

## **І знову про «проблеми» нового КПК**

Не всі критики КПК змогли його осилити

20.02.2013 14:20

Олександр БАНЧУК, Центр політико-правових реформ

Після виходу моєї статті 7 міфів про новий КПК адвокат Олексій Баганець написав статтю у відповідь, де спробував довести не міфічність, а реальність описаних раніше проблем нового Кримінального процесуального кодексу.

Перед тим, як прокоментувати кожну із позицій шановного автора, хотілося б спростувати його попередні закиди щодо моєї «провладності», а також щодо непрогресивності і недемократичності нового процесуального закону.

Новий КПК не є витвором нинішньої влади

Висловлення своєї позиції про міфи навколо нового КПК зумовлена не моїми політичними вподобаннями, а причетністю до створення цього документу протягом 2006-2009 років. В той час робоча група Національної комісії зі зміцнення демократії та утвердження верховенства права (дорадчий орган при Президентові України) одночасно працювала над новим КПК і Концепцією реформування кримінальної юстиції, яка згодом була затверджена Указом Глави держави від 8 квітня 2008 року.

Отже, новий КПК не є витвором нинішньої влади. Адже цей проект вносився на громадське обговорення ще урядом на чолі з Юлією Тимошенко у жовтні 2009 року. Завершення процесу підготовки і ухвалення цього кодексу відбулося за нової влади. А про ступінь його прогресивності, на мій погляд, свідчать позитивні результати двох експертиз Ради Європи у 2007 і 2011 роках .

Ось витяг з висновку 2007 року: «У порівнянні із попередніми моделями проект КПК робить дуже великий крок уперед. Якщо він буде прийнятий у сьогоднішній редакції або, ще краще, зі змінами та доповненнями, внесеними з урахуванням пропозицій експертів Ради Європи, висловлених на «круглому столі» у Києві у вересні 2007 року, КПК безсумнівно суттєво відповідатиме нормам кримінального правосуддя, які діють у Європі» (професор Річард Воглер).

Недоліки нового закону

Залишаючись в цілому прихильником моделі кримінального процесу, передбаченої в новому КПК, цілком свідомий існування низки проблем у його реалізації.

Однак з описаних Олексієм Баганцем положень важливою проблемою вважаю лише порушення вимог Конституції України в частині можливості виступати захисником тільки адвокатам.

Адже Конституційний Суд України у справі про право вільного вибору захисника від 16 листопада 2000 року розтлумачив статтю 59 Основного Закону таким чином, що захисником може виступати як адвокат, так і інший фахівець у галузі права. Зважаючи на таке тлумачення Конституційного Суду і враховуючи досвід Німеччини, у проєкті КПК Нацкомісії пропонувалося визнавати захисниками адвокатів та інших фахівців у галузі права, які мають науковий ступінь кандидата чи доктора юридичних наук.

З інших семи описаних мною міфів автор намагався спростувати лише два.

Міф перший: анонімні доноси. Пан Баганець вважає, що анонімні заяви про вчинення кримінальних правопорушень допустимі.

КПК не містить таких положень, адже це не рівень регулювання для закону. Втім, ці правила встановлені в пункті 1.3 Розділу II Положення про порядок ведення Єдиного реєстру досудових розслідувань.

Навіть відсутність у законі процедури попередження про відповідальність заявника жодним чином не може впливати на дієвість статті 383 Кримінального кодексу про завідомо неправдиве повідомлення про вчинення злочину.

Міф другий: повноваження захисту. Адвокат Баганець не погоджується з моїм твердженням, що сторона захисту отримала надзвичайно широкі можливості у новому кримінальному процесі.

Відсутність окремого переліку повноважень захисника у КПК, крім іншого, зумовлена необхідністю уніфікації процесів. У цивільному, господарському, адміністративному судочинстві (статті 44 ЦПК, 28 ГПК і 59 КАС) міститься аналогічне формулювання, що представники виконують повноважень, які мають особи, яких вони представляють. Але це не стало причиною для заяв адвокатів, що вони не мають прав у відповідних провадженнях.

Сторона захисту отримала такі нові можливості:

- по-перше, клопотати про здійснення судового виклику особи для проведення її допиту (глава 11);
- по-друге, клопотати перед суддею про отримання доступу до речей і документів, які перебувають у інших осіб (глава 15);
- по-третє, клопотати перед суддею про допит свідка, потерпілого під час досудового розслідування (стаття 225). Це право захисту одночасно є відповіддю на несправедливе зауваження про неможливість допиту свідків;
- по-четверте, самостійно залучати експертів або клопотати перед слідчим суддею про проведення експертизи (статті 243, 244).

Можливість проведення цих заходів зовсім не залежить від позиції слідчого чи прокурора, оскільки клопотання сторони захисту подаються до суду і повинні бути ним розглянуті. Зобов'язати слідчого виконувати всі клопотання захисту є не виправданим. Якщо він не вважає з тактичних міркувань за необхідне провести певну слідчу дію (наприклад, слідчий експеримент), для чого змушувати його це робити? Якщо захист зловживатиме своїми правами, слідчий буде тільки те й робити, що виконувати клопотання захисту.

А можливість доступу захисту до матеріалів на будь-якій стадії провадження, передбачена частиною 1 статті 221 КПК, є лише додатковим механізмом забезпечення права підозрюваного знати зміст підозри.

Основним елементом реалізації цього права, гарантованого Європейського конвенцію про захист прав людини, є процедури судового контролю за застосуванням до підозрюваного заходів забезпечення провадження (обмеження у користуванні спеціальним правом, відсторонення від посади, вилучення і арешт майна) і запобіжних заходів (особистого зобов'язання, особистої поруки, застави, домашнього арешту, тримання під вартою). Застосування цих заходів неможливе без надання стороні захисту копій матеріалів, якими обвинувачення обґрунтовує своє клопотання до суду. У такий спосіб захист протягом провадження буде мати всі необхідні матеріали і без подання спеціального клопотання до слідчого, прокурора.

Нові «проблеми»

Олексій Баганець наводить перелік із 7 нових "проблем", які насправді такими не є. Більшість цих «проблем» були предметом обговорення на десятках семінарів, круглих столів, конференцій з 2006 року і відображають лише відмінність радянської ідеології кримінального процесу від нинішніх європейських стандартів у цій сфері.

«Проблема» перша. Ліквідація стадії порушення кримінальної справи. Через це тепер не можна оскаржити постанову про порушення справи і зупинити розслідування.

Історія засвідчує, що формалізованість початку розслідування з'явилася в СРСР у 1930-х роках і зберігається досі лише в країнах СНД. Але цей «демократичний» інститут не зупинив від сталінських репресій мільйони наших співвітчизників.

Натомість держави сталої демократії (Західної Європи) не знають цього інституту, а держави молоді демократії (Східної Європи) відмовилися від нього в останні десятиліття. Нарешті і Україна доєдналася до когорти цих європейських країн.

Крім того, у новому КПК закладений механізм, згідно з яким будь-яке обмеження прав людини (особистих чи майнових) повинно відбуватися лише на підставі санкції суду. Раніше слідчий складав формальну постанову про порушення справи у своєму кабінеті і після цього отримував законний карт-бланш на обмеження більшості прав осіб протягом тривалих строків.

«Проблема» друга. Неможливість повернення речей і документів, вилучених під час незаконно проведеного обшуку – через те, що в новому КПК нібито відсутня відповідна процедура і не встановлена відповідальність службових осіб.

Однак частина 7 статті 236 Кодексу встановлює, що вилучені під час обшуку предмети, на які не було попереднього дозволу суду, вважаються тимчасово вилученим майном (визначається главою 16). Обвинувачення зобов'язане негайно звернутися до суду про арешт цього майна або повернути його. В разі невиконання цього необхідно оскаржувати вказану бездіяльність на підставі пункту 1 частини 1 статті 303.

З приводу відповідальності, то вважаю, що КПК – не належний акт, в якому слід встановлювати відповідальності. За своїм змістом для цього підходять Кримінальний кодекс або Кодекс про адміністративні правопорушення.

«Проблема» третя. Проведення слідчим негласних слідчих дій.

Пістет перед постаттю слідчого має своє історичне пояснення. У Російській імперії з 1864 року існувала за французьким зразком посада судового слідчого, який, виходячи з назви, відносився до судової влади і міг проводити лише гласні дії. З 1920-х років слідчих перевели у підпорядкування органів виконавчої влади, зробили їх функціонально залежними від керівництва, але

залишили їм всі притаманні раніше судові повноваження. Це також пояснює неможливість слідчих в тодішніх умовах виконувати негласні дії.

Новий кодекс цілком правильно позбавив слідчих всіх судових за своїм змістом повноважень і перетворив їх на помічників прокурорів.

Тому жодних проблем, щоб нинішні слідчі за вказівкою прокурора виконували відкриті або таємні слідчі дії, немає. Виходячи з цього, у КПК (за прикладом європейських держав) і з'явилася окрема глава про негласні слідчі дії.

«Проблема» четверта. Залучення стороною обвинувачення «кишенькових» адвокатів для проведення окремих слідчих дій, внаслідок нібито відсутності у КПК вказівки на час попередження про проведення слідчої дії.

Насправді аналізована стаття 53 «Залучення захисника для проведення окремої процесуальної дії» не містить таких положень.

Однак глави 8 і 11 передбачають, що виклики і повідомлення повинні відбуватися, як правило, не пізніше ніж за три дні до призначеного дня. Якщо тільки завчасно повідомлений захисник не з'явився для проведення процесуальної дії, тоді сторона обвинувачення чи суд мають залучити іншого захисника за допомогою нової системи безоплатної правової допомоги, яка почала діяти з 1 січня цього року. Вона, переконаний, суттєво зменшує можливість сторони обвинувачення маніпулювати вибором захисника або виконувати їм роль «статистів». Адже конкретного захисника обирає не слідчий чи прокурор, а координатор у центрі правової допомоги. Список адвокатів сформований на конкурсній основі без участі представників прокуратури чи органів слідства.

«Проблема» п'ята. Право сторони обвинувачення на висунення додаткового обвинувачення під час судового розгляду. Це розглядається як дискримінація сторони захисту і повернення скасованого інституту додаткового розслідування.

Важливою гарантією від зловживань цим механізмом з боку прокуратури є положення частини 1 статті 339 про необхідність «тісного зв'язку» нового обвинувачення з первісним.

З іншого боку, стороні захисту надається додатковий час для підготовки своєї позиції щодо нового обвинувачення.

«Проблема» шоста. Допит свідка у суді під час досудового розслідування проводитиметься лише стороною обвинувачення, а отримані свідчення неможливо буде оскаржити в суді.

Стаття 225 нового КПК містить новий для України інститут «депонування доказів судом». Це означає: якщо існує небезпека, що певний доказ зникне, він ніби кладеться «на депозит» до суду для подальшого використання під час головного судового розгляду.

Наприклад, якщо існує небезпека вбивства, смерті свідка чи потерпілого, то його одразу ж допитують за участю судді.

До речі, ці повноваження мають обидві сторони провадження (як обвинувачення, так і захисту).

Якщо ж відповідна особа залишається живою до моменту основного судового розгляду, то суд зобов'язаний отримати її показання усно уже з участю підозрюваного, а не лише відтворити запис попереднього допиту.

Ця вимога ґрунтується на частині 1 статті 23 Кодексу.

Навіть якщо зазначена допитана особа не доживе до цього моменту, то і в цьому випадку сторона захисту перебуватиме у вигіднішому, ніж зараз становищі. Оскільки не зачитуватиметься протокол допиту, складений не зрозуміло за яких умов у кабінеті слідчого, а відтворюватиметься запис допиту, зробленого з дотриманням усіх процедур у відкритому судовому засіданні.

«Проблема» сьома. Показання з чужих слів як новий доказ у кримінальному провадженні.

Цей вид доказу вже давно існує у англо-американській правовій системі. Необхідність його запровадження у нас зумовлена запровадженням нових правил визнання допустимості доказів у виглядів показань осіб.

Відсутність цих правил привела б до ситуацій, коли суд не прийняв би до уваги показання очевидця (в тому числі лікаря), який перебував біля потерпілого перед його смертю одразу після вчинення нападу на нього і почув його слова про прикмети нападника (можливо, ім'я).

Для зменшення зловживань цими правилами кодекс встановлює чіткі обмеження для цього виду показань: вони повинні визначатися двома сторонами провадження (частина 4 статті 97); вони не можуть бути єдиним доказом (частина 6 статті 97).

Цей аналіз підтверджує мій попередній висновок про те, що не всі критики КПК змогли за короткий строк осилити цей «талмуд». Він вимагає детального вивчення, а не критику окремих, вирваних із контексту, положень.

Центр політико-правових реформ

Матеріали за темою

Для юросіб встановили кримінальну відповідальність

23.05.2013

Для юросіб встановлять кримінальну відповідальність?

23.05.2013

Нардепи вирішили, за що притягати до відповідальності юросіб

20.05.2013

Нардепи пропонують уточнити перелік нововиявлених обставин в КПК

13.05.2013

Киргизстан має намір перейняти досвід України при підготовці нового КПК

08.05.2013

Олійник: Ми дали можливість суду виносити виправдувальні вироки, яких мусить бути 30—40%

№17 (1107), 28.04—04.05.2013

На Херсонщині розбиралися з угодами та негласними діями згідно КПК

№17 (1107), 28.04—04.05.2013

Віктор Пшонка: Нам є чим пишатися, але про це відомо обмеженому професійними рамками колу осіб

№17 (1107), 28.04—04.05.2013

Нарада працівників прокуратури щодо стану впровадження КПК 19 квітня 2013 року (фото)

№17 (1107), 28.04—04.05.2013

Портнов: Проблеми, які виникають із застосуванням КПК пов'язані з пострадянським мисленням, небажанням опанувати нові технології, а іноді - з елементарними лінощами

№18-19 (1108-1109), 09.05—17.05.2013

Судді, адвокати та правозахисники: КПК потребує кваліфікованого застосування

№16 (1106), 21.04—27.04.2013

ВСС провів черговий відеосемінар із застосування положень КПК

22.04.2013

Новий КПК запобігає приховуванню заяв про злочини – Пшонка

22.04.2013

Президент відзначив особливу роль суддів у впровадженні КПК

19.04.2013

КПК скоротив втручання правоохоронців у приватне життя осіб - Президент

19.04.2013

Кримські законники вивчали КПК в режимі он-лайн

№16 (1106), 21.04—27.04.2013

Рада ухвалила закон про спеціальну конфіскацію

18.04.2013

Верховний Суд підготував коментар до розділів X та XI Кримінального процесуального кодексу

18.04.2013

Forbes назвав 6 бізнес-міфів нового КПК

17.04.2013

Практику застосування КПК обговорять 25 квітня у НАВС

17.04.2013 Коментарі

До статті поки що не залишили жодного коментаря. Напишіть свій — і будьте першим!