УДК 343.1

DOI 10.37566/2707-6849-2021-3(36)-8

Олександр ГАРСЬКИЙ,
суддя Малиновського районного суду м. Одеси
ORCID: 0000-0002-4815-2164

Світлана ДІДИК,
керуючий партнер
адвокатського об'єднання
«Ві. Ай. Джи. Лігал»
ORCID: 0000-0003-3789-7408

АНТИПАТЕРНИ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ: ФОРМИ ФІКСАЦІЇ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

«...Для тих, хто претендував на роль вчених і вчителів, було чималою вигодою встановити в якості принципу принципів те становище, що не можна ставити під сумнів принципи».

«Мати авторитет диктатора принципів і наставника незаперечних істин і примушувати інших на віру приймати за вроджений принцип все, що може слугувати цілям вчителя, – це чимала влада людини над людиною» [1, с. 151, 152].

Джон Локк

Антипатерн – термін запозичений з IT-індустрії, який за загальним змістом означає «погане рішення даної проблеми». Це, так би мовити, «шаблон, який говорить, як перейти від проблеми до поганого рішення, або, навпаки, шаблон, який розповідає, як перейти від поганого рішення до хорошого чи як уникнути поганого рішення» [2].

Цією публікацією ми розпочинаємо дослідження, яке стосується певних процедур кримінального процесу в Україні, що, на нашу думку, шаблонно застосовуючись, перетворились на погані рішення у предметних правових питаннях, у судових, слідчих і процесуальних діях. На нашу думку, вони стали обтяженням, яке не тільки руйнує завдання кримінального провадження, але й послаблює довіру до системи кримінального переслідування як інституту стримування і протидії у громадянському суспільстві.

Постановка проблеми. Сутність кримінальної процесуальної діяльності полягає у доказуванні. Доказування як система практичних дій полягає у збиранні, перевірці та оцінці доказів. Будь-яке процесуальне рішення, під час досудового розслідування, приймається на підставі отриманих органом досудового розслідування доказів. Оскільки розвиток кримінального процесуального доказування відбувається через теорію доказового права, необхідно визначити важливість в умовах тенденції змін у видах доказів, насамперед у документах-доказах, питання створення нових форм забезпечення доказів. Введення у кримінальний процес нових засобів фіксації фактів і обставин зумовлює обговорення таких ідей не тільки на теоретичному рівні, а й у площині практичного їх застосування під час здійснення кримінального провадження.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженню питання форми слідчих дій були присвячені роботи А. Столітнього, В. Трофименко, Д. Дабіжі, С. Карпушина, І. Цилюрик, О. Кравченко, Т. Балицького, А. Амеліної, О. Александрова, Т. Міхальчук та ін. Аналіз цих праць свідчить про теоретичне обговорення питання фіксації слідчих дій. Водночас досвід їх практичного застосування, а також предметна заміна письмової форми на аудіовідеофіксацію не досліджувалась, у тому числі з урахуванням кримінального процесуального законодавства інших держав.

Мета статті. Метою дослідження є показати неефективність деяких кримінально-процесуальних процедур (у даному випадку процесуальної форми під час здійснення слідчих дій) на фоні існуючого правозастосування. Незалежно від форм здійснення кримінального переслідування, будь-який процес вимагає постійного аналізу та вдосконалення. Тому тенденції до розвитку процесу є вкрай необхідними у будь-якому суспільстві не тільки задля забезпечення правозастосовувачів розумними засобами боротьби зі злочинністю, а й передусім задля належного захисту особи, суспільства та держави від правопорушень. Зміна у формі фіксації слідчих дій повинна показати більшу продуктивність та оперативність у забезпеченні кримінального судочинства належними та допустимим доказами.

Виклад основного матеріалу. На розвиток кримінального процесуального права України послідовно впливають зміни законодавства, і передусім зміни, які відбуваються в Кримінальному процесуальному кодексі України (далі – КПК України). З часу набрання законної сили Кодексом, з листопада 2012 року по

01 червня 2021 року, до нього було внесено 99 правок та змін. Динамічне життя, зміни в соціальному та економічному просторі держави, розвиток юридичної науки в напрямі застосування європейських цінностей, а також певні лобістські пріоритети послідовно приводили до необхідності змін чинного процесуального закону. Ті чи інші зміни в законі характеризують не тільки напрями державної політики у сфері боротьби зі злочинністю, але й відображають загальну тенденцію розвитку кримінального процесу. Не можна, дотримуючись певних правових ідеалів або, навпаки, ситуативних вигод, створювати закони, які змінюють життя людей, і при цьому не розуміти, що кожна зміна в законі має наслідком розвиток життя за вже новоствореною законодавчою парадигмою.

Зміни в законодавстві також зумовлені змінами між громадянином і державою. Традиційно після розпаду СРСР Україна, як і інші пострадянські держави, мала розвиток від диктатури правоохоронної системи, так би мовити від партикуляризму до універсалізму, тобто на розвиток прав особистості, європейських цінностей та розвитку системи стримувань і противаг між гілками влади. Не оминули зміни й систему державних органів, які здійснюють кримінальне переслідування, що, своєю чергою, призвело до лобіювання створення тих чи інших норм у КПК.

Очевидно, що на науковий розвиток кримінального процесу суттєво впливає практична діяльність органів досудового розслідування та суду. Не можливо собі уявити науку без практики, як і практику без науки.

У цьому аспекті варто зазначити, що КПК 2012 року дійсно змінив певні підходи в процедурній політиці органів, що здійснюють боротьбу зі злочинністю, завдяки зміні процесу доказування, з якого було виключено суд. Процесуальні норми були створені таким чином, щоб якнайбільше наблизити процес до класичного англійського, обвинувального (змагального). Безумовно, відмовитись на сучасному етапі розвитку держави від традиційної для романо-німецької правової сім'ї стадії досудового розслідування не можливо. Жодні соціальні, державні та громадянські інститути не готові для такої зміни. Можливо, навіть історичний розвиток України не вимагає такого підходу у реформуванні правової системи. Можливо, необхідно враховуючи досвід іноземних держав, створювати в Україні відповідні сучасні інститути ефективного судочинства, з урахуванням історико-правового розвитку нашої держави, з урахуванням правових і культурних традицій, а також геополітичного розташування. У будь-якому випадку метою змін повинно бути сприяння розвитку як правової системи держави, так і суспільства в цілому.

Для того, щоб кримінальний процес мав розвиток не ситуативний, суб'єктивно вигідний певним владним чи монопольним інституціям, необхідно аналізувати його правозастосування в умовах повсякденного життя.

Створюючи ту чи іншу норму в законі, законодавець очевидно має на меті загальнозначущі цінності та пріоритети. У нього не виникає жодних сумнівів у

правозастосуванні таких норм. Для нього все доволі очевидно і припустити інше не можливо, оскільки в іншому випадку постане питання доцільності створення таких норм закону.

Водночас життя і практика доводять, що «скільки голів, стільки і не тільки умов, але й стільки думок, міркувань та розумінь». І скільки б видатні законодавці не виписували норму закону, скільки не витрачали часу на виведення витонченої юридичної техніки побудови такої норми, саме життя завжди диктуватиме умови та середовище застосування закону.

Очевидно, треба намагатись вчитись не тільки правильно писати й читати, але й, головне, правильно, у даному випадку, розуміти, чого прагнув законодавець, створюючи і втілюючи у життя нормативні акти, які суспільні відносини таким актом регулюються та чи потрібно змінювати правозастосування в конкретних правовідносинах.

Аналізуючи норми КПК, не можна не звернути уваги, що в ньому дуже системно створені норми, які за своїм змістом спрямовані на захист прав особи, яка має статус підозрюваного та/або обвинуваченого. Не тільки загальні засади кримінального провадження, які виписані на кшталт принципів права, що використовують передові країни світу, але й рядові норми, наприклад, що регулюють проведення слідчих і процесуальних дій або які спрямовані на захист прав підозрюваного (обвинуваченого) під час застосування заходів забезпечення кримінального провадження, створюють тверду думку про те, що законодавець, маючи досвід всевладдя правоохоронних органів, намагався забезпечити людину, яка потрапила в поле зору кримінальних правовідносин, максимальним захистом від безмежної влади та авторитету сили таких органів. Очевидно та безсумнівно, що такі норми вкрай необхідні державі і перш за все суспільству.

Дев'ять років правозастосування КПК показало, що загалом нові норми, як би не просто вони не сприймалися практиками і науковцями, набули позитивного застосування у формах, які змогли втілитись на основі існуючих знань правозастосовувачів. Дещо різна інтерпретація і, як наслідок, різне застосування норм процесуального закону не змінюють його позитивного впливу на процес кримінального переслідування. Дізнавачі, слідчі та прокурори на фоні нових підходів у розслідуванні змогли більш ефективно використовувати кожен слідчу та процесуальну дію, намагаючись дотримуватись прав підозрюваного (обвинуваченого) у процесі доказування. Захисники, враховуючи принцип диспозитивності, а також дещо нові повноваження у зборі доказів, почали проявляти активність у реалізації своїх прав, трактуючи не тільки у своїх інтересах ту чи іншу норму, але й переконливо відстоюючи свою правову позицію на фоні об'єктивних даних кримінального провадження. Судді, незважаючи на величезну консервативність у мисленні, змогли по-іншому (більш незалежно та неупереджено) подивитись на процес доказування

і, найголовніше, змогли відсторонитись від такого процесу як активного учасника, залишившись незалежним спостерігачем подій, що досліджуються у суді.

Безумовно, ще існує чимало рутини в роботі як слідчих, прокурорів, адвокатів, так і суддів. Не завжди можливо побачити в судовому рішенні правове мислення чи розумну комбінацію норм закону, права й аргументації. Але ж і історія римського права свідчить, що принципи права не з'явилися одразу з появою правової думки. Цьому передувало багато століть розвитку як суспільства, так і соціального життя тієї цивілізації.

Потрібно ще багато років правозастосування задля розуміння об'єктивної картини доцільності й ефективності використання норм КПК. Натомість уже сьогодні можливо обговорювати ті інститути процесу, які є щонайменш обтяжливими за своїм змістом для правосуддя та кримінального процесу в цілому. Вони не є акциденціями в розумінні їх створення, існування і розвитку, вони є рудиментами за організацією і антипатернами за змістом у реалізації.

Якщо доказування полягає у збиранні, перевірці та оцінці доказів з метою встановлення обставин, що мають значення для кримінального провадження, відповідно до частини другої ст. 91 КПК, то відповідно процес доказування повинен бути детерміновано ефективним. Усе, що притаманне природі доказування (пізнання, осмислення, перевірка, оцінка і доведення), повинно гармонійно застосовуватись під час кримінального процесу незалежно від стадії такого процесу. Навпаки, дисгармонія існує там, де форма процесу створює перешкоди не тільки в її застосуванні, але й у розвитку процесу доказування.

Все, що шкодить процесу доказування, все, що стримує доведення фактів і обставин у кримінальному провадженні, повинно бути змінено або навіть виключено з правозастосування. При цьому такі зміни не можуть бути шкідливими для прав будь-якого учасника процесу, йдеться лише про форми й обряди, які, очевидно, втратили своє значення для процесу доказування.

КПК виділяє три форми фіксування кримінального провадження: 1) у протоколі; 2) на носії інформації, на якому за допомогою технічних засобів зафіксовані процесуальні дії; 3) у журналі судового засідання (ст. 103 КПК).

За змістом такі форми можливо поділити на документи, що створені на аркушах паперу, так би мовити, письмові, це протокол і журнал судового засідання та документи, які створені за допомогою технічних засобів фіксації (електронні).

Треба погодитись з висловлюванням «Тип процесу зумовлює ту концепцію справедливості, яка є затребуваною в даному суспільстві» [3]. Оскільки не можливо допустити, щоб українське суспільство не прагнуло до найвищої справедливості, яка може бути досягнута серед людей, треба розпочати розумні зміни процесу оформлення доказів більш технологічними, а відповідно й інформативними засобами. Не тільки розвиток кримінального процесуального права залежить від розвитку

технологій, але й усі галузі права так чи інакше схильні до впровадження науково обґрунтованих концепцій. Очевидно, і галузь кримінального процесу потребує впровадження нових інститутів фіксації доказів.

Аналізуючи зміст статей 103–107 КПК, а також глав 20, 21 КПК (Слідчі (розшукові) дії; Негласні слідчі (розшукові) дії), потрібно виділити концепцію переважання писемності над електронною фіксацією. Протокол був, є і, на жаль, залишається головним засобом фіксації слідчих та процесуальних дій. Ця форма фіксації превалює вже декілька століть, у тому числі свого ґрунтового вираження вона набула під час судової реформи 1864 року. Однак для того часу характерним все ж є усний процес доказування.

Якщо говорити про еволюцію розвитку доказів і доказування, то, безумовно, протокол, як один з видів доказів, починаючи з 20 вересня 1922 року до сьогодні, відігравав майже ключову роль у вирішенні кримінально-правового конфлікту за переважно більшою кількістю кримінальних правопорушень. Після жовтневого перевороту у 1917 році радянська влада визначила протокол одним із доказів, а, по суті, «головним доказом», за допомогою яких вирішувались кримінальні справи.

Порівняно зі Статутом кримінального судочинства 1864 року, де доказами визначені показання підсудного, показання свідків, експертиза, показання людей, речові докази, письмові докази [4], у КПК УСРР 1922 року доказами відповідно до ст. 62 були показання свідків, висновки експертів, речові докази, протоколи оглядів та інші письмові докази й особисті пояснення обвинуваченого [5]. Глава V цього Кодексу під назвою «Про протоколи», регулювала порядок складання протоколів, коло суб'єктів їх складання та зміст. Визначалось, що «протоколи обов'язково ведуться при слідчих діях, а також у розпорядчих та судових засіданнях» [5, с. 19]. Відповідно радянському суду часто надавались матеріали кримінальних справ у вже сформованих письмових документах – протоколах (протоколи допиту свідків, обвинуваченого, огляду, обшуків, виїмок).

Для судочинства за Статутом кримінального судочинства 1864 року принципово існувала інша процедура кримінального процесу. Оскільки, як відомо, для судочинства дореволюційного періоду першорядним був розгляд кримінальних справ судом присяжних, що зумовлювало створення судового розгляду на засадах усності, відповідно пріоритетним було надавати суду докази в усному вигляді. Незважаючи на наявність письмових доказів, за Статутом 1864 року, серед яких і мали місце протоколи, усність у їх дослідженні створювала гарантії безпосередності отримання інформації. Така форма судочинства очевидно позитивно впливала як на суб'єктів права (професійних учасників процесу), які при обміні думок набагато швидше розглядали кожну справу, так і на суспільство, яке отримувало належне, гідне, а головне ефективне судочинство. Кримінальний процес радянського періоду розвитку (можливо, занепаду) України зумовлював створення доказів слідчим

(дознавачем) у письмовому вигляді і саме в цій формі, суд (уже далекий від суду присяжних) розглядав кримінальні справи. Основою таких справ, як відомо, були протоколи (письмові докази). У такому вигляді про безпосередність дослідження доказів, на нашу думку, не могло бути й мови, оскільки суд досліджував усе, що створено людиною – слідчим (дознавачем). Загалом, наявність двох стадій кримінального процесу, досудового розслідування (або дізнання) та судового розгляду іноді створюють неможливим для суду безпосереднє дослідження доказів, у тому числі завдяки письмовим доказам – протоколам.

Не вдаючись у аналіз видів кримінального процесу, слід зазначити, що на певному етапі розвитку держави фіксування доказової інформації на папері було доцільним та ефективним засобом. Окрім функції збереження такої інформації, і так би мовити, її депонування на майбутнє, застосування такої форми надавало можливість перевірки дій особи, яка таку форму застосовувала. Більше того, іншої форми фіксування, як тільки за допомогою створення письмового документа із зображенням букв і цифр просто не існувало.

В умовах розвитку цифрових технологій, існування в кримінальному процесуальному законодавстві поняття «документ», який у тому числі є матеріальним об'єктом, що містить зафіксовані за допомогою звуку та зображення відомості, що можуть бути використані як доказ факту чи обставин, що встановлюються під час кримінального провадження (ст. 99 КПК), очевидно, вимагає необхідності зміни як засіб доказування. Щонайменше обставини життя і технологічний процес вимагають переосмислення такого процесу задля ефективного правосуддя.

Якщо ще декілька десятиліть тому відеофіксація мала дуже мінімальне застосування, навіть незважаючи на Указ Президії Верховної Ради Української РСР від 30.08.1971 року «Про внесення доповнень і змін до Кримінально-процесуального кодексу Української РСР» у частині застосування звукозапису при провадженні попереднього і судового слідства та кінозйомки при проведенні слідчої дії (ст. 85-1, 85-2 КПК 1960 р.), у теперішній час відеозапис стає майже основним доказом у кримінальних провадженнях. Можна цілком стверджувати, що відеозапис є не частиною життя людей, а є самим життям. Окрім безмежної кількості відеокамер на вулицях міста, як у межах державних і муніципальних програм безпечно місто, так і на приватних підприємствах, установах і організаціях, відеофіксація здійснюється майже постійно приватними громадянами для мети спілкування у соціальних мережах та в особистих інтересах. Відеозаписи створюються як спеціально, так і випадково, як штучно непрофесійно, так і на професійній основі, у тому числі засобами масової інформації. Відповідно ігнорувати такий розвиток подій або культивувати думку, що розвиток технологій відбувається у іншому вимірі і такий науковий прогрес не стосується сучасного кримінального процесуального законодавства України, є певним чином пситацізмом.

Повертаючись до аналізу норм КПК України, слід зазначити, що чинний процесуальний закон встановлює чотири види доказів, а саме показання, речові докази, документи, висновки експертиз (автори не поділяють думки щодо визначення для таких доказів поняття – процесуальні джерела доказів). Практика свідчить, що основними видами доказів на стадії досудового розслідування залишаються: 1) протоколи допитів підозрюваного, потерпілого, свідків; 2) протоколи слідчих дій, такі як протокол огляду (місця події, предметів, трупа); протокол обшуку; протокол пред'явлення особи для впізнання; протокол пред'явлення речей для впізнання; протокол тимчасового доступу до речей і документів (не є слідчою дією, але за змістом є засобом отримання доказу, як слідча дія – виїмка); 3) судові експертизи.

Револьюційна заборонна норма – частина четверта ст. 95 КПК України в частині неможливості обґрунтування рішення суду показаннями, наданими слідчому, прокурору, або посилаючись на них вивело показання як вид доказу у сферу діяльності лише суду. Відповідно органу досудового розслідування залишилась фіксація таких показань лише за допомогою протоколу.

Ключовою, як зазначено вище, є норма ст. 104 КПК (Протокол), яка в частинах першій і другій визначає: «У випадках, передбачених цим Кодексом, хід і результати проведення процесуальної дії фіксуються у протоколі. У випадку фіксування процесуальної дії під час досудового розслідування за допомогою технічних засобів про це зазначається у протоколі. Якщо за допомогою технічних засобів фіксується допит, текст показань може не вноситися до відповідного протоколу за умови, що жоден з учасників процесуальної дії не наполягає на цьому. У такому разі у протоколі зазначається, що показання зафіксовані на носії інформації, який додається до нього. Запис, здійснений за допомогою звуко- та відеозаписувальних технічних засобів під час проведення слідчим, прокурором обшуку, є невід'ємним додатком до протоколу. Дії та обставини проведення обшуку, не зафіксовані у записі, не можуть бути внесені до протоколу обшуку та використані як доказ у кримінальному провадженні».

Надалі предметні норми, які безпосередньо регулюють зміст і порядок проведення тих чи інших слідчих і процесуальних дій та встановлюють коло суб'єктів, які беруть участь у таких заходах, консеквентно імперативно орієнтують правозастосовувачів на складання під час слідчих і процесуальних дій протоколу.

Так, у частині шостій ст. 223 КПК (Вимоги до проведення слідчих (розшукових) дій) встановлено: «Під час проведення ... слідчої (розшукової) дії присутні особи, що її ініціювали, мають право ставити питання, висловлювати свої пропозиції, зауваження та заперечення щодо порядку проведення відповідної слідчої (розшукової) дії, які заносяться до *протоколу*». У частинах першій, четвертій, п'ятій ст. 228 КПК (Пред'явлення особи для впізнання) «Перед тим, як пред'явити особу для впізнання, слідчий, прокурор попередньо з'ясовує, чи може особа, яка впізнає, впізнати цю особу, опитує її про зовнішній вигляд і прикмети цієї особи, а також про обставини,

за яких вона бачила цю особу, про що складає *протокол*. Якщо особа заявляє, що вона не може назвати прикмети, за якими впізнає особу, проте може впізнати її за сукупністю ознак, у *протоколі* зазначається, за сукупністю яких саме ознак вона може впізнати особу». «Про умови проведення ... впізнання та його результати зазначається в *протоколі*». «При пред'явленні особи для впізнання особі, щодо якої згідно з цим Кодексом вжито заходів безпеки, відомості про особу, взяту під захист, до *протоколу* не вносяться і зберігаються окремо».

Стаття 231 КПК (Протокол пред'явлення для впізнання) взагалі встановлює зміст, форму та порядок складання протоколу пред'явлення для впізнання. У цьому контексті дуже важливо звернути увагу на частину третю зазначеної статті «Якщо проводилося фіксування ходу слідчої (розшукової) дії технічними засобами, до *протоколу* додаються фотографії осіб, речей чи трупа, що пред'являлися для впізнання, матеріали відеозапису».

У статті 236 КПК (Виконання ухвали про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи) у частині п'ятій зазначається (серед іншого): «Хід і результати особистого обшуку підлягають обов'язковій фіксації у відповідному *протоколі*». Далі у частинах 8, 9 цієї статті встановлено: «Особи, у присутності яких здійснюється обшук, при проведенні цієї слідчої (розшукової) дії мають право робити заяви, що підлягають занесенню до *протоколу* обшуку». «Другий примірник *протоколу* обшуку разом із доданим до нього описом вилучених документів та тимчасово вилучених речей (за наявності) вручається особі, у якої проведено обшук, а в разі її відсутності – повнолітньому членові її сім'ї або його представникові».

Під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій, які передбачені в главі 21 КПК, головною статтею, яка регулює фіксацію ходу і результатів негласних слідчих (розшукових) дій, є ст. 252 КПК, яка серед іншого встановлює: частина перша – «За результатами проведення негласної слідчої (розшукової) дії складається *протокол*, до якого в разі необхідності долучаються додатки». Частини друга, третя встановлюють також: «Проведення негласних слідчих (розшукових) дій може фіксуватися за допомогою технічних та інших засобів»; «*Протоколи* про проведення негласних слідчих (розшукових) дій з додатками не пізніше ніж через двадцять чотири години з моменту припинення зазначених негласних слідчих (розшукових) дій передаються прокурору».

Не вдаючись у деталізацію всіх норм КПК, які регламентують застосування протоколу, необхідно зазначити, що протокол, на жаль, як письмовий документ, є головним засобом фіксації інформації, фактів, обставин, які в подальшому використовуються органом досудового розслідування як доказ. Відео або аудіофіксація має право застосовуватись під час слідчих (розшукових) дій або процесуальних дій, однак за своєю роллю є другорядним доказом, який повністю залежить від протоколу. Практика свідчить, що визнання протоколу слідчої дії незаконним призводить

до автоматичного визнання додатків до протоколів, у тому числі аудіовідеозаписів недопустимими доказами.

Не погоджуючись з таким рудиментарним засобом доказування, як протокол, вважаємо за необхідне стверджувати, що значення такого виду доказу в сучасному житті щонайменше переоцінено. Допит особи, пред'явлення особи та речей і предметів для впізнання, огляд і обшук, аудіо-, відеоконтроль особи та навіть затримання особи можливо здійснювати у порядку, передбаченому кримінальним процесуальним законом, але головною формою фіксації таких слідчих дій можливо визначити аудіовідеофіксацію. Протокол як форма фіксації повинен бути лише документом, що фіксує основні процедурні дії слідчого (дознавача), прокурора при здійсненні таких заходів з отримання доказів і за своїм змістом є другорядним документом, який впливає лише на оформлення засобу доказування. За своїм змістом у такому випадку такий протокол повинен, наприклад, відповідати журналу судового засідання, який натепер лише фіксує загальні реквізити процесуальних дій суду, але головним засобом фіксації судового процесу залишається технічний засіб фіксування (аудіо-, відеозапис).

Є очевидним, що за своєю правовою природою під час здійснення слідчих дій відеозапис таких дій є першоджерелом, тому що безпосередньо фіксує дії суб'єкта доказування та інших учасників, які беруть участь у такій дії. Протокол за своїм змістом не може відобразити та передати той зміст, ті обставини і факти, що були предметом дослідження слідчого (дознавача) або прокурора, в силу свого обмеженого інформативного вираження. Відеозапис за своїм змістом може зафіксувати і надалі показати не тільки зміст дій, суб'єкта доказування та учасників процесу фіксації, а й навколишнє середовище, стан осіб, дійсну вербальну і невербальну поведінку всіх учасників. Інформативність такого відеозапису також пов'язана з більш детальною фіксацією загальної картини слідчої або процесуальної дії.

Ще однією особливістю цього засобу фіксації є його краща здатність депонувати інформацію, факти та обставини як доказ на майбутнє. Якщо, наприклад, під час огляду місця події слідчий у зв'язку із об'єктивними факторами (обмеженим часом, великою завантаженістю та ін.) не звернув уваги на певні деталі приміщення чи території, де здійснюється огляд, у нього є унікальна можливість за допомогою відеозапису доповнити матеріали провадження новими фактами та обставинами, які в подальшому можуть бути використані як доказ на доведення тих обставин, які потрібні у цьому провадженні. Те саме стосується й інших видів слідчих дій.

Дуже слушними є висновки колективу авторів монографії «Відеозапис слідчих дій», які серед іншого зазначають: «Значення відеозапису слідчих дій переоцінити складно. Подібна додаткова фіксація дозволяє: сконцентруватися слідчому саме на суті і цілях проведення слідчої дії, її тактичних прийомах, встановленні психологічного безпосереднього контакту з учасниками, а не його документуванні у вигляді

механічного складання протоколу; наочно необмежену кількість разів відтворити хід і зміст слідчої дії, а не тільки його результат, акцентувати увагу слідчого на деталях, які раніше були не помічені; фіксувати невербальні реакції учасника слідчої дії (міміку, ритм і впевненість мови, реакції на поставлені запитання, положення кінцівок і т. п.); проводити слідчі дії більш ефективно і наступально, не допускати порушень законодавства та етичних норм з боку всіх його учасників та ін.» [6].

Об'єктивність передачі інформації, що мало місце під час фіксації слідчих дій за допомогою відеозапису, не можна замінити жодним іншим засобом фіксації. Не треба виключати з процедури створення протоколів суб'єктивний погляд його творця.

«Протоколи слідчих дій містять інформацію, отриману і зафіксовану слідчим, у результаті пізнання ним за допомогою спостереження, дослідів, комунікації з людьми об'єктів і явищ, які, ймовірно, несуть на собі сліди злочину. Джерелом тут є слідчий У слідчих матеріалах зафіксовано те, що сприйняв слідчий ... Спотворення інформації – це об'єктивне явище. Кожен посередник у передачі інформації неминуче вносить свою інтерпретацію, свій сенс» [7, с. 72, 150].

Слідчий, здійснюючи досудове розслідування та створюючи письмові докази – протоколи, не позбавлений притаманної людській природі здатності помилятися. Так, сприймаючи усну інформацію від особи під час допиту, він, викладаючи її у письмовому вигляді, зафіксує таку картину подій, яку сприйняв особисто. На такий процес впливатимуть не тільки рівень освіти і культури, стаж роботи, досвід як професійної діяльності, так і життєвий; а й особисті фактори – пам'ять, увага, здатність висловлюватись та навіть емпатія. Усе це об'єктивні модуси, які є частиною кожної людини. Тому казати про ідентичну передачу інформації від слідчої дії до суду за допомогою протоколу не можливо. Якщо і казати про цінність доказової інформації, то, очевидно, вона буде більш об'єктивною та неупередженою у вигляді аутентичної фіксації такої дії, що може мати місце за допомогою аудіо-, відеозапису.

Наступним аргументом на користь застосування відеофіксації є її переконливість щодо письмових знаків на аркуші паперу. Людина завжди більше довіряє своїм безпосереднім відчуттям, які сприймає особисто. Кожний зможе пересвідчитись у такому порядку речей, збагнувши, як на нього впливають інформаційні відеоролики або перегляд відеофайлів з безпосереднім фіксуванням подій життя. Аудіовідеофіксація є тим засобом, який достеменно та об'єктивно зафіксує інформаційні обставини, які мали місце у дійсності. Сама по собі довіра як соціальна категорія впевненості у порядності завжди проходить перевірку на міцність у кожному кримінальному провадженні. Тому будь-який професійний суб'єкт кримінального процесу, здійснюючи оцінку та аналіз фактів і обставин, очікує максимальної об'єктивізації наданої інформації, а, як відомо, «найкращий спосіб прийти до істини – це

вивчати речі, як вони є в дійсності, а не вирішувати, що вони такі, як ми їх уявляємо собі самі або як нас навчили уявляти їх інші» [1, с. 211].

Застосування аудіовідеозапису під час здійснення досудового розслідування та дізнання є неминучим, оскільки розвиток технологій на сучасному етапі еволюції людини є неймовірним. Така форма фіксації, очевидно, полегшить роботу слідчих, дізнавачів та прокурорів, а під час судового провадження полегшить роботу суду як у дослідженні, так і в оцінці зафіксованого доказу. Можливі певні незручності в оформленні таких відеозаписів або в самому процесі фіксації чи певний сором'язливості під час фіксації своїх дій суб'єктом доказування. Натомість такі умовні порушення звичайного укладу роботи будуть лише перший час, надалі запропонована конструкція вочевидь позбавить рутинної, паперової роботи слідчого, яка в останні роки, на жаль, перетворена у монотонний, напружений процес процесуального документування, в якому мало місця для творчої роботи. Якщо навіть час на фіксацію фактів і обставин не зменшиться, пріоритетне значення такої форми над паперовим документом є очевидним з точки зору його верифікації. А можливість депонування інформації на майбутнє у такому аспекті лише надасть процесу доказування динамічності та об'єктивізації.

У цьому контексті слід пригадати реформу фіксації судового процесу, коли замість протоколу судового засідання був запроваджений спочатку аудіозапис, а потім аудіовідеозапис судових процесів зі створенням журналу судового засідання. Така реформа серед секретарів судових засідань і суддів вочевидь була сприйнята не втішно. Час довів, що застосування такого заходу фіксації є, безумовно, прогресивною формою, яка, окрім переваг у економії часу та об'єктивізації процесу фіксації судового дослідження доказів, створила об'єктивні умови перевірки дій суду та учасників судового провадження. Фактично така фіксація є гарантією правосуддя від зловживання правами сторонами у процесі.

Протокол як форма передачі інформації в умовах ХХІ століття не здатний забезпечити розумну передачу відомостей про об'єкти дослідження або спілкування. «Збереження писемності попереднього слідства і відповідно провідної ролі протоколів, складених слідчим, як джерел доказів стає пережитком не тільки в світлі змагальності, а й у зв'язку з розвитком нових технічних засобів передачі, накопичення інформації (електронної). Ефективність доказування в письмовому кримінальному судочинстві залежить від презюмування істинності відомостей, що містяться в протоколах слідчих дій» [7]. Натомість не можна об'єктивно презюмувати істинність відомостей з протоколу, з об'єктивних причин – неможливості точної передачі відомостей про спостережені явища.

«На зміну протоколу повинен прийти електронний документ у вигляді відеозапису слідчої дії, оперативно-розшукового заходу (гласної чи негласної слідчої дії). У сукупності з показаннями учасників дій, заходів відеозапис утворює єдиний доказ

факту», «Письмовий документ стає анахронізмом в інформаційному суспільстві, за повсякчасного поширення електронних гаджетів» [8, с. 111]. Треба визнати, що саме протокол не тільки як форма і засіб доказування, але й як безпосередньо доказ фактів і обставин став причиною деформації кримінального процесу. Не обтяжуючи себе необхідністю здійснювати пошук нових доказів у кримінальному провадженні, не здійснюючи заходів на отримання нових можливостей для доведення обставин кримінального правопорушення, слідчий, ідучи легким шляхом, створює доказ – протокол, який надалі сторона обвинувачення використовує як головний засіб доказування. Натомість дуже часто такі документи не доводять жодних юридичних обставин.

Наше дослідження не було б повним, як би ми не звернулись до кримінальних процесуальних законодавств інших держав, передусім Європейського Союзу.

Слід зазначити, що кримінальні процеси в Німеччині, Франції та Італії й досі мають форму фіксації доказів у вигляді письмового документа. Так, Наприклад, параграф 250 КПК Німеччини передбачає фіксацію показів свідка у протоколі [9]. КПК Італії не використовує термін «документ» (*documento*), вважаючи за краще говорити про документування (*documentazione*) – ст. 134 КПК Італії. Відповідно одним з видів документування є письмовий запис (ст. 234 КПК Італії) [10, с. 177]. КПК Франції також передбачає існування письмових документів як виду доказів, а саме протоколу, що складається співробітником поліції або особою, яка є відповідальною за виконання певних функцій – ст. 430 КПК Франції. Окрім того, КПК містить окремі спеціальні норми, які регулюють складання протоколу [11, с. 230, 231].

Разом з тим, слід зазначити, що кримінальні процесуальні закони цих держав не передбачають регламентації видів доказів, оскільки за теорією кримінального процесу доказувати правопорушення може будь-який засіб доказування і для цього не потрібно створювати штучно види або градацію доказів. Так би мовити, свобода у доказуванні передбачає будь-яку форму фіксації фактів і обставин, у тому числі аудіовідеозапис або електронний документ. Головними є й залишаються принципи права, які дають змогу використовувати в доказуванні найкращі докази задля доведення правопорушення. Відповідно, чи будуть для процесу доказування використовуватись письмові документи або електронні для правозастосовувачів зазначених країн, не має жодного значення, головними повинні бути якість, достовірність та належність такого доказу і можливість його розумної перевірки в умовах змагального судового процесу.

Так, показання свідків (для процесу Німеччини допит потерпілого є допитом свідка), які запротокольовані, є документами-доказами, однак можуть бути оголошені лише у виключних випадках (параграф 250 КПК Німеччини). При цьому записи на плівку є в системі доказування Німеччини якимось «гібридом»: з одного боку, внаслідок вимоги заслуховування вони є об'єктами «огляду»; з другого – узяття до

уваги ідейного змісту вимагає поводження з ними аналогічно як з документами. Використання інших засобів доказування відбувається відповідно до їх доказової цінності, що передбачає дотримання права особи (обвинуваченого) бути заслуханою в суді (тобто бути дослідженим, публічно в суді). Докази повинні збиратися прокуратурою і поліцією у формі, яка дає змогу використовувати їх у судовому розгляді (параграф 160 абз. 2 КПК Німеччини) [9], тобто у будь-якій формі – письмовій або електронній.

Сучасна кримінально-процесуальна доктрина Франції орієнтується на відмову від класифікації доказів. Вікова класифікація (поділ доказів на непрямі докази, письмові документи, показання свідків і визнання) не відповідає дійсній реальності у зв'язку зі зростанням ролі наукових методів, особливо генетичних, у розслідуванні злочинних діянь. У зв'язку з цим вимушено відбувається гіпертрофія категорії непрямих доказів, тому що в них включають все те, що не може бути віднесено до інших видів [11, с. 248, 249]. Окрім того, для кримінального процесу Франції важливе значення мають принципи права, серед яких необхідно виділити такі, які навіть не відомі сучасному кримінальному процесу України, наприклад принцип порядності. Принцип свободи доведення вимагає також дотримання вимог порядності, пропорційності і гідності. У правовій державі поліцейські і магістрати зобов'язані дотримуватися положень закону і гідність причетної до процедури особи, тобто три принципи: гідності, пропорційності, порядності. І хоча принцип порядності збирання доказів не включений до преамбули КПК (однак законодавець Франції припускав це), наявність цього принципу підтверджують численні рішення Касаційного суду, який, реалізуючи його, змушує магістратів і осіб, які проводять розслідування, дотримуватися не тільки букви, але й духу КПК [11, с. 252].

Усе це свідчить про важливість свободи в доказуванні і для чинного КПК України. Формальні обмеження, штучно створені утиски в нормах закону, призводять до рестрикції в діяльності суб'єктів доказування. Для процесу доказування в Україні дійсно важливим засобом є протоколи. Однак, на жаль, такий доказ завдяки певній деформації процесу, навіть за наявного законодавчого забезпечення усної змагальності превалює над будь-якими іншими засобами доказування. Можливо, саме завдяки зміні такої форми фіксації доказового факту буде змінюватись і процедура доведення такого факту в суді з письмової на усну.

Висновки. Підсумовуючи, треба зазначити, що:

- переважаючи в доказуванні у кримінальному процесі України письмова форма є рудиментом саме радянської правової системи, яка негативно позначається в тому числі на змагальному судовому провадженні;
- не можна уникнути в інформаційному суспільстві системних змін у формі фіксації та передачі інформації за допомогою сучасних електронних засобів;
- зміна форми фіксації фактів і обставин, які можуть бути використані як доказ у кримінальному процесі, є необхідною складовою розвитку системи доказування;

покращення системи доказування очевидно призведе до трансформації такого процесу з письмового на усний;

– аудіовідеофіксація слідчих і процесуальних дій є найменш обтяжливою, більш ефективнішою та економічно вигіднішою формою передачі на майбутнє доказової інформації.

Перелік використаних джерел

1. Локк Дж. *Опыт о человеческом разумении* (1671–1686 гг.). Москва: Мысль, 1985. Сочинения в трех томах. Том 1.
2. Антипаттерн. URL: <http://c2.com/ppr/wiki/JavaIdioms/AntiPattern.html>
3. Пиук А. В. Проблемы применения упрощённых форм разрешения уголовных дел в судопроизводстве РФ в свете типологии современного уголовного процесса. Томск: Издательство Томского университета, 2011. С. 57–61.
4. Фойницкий И. Я. Курс уголовного судопроизводства. Санкт-Петербург: Сенатская типография, 1910. Т. II. С. 259–304.
5. Уголовно-процесуальный кодекс УССР. Харьков: Юридическое издательство Наркомюста У.С.С.Р., 1925.
6. Скобелин С. Ю., Глушков М. Р., Волочай С. Н., Кузнецов С. Е. *Видеозапись следственных действий: учебное пособие*. Москва: Юрлитинформ, 2017. С. 57–58.
7. Александров А. С., Бостанов Р. А. *Использование производных доказательств в уголовном процессе: монография*. Москва: Юрлитинформ, 2013.
8. Пастухов П. С. *Доктринальная модель совершенствования уголовно-процессуального доказывания в условиях информационного общества: монография*. Москва: Юрлитинформ, 2015.
9. Шредер Ф. К., Феррел Т. *Уголовно-процессуальное право Германии / Перевод с нем. под ред. М. А. Кудратова*. Москва: Инфотропик Медиа, 2016. С. 76, 77.
10. Барабанов П. К. *Уголовный процесс Италии*. Москва: Спутник, 2019.
11. Барабанов П. К. *Уголовный процесс Франции*. Москва: Спутник, 2016.

References

1. John Locke FRS – English philosopher, *An Essay Concerning Human Understanding* (1671–1686), Mysl Publishing House 1985, Works in three volumes, Volume 1. [engl.]
2. Antipattern. URL: <http://c2.com/ppr/wiki/JavaIdioms/AntiPattern.html> [russ.]
3. A.V. Piuk – D.J.S., *Problems of using simplified forms of resolving criminal cases in the legal proceedings of the Russian Federation in the light of the typology of modern criminal procedure*. Tomsk University Publishing House, 2011. Pp. 57–61. [russ.]
4. I.J. Foinitsky (Legal scholar, criminologist, Professor Ordinarius), *Course of Criminal Procedure*. T.II. St. Petersburg: Senate Printing House, 1910, pp. 259–304. [russ.]

5. *The Criminal Procedure Code of the Ukrainian SSR. Legal Publishing House of the People's Commissariat of Justice of the USSR. Kharkov, 1925. [russ.]*
6. S.Y. Skobelin (PhD in Law, Associate Professor), M.R. Glushkov, S.N. Volochay (PhD in Law), S.E. Kuznetsov, *Video recording of investigative actions, Tutorial. Moscow: Yurlitinform Publishing House, 2017. Pp. 57–58. [russ.]*
7. A.S. Aleksandrov (D.J.S., Professor), R. Bostanov (PhD in Law), *An introduction of derivative evidence in criminal proceedings: Monograph. Moscow: Yurlitinform Publishing House 2013. [russ.]*
8. P.S. Pastukhov (PhD in Law, Associate Professor), *A doctrinal model for improving criminal procedural evidence in an information society: Monograph. Moscow: Yurlitinform Publishing House, 2015. [russ.]*
9. Schroeder F.-C. (D.J.S., Professor Emeritus), Verrel T. (D.J.S., Professor) *German Criminal Procedure Law / Translation from German. eds M.A. Kudratov. Moscow: From Infotropic Media, 2016. [russ.]*
10. P.K.Barabanov (PhD in Law, retired judge), *Criminal Procedure in Italy, On p. 460. Moscow : From Sputnik. 2019. [russ.]*
11. P.K.Barabanov (PhD in Law, retired judge), *Criminal procedure in France. On p. 510. Moscow: From Sputnik. 2016. [russ.]*

ГАРСЬКИЙ О., ДІДИК С. Антипатерни в кримінальному процесі: форми фіксації в кримінальному провадженні.

Форма процесу доказування визначає й форму здійснення правосуддя. Питання, яке досліджується у статті, є намаганням покращити процес доказування, завдяки зміні процесуальної форми фіксації у кримінальному провадженні. Головним засобом фіксації ходу і результатів проведення процесуальної дії в сучасному кримінальному провадженні є протокол. У статті автори намагаються показати залежність кримінальної процесуальної діяльності суб'єктів доказування та суду від протоколу, вплив цього засобу на сучасний процес доказування і робиться висновок, що вказаний «шаблон» є поганим рішенням у правозастосовній діяльності, тобто антипатерном.

Ключові слова: кримінальний процес, кримінальне провадження, кримінальна процесуальна діяльність, форми доказування, антипатерн.

ГАРСКИЙ А., ДИДЫК С. Антипаттерны в уголовном процессе: формы фиксации в уголовном производстве.

Форма процесса доказывания определяет и форму осуществления правосудия. Вопрос, который исследуется в статье, является попыткой улучшить процесс доказывания, благодаря изменению процессуальной формы фиксации в уголовном

производстве. Главное средство фиксации хода и результатов проведения процессуальных действий, в том числе и следственных действий, в современном уголовном производстве является протокол. В статье авторы пытаются показать зависимость уголовной процессуальной деятельности субъектов доказывания и суда от протокола, влияние указанного средства на современный процесс доказывания и делается вывод, что указанный «шаблон» является плохим решением в правоприменительной деятельности, то есть антипаттерном.

Ключевые слова: уголовный процесс, уголовное производство, уголовная процессуальная деятельность, формы доказывания, антипаттерн.

HARSKYI O., DIDYK S. Anti-patterns in criminal proceedings: forms of fixation in criminal proceedings.

The form of the evidentiary process also determines the form of administration of justice. The question of which was investigated in the article is a usual aspiration to improve the process of proving, thanks to the change of the procedural form of fixation in criminal proceedings. So far, the main means of fixing the course and results of a procedural action is a protocol. Even if the legislator necessarily provides video recording as an alternative form of fixation (for example, during the search), the protocol remains the main means of documenting the procedural actions of the body of pre-trial investigation. In the article the author tries to show the dependence of criminal procedural activity of subjects of proving and the court from the protocol, the influence of this means to the modern process of proving and makes a conclusion that the mentioned «pattern» is a bad decision in law-enforcement activity, that is antipattern. In addition, the evolution of the protocol as a form of fixation in criminal cases (pre-revolutionary period and the Soviet time), as well as a certain comparison of the existing procedural legislation of Ukraine and Western European countries in terms of forms of fixation in criminal proceedings and the impact of such forms on the process of proving is studied in a certain way. With the development of technology, as well as with the existing modern digital technology, including in the daily life of every person, it would be obvious to change this form of recording of criminal proceedings to audio-video recording. In addition to the effectiveness of such a means, the saving of procedural time of the preliminary investigation and the court should be taken into account. As for the issue of informativeness and preservation of information for the future, the advantages in such a form are obvious. Behind the antipattern there is always a place for a pattern, which, due to reasonable patterns, will be able to provide the state policy in the field of criminal prosecution with effective forms of means of proof.

Key words: criminal procedure, criminal procedure, criminal procedural activity, forms of proof, anti-pattern.