три процесуальні функції, які взаємодіють, виявляються розподіленими вже на попередньому слідстві, що відрізняє змагальний кримінальний процес від інквізиційного. Вершина "трикутника" - слідчий суддя, його нижні кутові точки - обвинувачення і захист, рівноправні сторони, полеміка яких приводить у кінцевому підсумку до прийняття законних і справедливих рішень. Втім, цю систему не треба абсолютизувати, бо вона не може бути поширена на основну масу кримінальних справ про вчинки і правопорушення, які розслідуються органами дізнання під контролем прокурора. Проте ранній допуск захисника /з моменту затримання, арешту або першої явки обвинуваченого/ і контроль слідчого судді за законністю застосування заходів процесуального примусу дозволяють і тут у достатньо високій мірі гарантувати охорону прав і законних інтересів особи.

Відається перевага другій моделі попереднього розслідування, яка заснована на: а/ розширенні протокольної форми досудової підготовки матеріалів; б/ наданні прав органам дізнання по певній категорії справ.

Твердження про ліквідацію дізнання як особливої форми розслідування і досудової підготовки матеріалів у протокольній формі навряд чи допустимі. Питання мають бути сформульовані так: чи вписується дізнання в систему кримінального процесу або воно далеке від нього; чи забезпечує воно розкриття злочинів; чи додержуються при його проведенні права людини? На них необхідно дати позитивну відповідь. Цей факт, що всі основні процесуальні рішення суду, який проводить дізнання, підлягають затвердженню начальником органу дізнання, говорить не проти дізнання, а на його користь. Це не обмежує процесуальної самостійності особи, яка проводить дізнання, а виступає важливим гарантом законності і обґрунтованості рішень, які вона приймає. Дізнання, крім своїх безпосередніх завдань, ви-

• конус функцію підсистеми кримінально-процесуального впровадженні, яка служить послабленню напруженості у системі попереднього слідства.

Що стосується досудової підготовки матеріалів за протокольною формою, то до неї необхідно внести певні корективи /наприклад, порушення кримінальної справи органом дізнання, можливість участі у цьому впровадженні захисника/.

Заслужовує уваги положення § 34, 363, 12 КПК Австрії, відповідно до яких, прокурор з метою процесуальної економії може відмовитися від переслідування за окремі злочини особи, яка обвинувачується у скоєнні кількох злочинів, якщо призначене за їх вчинення покарання суттєво не впливає на остаточне засудження особи за вчинення найбільш тяжкого злочину.

Уявляються цікавими положення КПК Франції, відповідно до яких підозрюваний не має права на присутність захисника на такій ранній стадії процесу, як 48-годинний арешт, коли підозрюваний підлягає допиту поліцією або прокурором. Обвинуваченому повідомляється про право мати захисника тільки після ознайомлення з висунутим проти нього обвинуваченням у слідчого судді. Тільки після цього обвинувачений, якщо він заарештований, має право консультуватися з захисником. Останній має право бути присутнім на всіх допитах обвинуваченого і очних ставках із свідками, які проводяться слідчим суддею. Щодо матеріалів справи, то захисник перед такими допитами і очними ставками має право ознайомитися з матеріалами, які зібрані протягом 24 годин.

У зв'язку з цим викликають інтерес і заслуговують уваги докази, які наведені у доповіді заступника Прокурора Верховного суду Іспанії на міжнародній конференції у Мадриді /1989 р./ . Важко, зазначалось у цій доповіді, встановити абсолютну юридичну рівність між державою і особою на початковій стадії процесу. Причина цьому – початкові переваги, які одержала особа, що скоїла злочин, тобто фактично вже існуюча нерівність між ними на цій критичній стадії, нерівність, умисно створена злочинцем і за яку тільки він відповідає. Тому на початковій стадії для відновлення рівності сторін держава повинна мати деякі переваги, як мінімум, для одержання даних про злочин і винність особи, яка його скоїла.

Стаття надійшла до редакції 18 лютого 1994 р.