

рассмотрены точки зрения относительно соотношения прокурорского надзора и процессуального руководства расследованием.

Ключевые слова: *прокурорский надзор, процессуальное руководство, досудебное расследование, уголовное производство, прокурор.*

Kushneryk U.A. Correlation of functions of public prosecutor's supervision and procedural guidance of investigation under the new Criminal Procedural Code of Ukraine. The article highlights the issue of correlation functions of Public Prosecutions and procedural guidance for the investigation of the new Code of Ukraine. Based on the analysis of scientific sources considered opinion on the ratio of Public Prosecutions and procedural guidance investigation.

It is proposed to delineate the function of supervision over the observance of laws in the pre-trial investigation and investigation management procedure in law. It is noted that the oversight and management of procedural pre-trial investigation linked, but do not replace each other. Their presence is conditioned by the specifics of the preliminary investigation, the need to ensure strict observance of the law in the conduct of its investigation and as a criminal offense as a whole.

Keywords: *procurator, procedural guidance, pretrial investigation, criminal proceedings, the prosecutor.*

Надійшла до редакції 25.12.2013

Лань О. Ю.

здобувач

*(Київський національний
університет імені Тараса Шевченка)*

УДК 343.131

ЗАХИСНИК – СУБ'ЄКТ ДОКАЗУВАННЯ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

На підставі аналізу положень нового Кримінального процесуального кодексу України висвітлено проблемні питання участі захисника у кримінальному процесуальному доказуванні.

Ключові слова: *захисник; доказування; кримінальне провадження; захист; докази.*

Постановка проблеми. З прийняттям Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) [1] суттєво змінився порядок здійснення кримінального провадження, а відтак – зазнала концептуальних змін процесуальна форма діяльності всіх його суб'єктів. Не є винятком і діяльність захисника, який, здійснюючи функцію захисту, є активним учасником кримінального процесуального доказування, що забезпечує можливість вирішення ним поставлених завдань.

Аналіз публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми. Дослідженню проблеми участі захисника в кримінальному процесуальному доказуванні займалися такі вчені-процесуалісти, як Ю.І. Азаров, М.С. Алексєєв, С.А. Альперт, Т.В. Варфоломєєва, В.І. Галаган, Ю.М. Грошевий, А.Я. Дубинський, Я.П. Зейкан, Н.С. Карпов,

Є.Д. Лук'янчиков, В.Т. Маляренко, М.М. Михеєнко, В.Т. Нор, Н.М. Обрізан, В.О. Попелюшко, М.А. Погорецький, Д.Б. Сергєєва, С.М. Стахівський, В.М. Тертишник, Л.Д. Удалова, П.В. Цимбал, О.Г. Яновська та інші. Разом із тим питання щодо процесуального статусу захисника як суб'єкта доказування у кримінальному провадженні залишаються дискусійними та актуальними і дотепер.

Метою цієї статті є дослідження проблем, пов'язаних з процесуальним статусом захисника як суб'єкта доказування у кримінальному провадженні.

Виклад основного матеріалу. Перед тим як розглядати питання щодо визначення процесуального статусу захисника як суб'єкта доказування в кримінальному провадженні, необхідно з'ясувати, що собою являє кримінально-процесуальне доказування. Відповідно до ч. 2 ст. 91 КПК України, доказування полягає у збиранні, перевірці та оцінці доказів з метою встановлення обставин, що мають значення для кримінального провадження. Як бачимо, законодавець закріпив у КПК України традиційну тріаду елементів процесу доказування: збирання, перевірку та оцінку доказів. У літературі неодноразово зазначалося, що схема доказування, яка складається лише з одних традиційних компонентів (збирання, перевірки, оцінки доказів), не має універсального характеру. З її допомогою добре ілюструється рух окремо взятого доказу, але при цьому не беруться до уваги суб'єкти доказування. У такому вигляді вона мало придатна для розмежування їх функцій. Процес доказування уявляється в ній як односуб'єктний, що не відповідає реальному доказуванню, в якому доказова діяльність будь-якого суб'єкта завжди адресована якомусь іншому суб'єкту чи суб'єктам [2, с. 13].

На наш погляд, цілком обґрунтованою є позиція М.А. Погорецького, який розглядає доказування у кримінальному процесі в широкому розумінні, як складну об'єктивно-суб'єктивну діяльність, що складається з низки взаємозалежних та взаємовпливових елементів [3, с. 503] і полягає в пізнанні обставин злочину, отриманні процесуальних доказів і обґрунтуванні ними рішень у кримінальному процесі [3, с. 498]. Для ілюстрації руху як окремо взятого доказу, так і всієї сукупності доказів у кримінальному провадженні, вчений розглядає два етапи доказування, що становлять єдиний процес: 1) отримання доказів; 2) використання доказів для обґрунтування рішень у кримінальному процесі [3, с. 500]. Такий підхід щодо структури процесу доказування, на нашу думку, найбільш точно відбиває гносеологічну та правову сутність процесу доказування у кримінальному провадженні, оскільки за її допомогою добре ілюструється рух як окремо взятого доказу, так і всієї сукупності доказів, що фігурують у кримінальному провадженні, з урахуванням специфіки процесуального статусу суб'єктів доказування.

У теорії доказового права радянської доби, на наш погляд, цілком обґрунтовано здійснювався акцент на те, що доказування є основним змістом кримінально-процесуальної діяльності лише органів досудового слідства, прокурора та суду [4, с. 6]. Аналіз норм нового КПК України дає підстави стверджувати, що в ньому знайшли закріплення найдемократичніші поло-

ження. Насамперед це стосується реального забезпечення прав громадян шляхом закріплення принципу змагальності сторін у кримінальному провадженні, зокрема шляхом надання сторонам рівних можливостей щодо збирання та подання до суду клопотань, скарг, речей, документів, інших доказів (ст. 22, 93). Сприяють реалізації принципу змагальності також і норми, спрямовані на ефективне забезпечення права особи на захист, зокрема обов'язковість участі у судочинстві професійного захисника, яким може бути лише адвокат (це положення є принципово новим, порівняно з КПК 1960 р., за яким у статусі захисників допускали також інших фахівців у галузі права, а в окремих випадках – і близьких родичів обвинуваченого, підсудного, засудженого та виправданого), а також “довгоочікуване” положення, що неприбуття захисника для участі у проведенні процесуальної дії без поважних причин не є підставою для визнання цієї дії незаконною (ч. 2 ст. 46 КПК України).

Між тим ще І.Я. Фойницький свого часу зазначав, що монополне зайняття адвокатами захистом і представництвом інтересів у судочинстві необґрунтовано скорочує в суспільстві кількість осіб, здатних виконувати цю діяльність, і разом з тим утворює особливу касту, яка живе своїми традиціями, що вже несе небезпеку інтересам правосуддя [5, с. 472]. З цим погоджується О.В. Баулін, який вважає, що у сфері кримінальної юстиції, особливо у досудових стадіях процесу, конкуренція практикуючих юристів зводиться до конкуренції адвокатів, що, з одного боку, обмежує конституційні права кожної особи щодо вільного обрання захисника своїх прав, а з іншого – створює умови для певної монополії у наданні правових послуг. Він також зауважує, що хоча чинне законодавство створило більш демократичний доступ юристів до адвокатури, яка нещодавно була напівзакритою “кастою”, але монополія в будь-якій сфері суспільних відносин, а тим більше в таких специфічних правовідносинах, пов'язаних з обранням захисника у кримінальному судочинстві, є не досить демократичним чинником [6, с. 81-85].

З іншого боку, допускаючи до участі у провадженні як захисника особу, яка не є адвокатом, підозрюваного, обвинуваченого та підсудного, тим самим, позбавляють права вимагати, щоб його захищав саме професійний адвокат. Іншими словами, якщо участь у справі бере “непрофесійний захисник”, до того ж не пов'язаний нормами адвокатської етики і без належних гарантій конфіденційності, підзахисний, тим не менш, не може посперечатися на те, що його право на захист порушено. Саме тому положення КПК України щодо обов'язковості участі у судочинстві лише професійного захисника – все ж таки позитивний крок на шляху реформування кримінального судочинства.

Залучення до кримінального провадження лише професійних захисників сприяє як стороні захисту, так і обвинувачення, адже складання кваліфікаційного іспиту якраз і передбачає оволодіння адвокатом відповідними навичками та знаннями, що є гарантією професійності кандидатів на внесення до Реєстру. Відтак, слідчий, прокурор розраховує на фаховий “процесуальний діалог”, а підозрюваний, обвинувачений, у свою чергу, має всі підстави сподіватися на професійний захист його прав та ефективне використання наданих законодавцем повноважень.

Нововведенням є й обов'язкова участь захисника у кримінальному провадженні щодо особливо тяжких злочинів. Тут участь захисника забезпечують із моменту набуття особою статусу підозрюваного, після подання заяви про кримінальне правопорушення або залучення у провадження як потерпілого. Демократичним є й положення нового Кодексу, які покладають на слідчого, прокурора, слідчого суддю та суд обов'язок надати затриманому чи особі, яку тримають під вартою, допомогу у встановленні зв'язку із захисником або особами, які можуть його запросити, а також використовувати засоби зв'язку для запрошення захисника (ч. 1 ст. 48 КПК України).

Захисник користується процесуальними правами підозрюваного, обвинуваченого, якого він захищає, крім процесуальних прав, реалізація яких здійснюється безпосередньо підозрюваним, обвинуваченим і не може бути доручена захиснику, з моменту надання документів, передбачених ст. 50 КПК України. Слідчий, прокурор, слідчий суддя чи суд зобов'язані забезпечити участь захисника у кримінальному провадженні у випадках: коли відповідно до вимог ст. 52 КПК України участь захисника є обов'язковою), а підозрюваний, обвинувачений не залучив захисника; коли підозрюваний, обвинувачений заявив клопотання про залучення захисника, але за відсутністю коштів чи з інших об'єктивних причин не може його залучити самостійно; коли слідчий, прокурор, слідчий суддя чи суд вирішить, що обставини кримінального провадження вимагають участі захисника, а підозрюваний, обвинувачений не залучив його (п. 1-3 ч. 1 ст. 49 КПК України).

Захисник може бути залучений слідчим, прокурором, слідчим суддею чи судом в інших випадках, передбачених законом, що регулює надання безоплатної правової допомоги. Надання такої допомоги регламентується положеннями Закону України "Про безоплатну правову допомогу" з урахуванням змін, унесених у зв'язку з ухваленням нового КПК України [7]. Цей закон визначає поняття безоплатної вторинної правової допомоги, що включає такі види правових послуг: захист від обвинувачення; здійснення представництва інтересів осіб, які мають право на таку допомогу, в судах; складання документів процесуального характеру (ч. 2 ст. 13). Суб'єктами надання правової допомоги є відповідні центри, адвокати, включені до Єдиного реєстру адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу на постійній (за контрактом) чи тимчасовій (на підставі договору) основі.

Справді, за новим КПК України захисник набув низку повноважень, яких раніше не мав, зокрема збирати та подавати докази у встановленому порядку, заявляти клопотання про проведення слідчих (розшукових), негласних слідчих (розшукових) та інших процесуальних дій, брати участь в ініційованих діях.

Проте, як свідчить досвід реалізації кримінального процесуального законодавства, повною мірою реалізувати своє право на участь у слідчих (розшукових) діях захиснику вдається не завжди. Яскравий приклад – проведення обшуку, в ході якого досить суттєво можуть бути обмежені права особи. Відповідно до ч. 1 ст. 236 КПК України, для участі в проведенні обшуку може бути запрошений потерпілий, підозрюваний, захисник, пред-

ставник та інші учасники кримінального провадження. Водночас за загальним правилом (ч. 3 ст. 223 КПК України) слідчий, прокурор вживає належних заходів для забезпечення присутності під час проведення слідчої (розшукової) дії лише тих осіб, чії права та законні інтереси можуть бути обмежені або порушені (як бачимо, захисник не завжди належить до цієї категорії).

Отже, сьогодні під час проведення обшуку слідчий вправі відмовити захисникові брати участь у цій слідчій (розшуковій) дії.

На нашу думку, у КПК України слід закріпити норму, яка визначить обов'язок слідчого, прокурора у забезпеченні присутності захисника під час проведення обшуку.

З набранням чинності новим КПК у сторони захисту виникають й інші проблеми, пов'язані з проведенням обшуку. Так, наприклад, особі, у якої проводився обшук, не обов'язково вручається копія протоколу обшуку (оскільки цього обов'язку сторони обвинувачення не закріплено в КПК України). Проте таке суттєво обмежує права і свободи особи, й, відповідно, у КПК має бути наголошено на обов'язковому врученні протоколу обшуку зацікавленим особам.

До того ж у зв'язку з неоднозначним розумінням положень ст. 235 КПК України ("Ухвала про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи") можливе зловживання строком проведення обшуку. Посилаючись на те, що у кримінальному процесуальному законодавстві визначено лише строк дії ухвали на проведення обшуку, а про моменти фактичного початку та закінчення обшуку не йдеться, слідчі можуть проводити обшук місяцями, зупиняючи його під різними приводами, нерідко надуманими.

На нашу думку, цю проблему має бути чітко розв'язано на законодавчому рівні шляхом закріплення у згаданій статті, що обшук не може продовжуватись понад строк дії ухвали на проведення обшуку (тобто впродовж одного місяця).

Як вже згадувалося, відповідно до ч. 2 ст. 22 КПК України, сторони кримінального провадження мають рівні права на збирання та подання до суду речей, документів, інших доказів, клопотань, скарг, а також на реалізацію інших процесуальних прав, передбачених КПК України.

Однак сьогодні принцип змагальності сторін обвинувачення та захисту в ході досудового розслідування нерідко сприймається як декларація та повною мірою захисниками не реалізується. Подібне спричинено як об'єктивними, так і суб'єктивними чинниками, зокрема недосконалими положеннями законодавства, які унеможливають реалізацію прав захисника щодо збирання доказів у повному обсязі.

Наприклад, у ст. 93 КПК України передбачено, що сторона захисту здійснює збирання доказів шляхом витребування копій документів. Водночас практиці відомо, що суди зазвичай не визнають копії документів процесуальним джерелом доказів, адже відповідно до ст. 99 КПК України сторона кримінального провадження, потерпілий зобов'язані надати суду саме оригінал документа (всі випадки надання дублікатів окремо передбачені КПК).

Ще однією проблемою є надання стороні захисту тимчасового доступу до речей і документів. За загальним правилом, право тимчасового доступу до речей і документів та їх вилучення мають як сторона обвинувачення, так і сторона захисту (ст. 159 КПК). Але на відміну від органів досудового розслідування, які зобов'язані дотримуватися чіткої процедури їх вилучення та огляду, а також забезпечувати зберігання вилученого майна, сторона захисту таких обов'язків не має. Як наслідок, отримання захисником тимчасового доступу до речей і документів, які не були оглянуті та досліджені стороною обвинувачення, може призвести до втрати доказів, що мали б значення для встановлення винуватості особи. Тож пропонується визначити порядок, за яким слідчий суддя при винесенні ухвали про вилучення речей і документів за клопотанням сторони захисту, доручатиме його проведення слідчому, прокурору або ОВС. Подальше ж вилучення повинне здійснюватися за участю сторони захисту, яка отримує копії відповідних документів (зберігання оригіналів здійснюється правоохоронними органами у порядку, передбаченому Кабінетом Міністрів України).

Потребує врегулювання й порядок отримання захисником документів та предметів (які знаходяться в розпорядженні слідчого), необхідних для проведення експертизи у разі самостійного залучення експертів на договірних умовах.

Аналіз матеріалів кримінальних проваджень підтверджує значимість опитування під час одержання первинної інформації про кримінальне правопорушення. Між тим, відповідно до ч. 8 ст. 95 КПК України, сторона захисту має право отримувати від учасників кримінального провадження та інших осіб за їх згодою пояснення, які не вважаються джерелом доказів (показання як докази можуть бути надані лише під час допиту, а допит є слідчою (розшуковою) дією, яка проводиться виключно слідчим на підставі свого власного рішення або за дорученням чи вказівкою прокурора або керівника органу досудового розслідування).

Тож поясненням учасників кримінального провадження та інших осіб, отриманим стороною захисту у рамках кримінального провадження, необхідно надати статус доказів.

Не повною мірою, на наш погляд, регламентовано у КПК України право захисника оскаржувати рішення, дії та бездіяльність слідчого, прокурора, слідчого судді. Хоча ст. 303 КПК України містить вичерпний перелік рішень, дій, чи бездіяльності слідчого, прокурора, які можуть бути оскаржені під час досудового розслідування, трапляються випадки, коли на цій стадії подано скаргу, однак за час її розгляду судом досудове розслідування у кримінальному провадженні, у рамках якого вона подавалася, вже закінчено на підставі п. 3 ч. 2 ст. 283 КПК України. Як приклад, захисником підозрюваного подано скаргу на дії слідчого та заявлено клопотання про проведення певної слідчої (розшукової) дії у рамках провадження, однак суд не вправі доручити слідчому її проведення, оскільки досудове розслідування закінчено.

З огляду на таку законодавчу прогалину, слід передбачити можливість виконання слідчим рішень суду навіть після завершення розслідування,

а отримані ним докази мають визнаватися допустимими й долучатися до матеріалів у суді.

Не завжди сприяє ефективній реалізації функції захисту й процедура початку досудового розслідування, яка, у порівнянні з КПК 1960 р., аж надто спрощена. Трапляється, що подібна процедура використовується стороною обвинувачення з метою тиску на певних громадян, а також службових осіб суб'єктів господарювання, адже в разі внесення відомостей до ЄРДР орган досудового розслідування отримує необмежені можливості впливу на будь-якого учасника провадження на невизначений термін. До того ж факт унесення відомостей до ЄРДР оскарженню не підлягає.

Отже, ця вада нового КПК України потребує законодавчого усунення. Вважається за доцільне зобов'язати слідчого після внесення відомостей до ЄРДР виносити постанову про початок досудового розслідування, яку можливо було б оскаржити.

З набранням чинності КПК України істотно змінився й інститут надання правової допомоги свідку. У п. 2 ч. 1 ст. 66 КПК України лише зазначено, що свідок має право користуватися під час давання показань та участі у проведенні інших процесуальних дій правовою допомогою адвоката. Жодної іншої регламентації надання правової допомоги свідкові КПК України не містить, а відтак, невизначеним залишається обсяг процесуальних повноважень адвоката, який бере участь у проведенні допиту та інших процесуальних діях.

Ст. 221 КПК України передбачено обов'язок слідчого, прокурора за клопотанням сторони захисту, потерпілого надати матеріали досудового розслідування для ознайомлення, за винятком матеріалів про застосування заходів безпеки, а також матеріалів, ознайомлення з якими може зашкодити досудовому розслідуванню. Водночас мають місце випадки, коли стороні захисту відмовляють у наданні для ознайомлення таких матеріалів або надають лише мінімум документів. Така позиція обмежує права та можливості сторони захисту (суди здебільшого задовольняють скарги адвокатів, самостійно визначаючи перелік того, що саме має бути надано для ознайомлення, фактично конкретизуючи зміст ст. 221 КПК України).

Відтак, необхідно законодавчо визначити у ст. 221 КПК України перелік документів, які слідчий зобов'язаний буде надавати для ознайомлення, а саме – матеріалів, які послуговували підставою для внесення відомостей до ЄРДР, затримання підозрюваного, повідомлення йому про підозру.

Висновок. Закріплення в КПК України низки важливих новел, що стосуються участі захисника в кримінальному процесуальному доказуванні, дозволяє ефективніше, ніж за КПК України 1960 року, відстоювати права, свободи та законні інтереси учасників кримінального провадження. Водночас окремі положення чинного КПК України потребують подальшого доопрацювання з урахуванням практики їх застосування.

Бібліографічні посилання

1. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон від 13.04.2012 № 4651-VI // ВВР України. – 2013. – № 9-10. – Ст. 474.
2. Орлов Ю.К. Основы теории доказательств в уголовном процессе : науч.-практ.

посібник / О.К. Орлов. – М., 2001. – 218 с.

3. *Погорецький М.А.* Функціональне призначення оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі: монографія / М.А. Погорецький. – Х. : Арсіс, ЛТД, 2007. – 576 с.

4. *Михеенко М.М.* Доказывание в советском уголовном судопроизводстве / М.М. Михеенко. – К. : Вища школа, 1984. – 134 с.

5. *Фойницький І.Я.* Курс уголовного судопроизводства : в 2 т. / И. Я. Фойницкий; под общ. ред. А. В. Смирнова. – СПб. : Альфа, 1996. – 552 с.

6. *Баулін О.В.* До альтернативи у обранні захисника на попередньому розслідуванні / О.В. Баулін // Право України. – 1998. – № 12. – С. 81-85.

7. Про безоплатну правову допомогу : Закон України від 2 червня 2011 р. № 3460-VI // ВВР України. – 2011. – № 51. – Ст. 577.

Лань А. Ю. **Защитник – субъект доказывания в уголовном производстве.** На основании анализа положений нового Уголовного процессуального кодекса Украины освещены проблемные вопросы участия защитника в уголовном процессуальном доказывании.

Ключевые слова: *защитник; доказывания; уголовное производство; защита; доказательства.*

Lan' O. Yu. **Defender – the subject of proof in criminal proceedings.** On the basis of the provisions of the new Criminal Procedure Code of Ukraine, the article highlights the problematic issues a lawyer in criminal procedural proof.

In the theory of evidence the Soviet era, in our view, reasonably conducted focus that proof is the main content of criminal procedure of a pre-trial investigation, the prosecutor and the court. Analysis of provisions of the new Code of Ukraine gives reason to believe that it found most democratic consolidation provisions. First of all it concerns real security rights by consolidating the principle of adversarial criminal proceedings, in particular by giving the parties equal opportunities for collecting and submitting to the court petitions, complaints, things, documents and other evidence.

Fixing in the CPC Ukraine a number of important stories relating to a lawyer in criminal procedural proof, allowing more efficient than the PDA Ukraine 1960, to defend the rights, freedoms and legitimate interests of participants in criminal proceedings. However, some provisions of the current Code of Ukraine require further revision based practice.

Involvement in criminal proceedings only professional defenders promotes both the defense and prosecution, as a qualifying exam just involves mastering a lawyer relevant skills and knowledge, which guarantees professional candidates to make the Register. Therefore, the investigator, the prosecutor expects professional "Procedural Dialogue" and the suspect, the accused, in turn, has every reason to hope for professional protection of his rights and the effective use of the powers granted by the legislature.

Keywords: *back; proof; criminal proceedings; protection; evidence.*

Надійшла до редакції 17.12.2013