


ІРИНА ВАСИЛІВНА ГЛОВІЮК,

доктор юридичних наук, професор,
заслужений юрист України,
Львівський державний університет внутрішніх справ,
Інститут права,
кафедра кримінально-правових дисциплін;
 <https://orcid.org/0000-0002-5685-3702>,
e-mail: irynavasgluviuk@gmail.com

ТЛУМАЧЕННЯ ТА ЗАСТОСУВАННЯ СТАТТІ 404 КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ ЩОДО ІНІЦІАТИВНОСТІ СУДУ: СУДОВА ПРАКТИКА КАСАЦІЙНОГО КРИМІНАЛЬНОГО СУДУ

Досліджено питання тлумачення ч. 3 ст. 404 Кримінального процесуального кодексу України в частині ініціативності діяльності суду апеляційної інстанції щодо дослідження доказів: за клопотанням учасників судового провадження суд апеляційної інстанції зобов'язаний повторно дослідити обставини, встановлені під час кримінального провадження, за умови, що вони досліджені судом першої інстанції не повністю або з порушеннями, та може дослідити докази, які не досліджувалися судом першої інстанції, виключно якщо про дослідження таких доказів учасники судового провадження заявляли клопотання під час розгляду в суді першої інстанції або якщо вони стали відомі після ухвалення судового рішення, що оскаржується. Це зумовлено протилежним тлумаченням цієї норми судами, зокрема й Касаційним кримінальним судом Верховного Суду. Аргументовано правильність буквального тлумачення цієї норми.

З урахуванням виокремлених особливостей доказування на стадії апеляційного провадження, зокрема контрольного характеру та залежності від позицій учасників кримінального провадження, ч. 3 ст. 404 Кримінального процесуального кодексу України має бути витлумачена таким чином: коли без клопотання учасника кримінального провадження суд апеляційної інстанції досліджує обставини або докази, він тим самим виходить за межі скарги; якщо суд апеляційної інстанції виходить за межі скарги, він зобов'язаний дотримуватися обмежень, передбачених ч. 2 ст. 404 Кримінального процесуального кодексу України.

Зроблено висновок, що дослідження судом апеляційної інстанції доказів за власною ініціативою, без відповідного клопотання сторони провадження, для встановлення окремих обставин, що підлягають доказуванню, або надання іншої оцінки окремим доказам, які були оцінені місцевим судом, під час розгляду апеляційної скарги, поданої на погіршення становища обвинуваченого, є порушенням закріпленого у ст. 22 Кримінального процесуального кодексу України принципу змагальності сторін та свободи в поданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості та може свідчити про відсутність неупередженості та обвинувальний ухил суду в конкретному кримінальному провадженні.

Ключові слова: апеляційне провадження, суд, доказування, клопотання, дослідження доказів, змагальність, неупередженість.

Оригінальна стаття

ВСТУП. 3 квітня 2023 року у справі № 537/984/20¹ Об'єднана палата Касаційного кримінального суду Верховного Суду (далі – ОП ККС ВС) сформулювала висновок щодо складного

правового питання, пов'язаного з тлумаченням таких положень ст. 404 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України): «За клопотанням учасників судового провадження суд апеляційної інстанції зобов'язаний повторно дослідити обставини, встановлені під час кримінального провадження, за умови, що вони досліджені судом першої інстанції не повністю або з порушеннями, та може дослідити докази, які не досліджувалися судом першої інстанції, виключно якщо про

¹ Постанова Об'єднаної палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 03.04.2023 : справа № 537/984/20, провадження № 51-1747кмо22 // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/110144480> (дата звернення: 20.06.2023).

дослідження таких доказів учасники судового провадження заявляли клопотання під час розгляду в суді першої інстанції або якщо вони стали відомі після ухвалення судового рішення, що оскаржується». Причиною передання провадження для формулювання висновку була необхідність відступити від висновку про те, що дослідження доказів судом апеляційної інстанції за власною ініціативою, без відповідного клопотання сторін, за апеляційною скаргою поданою на погіршення становища, не є порушенням вимог кримінального процесуального закону; інша ж позиція полягала у тому, що таке дослідження доказів судом апеляційної інстанції становить істотне порушення вимог КПК України.

Питання тлумачення ст. 404 КПК України в більш ширшому контексті – доказування в апеляційному провадженні – не є новим для доктрини, адже його досліджували Н. Бобечко, О. Бринзанська, Д. Говорун, О. Кашка, Н. Кіцен, С. Ковальчук, О. Коровайко, В. Легких, В. Маринів, О. Острогляд, І. Смірнова, О. Яновська та ін. Утім, питанням ініціативи суду апеляційної інстанції, які постали перед Касаційним кримінальним судом Верховного Суду (далі – ККС ВС), присвячено лише статтю І. Басистої та О. Дроздова (2023).

У підсумку ОП ККС ВС сформульовано висновок: «Під час апеляційного розгляду за апеляційною скаргою прокурора, потерпілого чи його представника з вимогою щодо постановлення нового вироку, за наявності доводів про невідповідність висновків суду, викладених у судовому рішенні, фактичним обставинам кримінального провадження та/або неправильне застосування закону України про кримінальну відповідальність, суд апеляційної інстанції має право повторно дослідити обставини, встановлені під час кримінального провадження, безвідносно до того чи заявлено клопотання про повторне дослідження доказів»¹.

Утім, є і Спільна окрема думка трьох суддів, які вважають, що переконливим був би інший висновок: «Дослідження судом апеляційної інстанції доказів за власною ініціативою, без відповідного клопотання сторони кримінального провадження, для перевірки окремих обставин, що підлягають доказуванню, або надання іншої оцінки окремим доказам, які були оцінені місцевим судом, і покладені в основу вироку, під час розгляду апеляційної скарги, поданої на погіршення становища обвинуваченого, є порушенням як положень, на яких ґрунтуються засади змага-

льності та диспозитивності, так і норм, що їх конкретизують на стадії апеляційного провадження, а саме вимог частин 2, 3 статті 404, ч. 1 ст. 405 КПК, та є істотним порушенням вимог кримінального процесуального закону. У разі, коли в апеляційній скарзі висувається вимога про погіршення становища обвинуваченого, однак не зазначається клопотання про дослідження доказів, то така апеляційна скарга має бути залишена без руху, оскільки відсутність такого клопотання позбавляє апеляційний суд процесуальної можливості виправити помилки, допущені місцевим судом у частині повноти судового розгляду, відповідності висновків суду фактичним обставинам кримінального провадження, правильності застосування закону України про кримінальну відповідальність, зумовлених цими порушеннями. У випадку, коли апеляційний суд відкрив апеляційне провадження за апеляційною скаргою на погіршення становища особи, яка не містила клопотання про дослідження доказів у провадженні (п. 5 ч. 2 ст. 396 КПК), то під час виконання дій, передбачених статтями 342–345 КПК, він повинен роз'яснити таке право та після заявлення відповідного клопотання визначити обсяг доказів, які підлягають дослідженню»². Це підкреслює, по-перше, актуальність цього практичного питання; по-друге, різні підходи щодо тлумачення ст. 404 КПК України навіть у межах ККС ВС; по-третє, можливість уточнення і цього висновку в майбутньому.

МЕТА І ЗАВДАННЯ ДОСЛІДЖЕННЯ. Метою статті є формулювання наукової позиції щодо тлумачення та застосування ч. 3 ст. 404 КПК України у частині ініціативності діяльності суду апеляційної інстанції щодо дослідження доказів. Відповідно завданнями дослідження є: 1) виокремлення специфіки дослідження доказів та її меж; 2) аналіз аргументів щодо меж ініціативи суду апеляційної інстанції в доказуванні; 3) формулювання пропозиції щодо доктринального тлумачення ст. 404 КПК України.

МЕТОДОЛОГІЯ ДОСЛІДЖЕННЯ. У дослідженні застосовано комплекс методів наукового пізнання. Діалектичний метод дозволив

¹ Там само.

² Спільна окрема думка суддів ОСОБА_1, ОСОБА_2, ОСОБА_3 до постанови Об'єднаної палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 03.04.2023 : справа № 537/984/20, провадження № 51-1747кмо22 // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/110208422> (дата звернення: 20.06.2023).

виявити особливості доказування на стадії апеляційного провадження та межі ініціативності суду. Методи аналізу та синтезу дозволили сформулювати доктринальне бачення тлумачення ч. 3 ст. 404 КПК України. Системний метод сприяв оцінці ініціативності суду апеляційної інстанції як елемента системи його повноважень і продемонструвати їх зв'язок. За допомогою функціонального методу досліджено функціональну спрямованість діяльності суду апеляційної інстанції в доказуванні та її межі й умови. Метод історизму застосовувався при порівнянні підходів судової практики ККС ВС щодо доказування на стадії апеляційного провадження, зокрема безпосереднього дослідження доказів. Формально-юридичний метод використовувався при дослідженні положень кримінального процесуального законодавства України, інформаційного листа.

РЕЗУЛЬТАТИ ДОСЛІДЖЕННЯ ТА ДИСКУСІЯ. Як ключові особливості доказування на стадії апеляційного провадження можна виокремити такі: 1) контрольний характер (Гловюк, 2016, с. 58) (адже перевіряється судові рішення суду першої інстанції); 2) залежність від позицій учасників кримінального провадження (з урахуванням загального диспозитивного характеру визначення меж перегляду та нормативного змісту ревізійних елементів визначення таких меж); 3) можливість безпосереднього дослідження доказів (відповідно характеристики засобів збирання та перевірки доказів (Аркуша та ін., 2021, с. 43) та порядку дослідження (Кіцен, 2014, с. 152)); 4) можливість дослідження відомостей про факти, які не були предметом дослідження суду першої інстанції (Бобечко, 2013, с. 406); 5) можливість збирання доказів (Лукашкіна, 2012); 6) специфічне коло суб'єктів доказування та розмежування тягаря та обов'язку доказування; 7) особливості оцінки доказів, наслідком якої є постановлення нового вироку/ухвали; 8) неможливість надання доказам, які не досліджувалися судом апеляційної інстанції, своєї оцінки, відмінної від оцінки, наданої судом першої інстанції (Ковальчук, 2013, с. 417–418).

Формулювання ч. 3 ст. 404 КПК України в системному зв'язку з його іншими положеннями щодо апеляційного провадження (недопустимості повороту до гіршого, повноважень суду апеляційної інстанції, тлумачення істотності порушень кримінального процесуального закону та їх наслідків) викликає питання щодо того, яке правильне тлумачення в разі, коли в апеляційній скарзі йдеться про погір-

шення становища обвинуваченого (адже ч. 2 цієї ж статті дозволяє вийти за межі апеляційної скарги на користь обвинуваченого або особи, щодо якої вирішувалося питання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, та навіть осіб, в інтересах яких апеляційні скарги не надійшли).

Тлумачення ст. 404 КПК України надавалося у п. 11 листа Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про деякі питання порядку здійснення судового провадження з перегляду судових рішень у суді апеляційної інстанції відповідно до Кримінального процесуального кодексу України» від 21 листопада 2012 року № 10-1717/0/4-12¹, де було зазначено, що за наявності відповідного клопотання учасників кримінального провадження суд апеляційної інстанції зобов'язаний: повторно дослідити обставини, встановлені під час кримінального провадження, за умови, якщо вони досліджені судом першої інстанції не повністю або з порушеннями; дослідити докази, які не досліджувалися судом першої інстанції, лише в разі, якщо під час розгляду в суді першої інстанції було клопотання про дослідження таких доказів; дослідити докази, які стали відомими після ухвалення рішення судом першої інстанції. При цьому слід мати на увазі, що такі докази можуть бути подані учасниками судового провадження або витребувані судом за наявності відповідного клопотання учасника кримінального провадження при підготовці до апеляційного розгляду.

Ще до формулювання цитованого вище висновку ОП ККС ВС О. Яновська (Гончаренко та ін., 2012, с. 843) зауважила, що повторне дослідження обставин здійснюється лише за клопотанням учасників судового провадження. На думку О. Коровайка (Ківалов та ін., 2013, с. 735), повторно оцінювати докази апеляційний суд може лише в разі, якщо про це заявлено клопотання учасниками судового провадження. В. Маринів (Блажівський та ін., 2012, с. 208) вважає, що клопотання учасників судового провадження є умовою повторного

¹ Про деякі питання порядку здійснення судового провадження з перегляду судових рішень у суді апеляційної інстанції відповідно до Кримінального процесуального кодексу України : лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 21.11.2012 № 10-1717/0/4-12 // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v1717740-12> (дата звернення: 20.06.2023).

дослідження обставин. Р. Куйбіда (Банчук та ін., 2013, с. 728) зазначив, що повторне дослідження доказів проводиться за клопотанням, нові докази може бути досліджено також за клопотанням учасника судового провадження. І. Смірнова (2020) зауважує, що відсутність клопотання про дослідження доказів не зумовлює обов'язку апеляційного суду повторно досліджувати обставини, установлені під час кримінального провадження, та передумов для здійснення судом свого права дослідити нові докази, в такому разі апеляційний суд має переглядати кримінальне провадження в межах апеляційної скарги, виходячи із доказів, які наявні в матеріалах кримінального провадження.

Як бачимо, у доктрині загалом (до появи новітньої практики ОП ККС ВС) підтримувалася позиція про клопотання як умову повторного дослідження обставин, встановлених під час кримінального провадження, за умови, що вони досліджені судом першої інстанції не повністю або з порушеннями, та можливості дослідити докази, які не досліджувалися судом першої інстанції. Таке тлумачення повністю корелюється з юридичною технікою викладу ч. 3 ст. 404 КПК України, адже є формулювання «за клопотанням учасників судового провадження суд апеляційної інстанції», і надалі формулюються цитовані вище два повноваження суду апеляційної інстанції. Зауважимо, що в доктрині існують і пропозиції щодо уточнення повноважень суду апеляційної інстанції щодо дослідження доказів саме в контексті його ініціативи (Кіцен, 2016, с. 396).

Водночас слід звернути увагу на те, що положення про недопустимість погіршення становища обвинуваченого або особи, щодо якої вирішувалося питання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, міститься не в ч. 3, а в ч. 2 ст. 404 КПК України, що, на перший погляд, може викликати уявлення, що це положення на дослідження доказів не поширюється. Зауважимо, що ці положення теж неодноразово тлумачились у доктрині. Як пише Н. Бобечко (2016, с. 207), відповідно до ч. 2 ст. 404 КПК України суд апеляційної інстанції вправі вийти за межі апеляційних вимог, якщо цим не погіршиться становище обвинуваченого (або особи, щодо якої застосовано примусові заходи медичного або виховного характеру чи кримінальне провадження закрито). Це відбувається в разі виявлення апеляційним судом інших порушень закону (як процесуального, так і кримінального), не вказаних в апеляційній скарзі, але таких, що ставлять під сумнів правосудність оскарженого судового рішення, усунення яких

не погіршуватиме становища обвинуваченого (або особи, щодо якої застосовано примусові заходи медичного або виховного характеру чи кримінальне провадження закрито). У цьому разі суд вищої інстанції перевіряє судові рішення під кутом зору всієї системи апеляційних підстав, незважаючи на те, що в апеляційній скарзі були вказані лише деякі елементи цієї системи. Тож елементи ревізійного начала діють у тій частині, в якій становище особи, щодо якої проводився розгляд, може бути покращене. На його ж думку, положення ч. 2 ст. 404 КПК України надають суду вищого рівня повноваження, визнавши необґрунтованими процесуальні вимоги апелянта, одночасно змінити оскаржене судові рішення або його скасувати й у разі виявлення порушень, не вказаних в апеляційній скарзі, оскільки їх усунення спрямоване на покращення становища обвинуваченого (особи, щодо якої застосовано примусові заходи медичного або виховного характеру чи кримінальне провадження закрито) (Бобечко, 2016, с. 208). Позиція О. Кашки (2014, с. 134) полягає в тому, що суд апеляційної інстанції не зв'язаний доводами та вимогами апеляційної скарги і вправі вийти за межі апеляційних вимог, але лише якщо цим не погіршується становище обвинуваченого або особи, щодо якої вирішувалося питання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру. Але згідно з вимогами КПК України це є правом, а не обов'язком суду, крім одного випадку, коли він зобов'язаний це зробити: у разі, якщо розгляд апеляційної скарги дає підстави для прийняття рішення на користь осіб, в інтересах яких апеляційні скарги не надійшли, тоді суд апеляційної інстанції зобов'язаний прийняти таке рішення (ч. 2 ст. 404 КПК України). Зауважимо при цьому доволі дискримінаційне формулювання такого «виходу» суду апеляційної інстанції за межі апеляційної скарги: для тих учасників, хто навіть не подав скаргу, – це обов'язок, а для тих, хто ініціював перегляд судового рішення, – це право (хоча по суті є дискреційним повноваженням).

Водночас, коли без клопотання учасника кримінального провадження суд апеляційної інстанції досліджує обставини або докази, він тим самим виходить за межі скарги, адже саме в апеляційній скарзі згідно з п. 5 ч. 2 ст. 396 КПК України має бути зазначене клопотання про дослідження доказів. А отже, якщо суд апеляційної інстанції виходить за межі скарги, він зобов'язаний дотримуватися обмежень, передбачених ч. 2 ст. 404 КПК України, а саме: суд апеляційної інстанції вправі вийти за межі

апеляційних вимог, якщо цим не погіршується становище обвинуваченого або особи, щодо якої вирішувалося питання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру.

Натомість виваженою є позиція ККС ВС від 10 червня 2020 року (справа № 158/803/14-к): якщо апеляційний суд під час перевірки кримінального провадження в порядку апеляційної процедури вбачає можливу відсутність достатніх доказів для доведення винуватості засудженої особи в обсязі пред'явленого обвинувачення або можливість поліпшення становища такої особи в інший спосіб, він повинен за власною ініціативою безпосередньо дослідити необхідні докази, адже до цього спонукають завдання кримінального провадження та необхідність дотримання інших його засад, зокрема верховенства права, презумпції невинуватості й забезпечення доведеності винуватості¹.

Що стосується оцінки доказів, то вона є невід'ємним повноваженням суду апеляційної інстанції, чітко закріпленим ст. 94 КПК України, а отже, для того, щоб суд апеляційної інстанції здійснив оцінку доказів, жодного клопотання від учасників судового провадження не потрібно. Як пише Н. Бобечко (2016, с. 234), суд апеляційної інстанції здійснює оцінку доказів згідно із загальними правилами, встановленими ст. 94 КПК України. Самостійної статті, присвяченої особливостям оцінки доказів апеляційною інстанцією, кримінальний процесуальний закон не передбачає, а оцінці підлягають тільки ті докази, що пов'язані з оскарженою частиною судового рішення, якщо тільки суд апеляційної інстанції не скористається правом вийти за межі процесуальних вимог особи, яка подала апеляційну скаргу (Бобечко, 2016, с. 236). С. Ковальчук (2013, с. 415) вказує на обмеження вільної оцінки доказів лише перевіркою законності, обґрунтованості та вмотивованості судового рішення.

Касаційний кримінальний суд Верховного Суду наголошує, що суд апеляційної інстанції фактично виступає останньою інстанцією, яка надає можливість сторонам перевірити повноту судового розгляду та правильність встановлення фактичних обставин кримінального провадження судом першої інстанції, і це покладає на апеляційний суд певний обов'язок

¹ Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 10.06.2020 : справа № 158/803/14-к, провадження № 51-1952км18 // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89819699> (дата звернення: 20.06.2023).

щодо дослідження й оцінки доказів, але з урахуванням особливостей, передбачених ст. 404 КПК України (постанова ККС ВС від 14 листопада 2018 року, справа № 219/1410/16-к)², тим самим, на наше переконання, визнавши межі оцінки судом апеляційної інстанції доказів (до постанови ОП ККС ВС від 3 квітня 2023 року).

Водночас це питання слід розглядати ще й в аспекті безпосередності дослідження доказів, адже ККС ВС неодноразово висловлював позицію, що, виходячи з такої засади кримінального провадження, як безпосередність дослідження доказів (п. 16 ч. 1 ст. 7, ст. 23 КПК України), апеляційний суд не вправі давати доказам іншу оцінку, ніж та, яку дав суд першої інстанції, якщо доказів, наданих сторонами обвинувачення й захисту, не було безпосередньо досліджено під час апеляційного перегляду кримінального провадження. Отже, якщо апеляційний суд при перевірці кримінального провадження в порядку апеляційної процедури вбачає можливу відсутність достатніх доказів для доведення винуватості засудженої особи в обсязі пред'явленого обвинувачення або вбачає можливість поліпшення становища такої особи в інший спосіб, він повинен за власною ініціативою безпосередньо дослідити необхідні докази, адже до цього спонукають завдання кримінального провадження та необхідність дотримання інших його засад, зокрема верховенства права, презумпції невинуватості й забезпечення доведеності винуватості (постанова ККС ВС від 22 березня 2018 року, справа № 207/4103/14-к)³. Зазначалося також, що при апеляційному перегляді в суду не виникає обов'язку досліджувати всю сукупність доказів із дотриманням засади безпосередності, якщо він по-новому (інакше) не тлумачить докази, отримані в суді першої інстанції, однак якщо апеляційний суд переоцінює хоча б один доказ, здобутий у суді першої інстанції, він повинен безпосередньо дослідити всі інші докази з дотриманням вимог ст. 23 КПК України (постанова ККС ВС від 17 квітня 2018 року,

² Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 14.11.2018 : справа № 219/1410/16-к, провадження № 51-3997км18 // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78111231> (дата звернення: 20.06.2023).

³ Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 22.03.2018 : справа № 207/4103/14-к, провадження № 51-1037 км 18 // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/72970351> (дата звернення: 20.06.2023).

справа № 554/13101/15-к)¹. Висловлювалася й така думка: якщо в апеляційному суді постає питання про встановлення певного факту в інший спосіб, ніж це було здійснено в суді першої інстанції, тоді повнота дослідження доказів щодо цього факту має бути забезпечена в повному обсязі (постанова ККС ВС від 1 квітня 2021 року, справа № 676/1504/18)². Це доволі усталені підходи ККС ВС щодо доказування в апеляційному провадженні.

Утім, ОП ККС ВС навела такі основні аргументи на користь «необмеженого» підходу щодо дослідження доказів:

- доводи апеляційної скарги з посиланням на допущені судом першої інстанції істотні порушення вимог КПК України; неповне дослідження доказів, ненадання цим судом належної оцінки наявним у матеріалах кримінального провадження доказам як кожному окремо, так і в їх сукупності на підтвердження чи спростування винуватості особи в пред'явленому обвинуваченні, невідповідність висновків місцевого суду фактичним обставинам кримінального провадження, за своїм змістом є адресованим апеляційному суду зверненням про повторне дослідження обставин справи;

- використання під час апеляційного перегляду тих процесуальних можливостей, засобів і шляхів, що були застосовані за ініціативою учасників кримінального провадження під час судового розгляду, зокрема й безпосереднє дослідження доказів, наданих сторонами для дослідження і оцінки судом, не суперечить приписам статей 22, 26 КПК України;

- прокурор подав апеляційну скаргу, де заперечив правильність і повноту встановлених обставин та виклав відповідні доводи, при цьому порушив питання про ухвалення нового вироку за вчинення більш тяжкого кримінального правопорушення обвинуваченими, однак клопотання у скарзі про дослідження доказів не заявляв;

- з урахуванням вимог і доводів апеляційної скарги прокурора, поданої на погіршення

становища обвинувачених, повторне дослідження апеляційним судом обставин справи, зокрема шляхом безпосереднього дослідження вищезазначених доказів, які були оцінені місцевим судом, не є порушенням вимог ст. 396, частин 1, 3 ст. 404 КПК України³.

Зауважимо, що у ст. 396 КПК України щодо подання клопотання особою, яка подає апеляційну скаргу, про дослідження доказів із першого погляду сформульовано як право, зважаючи на те, що правом є саме подання апеляційної скарги. Утім, це спростовують положення ч. 3 ст. 404 КПК України, адже подання такого клопотання, по суті, стає обов'язком, якщо є потреба дослідити обставини та докази, бо наявне формулювання «за клопотанням учасників судового провадження». Тому відповідні норми мають бути витлумачені лише в такому змістовному зв'язку.

Спільна окрема думка містить інші аргументи, а саме: «У випадку коли апеляційний суд відкрив апеляційне провадження за апеляційною скаргою на погіршення становища особи, яка не містила клопотання про дослідження доказів у провадженні, то під час виконання дій, передбачених статтями 342–345 КПК, він повинен роз'яснити таке право та після заявлення відповідного клопотання визначити обсяг доказів, які підлягають дослідженню. Тобто перевірка доводів апеляційної скарги, поданої належним суб'єктом апеляційного оскарження, на погіршення становища особи, що може бути встановлено шляхом перевірки відповідності висновків суду фактичним обставинам провадження, неповноти судового розгляду чи неправильного застосування закону України про кримінальну відповідальність, зумовленого цими порушеннями, може бути здійснена лише за процедури дотримання принципів змагальності та диспозитивності»⁴. Таку позицію слід підтримати,

³ Постанова Об'єднаної палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 03.04.2023 : справа № 537/984/20, провадження № 51-1747кмо22 // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/110144480> (дата звернення: 20.06.2023).

⁴ Спільна окрема думка суддів ОСОБА_1, ОСОБА_2, ОСОБА_3 до постанови Об'єднаної палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 03.04.2023 : справа № 537/984/20, провадження № 51-1747кмо22 // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/110208422> (дата звернення: 20.06.2023).

¹ Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 17.04.2018 : справа № 554/13101/15-к, провадження № 51-1082км18 // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/73500696> (дата звернення: 20.06.2023).

² Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 01.04.2021 : справа № 676/1504/18, провадження № 51-934км20 // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96074946> (дата звернення: 20.06.2023).

адже вона повністю релевантна формулюванням ст. 404 КПК України та відображає межі повноважень суду апеляційної інстанції та їх арбітральний характер.

У доктрині є певна проміжна позиція, що ініціатива суду апеляційної інстанції щодо дослідження доказів є допустимою в ситуації, коли суд першої інстанції не досліджував ці докази, оскільки не мав про них відомостей під час прийняття власного рішення. Для суду є два варіанти отримання таких доказів, перший з яких полягає в тому, щоб суд безпосередньо витребував їх під час підготовки до апеляційного розгляду. Інший варіант – надати їх одному з учасників судового процесу. Для першої ситуації характерним є наявність відповідного клопотання одного з учасників. За інших вихідних умов і ситуацій, а саме коли є звернення, в якому йдеться про погіршення становища обвинуваченого, необхідно мати клопотання однієї зі сторін про недопущення порушення судом засад кримінального провадження, передбачених ст. 22 КПК України, при прояві ініціативи щодо дослідження доказів (Drozdov, Basysta, 2023, р. 30). Утім, якщо про докази стало відомо вже після вироку/ухвали суду першої інстанції, то ніщо не заважає указати про них в апеляційній скарзі або вже в апеляційному розгляді, пояснивши, чому про них раніше не було відомо. Крім того, постає питання щодо процесуального значення «клопотання однієї із сторін про недопущення порушення судом засад кримінального провадження, передбачених статтею 22 КПК України, при прояві ініціативи щодо дослідження доказів» (Drozdov, Basysta, 2023, р. 30), те, що саме має бути конкретизовано в клопотанні та як суд апеляційної інстанції його реалізовуватиме в разі задоволення.

ВИСНОВКИ. Ключовими особливостями кримінально-процесуального доказування у стадії апеляційного провадження, які впливають на визначення меж ініціативи суду в дослідженні доказів, є залежність від позицій учасників кримінального провадження та можливість безпосереднього дослідження доказів, специфічне коло суб'єктів доказування та розмежування тягаря й обов'язку доказування; особливості оцінки доказів, наслідком якої є постановлення нового вироку/ухвали. Зважаючи на те, що докази вже досліджувалися в суді першої інстанції, результати дослідження

детермінують і межі оскарження, і межі апеляційного розгляду. Отже, для чіткого, хоча і попереднього, визначення цих меж і передбачено, що в апеляційній скарзі зазначається клопотання особи, яка подає апеляційну скаргу, про дослідження доказів.

З урахуванням виокремлених особливостей доказування у стадії апеляційного провадження, зокрема контрольного характеру та залежності від позицій учасників кримінального провадження, ч. 3 ст. 404 КПК України має бути витлумачена таким чином: коли без клопотання учасника кримінального провадження суд апеляційної інстанції досліджує обставини або докази, він тим самим виходить за межі скарги; якщо суд апеляційної інстанції виходить за межі скарги, він зобов'язаний дотримуватися обмежень, передбачених ч. 2 ст. 404 КПК України. Як наслідок, надання іншої оцінки окремим доказам, що були оцінені місцевим судом, під час розгляду апеляційної скарги, поданої на погіршення становища обвинуваченого, суперечить ст. 404 КПК України та є порушенням ст. 22 КПК України.

Логічним наслідком такого підходу є доктринальне тлумачення, що дослідження судом апеляційної інстанції доказів за власною ініціативою, без відповідного клопотання сторони провадження, для встановлення окремих обставин, що підлягають доказуванню, або надання іншої оцінки окремим доказам, які були оцінені місцевим судом, під час розгляду апеляційної скарги, поданої на погіршення становища обвинуваченого, є порушенням закріпленого у ст. 22 КПК України принципу змагальності сторін та свободи в поданні ними суду своїх доказів і в доведенні перед судом їх переконливості та може свідчити про відсутність неупередженості та обвинувальний ухил суду в конкретному кримінальному провадженні.

Таке тлумачення зумовлено й публічним характером діяльності прокурора при підтриманні публічного обвинувачення, адже, відстоюючи, на його думку, необґрунтованість вироку чи ухвали, він має *ex officio* вжити всіх процесуальних заходів, передбачених КПК України, задля відстоювання своєї позиції, зокрема заявити клопотання про дослідження доказів.

СПИСОК БІБЛІОГРАФІЧНИХ ПОСИЛАНЬ

1. Бобечко Н. Р. Апеляційне та касаційне провадження у кримінальному судочинстві України : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.09. Львів : Львів. нац. ун-т ім. Івана Франка, 2016. 498 с.
2. Бобечко Н. Р. Особливості кримінального процесуального доказування у стадіях апеляційного та касаційного провадження // Актуальні проблеми доказування у кримінальному провадженні :

матеріали Всеукр. наук.-практ. інтернет-конф. (м. Одеса, 27 листоп. 2013 р.) / відп. за вип. Ю. П. Аленін. Одеса : Юрид. літ., 2013. С. 401–407.

3. Гловюк І. В. Кримінально-процесуальні функції: теоретико-методологічні засади і практика реалізації : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.09. Одеса, 2016. 602 с.

4. Доказування в сучасному кримінальному провадженні : навч.-метод. посіб. / Л. І. Аркуша, Ю. П. Аленін, В. К. Волошина та ін. ; Нац. ун-т «Одеська юридична академія». Одеса : Фенікс, 2021. 108 с. DOI: <https://doi.org/10.32837/11300.16149>.

5. Кашка О. С. Повноваження суду апеляційної інстанції в кримінальному процесі України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2014. 279 с.

6. Кіцен Н. В. Доказування у стадії апеляційного провадження за КПК 2012 р. *Вісник Чернівецького факультету Національного університету «Одеська юридична академія»*. 2014. Вип. 1. С. 146–154.

7. Кіцен Н. В. Дослідження доказів у стадії перегляду судових рішень в апеляційному порядку: окремі питання. *Вісник Чернівецького факультету Національного університету «Одеська юридична академія»*. 2016. Вип. 2. С. 384–398.

8. Ковальчук С. О. Особливості оцінки доказів судом апеляційної інстанції // Актуальні проблеми доказування у кримінальному провадженні : матеріали Всеукр. наук.-практ. інтернет-конф. (м. Одеса, 27 листоп. 2013 р.) / відп. за вип. Ю. П. Аленін. Одеса : Юрид. літ., 2013. С. 415–419.

9. Кримінальний процесуальний кодекс України : наук.-практ. комент. / за заг. ред. В. Г. Гончаренка, В. Т. Нора, М. Є. Шумила. Київ : Юстиніан, 2012. 1224 с.

10. Кримінальний процесуальний кодекс України : наук.-практ. комент. : у 2 т. / Є. М. Блажівський, Ю. М. Грошевой, Ю. М. Дьомін та ін. ; за заг. ред. В. Я. Тація. Харків : Право, 2012. Т. 2. 664 с.

11. Кримінальний процесуальний кодекс України : наук.-практ. комент. / відп. ред. С. В. Ківалов, С. М. Міщенко, В. Ю. Захарченко. Харків : Одіссея, 2013. 1104 с.

12. Лукашкіна Т. В. Роль суду в доказуванні у кримінальному процесі (за проектом КПК) // *Правове життя сучасної України : матеріали Міжнар. наук. конф. проф.-виклад. складу* (м. Одеса, 20–21 квіт. 2012 р.) : в 2 т. / відп. за вип. В. М. Дрьомін ; Нац. ун-т «Одеська юридична академія». Одеса : Фенікс, 2012. Т. 2. С. 401–403.

13. Науково-практичний коментар до Кримінального процесуального кодексу України від 13 квітня 2012 року / за ред. О. А. Банчука, Р. О. Куйбіди, М. І. Хавронюка. Харків : Фактор, 2013. 1072 с.

14. Смірнова І. Засади безпосередності дослідження доказів судом апеляційної інстанції з урахуванням практики Верховного Суду // *Higher School of Advocacy* : сайт. 15.09.2020. URL: <https://www.hsa.org.ua/blog/zasady-bezposerednosti-doslidzhennya-dokaziv-sudom-apelyatsijnoyi-instantsiyi-z-urahuvannyam-praktyky-verhovnogo-sudu> (дата звернення: 20.06.2023).

15. Drozdov O., Basysta I. Examination of evidence at the initiative of the court of appeal in criminal proceedings. *Social and Legal Studios*. 2023. No. 6 (1). Pp. 25–32. DOI: <https://doi.org/10.32518/sals1.2023.25>.

Надійшла до редакції: 25.06.2023

Прийнята до опублікування: 28.07.2023

REFERENCES

1. Arkusha, L. I., Alenin, Yu. P., Voloshyna, V. K. et al. (2021). *Evidence in modern criminal proceedings*. Phoenix. <https://doi.org/10.32837/11300.16149>.
2. Banchuk, O. A., Kuibida, R. O., & Havroniuk, M. I. (Eds). (2013). *Scientific and practical commentary to the Criminal Procedure Code of Ukraine dated April 13, 2012*. Factor.
3. Blazhivskiy, Ye. M., Hroshevoi, Yu. M., Domin, Yu. M. et al. (2012). *Criminal Procedural Code of Ukraine*. Vol. 2 (V. Ya. Tatsiy, Ed.). Right.
4. Bobechko, N. R. (2013, November 27). *Peculiarities of criminal procedural evidence in the stages of appeal and cassation proceedings* [Conference presentation abstract]. All-Ukrainian Scientific and Practical Internet Conference “Actual problems of proof in criminal proceedings”, Odessa, Ukraine.
5. Bobechko, N. R. (2016). *Appellate and cassation proceedings in the criminal justice system of Ukraine* [Doctoral dissertation, Ivan Franko National University of Lviv].
6. Drozdov, O., & Basysta, I. (2023). Examination of evidence at the initiative of the court of appeal in criminal proceedings. *Social and Legal Studios*, 6(1), 25–32. <https://doi.org/10.32518/sals1.2023.25>.
7. Hloviuk, I. V. (2016). *Criminal-procedural functions: theoretical and methodological principles and implementation practice* [Doctor dissertation, Odessa National Academy of Law].
8. Honcharenko, V. H., Nor, V. T., & Shumylo, M. Ye. (Eds). (2012). *Criminal Procedural Code of Ukraine*. Justinian
9. Kashka, O. S. (2014). *Powers of the court of appeal in the criminal process of Ukraine* [Candidate dissertation, Taras Shevchenko National University of Kyiv].

10. Kitsen, N. V. (2014). Evidence at the stage of appeal proceedings under the Criminal Procedure Code of 2012. *Bulletin of the Chernivtsi Faculty of the National University "Odesa Law Academy"*, 1, 146–154.
11. Kitsen, N. V. (2016). Research of evidence at the stage of review of court decisions in the appellate procedure: selected issues. *Bulletin of the Chernivtsi Faculty of the National University "Odesa Law Academy"*, 2, 384–398.
12. Kivalov, S. V., Alenin, Yu. P., & Bernaz, V. D. (2013). *Criminal Procedural Code of Ukraine*. Odyssey.
13. Kovalchuk, S. O. (2013, November 27). *Peculiarities of evaluation of evidence by the appellate court* [Conference presentation abstract]. All-Ukrainian Scientific and Practical Internet Conference "Actual problems of proof in criminal proceedings", Odesa, Ukraine.
14. Lukashkina, T. V. (2012, April 20–21). *The role of the court in evidence in the criminal process (according to the draft of the Criminal Procedure Code)* [Conference presentation abstract]. International Scientific Conference of Professors and Teachers "Legal life of modern Ukraine", Odesa, Ukraine.
15. Smirnova, I. (2020, September 15). *The principles of the immediacy of the examination of evidence by the appellate court, taking into account the practice of the Supreme Court*. Higher School of Advocacy. <https://www.hsa.org.ua/blog/zasady-bezposerednosti-doslidzhennya-dokaziv-sudom-apelyatsijnoyi-instantsiyi-z-urahuvannyam-praktyky-verhovnogo-sudu>.

Received the editorial office: 25 June 2023

Accepted for publication: 28 July 2023

IRYNA VASYLIVNA HLOVIUK,

*Doctor of Law, Professor,
Honoured Lawyer of Ukraine,
Lviv State University of Internal Affairs
Institute of Law,
Department of Criminal Law Disciplines;
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5685-3702>,
e-mail: irynavasgloviuk@gmail.com*

INTERPRETATION AND APPLICATION OF ARTICLE 404 OF THE CRIMINAL PROCEDURE CODE OF UKRAINE ON COURT INITIATIVE: CASE LAW OF THE CRIMINAL COURT OF CASSATION

The issue of interpretation of Part 3 of Art. 404 of the Criminal Procedure Code of Ukraine regarding the initiative of the court of appeal in the examination of evidence has been investigated: at the request of the parties to the court proceedings, the court of appeal is obliged to re-examine the circumstances established during criminal proceedings, provided that they were not fully or with violations investigated by the court of first instance, and may examine evidence which was not investigated by the court of first instance, only if the parties to the court proceedings request such examination. This is due to the opposite interpretation of this provision by the courts, including the Criminal Court of Cassation of the Supreme Court. The accuracy of the literal interpretation of this provision has been argued.

Taking into account the peculiarities of proof at the stage of appellate proceedings, in particular, the controlling nature and dependence on the positions of the parties to criminal proceedings, part 3 of Article 404 of the Criminal Procedure Code of Ukraine should be interpreted as follows: when the court of appeal examines circumstances or evidence without a request of a party to criminal proceedings, it thereby goes beyond the scope of the complaint; if the court of appeal goes beyond the scope of the complaint, it is obliged to comply with the restrictions provided for in part 2 of Article 404 of the Criminal Procedure Code of Ukraine.

The conclusion has been made that examination of evidence by the court of appeal on its own initiative, without a relevant request from a party to the proceedings, to establish certain circumstances to be proved or to provide a different assessment of certain evidence which was assessed by the local court, when considering an appeal filed to worsen the position of the accused, is a violation of the principle of competition between the parties and freedom to present their evidence and prove their conviction before the court, as set out in Art. 22 of the Criminal Procedure Code of Ukraine of the principle of adversarial nature of the parties and their freedom to present their evidence and prove their conviction before the court, and may indicate a lack of impartiality and accusatory bias of the court in a particular criminal proceeding.

Key words: *appellate proceedings, court, evidence, petition, examination of evidence, adversarial proceedings, impartiality.*

Цитування (ДСТУ 8302:2015): Гловюк І. В. Тлумачення та застосування статті 404 Кримінального процесуального кодексу України щодо ініціативності суду: судова практика Касаційного кримінального суду. *Право і безпека*. 2023. № 3 (90). С. 78–87. DOI: <https://doi.org/10.32631/pb.2023.3.07>.

Citation (APA): Hloviuk, I. V. (2023). Interpretation and application of Article 404 of the Criminal Procedure Code of Ukraine on court initiative: case law of the Criminal Court of Cassation. *Law and Safety*, 3(90), 78–87. <https://doi.org/10.32631/pb.2023.3.07>.