



О.В. Сурдукова,
аспірантка
(Запорізький національний університет)

Адвокатське розслідування як інститут кримінально- процесуального права

Ключові слова: *учасники кримінального судочинства, інститути кримінально-процесуального права, статус адвоката, збирання та подання доказів, адвокатське розслідування.*

Як відомо, участь захисника у доказуванні в кримінальній справі здійснюється шляхом реалізації наданих йому законом прав.

Права захисника як учасника процесу під час провадження кримінальної справи та водночас як представника підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого з моменту допуску до участі у справі визначені у ч. 2 ст. 48 Кримінально-процесуального кодексу України (далі — КПК України), а щодо захисника-адвоката — в ст. 6 Закону України “Про адвокатуру”. Що стосується судового розгляду, то права суб’єкта сторони захисту визначені у ст.ст. 261, 266 КПК України, а щодо тих чи інших процесуальних ситуацій, конкретизовані у відповідних нормах КПК та інших законодавчих актах України.

У ч. 2 ст. 66 та п. 8 ч. 2 ст. 48 КПК України йдеться про те, що захисником можуть бути подані докази. Закон не забороняє захиснику збирати відомості про факти, що можуть використовуватися як докази у справі (п. 13 ч. 2 ст. 48

КПК) і які є важливими для захисту. Тобто фактично захисник має право не тільки подавати, але й збирати докази, які необхідні для надання юридичної допомоги. Наприклад, право адвоката — зустрічатися з очевидцями та іншими особами, які можуть дати свідчення по справі, та вимагати їх виклику і допиту. Але яким чином — законодавець дані положення не регламентує.

Сучасне кримінально-процесуальне законодавство дозволяє будувати теоретичні конструкції стосовно нетрадиційних ролі, місця, шляхів участі захисника у кримінальному судочинстві. Тобто, йдеться про адвокатське розслідування. Актуальність цього питання полягає у тому, що проблема адвокатського розслідування займає провідне місце серед питань формування найважливіших конституційних принципів, побудови судової системи та організаційної діяльності адвокатури.

Зокрема, вчені та практики України, Російської Федерації та інших країн СНД неодноразово зверталися до цієї проблеми. Серед них — М.Ю. Барщевський, О.Я. Баєв, Т.В. Варфоломеева, Л.Є. Владимиров, Н.І. Горя, Є.Г. Мартинчик, М.М. Нокербеків, М.М. Розін, Н.В. Сібільова, В.Т. Томін, С.О. Шейфер та ін. Одні з них пропонують назвати це паралельним розслідуванням або слідством [1, 85], інші — приватними

розслідувальними заходами [2, 82–83], адвокатським розслідуванням [3, 192] або самостійним “розслідуванням” [4;58].

В останні роки за назву “адвокатське розслідування” виступає Н. Горя [5, 22], але ще у далекому 1895 році за це ратував Вс. Даневський [6, 33–72]. Ми поділяємо цю думку і вважаємо, що більш вдалою назвою є саме “адвокатське розслідування”, тому що в цю назву внесена сама суть дій адвоката з приводу проведення ним самостійного розслідування.

У ході реформи кримінально-процесуального законодавства та законодавства про адвокатуру українськими законодавцями не було прийнято жодної з приведених вище назв адвокатської діяльності зі збирання та подання доказів на досудовому слідстві, хоча й була зроблена спроба врегулювання певних повноважень захисника-адвоката, які дозволяють розвивати концепцію щодо нового (як для нашої країни) інституту кримінально-процесуального права, яким є адвокатське розслідування. Впровадження адвокатського розслідування в практику кримінального процесу може докорінним чином змінити існуючу модель на змагальну, усунути недоліки, які є у вітчизняному досудовому слідстві.

Цю обставину також добре усвідомлюють і вчені-процесуалісти та практики України, які висловлюють ідею наділити адвоката-захисника правом проводити власне розслідування. Вищевказана ідея також відчутна і в Росії. Так, І.Л. Петрухін вважає, що є тільки один шлях протистояння існуючому обвинувальному ухилу в діяльності слідчих органів: зрівняти обвинувачення та захист у всіх процесуальних можливостях, тобто ввести паралельне адвокатське розслідування з обов’язковим приєднанням до справи добутих таким шляхом доказів [7, 31]. При цьому простежується наступне концептуальне положення: сучасний російський кримінальний процес не може обійтися без надання адвокату-захиснику права проводити власне розслідування,

яке не обов’язково може мати назву паралельне. Надання адвокату права проводити власне розслідування І.Л. Петрухін обґрунтовано пов’язує з переходом від інквізиційного кримінального процесу до змагального, притаманного демократичним правовим державам.

Зейкан Я.П. справедливо зазначає, що у слідства немає монополії на пошук фактичних даних, що можуть бути використані як докази [4,67]. На його думку, “...захисту нерідко необхідно провести самостійне, паралельне розслідування, щоб надати суду не один сам по собі доказ, а кілька доказів, які представляють собою певну взаємоузгоджену систему заперечень щодо обвинувачення” [4,59].

Попелюшко В.О. підкреслює, що вже сьогодні діяльність захисника зі збирання доказів є процесуально-правовим і, на його думку, захисне (“адвокатське”) розслідування є паралельним слідчому розслідуванню, і зібрані захисником засоби захисту, з огляду на нагальну потребу зміцнення змагального характеру вітчизняного кримінального судочинства, слід законодавчо визнати кримінально-процесуальними доказами [8,167].

У науці кримінально-процесуального права як галузі юридичних знань особливе місце займають інститути кримінального процесу, які нерозривно пов’язані з його структурою і дозволяють розкрити найбільш важливі сторони побудови судочинства, їх функціональне призначення для вирішення завдань та досягнення мети кримінального процесу, охорони та захисту прав, свобод та законних інтересів особи.

Методологічною основою дослідження адвокатського розслідування як інституту кримінально-процесуального права є, з одного боку, положення загальної теорії держави і права про інститути права, а з іншого — застосування такого роду положень до концептуальних основ теорії інститутів права в галузях юридичних знань, у тому числі в кримінально-процесуальному праві. Інакше кажучи,

у дослідженні інститутів права і судочинства виділяються два рівні — загальноправовий і галузевий. Перший рівень розробляється загальною теорією держави і права. Ці розробки мають фундаментальне, методологічне значення для досліджень інститутів права в галузевих юридичних науках, в тому числі процесуального права. Що стосується другого рівня, то дослідження інститутів права в галузях юридичної науки покликані розкрити загальне й окреме (приватне), характерне для певних інститутів.

Скакун О.Ф. зазначає, що кримінально-процесуальному праву властиві елементи як диспозитивного, так і імперативного методу, при превалюванні одного з них. На його думку, система методів правового регулювання перебуває у постійному русі, динаміці. Він підкреслює, що розбіжність галузей права та галузей законодавства не виключає наявності позитивної тенденції до їх відповідності, їх “вирівнювання”. Зазначається, що інститут права — це система відносно відособлених від інших та пов’язаних між собою правових норм, які регулюють певну групу (від) однорідних суспільних відносин [9; 266–276].

Венгеров А.Б. зазначає, що на основі правових норм у теорії виділяють правові інститути як об’єднання норм за загальним предметом регулювання [16, 379–380]. Інші російські автори лише стосовно структури права називають і таку його складову, як інститут права [17, 390].

Таким чином, наведені загально-теоретичні судження цілком достатні для ствердження наступного: правовий інститут являє собою структурне утворення права, основу якого становить сукупність норм, об’єднаних загальним предметом регулювання. Природно, що перераховані критерії поширюються також і на інститути права різних галузей: цивільного, кримінального, кримінально-процесуального та ін. Більш того, загальнотеоретичні концепції щодо

правового інституту слід трактувати як теоретико-методологічні основи для наукової розробки особливостей правових інститутів у галузевих юридичних науках.

Треба зазначити, що у вітчизняній науці кримінально-процесуального права проблема його інститутів так і не стала об’єктом докладних досліджень. Основні категорії, поняття кримінально-процесуального права і кримінального судочинства також не включають таку складову частину, як галузеві інститути права, незважаючи на те, що подібні наукові дослідження мають і теоретичне, й практичне значення. На підтвердження цього можна навести відповідні доктринальні положення, висловлені авторами в різні часи, але об’єднані єдиним недоліком — відсутністю інформації щодо інститутів кримінально-процесуального права. Так, М.С. Строгович, окреслюючи предмет науки кримінального процесу, включав до нього норми діючого кримінально-процесуального права, діяльність суду, прокуратури, органів слідства; засновані на процесуальному законі кримінально-процесуальні відносини [10, 663–667]. В тому ж ключі предмет наукового вивчення в кримінальному процесі визначає і П.А. Лупинська, включаючи до нього норми права, процесуальну діяльність і відносини у сфері кримінального судочинства [11, 44; 12, 30–31].

Таке положення щодо дослідження структури й інститутів вітчизняного кримінально-процесуального права існувало не тільки за часів СРСР, але зберігається й дотепер. У цьому переконують праці відомих процесуалістів.

Скакун О.Ф., наприклад, розуміє кримінально-процесуальне право як систему норм права, що регулюють порядок діяльності правоохоронних органів та судів у зв’язку з розкриттям злочинів, розслідуванням кримінальних справ, їх розглядом у суді та винесенням вироку [9, 268]. К.Ф. Гуценко розуміє криміналь-

но-процесуальне право як сукупність норм, правил поведінки, санкціонованих державою та призначених для регламентації провадження у кримінальних справах [18, 15].

Зазначений недолік притаманний і судженням інших вчених-юристів: виділяючи предмет і об'єкт кримінально-процесуального права, вони не називають інститути права, вважаючи, що, з одного боку, основними об'єктами науки кримінально-процесуального права є діяльність суду, прокурора, органів розслідування і інших суб'єктів кримінально-процесуального права, що регулюють провадження у кримінальних справах, кримінально-процесуальні правовідносини, що виникають між суб'єктами зазначеної діяльності [19, 1–2], а з іншого — посилаючись на М.С. Строговича, зазначають, що наука кримінально-процесуального права вивчає принципи і завдання діяльності суду, прокуратури, органів розслідування у кримінальних справах, порядок і практику вказаної діяльності; правові норми, якими регламентується діяльність суду, прокуратури, органів розслідування, їх відносини з усіма учасниками кримінального процесу, права і обов'язки громадян, на яких поширюється діяльність перерахованих владних суб'єктів.

Зараз намітилася тенденція і вжити заходи з усунення наявних прогалин щодо повноти і досконалості знань про предмет науки кримінально-процесуального права. По-перше, це виражається у тому, що стосовно названого предмета пріоритетні позиції відведені сутності й призначенню кримінально-процесуального права, його принципам, організації і застосуванню; змісту основних понять; правовому положенню у провадженні з кримінальних справ слідчого, органу дізнання, прокурора, суду (судді), інших учасників кримінального процесу [9, 38–86].

По-друге, з'явилися праці, в яких безпосередньо вказано на те, що предметом

науки кримінально-процесуального права виступають об'єктивні закономірності розвитку суспільних відносин, які виражаються в нормах кримінально-процесуального законодавства, окремі теорії, що пояснюють сутність різних інститутів кримінального процесу, удосконалювання кримінально-процесуальної науки і шляхи заповнення прогалин у законодавстві [20, 11].

Таким чином, актуальність дослідження проблеми інститутів кримінально-процесуального права і кримінального процесу сумнівів не викликає. Перед вченими стоїть більш складне завдання: охарактеризувати цю процесуально-правову категорію в декількох аспектах — понятійному, змістовному, системно-структурному — і тим самим хоча б частково заповнити існуючу прогалину.

Тому постає наступне запитання: що являє собою інститут кримінально-процесуального права і яких особливостей він набуває? Насамперед, слід зазначити, що інститут кримінально-процесуального права належить до нормативно-регулятивних категорій, тому що його норми закріплені в кримінально-процесуальному законодавстві та призначені для регулювання певних відносин, що виникають під час розслідування і судового розгляду як між органами розслідування і посадовими особами держави, так і між іншими учасниками кримінального судочинства, що виступають на стороні обвинувачення та стороні захисту, а також виконуючими інші процесуальні ролі, визначені кримінально-процесуальним правом.

Інститут кримінально-процесуального права являє собою форму, наповнену конкретним змістом — відповідним набором норм, що регулюють найбільш близькі, родинні правовідносини. Сукупність такого роду норм поєднує предмет регулювання, тобто сукупність однорідних правових відносин. Такими є норми, що регламентують, наприклад, процесуальне положення учасників кримінального судочинства, функції обвинувачення, за-

хисту, розгляду і вирішення кримінальної справи тощо.

За охопленням норм певну роль грають не тільки кількісні, але й якісні показники: наявність у кримінально-процесуальному праві норм, що дозволяють дійти висновку, що вони регулюють найбільш близькі, родинні правовідносини. Інакше кажучи, норми можуть бути об'єднані в самостійну групу за об'єктом правового регулювання.

У розглянутому нами випадку об'єднані в групу правовідносини так чи інакше належать до кримінально-процесуальної діяльності, яка здійснюється адвокатом та має назву адвокатське розслідування. Звідси можна зробити висновок, що інститут кримінально-процесуального права — це науково-практична категорія, оскільки обслуговує і теорію, і практику, в якій реалізуються норми кримінально-процесуального закону.

У теоретичному плані такий інститут права, як адвокатське розслідування, являє собою сукупність правових норм, різних за джерелами і галузями, але пов'язаних між собою предметом регулювання. Названий правовий інститут, зокрема, ґрунтується на нормах КПК України — до регламентації адвокатського розслідування мають відношення ч. 1 ст. 48, п.п. 4,5,7,8,13 ч. 2 ст. 48, ч. 1 та ч. 2 ст. 65, ч. 2 ст. 66, ч. 2 ст. 68, ч. 2 ст. 75, ст. 78, ст. 82, ст. 83, ст. 219, ч. 2 та ч. 3 ст. 237, ст. 261, ч. 1 та ч. 2 ст. 266, ч. 1 та ч. 2 ст. 296, ч. 1 та ч. 2 ст. 304, ч. 3 ст. 310, ч. 2 ст. 313, ст. 314, ч. 3 ст. 315, ст. 363, ч. 1 ст. 393 та п. 1 ч. 1 ст. 400-4 КПК України. Таким чином, прямо або опосередковано до інституту адвокатського розслідування в українському кримінальному судочинстві належать більше тридцяти положень кримінально-процесуального закону. Інститут адвокатського розслідування регламентують також норми Закону України “Про адвокатуру”, де діяльності адвоката в сфері виявлення, збору і фіксації доказів присвячена ст. 6 [13].

Поряд із цим є норми, що гарантують захист адвоката від втручання в його діяльність з доказування, або дій, що мають на меті перешкодити здійсненню такої діяльності, або використанню отриманої захисником-адвокатом інформації, що завдає шкоди виконанню професійних функцій. Такими гарантіями є передбачені законом заборони: викликати і допитувати адвоката як свідка про обставини, що стали йому відомими у зв'язку зі зверненням до нього за юридичною допомогою або у зв'язку з її наданням; проводити оперативно-розшукові заходи і слідчі дії стосовно адвоката без відповідного судового рішення; використовувати як докази відомості, предмети, документи, які є в провадженні адвоката за справами його довірителя; негласного співробітництва адвоката з органами, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність (ч. 1 ст. 5, ч. 1 та ч. 2 ст. 10 Закону України “Про адвокатуру”; ч. 5, 8 ст. 48, пп. 1, 2 ч. 1 ст. 69 КПК та ст. 9 Правил адвокатської етики).

Всі перераховані заборони складають зміст принципу адвокатської таємниці (ст. 9 Закону України “Про адвокатуру”). Детально його предмет, що охоплює різні сторони діяльності адвоката і насамперед її інформаційну базу, врегульований ст. 9 Правил адвокатської етики [14, 5–6].

Усе викладене дозволяє зробити висновок про те, що адвокатське розслідування — це міжгалузевий інститут, що ґрунтується на сукупності норм права двох галузей: кримінально-процесуального й адвокатського права* [15, 61].

У зв'язку з тим, що адвокатське розслідування є міжгалузевим правовим інститутом, його варто розглядати, з одного боку, як інститут кримінально-процесуального права і кримінального судочинства, а з іншого — як інститут адвокатської професійної діяльності.

* В Російській Федерації, на нашу думку, обґрунтовано адвокатуру виділено в науці в самостійну галузь знань, яка має назву адвокатологія або адвокатське право.

Обидві сторони розглянутого міжгалузевого правового інституту найтіснішим чином взаємозалежні і являються єдиним цілим, оскільки теоретичний аспект адвокатського розслідування — це всього лише частина проблеми. У повному обсязі вона з'являється тільки в єдності теорії і практики правозастосування положень законодавства як про кримінальне судочинство, так і про адвокатську діяльність та адвокатуру. Отже, у нормативно-регулятивному аспекті адвокатське розслідування найбільший інтерес представляє як правовий інститут та інститут саме кримінально-процесуальний, де він може конкурувати з такими інститутами, як дізнання, досудове слідство та ін.

Крім того, адвокатське розслідування як інститут права і процесу викликає інтерес ще й у системно-структурному відношенні. Одна з істотних особливостей адвокатського розслідування полягає в тому, що його припустимо і можливо застосовувати як на досудовому, так і в судовому провадженні, хоча насамперед воно “прив’язане” до дізнання та досудового слідства.

Адвокатське розслідування може бути використане на різних стадіях кримінального процесу, якщо тільки виникає необхідність виявити, зібрати, дослідити докази, які можуть вплинути на висновки обвинувачення або рішення, сформульовані у вирокі. Тим паче, що КПК і Закон України “Про адвокатуру” не передбачають обмежень зі збору доказів засобами, що не суперечать чинному законодавству.

Залежно від завдань у здійсненні адвокатського розслідування простежуються наступні цілі. Перша пов’язана зі збиранням і дослідженням доказів під час досудового провадження, для того щоб спростувати обвинувачення, його окремі частини, а також виявити обставини, що пом’якшують вину підзахисного або свідчать на захист довірителя. Друга — ставиться після призначення судово-

го засідання, коли виникає необхідність провести адвокатське розслідування для того, щоб обґрунтувати заявлене клопотання про виключення доказів, пред’явлених під час судового розгляду; використати належне стороні захисту рівне право на подання доказів і участь в їх дослідженні (ст. 261 КПК). Третя — стосується проведення адвокатського розслідування після постанови у справі судових рішень, які адвокат, засуджений або потерпілий вважають неправосудними. У таких випадках адвокатське розслідування проводиться для того, щоб виявити, закріпити, дослідити і представити апеляційній або касаційній інстанції докази, що підтверджують або спростовують докази, наведені в скаргі або поданні, у тому числі про виключні обставини (п. 1 ч. 1 ст. 400-4 та ст. 400-5 КПК).

Виявлені в ході адвокатського розслідування і представлені суду апеляційної (касаційної) інстанції докази на підтвердження позиції адвоката, викладеної в апеляційній або касаційній скаргі, цілком можна трактувати як нові або додаткові — залежно від характеру інформації, що міститься в них та стосовно тих доказів, що вже є в матеріалах кримінальної справи.

Насамкінець слід зауважити, що наділивши захисника правами зі збирання доказової інформації, законодавець тим самим зробив значний крок на шляху реалізації в кримінальному процесі принципу змагальності сторін. При цьому захиснику надані лише найнеобхідніші права, а процесуальна форма їх реалізації законом не регламентована. Саме введення адвокатського розслідування у практику кримінального процесу, на нашу думку, може докорінно змінити існуючу модель на змагальну, усунути недоліки, які є в сучасному українському досудовому провадженні з кримінальних справ.

Список літератури :

1. *Баев О.Я.* О двух предложениях совершенствования профессиональной защиты от обвинения. Проблемы судебной реформы // Юридические записки. — Воронеж: 1994. — № 1.
2. *Барцевский М.Ю.* Организация и деятельность адвокатуры в России. — М., 1997.
3. *Томин В.Т.* Острые углы уголовного судопроизводства. — М., 1991.
4. *Зейкан Я.П.* Право на захист у кримінальному процесі: Практичний посібник. — К.: Юридична практика, 2004. — 288 с.
5. *Горя Н.* Принцип состязательности и функции защиты в уголовном процессе // Советская юстиция. — 1990. — № 7.
6. *Даневский В.П.* Наше предварительное следствие: его недостатки и реформа. — К., 2003. — 142 с.
7. *Петрухин И.Л.* От инквизиции — к состязательности // Государство и право. — 2003. — № 7. — С. 28–36.
8. *Попелюшко В.О.* Предмет захисту та його доказування в кримінальній справі: Монографія. — К.: Прецедент, 2005. — 232 с.
9. *Скаун О.Ф.* Теория государства и права: Учебник. — Харьков: Консум. — 2000. — 704 с.
10. *Строгович М.С.* Курс советского уголовного процесса. — М.: Наука. — 1968. — Т. 1. — 470 с.
11. Советский уголовный процесс / Под ред. Л.М. Карнеевой, П.А. Лупинской. — М., 1980.
12. Уголовно-процессуальное право Российской Федерации / Под редакцией П.А. Лупинской. — М., 1997.
13. Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 9. — Ст. 62.
14. *Заднепровский А.* Принцип презумпции невиновности и адвокатская тайна // Юридическая практика. — 2004. — № 20. — С. 5–6.
15. *Лубшев Ю.Ф.* Адвокатура в России. — М., 2001. — 832 с.
16. *Венгеров А.Б.* Теория государства и права. — М., 1998. — 624 с.
17. Теория государства и права / Под ред. В.К. Бабаева. М., 2002.
18. Уголовный процесс / Под ред. К.Ф. Гуценко. — М., 1997. — 509 с.
19. Уголовный процесс / *Баикатов Л.Н.* и др. — М., 2002.
20. *Безлепкин Б.Т.* Уголовный процесс: Учебное пособие. — М., 2003.

РЕЗЮМЕ:

В статье рассматриваются вопросы активного участия адвоката-защитника в уголовном судопроизводстве, связанные с реализацией его права на собирание и представление доказательств. Автор рассматривает “адвокатское расследование” как институт уголовно-процессуального права.

SUMMARY

The article deals with the issues of active participation of the defence lawyer in the criminal legal procedure connected with the realization of his right for collecting and producing the evidence. The author considers the “defense lawyer investigation” to be an institution of the criminal procedural law.

Рекомендовано кафедрою кримінального процесу та криміналістики

Отримано 30.11.05