**Відгук офіційного опонента**

на дисертацію МЕЛЬНІЧЕНКА Максима Ігоровича

**«Кримінально-правова охорона порядку одержання доказів у кримінальному провадженні», подану на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук зі спеціальності 12.00.08 – кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право**

**(Київ, 2015. – 258 с.)**

**Актуальність теми, обраної для дисертаційного дослідження.** В Україні існує повсюдне незадоволення станом розслідування кримінальних справ. Багато в чому такий стан обумовлений нездатністю працівників органів досудового слідства отримати та належно зафіксувати докази у справі. У нас немає традиції святості показів, даних під присягою, вплив на учасників процесу з метою досягти «потрібних» показів чи висновків є звиклою справою. Водночас, суспільство гостро реагує на зловживання в ході досудового розслідування та судового розгляду. Таким чином, існує суспільний запит на одержання достовірних показів у кримінальних справах, вимога суспільства на застосування різноманітних заходів щодо осіб, які перешкоджають цьому.

Водночас, забезпечення достовірності показів є завданням, вирішення якого повинно здійснюватися з використанням кримінально-правових засобів. Чинне кримінальне законодавство передбачає цілий комплекс відповідних норм. Але як законодавча регламентація відповідальності за посягання на порядок одержання доказів у кримінальному провадженні так і застосування існуючих кримінально-правових засобів далекі від досконалості. Слід також відзначити, що стан теоретичної розробки відповідних питань характеризується, з одного боку, наявністю досить великої кількості публікацій багатьох авторів, а, з іншого, їх розрізненістю та нерівномірною увагою до окремих аспектів проблеми, наявністю не лише прогалин у дослідженнях, але і суперечливістю висновків авторів. Повсюдною вадою є явно недостатня увага до потреб практики та формулювання рекомендацій щодо правозастосування. Звісно, це відображається і на стані навчального процесу.

Все наведене вище свідчить про актуальність теми, обраної для дисертаційного дослідження, в соціально-політичному, законотворчому, правозастосовному, теоретичному та дидактичному аспектах.

Таким чином, злободенність дослідження теоретичних проблем кримінально-правової охорони порядку одержання доказів у кримінальному провадженні обумовлена цілим рядом факторів, які загалом достатньо висвітлені у вступі до дисертації М.І.Мельніченка та випливають із усього змісту його праці. У цілому це дає підстави стверджувати про актуальність дисертаційного дослідження «Кримінально-правова охорона порядку одержання доказів у кримінальному провадженні». Обрана тема цілком відповідає проблематиці кандидатських дисертацій зі спеціальності 12.00.08 – кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право.

Сказане підтверджується ще й тим, що обраний напрямок дослідження базується на відповідних державних програмах.

Наукові положення, висновки і рекомендації, сформульовані у дисертації М.І.Мельніченка «Кримінально-правова охорона порядку одержання доказів у кримінальному провадженні», **мають належний ступінь обґрунтованості,** оскільки вони базуються на значному обсязі зібраного матеріалу, який опрацьований із використанням широкого спектра наукових методів дослідження. Відзначаю зразкове описання дисертантом використаних ним методів наукового пошуку.

Автор вивчив значне коло опублікованих джерел, серед яких практично всі публікації, які безпосередньо стосуються теми його дисертації (список літератури нараховує 309 позицій). При цьому напрацювання попередніх дослідників теми дисертант використовує творчо і критично – систематизує позиції авторів, аналізує висловлені ними аргументи, пояснює, які положення він підтримує, а які заперечує, розвиває вже висловлені підходи.

Як на емпіричну базу свого дослідження М.І.Мельніченко посилається на матеріали судової практики (вивчено та узагальнено 68 вироків) та анкетування 230 працівників правозастосовних органів та науково-педагогічних працівників, статистичні дані ДСА України.

Загалом, твердження автора дисертації, його аргументація виглядають переконливими. Викладені у вступі та розділах основної частини роботи положення, які стосуються постановки проблеми в цілому, окремих її аспектів, належно показують, що відповідні питання є теоретично і практично важливими, не розроблені в науці, перспективні для дослідження.

**Достовірність наукових положень, висновків і рекомендацій, сформульованих у дисертації.** Належна обґрунтованість та достовірність отриманих результатів, висновків і пропозицій забезпечена широкою джерельною базою проведеного дослідження, опрацюванням значної кількості емпіричних матеріалів, використанням різноманітних методичних прийомів аналізу поставлених проблем, а також тим, що до однакових висновків приводить аналіз різних аспектів досліджуваної проблематики.

Свідченням достовірності наукових результатів дисертаційного дослідження М.І.Мельніченка «Кримінально-правова охорона порядку одержання доказів у кримінальному провадженні» є проведена ним апробація відповідних матеріалів. Дисертант належну увагу приділив оприлюдненню своїх ідей у періодичних виданнях та збірках наукових праць. З теми дисертації є достатня кількість публікацій. Результати дослідження неодноразово доповідалися на престижних наукових форумах.

**Новизна положень, які виносяться на захист**. Положення та висновки, заявлені дисертантом як такі, що є новими в теоретичному плані й важливими для юридичної практики, дійсно є такими. Офіційний опонент - автор цього відгуку - схвалює більшість положень, які висуваються на захист. Серед наукових ідей, які найбільше привернули увагу рецензента і за розробку яких дисертант заслуговує присудження наукового ступеня кандидата юридичних наук, слід виокремити такі:

- систематизація злочинів проти порядку одержання доказів у кримінальному провадженні;

- формулювання переліку потерпілих від примушування давати показання та включення до них осіб, щодо яких проводилися негласні слідчі дії;

- пропозиції щодо вдосконалення законодавчого формулювання підкупу учасників кримінального провадження;

- обґрунтування того, що штучне створення доказів обвинувачення не повинно визнаватися кваліфікуючою ознакою злочинів, передбачених ст.ст. 383 та 384 КК України;

- удосконалення рішення щодо моменту закінчення злочинів, передбачених ст.ст.383 та 384 КК України;

- рішення щодо тлумачення поняття інших тяжких наслідків щодо ч.2 ст374 КК України;

- міркування щодо того, що обвинувачення у вчиненні корупційного злочину повинно визнаватися кваліфікуючою ознакою злочинів, які посягають на порядок одержання доказів у кримінальному провадженні;

- обґрунтування ідеї про криміналізацію підроблення доказів;

- висновок, що тяжкі наслідки порушення права на захист мають інкримінуватися судді, який постановив завідомо неправдивий вирок, а не слідчому чи прокурору, які порушили право на захист.

У дисертації М.І.Мельніченка «Кримінально-правова охорона порядку одержання доказів у кримінальному провадженні» також висловлено цілий ряд інших положень, висновків, пропозицій, які є оригінальними, становлять собою розвиток або вдосконалення ідей, що стосуються проблеми цих злочинів у кримінальному праві України.

**Повнота викладу положень дисертації в роботах, опублікованих автором.** Матеріали дисертаційного дослідження всебічно і повно викладені в опублікованих працях дисертанта. У публікаціях достатньо відображені всі розділи дисертаційного дослідження. Автореферат дисертації ідентичний за змістом основним положенням самої дисертації.

**Важливість одержаних автором дисертації результатів для юридичної науки, правозастосовної та правотворчої практики та рекомендації щодо їхнього використання.** Висновки здобувача наукового ступеня щодо значущості його дослідження для науки і практики видаються правомірними.

Дисертаційне дослідження М.І.Мельніченка містить вагомі результати, які розв’язують конкретне наукове завдання, що має істотне значення для науки кримінального права України. Викладені в ньому наукові положення заповнюють ряд прогалин, які існували в теорії кримінального права, є основою для подальших досліджень, вдосконалення практики правозастосування, юридичної освіти. Таким чином, найбільш важливі наукові та практичні результати дисертаційного дослідження М.І.Мельніченка «Кримінально-правова охорона порядку одержання доказів у кримінальному провадженні» мають різнопланове значення для юридичної науки та практики і можуть бути використані так:

- у галузі правотворчості - при розробці відповідних нормативно-правових актів, зокрема, при підготовці норм, які регламентують окремі питання кримінальної відповідальності у кримінальному праві України;

- у навчальному процесі – при викладанні курсу кримінального права та ряду спеціальних курсів відповідного спрямування;

- у правозастосуванні результати цього дисертаційного дослідження сприятимуть піднесенню рівня роботи працівників правоохоронних органів та судів у сфері правозастосування. Це матиме місце як опосередковано - шляхом змін у законодавстві, підготовці кадрів із урахуванням відповідних теоретичних положень, так і безпосередньо, шляхом врахування практичними працівниками сформульованих у ході дисертаційного дослідження висновків, пропозицій, рекомендацій;

- у науково-дослідницькій галузі. Проведений М.І.Мельніченком аналіз показує перспективність подальшого вивчення цілого ряду питань, які в тій чи іншій мірі дотичні чи пересікаються з проблемою кримінально-правової охорони порядку одержання доказів у кримінальному провадженні. Положення, висновки і рекомендації, отримані в ході дисертаційного дослідження, можуть послужити базою для теоретичного аналізу цілого ряду більш конкретних питань.

**Позитивна оцінка рецензованої роботи в цілому та її окремих аспектів не виключає можливості і необхідності висунути ряд застережень, зауважень та побажань, поставити запитання, які повинні стати предметом дискусії в ході захисту дисертації.** Жодне із них не стосується концептуальних положень рецензованої праці. Усі висунуті критичні міркування полягають у зверненні уваги і спеціалізованої ради, і самого дисертанта, і на його надто категоричні твердження або ж положення, які обійдені увагою, хоча за логікою дослідження щодо них варто було б висловити свою позицію, або ж ті, щодо вирішення яких опонент має іншу точку зору, відтак, поважаючи право дисертанта висловлювати свою позицію, все ж вважає її неприйнятною.

Отже, перша група зауважень стосується категоричності певних тверджень дисертанта. Відтак висунуті ним положення вимагають, принаймні, уточнення.

Так, категоричним, а відтак, принаймні неточним, є твердження, відповідно до якого кримінальна відповідальність за вчинення злочинів проти порядку одержання доказів у кримінальному провадженні має ґрунтуватися на стандартах, закріплених у Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (ЄКПЛ). При цьому вказується на такий стандарт, як право обвинуваченого не свідчити *проти* себе (с.191).

Дисертант перебуває у полоні стереотипу, згідно якого європейські стандарти (у сфері кримінального судочинства зокрема), у тому числі й ті, що закріплені у ЄКПЛ, є повнішими, краще прописаними, чи, принаймні, не вужчими у порівнянні із відповідними стандартами у національному законодавстві. А, відтак, вітчизняному законодавцю слід обов’язково «підтягуватися» та «рівнятися» на оті євростандарти. Проте це буває не завжди.

Слід звернути увагу на те, що розробники ЄКПЛ та український законодавець демонструють неоднаковий підхід до вирішення питання про сферу права особи щодо надання інформації стосовно себе й інших осіб у кримінальному судочинстві. Недоліком відповідного положення Конвенції є те, що свобода від самовикриття (та викриття близьких родичів й членів сім’ї) розуміється надто вузько: як право особи не зізнаватися у вчиненні кримінального правопорушення (скоєного нею самою чи іншими особами, прямо вказаними у законі). Натомість відповідно до ст.63 Конституції України та ст.385 КК, не підлягає кримінальній відповідальності особа за відмову давати показання під час провадження досудового розслідування або в суді *щодо* себе, а також членів її сім'ї чи близьких родичів, коло яких визначається законом. «Використання тут словосполучення «*щодо себе*» (замість «*проти себе*» вжитого у ЄКПЛ) вказує на те, що будь-хто може відмовитися надавати як процесуально значущу інформацію, яка, ймовірно, буде використана для формулювання підозри чи обвинувачення, так і таку, що у конкретній ситуації може бути нейтральною (наприклад, дані про рівень своєї освіти, місце народження), або ж дані про людину, що, навпаки, позитивно свідчать про неї (але які вона, в силу певних причин, не хоче робити надбанням громадськості).

Отож, аналізовані норми вітчизняного законодавства як такі, що звільняють особу від обов’язку доводити не тільки свою невинуватість, але й будь-які інші обставини у справі, мають перевагу над відповідним положенням ЄКПЛ (оскільки надають більш широкі гарантії).

У ст.53 ЄКПЛ закріплено важливий принцип інтерпретації її норм: «Ніщо у цій [Конвенції](file:///C:\Documents%20and%20Settings\користувач\Мои%20документы\EuroCourt\Data\basic_documents\convention_1950_ukr\convention_1950.htm) не може тлумачитись як таке, що обмежує або порушує будь-які права людини та основні свободи, які можуть гарантуватися законами будь-якої Високої Договірної Сторони або будь-якою іншою угодою, стороною якої вона є». Іншими словами, якщо у [Конвенції](file:///C:\Documents%20and%20Settings\користувач\Мои%20документы\EuroCourt\Data\basic_documents\convention_1950_ukr\convention_1950.htm) (а так само і в практиці Європейського суду з прав людини) закріплено менші (вужчі) гарантії прав людини, аніж у національному законодавстві, то держава не може, посилаючись на [Конвенцію](file:///C:\Documents%20and%20Settings\користувач\Мои%20документы\EuroCourt\Data\basic_documents\convention_1950_ukr\convention_1950.htm) або тлумачення її норм, яке було здійснене Страсбурзьким судом, порушувати чи обмежувати права, передбачені національним правом.

А тому твердження дисертанта про те, що кримінальна відповідальність за вчинення злочинів проти порядку одержання доказів у кримінальному провадженні має ґрунтуватися на стандартах, закріплених у Конвенції, підлягає уточненню – доповнення вказівкою на те, що при цьому такі євростандарти не повинні бути вужчими відповідних гарантій, наданих учаснику процесу вітчизняним законодавцем.

Також надто категоричним є твердження про те, що свідок не може відмовитися давати показання (с.118). Це не відповідає дійсності і не стосується осіб, які мають право дипломатичної недоторканості, а також працівників дипломатичних представництв (ч.4 ст.65 КПК).

Автор дисертації також зазначає, що: «КПК передбачає випадки, коли певні особи не можуть бути допитані як свідки (ч.2 ст.65 КК). Тому не утворює складу злочину, передбаченого у ст.385 КК, відмова таких осіб від давання показань (наприклад, відмова священнослужителя давати показання стосовно відомостей, одержаних ним на сповіді віруючих» (с.143).

Таке твердження потребує уточнення. Адже захисник, представник потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача, законний представник потерпілого та цивільного відповідача, адвокати, нотаріуси, медичні працівники (або інші особи яким, у зв’язку з виконанням професійних або службових обов’язків, стало відомо про хворобу, медичне обстеження, огляд та їх результати, інтимну чи сімейну сторони життя особи), священнослужителі та журналісти можуть бути у письмовій формі звільнені від обов’язку зберігати довірену їм таємницю (ч.3 ст.65 КПК). У такому випадку їх можна допитувати як свідків. А у разі відмови таких осіб від обов’язку давати показання – вони можуть бути притягнуті до кримінальної відповідальності за ст.385 КК України.

Висуваючи зауваження, які відносяться до другої групи (щодо положень, які не піддані аналізу), офіційний опонент прагне показати, у\в яких напрямках варто було б продовжити дослідження. Мова не йде просто про «хотілки» стороннього спостерігача, а про питання, висвітлення яких випливає із завдань та цілей дослідження, розв’язання яких зробило б роботу більш цілісною та послідовною.

Тема дисертаційного дослідження «Кримінально-правова охорона порядку одержання доказів у кримінальному провадженні», як видається, вимагала обов’язкового з'ясування (чого автором не було зроблено) питання про доцільність встановлення законодавцем у ряді статей КК (ст.384, 385, 386 КК) відповідальності (нарівні з відповідними діями, вчиненими у ході діяльності органів, які застосовують кримінальний закон) за:

а) відповідні діяння свідка, потерпілого, експерта та перекладача) під час «проведення розслідування тимчасовою слідчою чи спеціальною тимчасовою слідчою комісією Верховної Ради України»,

б) а також за дії осіб, які перешкоджали явці цих учасників процесу на засідання зазначених комісій.

На думку опонента, комісії Верховної Ради України, за своєю суттю, аж ніяк не можуть претендувати на здійснення застосування кримінально-правових норм. Відповідно інформація, повідомлена уповноваженим комісіям ВРУ, у тому числі й та, що має значення для прийняття рішення у кримінальному провадженні, аж ніяк не може визнаватися доказом у справі адже:

- у КПК України 2012 р. нічого не говориться про роль таких комісій у розслідуванні кримінальних справ; отож, відповідні комісії не діють у належній процесуальній формі;

- щодо членів цих комісій не висуваються вимоги, що ставляться до працівників органів, які здійснюють застосування кримінально-правових норм (зокрема, щодо наявності юридичної освіти, стажу роботи за спеціальністю, складання кваліфікаційних іспитів тощо);

- оскільки вказані комісії не є елементом системи правозастосовних органів, щодо них не діють правила, які стосуються інстанційності розгляду кримінальних проваджень, можливості оскарження прийнятих рішень та їх перегляду;

- зазначені комісії не вправі застосовувати заходи процесуального примусу чи приймати рішення про призначення покарання, їх рішення не підлягають примусовому виконанню та не є загальнообов’язковими;

- законом не передбачено юридичну відповідальність членів спеціальних комісій парламенту за неналежне виконання своїх функцій чи допущені при цьому зловживання.

Ще одне положення такого ж типу. На с.98 дисертації її автор зазначає: «Згідно ч.1 ст.20 КПК право на захист окрім підозрюваного, обвинуваченого (підсудного) гарантується *також виправданому та засудженому.* Тому закономірно, що потерпілим від злочину, передбаченого ст.374 КК мали б визнаватися і ці сторони захисту у кримінальному провадженні. Тому вважаю за необхідне доповнити диспозицію ч.1 ст.374 КК вказівкою на *виправданого та засудженого».*

При цьому дисертант залишає поза увагою положення ч.1 ст.45 КПК (с.98 та100), яке більш широко (у порівнянні з ч.1 ст.20 цього ж Кодексу) визначає коло осіб, які мають право на захист, відносячи до них, зокрема, й *особу, щодо якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру (або вирішувалося питання про їх застосування*), а також *особу, щодо якої передбачається розгляд питання про екстрадицію*.

Чи не має наміру дисертант, з урахуванням вищенаведеного, розширити перелік осіб, які можуть бути визнані потерпілими від діяння, передбаченого ст.374 КК? Також не зрозуміло, на підставі чого стверджується (с.100), що «свідком не може визнаватися очевидець злочину»?

Далі. М.І. Мельніченко абсолютно виправдано та підставно (с.99) розмежовує поняття «право на захист» та «право на правову допомогу» (які співвідносяться як частина та ціле), вказуючи при цьому, що, до прикладу, потерпілий, цивільний позивач, цивільний відповідач, свідок наділені правом на правову допомогу.

Опонента цікавить, чи може ступінь суспільної небезпеки ненадання або іншого порушення права на правову допомогу (наприклад, при отриманні показань щодо свідка, який надалі буде визнаний підозрюваним, обвинуваченим у цьому ж кримінальному провадженні) досягати такого рівня, аби ставити перед законодавцем питання про віднесення такого роду діянь до злочинів?

Також у роботі вказано, що моментом закінчення злочину, передбаченого ст.384 КК, що полягає, зокрема, у дачі завідомо неправильного перекладу, є посвідчення перекладачем неправильності свого перекладу *у протоколі*. (с.10, с.148). Дисертант нічого не говорить з приводу того, що слід вважати моментом закінчення даного діяння, якщо воно вчинене у суді (де, як відомо, складається не протокол, а ведеться журнал судового засідання).

Офіційний опонент звертає увагу на те, що автор дисертації, аналізуючи об’єктивну сторону злочину, передбаченого ст.373 КК та таку її ознаку, як обстановка його вчинення («при допиті») справедливо вказує на те, що, згідно ч.1 ст.95 КПК, показаннями визнаються лише відомості, які надаються в ході такої слідчої дії як допит. А тому, - продовжує він, - обстановка вчинення злочину, передбаченого ст.373 КК, має залишатися у такій же редакції, як сьогодні (с.128 та с.188).

Однак примус до дачі процесуально значущої інформації можливий також при проведенні інших слідчих (процесуальних) дій – пред'явленні для впізнання (ст.228-230 КПК) та слідчого експерименту (ст.240 КПК). Ступінь суспільної небезпеки примусу при проведенні зазначених дій є аж ніяк не меншим, аніж примусу, застосованого в ході допиту. Інформація, яка відбирається в учасників процесу в ході пред’явлення для впізнання та слідчого експерименту, фіксується у протоколах відповідних дій. Останні ж є джерелом доказів, рівноцінними із показаннями (ст.94 КПК).

Тому, як видається, у дисертації слід було б розглянути й питання про кримінально-правову оцінку дій осіб, які здійснюють посягання на учасників процесу при повідомленні правоохоронним органам та суду процесуально-значущої інформації, яка не є показаннями.

Нарешті,  М.І. Мельніченко вказує на те, що насильство, як кваліфікуюча ознака примушування давати показання, характеризується й такою додатковою ознакою як часом застосування - насильство повинно застосовуватися під час проведення допиту (с.167). Якщо ж насильство застосовується до проведення допиту, то, як абсолютно вірно зауважено, дії особи потрібно кваліфікувати за ст.365 КК. Проте дисертант мав би проаналізувати, чи слід вважати таке рішення задовільним з огляду на те, чи відобразить застосування зазначеної норми повною мірою специфіку злочину щодо об’єкта посягання.

І завершальна, третя група зауважень, стосується положень, які опонент вважає такими, що не відповідають чинному законодавству, які мають бути вирішені інакше, ніж це зробив дисертант.

У дисертації трапляються бездоказові твердження, на підкріплення яких її автор не наводить будь-яких аргументів. Так, на с.138 дослідження вказано, що якщо особи, перелічені у ст.384 КПК, перед дачею ними процесуально-значущої інформації (висновку, перекладу чи показань) не були в офіційному порядку попереджені про відповідальність, що може наставати у разі вчинення зазначеного злочину, то притягувати їх до кримінальної відповідальності у разі допущення подібної поведінки не можна.

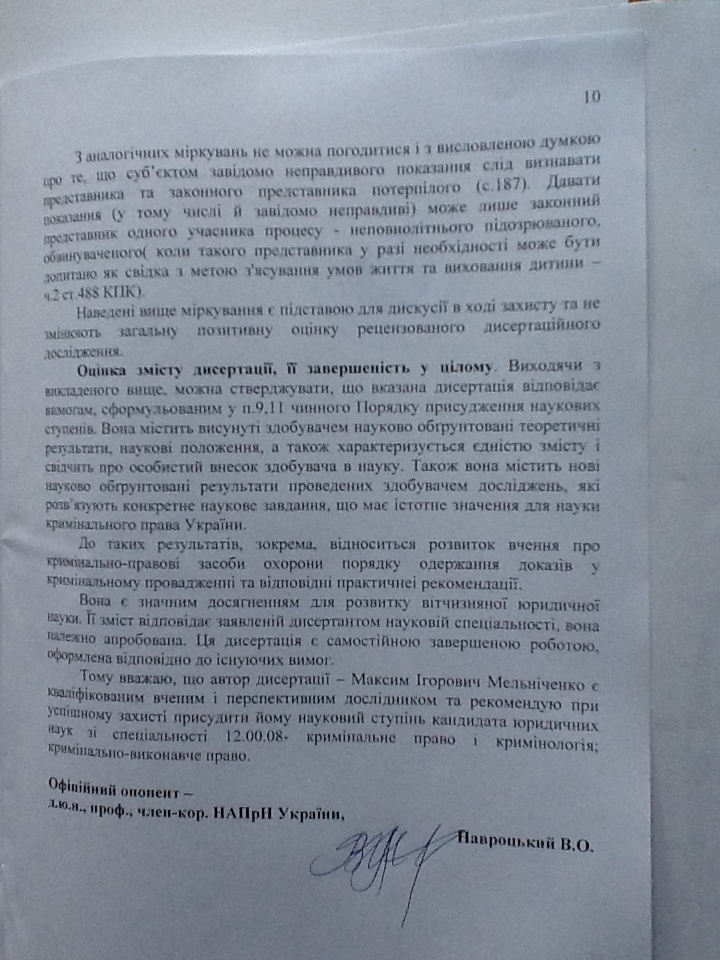
Водночас питання про те, чи має значення для утворення складу злочину дачі завідомо неправдивих показань, висновку чи завідомо неправильного перекладу попереднє попередження про кримінальну відповідальність за ст.384 КК України, є дискусійним. Передусім, незнання особою закону, виданого та оприлюдненого належним чином, не звільняє її від кримінальної відповідальності. До того ж, у диспозиції ст.384 КК України нема вказівки на попередження як на умову настання кримінальної відповідальності. А тому є більш ніж достатні підстави вважати, що в силу презумпції знання закону, обов’язок давати правдиві показання, висновок чи переклад покладено на відповідних учасників процесу незалежно від того, чи були вони попереджені про відповідальність чи ні; що попередження про таку відповідальність має важливе інформаційне та профілактичне значення, але не більше – небезпека неправдивих показань очевидна і загальновідома незалежно від того, чи було зроблене попередження.

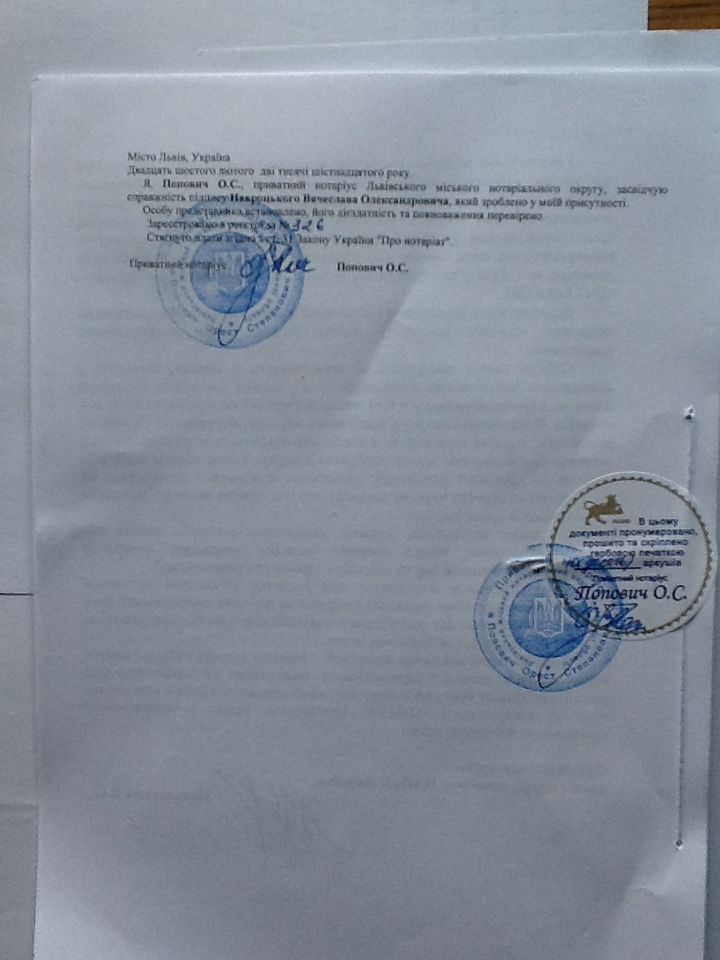
Хотілося б почути думку дисертанта з цього приводу.

Ставлячи питання про те, чи слід визнавати потерпілим від злочину, передбаченого ст.386 КК України, представника потерпілого та його законного представника (с.104-106, 114, 192), М.І. Мельніченко сам дає на нього відповідь: так, потрібно! При цьому він вказує, що «…процесуальний статус представника та законного представника потерпілого такий самий, як і самого потерпілого. А тому це ключова фігура у кримінальному провадженні. Відтак, вони повинні визнаватися потерпілими у складі злочину, передбаченому у ст..386 КК» (с.105-106).

З усього в цьому твердженні, опонент погоджується лише з тим, що зазначені учасники процесу є ключовими фігурами. Але аж ніяк не з тим, що їх правовий статус аналогічний статусу самого потерпілого. Законний представник потерпілого користується усіма процесуальними правами особи, яку він представляє*, за винятком процесуальних прав, реалізація яких здійснюється безпосередньо потерпілим і не може бути доручена представнику* (ч.2 ст.59 КПК). Зокрема, законний представник не може замість потерпілого реалізувати особисте право останнього на дачу показань. Аналогічно не може цього робити й представник за договором.

Тому виникає запитання, чи можна цих учасників процесу примусити до відмови від давання показань, до дачі завідомо неправдивих показань, якщо право на давання показань у них відсутнє? Певно, ні.



****