

ОСОБЛИВОСТІ УЧАСТІ ЗАХИСНИКА В ДОКАЗУВАННІ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ: ДЕЯКІ ТЕОРЕТИКО-ПРИКЛАДНІ АСПЕКТИ

FEATURES DEFENSE COUNSEL IN PROVING IN CRIMINAL PROCEEDINGS: SOME THEORETICAL AND APPLIED ASPECTS

Трофименко В.М.,

кандидат юридичних наук,

доцент кафедри кримінального процесу

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

У статті досліджено окремі особливості участі захисника в доказуванні в кримінальному провадженні. Аналізується правова природа відомостей, які збираються сторонами кримінального провадження під час досудового розслідування. Зроблено висновок про те, що такі відомості набувають значення доказів (судових доказів) лише після їх безпосереднього дослідження в суді першої інстанції. З'ясовується їх значення під час досудового розслідування.

Ключові слова: доказування, захисник, відомості про факти, збирання доказів, змагальність.

В статье исследованы отдельные особенности участия защитника в доказывании в уголовном производстве. Анализируется правовая природа сведений о фактах, которые собираются сторонами уголовного производства во время досудебного расследования. Сделан вывод о том, что такие сведения приобретают значение доказательств (судебных доказательств) лишь после их непосредственного исследования в суде первой инстанции. Выясняется их значение во время досудебного расследования.

Ключевые слова: доказывание, защитник, сведения о фактах, собрание доказательств, состязательность.

The article explores some features of participation in proving the defense in criminal proceedings. Analyzes the legal nature of the information about the facts that are going to parties of criminal proceedings during the pre-trial investigation. Concluded that such information is becoming increasingly important evidence (forensic evidence) only after their direct investigation in the trial court. It turns out their value during the pre-trial investigation.

Key words: evidence, defender, information about the facts, collection of evidence, competitiveness.

Актуальність теми. Із прийняттям Кримінального процесуального кодексу України суттєво змінився порядок здійснення кримінального провадження, а відтак, зазнала значних 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.

Дослідженню проблеми участі захисника в доказуванні в кримінальному провадженні в умовах нового кримінального процесуального законодавства України присвячено наукові праці відомих українських вчених – Ю.П. Аленіна, Т.В. Варфоломєєвої, В.П. Гмирка, В.Г. Гончаренка, Ю.М. Грошевого, Л.М. Лобойка, В.Т. Нора, В.О. Попелюшка, Л.Д. Удалової, М.Є. Шумила, О.Г. Яновської та ін. Проте ця проблема є настільки складною та багатоаспектною, що ще багато років буде актуальною для подальших наукових досліджень, на підставі яких мають бути напрацьовані єдині підходи до розуміння низки законодавчих новел, що регулюють процесуальну діяльність захисника та особливості його участі в доказуванні.

Виклад основного матеріалу. Перш ніж звернутися до аналізу процесуальної форми доказування захисником в кримінальному провадженні у межах даної наукової статті, зазначимо, що нова модель його процесуальної діяльності отримала неоднозначні, а іноді – й протилежні оцінки фахівців. Одні з них зазначають, що з прийняттям нового Криміналь-

ного процесуального законодавства України мало що змінилося у правовому регулюванні діяльності захисника в кримінальному провадженні, оскільки порівняно із процесуальними можливостями сторони обвинувачення захисник майже не отримав нових ефективних засобів здійснення процесуальної функції захисту. Інші, навпаки, вказують на те, що можливості захисту значно розширено порівняно із раніше чинним законодавством. Не претендуючи на з'ясування істини в цьому спорі, вкажемо лише ті новації, які, на наш погляд, свідчать про модернізацію правового регулювання діяльності захисника в кримінальному процесі.

Відповідно до ч. 3 ст. 93 КПК України, сторона захисту здійснює збирання доказів шляхом витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, службових та фізичних осіб речей, копій документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій, актів перевірок; ініціювання проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій та інших процесуальних дій, а також шляхом здійснення інших дій, які здатні забезпечити подання суду належних і допустимих доказів. До останніх дій, які є новими для законодавчої моделі діяльності захисника в кримінальному процесі України, зокрема, слід віднести отримання захисником на підставі ухвали слідчого судді чи суду тимчасового доступу до речей і документів та проведено за необхідності їх виїмки, залучення сторо-

ною захисту експерта для проведення експертизи, що може бути здійснено як на договірних засадах, так і за клопотанням сторони захисту за ухвалою слідчого судді. На позитивну оцінку заслуговує і передбачене ч. 5 ст. 46 КПК України правило про те, що захисник має право мати конфіденційне побачення з підозрюваним без дозволу слідчого, а відмова від захисника або його заміна повинна відбуватися виключно в присутності захисника після надання можливості конфіденційного спілкування (ч. 2 ст. 54 КПК України).

Вказані законодавчі новації, уявляється, сприяють ефективності захисту в кримінальному процесі та створюють необхідне підґрунтя для реалізації захисником його процесуальної функції, яка в силу особливої значущості для захисту прав, свобод і законних інтересів особи в кримінальному провадженні є конституційною. Сприяє захисту і розширенню змагальності під час досудового розслідування кримінальних правопорушень, адже більшість заходів забезпечення кримінального провадження обираються за рішенням слідчого судді із застосуванням змагальної процедури судового розгляду клопотання сторони кримінального провадження. Участь захисника в цьому судовому розгляді забезпечує захист ним законних інтересів підозрюваного.

Водночас, аналізуючи концептуальні питання участі сторони захисту в доказуванні відповідно до нового кримінального процесуального законодавства України, не можна не зупинитися на одній проблемі, яка, уявляється, є однією з найбільш актуальних в умовах сьогодення. Йдеться про обмеженість захисту в просторо-часовому вимірі, оскільки згідно передбаченій КПК України моделі здійснення досудового розслідування захист набуває конкретної процесуальної форми лише після повідомлення особі про підозру або після її затримання за підозрою у вчиненні злочину. При цьому необхідно зазначити, що в силу низки об'єктивних факторів законом не передбачено моменту або строку повідомлення про підозру (за винятком випадку затримання особи за підозрою у вчиненні злочину в порядку, передбаченому ст. 208 КПК України). На практиці досить розповсюдженою є ситуація, коли особі повідомляється про підозру наприкінці досудового розслідування, а згодом складається обвинувальний акт, який направляється до суду. У таких випадках можливості захисту фактично мінімізовано майже до того часу, коли особа набуває статусу підозрюваного, а тому в указаних кримінальних провадженнях участь захисника в доказуванні під час досудового розслідування відбувається лише на етапі його завершення і навряд чи може бути визнана достатньою та ефективною з точки зору забезпечення прав і законних інтересів особи, стосовно якої де-факто здійснювалося досудове розслідування.

Аналіз законодавчих положень, які регулюють участь захисника в доказуванні в кримінальному провадженні, дозволяє дійти висновку про те, що у більшості випадків він може отримати докази лише опосередковано, тобто реалізуючи право клопотати

перед слідчим, прокурором або слідчим суддею про проведення тих чи інших процесуальних дій. Запровадження паралельного адвокатського розслідування, про яке багато років йшлося у юридичній літературі (зокрема, шляхом самостійного проведення адвокатом слідчих дій) [1, с. 235], в Україні так і не відбулося. Хоча й треба відзначити, що в певній мірі ця ідея матеріалізована в КПК України через надання захисту можливості самостійно залучити експерта для проведення експертизи, здійснювати виїмку речей і документів на підставі ухвали слідчого судді, а також реалізовувати ті права, спрямовані на збирання доказів, що задекларовано у ст. 93 КПК України. Разом з тим процесуальні можливості захисника самостійно залучити експерта для проведення експертизи багато в чому обмежені тим, що, згідно до ч. 3 ст. 93 КПК України, він може витребувати лише копії документів, які у більшості випадків, як свідчить практика, не можуть бути достатніми для проведення експертизи. Тому і в цих випадках захисник вимушений звернутися до слідчого з клопотанням про надання оригіналів документів для проведення відповідного експертного дослідження.

На окрему увагу заслуговує вирішення питання стосовно визначення правової природи того інформаційного матеріалу, який збирає захисник під час здійснення кримінального провадження. Адже, виходячи із легальної дефініції доказів, яка сформульована законодавцем у ч. 1 ст. 84 КПК України, доказами в кримінальному провадженні є фактичні дані, отримані у передбаченому КПК порядку, на підставі яких слідчий, прокурор, слідчий суддя і суд встановлюють наявність чи відсутність фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження і підлягають доказуванню. Разом з тим, відповідно до ч. 3 ст. 93 КПК України, сторона захисту здійснює збирання доказів шляхом проведення вказаних у законі процесуальних дій. У зв'язку з цим виникає потреба в тлумаченні наведених норм з метою з'ясування дійсного значення та правової природи тих матеріалів (речей і документів), які отримано захисником під час його участі в кримінальному провадженні. З одного боку, виходячи із змісту вказаної норми ст. 84 КПК України, фактичні дані набувають значення доказів, коли на їх підставі слідчий, прокурор, слідчий суддя і суд встановлюють предмет доказування, а тому і зібрані захисником фактичні дані не можуть бути доказами до тих пір, поки вони не будуть використані слідчим, прокурором, слідчим суддею чи судом. З іншого – за правилами ст. 93 КПК України сторона захисту здійснює збирання саме доказів, а не будь-яких матеріалів, що містять фактичні дані, які можуть бути використані в доказуванні. Як слушно зазначає М.Є. Шумило, критерієм легітимності доказів є комунікативна раціональність, суть якої полягає у наданні свободи в оцінці доказів через аргументацію у дискурсі при встановленій правовій процедурі. Тому докази слід визнавати судовому органу, не пов'язаному із функціями кримінального переслідування чи захисту. У зв'язку з цим науковець обґрунтовано згадав наукову позицію відомого

процесуаліста В.Я. Дорохова, який, характеризуючи психічне відображення фактів реальної дійсності, наголошував, що воно завжди суб'єктивне і обумовлюється індивідуальними особливостями нервової системи окремої людини. Невипадково, зазначає М.Є. Шумило, в тексті свого фундаментального монографічного дослідження В.Я. Дорохов вживав словосполучення «судові докази» [2, с. 47].

Вказаний підхід відомих вчених до розуміння доказів у кримінальному провадженні уявляється досить плідним і таким, що витікає із тлумачення новітнього кримінального процесуального законодавства України. Він засновується на положеннях КПК України, відповідно до яких не можуть бути визнані доказами відомості, що містяться в показаннях, речах і документах, які не були предметом безпосереднього дослідження суду, крім випадків, передбачених КПК. Суд може прийняти як доказ показання осіб, які не дають їх безпосередньо в судовому засіданні, лише у випадках, передбачених КПК (ч. 2 ст. 23 КПК України). Тлумачення цих положень дозволяє дійти висновку про те, що судові рішення, за загальним правилом, можуть обґрунтуватися лише судовими доказами, тобто тими, що безпосередньо досліджено судом із дотриманням передбаченої законом процесуальної форми в умовах змагальної процедури і забезпечення учасникам судового засідання брати участь в їх дослідженні. Фактичні дані, які отримано під час досудового розслідування стороною обвинувачення чи стороною захисту, можуть мати доказове значення лише для самих же сторін, для обґрунтування їх правової позиції. Докази на досудовому провадженні, справедливо зазначає М.Є. Шумило, будуть лише для слідчого і прокурора, але ймовірними для захисника і суду [2, с. 48]. Винятком є випадки, пов'язані із необхідністю отримати показання свідка чи потерпілого під час досудового розслідування, якщо через існування небезпеки для життя і здоров'я свідка чи потерпілого, їх тяжкої хвороби, наявності інших обставин, що можуть унеможливити їх допит в суді або вплинути на повноту чи достовірність показань, у яких сторона кримінального провадження має право звернутися до слідчого судді із клопотанням провести допит такого свідка чи потерпілого в судовому засіданні, в тому числі одночасний допит двох чи більше вже допитаних осіб. У цьому випадку допит свідка чи потерпілого здійснюється у судовому засіданні в місці розташування суду або перебування хворого свідка, потерпілого в присутності сторін кримінального провадження з дотриманням правил проведення допиту під час судового розгляду (ч. 1 ст. 225 КПК України). Таким чином, показання свідка чи потерпілого, надані під час досудового розслідування, можуть мати значення судових доказів лише за умови надання їх слідчому судді з дотриманням процесуальної форми допиту в судовому розгляді. Встановивши такий виняток із загального правила безпосереднього дослідження доказів судом, який здійснює судовий розгляд кримінального провадження, законодавець, з одного боку врахував ті невідкладні випадки, за яких допит свід-

ка чи потерпілого є необхідним, а з іншого – з метою надання таким показанням сили судових доказів передбачив виключно судову процедуру їх отримання. За наявності відповідних підстав клопотання про допит свідка чи потерпілого слідчим суддею може заявити сторона захисту. В більшості інших випадків, коли свідок чи потерпілий в змозі давати показання в майбутньому судовому розгляді, сторона захисту може заявити клопотання про їх допит слідчим з метою формування у сторони обвинувачення відповідного уявлення щодо наявності обставин, які свідчать на користь захисту підозрюваного. Самостійно допитати свідка чи потерпілого захисник не вправі, проте, відповідно до ч. 8 ст. 95 КПК України, у нього є можливість отримати від учасників кримінального провадження та інших осіб за їх згодою пояснення, які не є джерелом доказів.

Системний аналіз зазначених норм доказового права дозволяє дійти висновку про те, що сторона захисту під час досудового розслідування збирає не докази, а відомості про факти, які підлягають доказуванню. Такі відомості формалізуються у відповідних речах і документах (матеріалах). Силу доказів (судових) такі матеріали отримують лише після їх безпосереднього дослідження та оцінки судом в умовах судового розгляду кримінального провадження (або за наявності передбачених законом підстав – слідчим суддею за правилами судового розгляду). За правилами ст. 94 КПК України кожний доказ підлягає оцінці з точки зору належності, допустимості, достовірності, а сукупність зібраних доказів – з точки зору достатності та взаємозв'язку для прийняття відповідного процесуального рішення.

Такий висновок, на нашу думку, обумовлено концептуальною зміною підходів законодавця до закріплення нормативної моделі здійснення кримінального провадження в суді першої інстанції. Концептуальний характер змін, що відбулися із прийняттям нового кримінального процесуального законодавства України, полягає в наступному. По-перше, на відміну від КПК України 1960 р., сторона обвинувачення направляє до суду не всі матеріали кримінальної справи, а лише обвинувальний акт і передбачені ст. 291 КПК України додатки до нього. Надання суду інших документів до початку судового розгляду забороняється. Зібрані сторонами відомості про факти, легітимність яких саме як доказів може бути визнана лише судом, надаються в судовому розгляді кримінального провадження для їх безпосереднього дослідження судом за участю сторін судового процесу. По-друге, на відміну від раніше чинної моделі доказування в кримінальному процесі, новітнє законодавство України, як зазначалося вище, забороняє обґрунтовувати судові рішення доказами, які були отримані під час досудового розслідування, проте не були предметом дослідження в суді. Цим кардинально змінено правове значення тих матеріалів, які отримані сторонами кримінального провадження під час досудового розслідування. Вони мають значення лише для обґрунтування позиції сторони кримінального провадження. Для обвинувачення як процесуальної

функції, що детермінує здійснення інших процесуальних функцій (захисту, правосуддя), сукупність наявних у матеріалах кримінального провадження фактичних даних, які підтверджують вчинення конкретною особою кримінального правопорушення, є достатньою правовою підставою для ініціювання судового розгляду кримінального провадження шляхом направлення до суду обвинувального акту з відповідними додатками та здійснення доказування обвинувачення в суді. Для захисту наявні у нього матеріали, що містять фактичні дані, якими спростовується підозра або пом'якшується можливе кримінальне покарання підозрюваного, обвинуваченого, мають значення правової підстави для відповідних клопотань та скарг під час досудового розслідування або здійснення доказування в суді і використання їх як судо-

вих доказів. Зважаючи на сказане, уявляється більш коректною позиція законодавця, визначена в Законі України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», а саме регламентуючи професійні права адвоката, законодавець передбачив не його право збирати докази, а право адвоката збирати відомості про факти, що можуть бути використані як докази (ст. 20).

Висновки. Чинна правова модель здійснення доказування захисником у кримінальному провадженні надає йому нових можливостей для вирішення завдань захисту. Вона, як показує правозастосовна практика, потребує подальшого удосконалення, проте повинна визначатися змагальністю як засадою кримінального процесу, яка в суді першої інстанції за чинним законодавством України набуває системоутворюючого значення.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Кокорев Л.Д., Кузнецов Н.П. Уголовный процесс: доказательства и доказывание / Л.Д. Кокорев, Н.П. Кузнецов. – Воронеж: Изд-во Воронеж. ун-та, 1995. – С. 235
2. Шумило М.Є. Поняття «докази» у Кримінальному процесуальному кодексі України: спроба критичного переосмислення ідеології нормативної моделі / М.Є. Шумило // Вісник Верховного Суду України. 2013. – № 2(150). – С. 47.