

УДК 343.13

DOI <https://doi.org/10.32847/ln.2022.17.06>**Макода В.Є.***кандидат юридичних наук,**доцент кафедри цивільного права**Навчально-наукового інституту права**Київський національний університет імені Тараса Шевченка*

ПОРЯДОК РОЗГЛЯДУ ЗАЯВ ПРО ВІДВІД СЛІДЧОМУ (СУДДІ) У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ.

ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ АСПЕКТИ НА АНАЛІЗІ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ

Метою статті є дослідження питання, щодо підстав та порядку розгляду слідчим суддею заяви про відвід слідчого, який проводить досудове розслідування у кримінальному провадженні.

Виклад основного матеріалу. Згідно з ч. 1, 2 ст.80 КПК України за наявності підстав, передбачених статтями 75-79 цього Кодексу, слідчий суддя, суддя, присяжний, прокурор, слідчий, захисник, представник, експерт, спеціаліст, перекладач, секретар судового засідання зобов'язані заявити самовідвід. За цими ж підставами їм може бути заявлено відвід особами, які беруть участь у кримінальному провадженні.

Відповідно до ч. 1 ст. 6 Європейської Конвенції про захист прав і основоположних свобод людини, кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом.

Згідно з правовими позиціями, висловленими у рішеннях Європейського суду з прав людини (надалі ЄСПЛ), який констатує порушення п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 04 листопада 1950 року, ратифікованої Законом України від 17 липня 1997 року N 475/97-ВР (далі – Конвенція), де зазначено, що кожна людина при визначенні її громадянських прав і обов'язків або при висуненні проти неї будь-якого кримінального обвинувачення має право на справедливий і відкритий роз-

гляд впродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, створеним відповідно до закону.

Крім того, в рішенні ЄСПЛ «Мироненко і Мартенко проти України», зокрема у п. 66, зазначено, що згідно з усталеною практикою ЄСПЛ наявність безсторонності має визначатися, для цілей п. 1 ст. 6 Конвенції, за допомогою суб'єктивного та об'єктивного критеріїв. За суб'єктивним критерієм оцінюється особисте переконання та поведінка конкретного судді, тобто чи виявляв суддя упередженість або безсторонність у даній справі. Відповідно до об'єктивного критерію визначається, серед інших аспектів, чи забезпечував суд як такий та його склад відсутність будь-яких сумнівів у його безсторонності (див., зокрема, рішення у справах «Фей проти Австрії» та «Веттштайн проти Швейцарії»). У кожній окремій справі слід визначити, чи мають стосунки, що розглядаються, таку природу та ступінь, що свідчать про те, що суд не є безстороннім (див. рішення у справі «Пуллар проти Сполученого Королівства»).

Згідно з п. 12 висновку № 1 (2001) Консультативної ради європейських судів для Комітету ОСОБА_4 Європи про стандарти незалежності судових органів і незмінності суддів при винесенні судових рішень, у відношенні сторін в судовому розгляді судді повинні бути безсторонніми, тобто вільними від будь-яких зв'язків, упередженості, які впливають або можуть сприйматися як такі, що впливають на

здатність судді приймати незалежне рішення. Значення цього принципу виходить далеко за конкретні інтереси визначеної сторони в якому-небудь спорі. Судова влада повинна користуватися довірою не тільки зі сторони сторін в конкретному розгляді, але і зі сторони суспільства в цілому. І суддя повинен бути не тільки реально вільним від будь-якого невідповідного зв'язку, упередженості або впливу, але він повинен бути вільним від цього і в очах розумного спостерігача. Інакше довіру до незалежної судової влади буде підірвано. Як показує судова практика, сьогодні, слідчі судді розглядаючи заяви про відвід слідчого, не завжди задовольняють її. Так, детективами Управління внутрішнього контролю Національного антикорупційного бюро України (надалі-УВК НАБУ) здійснюється досудове розслідування у кримінальному провадженні про вчинення провокації підкупу детективами НАБУ відносно адвоката, відповідальність за яке передбачено ст. 370 КК України. Потерпілий, у цьому кримінальному провадженні звернувся з заявою до суду про відвід детектива від участі у проведенні досудового розслідування. Ухвалою Солом'янського районного суду м. Києва від 05.02.2019р (справа № 760/30706/18) було задоволено заяву. Підставою для відводу детектива стало те, що під час досудового розслідування, були скасовані в судовому порядку за результатами розгляду скарг потерпілого 10 процесуальних рішень, які були ним винесені детективами. Крім цього, потерпілим було зафіксовано факт позапроцесуального спілкування детектива із заявницею, яка раніше надала згоду на співпрацю з детективами, відносно яких і проводиться досудове розслідування детективами УВК НАБУ.

На думку слідчого судді, це свідчить про існування сумнівів у потерпілого в об'єктивному розслідуванні детективом цієї справи та про упередженість і необ'єктивність його під час проведення досудового розслідування у даному кримінальному провадженні та які унеможливають у подальшому участь

детектива у здійсненні досудового розслідування.

У цьому ж кримінальному провадженні, потерпілий звертався з заявою про відвід детектива, але ухвалою Солом'янського районного суду м. Києва від 15.04.2020р (справа № 760/6430/20) у задоволенні заяви було відмовлено. Відмовляючи у задоволенні заяви, суд зазначив, що потерпілий, викладаючи підстави для відводу детектива, фактично не погоджується з процесуальними діями та прийнятими рішеннями детектива, а саме з постановою детектива про часткову відмову у задоволенні клопотання та постановою про закриття кримінального провадження, які були скасовані судом. Зазначені потерпілим підстави для відводу детектива не можуть свідчити про його упередженість під час здійснення досудового розслідування в даному кримінальному провадженні.

Також, підставами для задоволення заяви про відвід детектива на думку суду, є той факт, що під час проведення досудового розслідування, старшим групи детективів було винесено шість постанов про відмову у задоволенні клопотання потерпілого, які були в подальшому скасовані судом (ухвала Солом'янського районного суду м. Києва від 15.04.2020р (справа № 760/32244/19).

Під час проведення досудового розслідування у вчиненні кримінального правопорушення прокурором, відповідальність за яке передбачено ст. 370 КК України, слідчим не були виконані рішення слідчого судді, у зв'язку з чим, були внесені відомості до ЄРДР про вчинення слідчим кримінального правопорушення, відповідальність за яке передбачено ст. 382 КК України, крім цього судом були скасовані процесуальні рішення слідчого. Всі ці факти стали підставою для відведення слідчого від проведення досудового розслідування (Ухвала Печерського районного суду м. Києва від 18.10.2019р (справа № 757/51851/19-к).

Слідчий суддя, суддя (судді), на розгляд яких передається кримінальне провадження або справа, визначається у порядку, вста-

новленому частиною третьою статті 35 КПК України. Якщо після задоволення відводів (самовідводів) неможливо утворити новий склад суду, то вирішується питання про передавання кримінального провадження до іншого суду в порядку, передбаченому цим Кодексом.

Наслідки відводу слідчого, прокурора, захисника, представника, експерта, спеціаліста, перекладача визначені у статті 83 КПК України.

У разі задоволення відводу слідчого, прокурора у кримінальному провадженні повинні бути невідкладно призначені відповідно інший слідчий – керівником органу досудового розслідування або інший прокурор – керівником органу прокуратури.

Слід зазначити, що слідчий суддя розглядаючи заяву про відвід слідчого у якій потерпілим було зазначені аналогічні підстави для його відведення, які були зазначені в ухвалі Печерського районного суду м. Києва від 18.10.2019р (справа № 757/51851/19-к), відмовив у задоволенні заяви про відвід слідчого (Ухвала Печерського районного суду м. Києва від 23.11.2021р (справа № 757/55345/21-к).

Щодо розгляду заяви про відвід слідчого судді під час досудового розслідування, то і тут судова практика різна. Зокрема підставами для відводу судді можуть стати скасовані рішення апеляційною інстанцією, які виносилися суддею у цьому кримінальному провадженні. У зв'язку з цим, суддя, який підлягає відведенню, вже має наперед сформований погляд у даному кримінальному провадженні, оскільки раніше ухвалила рішення в якому висловила свою думку щодо нецільності проведення процесуальних дій у кримінальному провадженні, яке було скасовано у апеляційній інстанції (ухвала Солон'янського районного суду м. Києва від 05.12.2029р (справа № 757/32244/19, провадження № 1-кк/760/15381/19).

Цікавим є рішення слідчого судді Вищого антикорупційного суду (надалі-ВАКС), яким було відмовлено у задоволенні заяви про відвід іншого слідчого судді. Так, в ухвалі ВАКС

від 22.07.2022 (справа № 991/8249/21, пров. № 1-кк/991/2073/22) було зазначено, що у даному конкретному випадку не встановлено жодної обставини, як б викликала розумний, об'єктивно обґрунтований сумнів в неупередженості судді у зв'язку з розгляду ним в межах даного кримінального провадження другої заяви про самовідвід, поданої іншим суддею, з яким цей суддя у складі однієї колегії суддів розглядає по суті інше кримінальне провадження, яке пов'язане з цим кримінальним провадженням.

Слід зазначити, що слідчий суддя, у даному випадку розглядає заяву про відвід іншого судді, які на момент розгляду та винесення даного рішення, розглядають по суті інше кримінальне провадження, перебуваючи у складі колегії суддів, яке фактично пов'язано з даним кримінальним провадженням. Даний факт, може стати підставою для скасування майбутнього рішення суду.

Даний висновок, підтверджується Постановою ККС ВС від 11.08.2022р (справа № 70 8/638/19, пров. № 51-5267км19). Зокрема, скасовуючи вирок, колегія суддів зазначила, що закон визначає, що будь-яка участь судді у кримінальному провадженні під час досудового розслідування виключає його участь у цьому ж провадженні в суді першої, апеляційної і касаційної інстанцій, крім прямо передбачених законом виключень. Наведена норма закону не передбачає будь-якого розширеного тлумачення. Той факт, що колегія суддів апеляційного суду скасувала ухвалу слідчого судді виключно з процесуальних підстав, не може вважатися підставою для відступу від вимог закону, який не ставить недопустимість повторної участі судді в залежність від підстав прийняття судового рішення.

Зазначене узгоджується з правовою позицією Касаційного кримінального суду, викладеною у постановках від 18 лютого 2021 року (справа № 127/17123/19, провадження № 51-3517км20), від 30 червня 2022 року (справа № 679/999/18, провадження № 51-4531км21) та інших.

Відповідно до ст. 21 КПК України кожному гарантується право на справедливий розгляд та вирішення справи в розумні строки незалежним і неупередженим судом, створеним на підставі закону.

Вимога законності складу суду в конкретному судовому провадженні спрямована на забезпечення права на справедливий суд, закріпленого в ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року. У практиці Європейського суду з прав людини недодержання вимог щодо складу суду визнається порушенням положень п. 1 ст. 6 цієї Конвенції, про необхідність розгляду справи незалежним і безстороннім судом, установленим законом[1].

Крім того, закон покладає на слідчого суддю, суддю процесуальний обов'язок заявити самовідвід за наявності підстав, передбачених ст.ст.75-76КПК. За цими ж підставами їм може бути заявлено відвід особами, які беруть участь у кримінальному провадженні. У п.2.5 «Бангалорських принципів поведінки судді» (схвалені резолюцією 2006/23 Економічної та Соціальної Ради ООН від 27 липня 2006 року) зазначається, що суддя заявляє самовідвід від участі в розгляді справи в тому випадку, якщо для нього не є можливим винесення об'єктивного рішення у справі, або в тому випадку, коли у стороннього спостерігача могли б виникнути сумніви в неупередженості судді[2].

Анотація

Статтю присвячено аналізу процесуального статусу та процесуальних функцій слідчого судді у кримінальному провадженні України, зокрема під час розгляду ним заяв про відвід слідчого від участі у проведенні досудового розслідування. Продемонстровано, що процесуальний статус слідчого судді, не завжди, належно і в повній мірі використовується суддею, під час розгляду ним заяв та скарг сторін кримінального провадження. Також автор, звертає увагу, що така підстава для відводу слідчого, як наявність інших обставин, які викликають сумнів у його неупередженості є «розпливчатим», не чітким і надають суду можливість по-різному трактувати цю норму права. Зазначається, що кожний конкретний випадок індивідуальний, всі кримінальні провадження мають різні обставини, тому і рішення про заявлення відводу слідчому судді, судді, прокурору, слідчому, дізнавачу, експерту та іншим учасникам процесу підозрюваний (обвинувачений) приймає (разом зі своїм захисником або самостійно) за своїм внутрішнім переконанням, оцінюючи всі ризики та реальну користь від подання такої заяви.

Не можна не погодитися з В. Горожановою, що кожний конкретний випадок індивідуальний, всі кримінальні провадження мають різні обставини, тому і рішення про заявлення відводу слідчому судді, судді, прокурору, дізнавачу, експерту та іншим учасникам процесу підозрюваний (обвинувачений) приймає (разом зі своїм захисником або самостійно) за своїм внутрішнім переконанням, оцінюючи всі ризики та реальну користь від такого клопотання[3].

Суддя, який брав участь у кримінальному провадженні під час досудового розслідування, не має права брати участі у цьому ж провадженні в суді першої, апеляційної і касаційної інстанцій, при перегляді судових рішень Верховним Судом України або за нововиявленими обставинами[4].

Висновок:

На підставі вищевикладеного можна зробити висновок, що у більшості випадків, слідчий суддя розглядаючи заяви про відвід слідчого під час досудового розслідування, є вільним у використанні своїх прав у межах та у спосіб, передбачених КПК України і на свій власний розсуд надає оцінку доводам заявника.

Для задоволення заяви про відвід слідчого необхідно надавати суду докази, які беззаперечно підтверджують упередженість слідчого, що унеможливує проведення ним повного, об'єктивного та всебічного досудового розслідування.

Автор також звертає увагу, що закон визначає, що будь-яка участь судді у кримінальному провадженні під час досудового розслідування виключає його участь у цьому ж провадженні в суді першої, апеляційної і касаційної інстанцій, крім прямо передбачених законом виключень. Наведена норма закону не передбачає будь-якого розширеного тлумачення. При цьому факт, коли колегія суддів апеляційного суду скасувала ухвалу слідчого судді виключно з процесуальних підстав, не може вважатися підставою для відступу від вимог закону, який не ставить недопустимість повторної участі судді в залежність від підстав прийняття судового рішення.

У разі заявлення відводу слідчому судді або судді, який здійснює судові провадження одноособово, його розглядає інший суддя цього ж суду, визначений у порядку, встановленому частиною третьою статті 35 цього Кодексу.

Ключові слова: кримінальне провадження, заява, відвід, досудове розслідування, неупередженість, закон, суд.

Makoda V.Ye. The procedure of considering the applications on the investigation (judge) in criminal proceedings.theoretical and practical aspects on the analysis of judicial practice

Summary

The article is devoted to the analysis of the procedural status and procedural functions of the investigating judge in criminal proceedings of Ukraine, in particular, during its consideration of the application on the investigator's departure from participation in the conduct of the pre-trial investigation. It has been demonstrated that the procedural status of the investigating judge is not always, properly and fully used by the judge, during his consideration of the applications and complaints of the parties to criminal proceedings. The author also points out that such grounds for the investigator's dismissal are unclear and give the court the opportunity to interpret this rule differently. It is noted that each specific case of individual, all criminal proceedings have different circumstances, so the decision to declare the case of the judge's investigation, why the prosecutor, investigator, expert and other participants in the process, the suspect (accused) accepts (together with his defender or independently) his internal conviction, assessing all risks and the real benefits of submitting such a statement.

The author also draws attention that the law determines that any participation of the judge in criminal proceedings during the pre-trial investigation excludes his participation in the same proceedings in the court of first, appeal and cassation, except for the exceptions expressly provided by law. The rule of law does not provide any extended interpretation. At that, the fact that the board of judges of the Court of Appeal canceled the decision of the investigating judge solely on procedural grounds, cannot be considered a ground for departure from the requirements of the law, which does not impermissible the repeated participation of the judge depending on the grounds of the decision of the court.

In the event of a claim by an investigating judge or a judge who is conducting a trial of one person, it shall be considered by another judge of the same court, determined in the procedure established by part three of Article 35 of this Code.

Key words: criminal proceedings, application, dismissal, pre-trial investigation, impartiality, law, court.

Список використаних джерел:

1. Постанова ККС ВС від 11.08.2022р (справа № 708/638/19) URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/105774931>
2. Олексієнко Ю.Г. «Проблематика в інституті відводу (самовідводу) судді, слідчого судді, суду та характеристика складових елементів інституту відводу в кримінальному процесі України. URL: https://court.gov.ua/userfiles/14_11_2014.

3. Горожанова В. Відводи у кримінальному процесі. Користь чи шкода? URL:<https://id-legalgroup.com/blog/otvodi-v-ygolovnom-processe--polza-ili-vred-viktoriya-gorojanova>
4. Попелюшко В. Слідчий суддя у кримінальному провадженні: процесуальний статус та процесуальні функції. *Право України*. 2013. № 11. С. 145-154.