

ЗАХИСНИК ЯК УЧАСНИК КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ, ЩО МАЄ ПРАВО БРАТИ УЧАСТЬ У ПРОЦЕСІ ДОКАЗУВАННЯ

Статтю присвячено вивченню ролі захисника у доказовій діяльності під час кримінального провадження. Проаналізовано перелік обставин, що можуть доказуватися стороною захисту. Зроблено висновок, що паралельно з органами досудового розслідування повноцінного самостійного адвокатського розслідування у кримінальному провадженні захисник не здійснює, хоча і може впливати на процес збирання доказів.

Ключові слова: захисник, підозрюваний, предмет доказування, досудове розслідування, кримінальне провадження.

Статья посвящена изучению роли защитника в доказательной деятельности в ходе уголовного производства. Проанализирован перечень обстоятельств, которые могут доказываться стороной защиты. Сделан вывод, что параллельно с органами досудебного расследования полноценного самостоятельного адвокатского расследования в уголовном производстве защитник не осуществляет, хотя и может влиять на процесс сбора доказательств.

Ключевые слова: защитник, подозреваемый, предмет доказывания, досудебное расследование, уголовное производство.

The article deals with the study of the role of the defender in proving activity in criminal proceedings. The list of circumstances that can be proved by the party of protection is analyzed. It is concluded that along with pre-trial investigation bodies a full-fledged independent lawyer's investigation in a criminal proceeding does not take place, although it may affect the process of gathering evidence.

Key words: defender, suspect, subject of evidence, pre-trial investigation, criminal proceedings.

Вступ. Основою доказової діяльності є принцип змагальності, який полягає в тому, що функції обвинувачення, захисту і вирішення кримінального провадження відокремлені одна від одної й не можуть покладатися на один і той самий орган чи посадову особу. Тобто кожна з сторін самостійно, виходячи з власного внутрішнього переконання, на основі наданих сторонами процесуальних повноважень здійснює доказову діяльність.

Різні аспекти, що пов'язані з роллю захисника, неодноразово розглядали у своїх працях вчені в галузях кримінального процесу та криміналістики, зокрема: Ю.М. Грошевий, А.П. Дубинський, Я.П. Зейкан, В.С. Зеленецький, Л.М. Лобойко, О.П. Кучинська, М.М. Михеєнко, В.Т. Нор, В.Ю. Шепітько та ін. Але, незважаючи на все, питання, пов'язані з доказовою діяльністю захисника, досі залишаються не до кінця вивченими.

Постановка завдання. Метою статті є аналіз норм кримінального процесуального законодавства щодо регламентації доказової діяльності захисника під час кримінального провадження.

Результати дослідження. Так, відповідно до положень 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, які здатні забезпечити подання до суду належних і допустимих доказів. При цьому слід зазначити, що до останніх дій, які є новими для законодавчої моделі діяль-

ності захисника в кримінальному процесі України, необхідно віднести отримання захисником на підставі ухвали слідчого судді чи суду тимчасового доступу до речей і документів та проведення за необхідності їх виїмки, залучення стороною захисту експерта для проведення експертизи, що може бути здійснено як на договірних засадах, так і за клопотанням сторони захисту за ухвалою слідчого судді. Ми вважаємо: позитивною зміною на теперішній час є правило, яке передбачено положеннями ч. 5 ст. 46 КПК України про те, що захисник має право на 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).

Крім того, у положеннях ч. 1 ст. 91 КПК України міститься перелік обставин, які підлягають доказуванню в кримінальному провадженні, тобто ці положення встановлюють предмет доказування у кримінальному провадженні. Водночас слід пам'ятати, що обставини, які входять до предмета доказування при здійсненні захисником своїх повноважень, відрізняються низкою особливостей. Серед них варто виділити перш за все початкову незацікавленість захисника в пізнанні тих обставин, які для сторони обвинувачення становлять мету і зміст доказування. Тому ми вважаємо, що предмет доказування для сторони захисту визначається індивідуальною ситуацією кримінального провадження й тактикою захисника. Без збирання власних доказів, як зазначає Н.М. Фаткуллін, захисник не може аналізувати суперечності в провадженні, може виявляти неповноту, однобічність, неприпустимість зібраних стороною обвинувачення доказів, висувати виправдувальні версії [1, с. 127], що ми підтримуємо.

При цьому слід зазначити, що захиснику необхідно виявляти обставини в інтересах свого клієнта. Але в той же час, як визначає О.В. Рибалка, ця діяльність у певному значенні має вузький характер, оскільки захисника цікавлять тільки ті докази, які дають змогу виявити обставини, що виправдовують підозрюваного чи обвинуваченого, пом'якшують його відповідальність і покарання [2, с. 36]. Підтримуючи дискусію з цього питання, Т.В. Корчева зазначає, що захиснику не належить обов'язок всебічного дослідження обставин кримінального провадження, він досліджує лише ті обставини, які є сприятливими для його підзахисного [3, с. 39]. Це твердження, на нашу думку, є не зовсім правильним, адже в інтересах захисника повинно бути дослідження всіх обставин, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні, щоб мати можливість заперечувати чи спростовувати доводи сторони обвинувачення. Але натомість відкривати перед судом він має тільки ті матеріали, які містять обставини, що свідчать на користь його підзахисного. Виходячи з положень ст. 91 КПК України, можна зробити висновок, що ними є такі обставини, зокрема: які впливають на зменшення ступеня тяжкості вчиненого кримінального правопорушення; позитивно характеризують особу підозрюваного, обвинуваченого; пом'якшують покарання; виключають кримінальну відповідальність або є підставою закриття кримінального провадження; обставини, що є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності або покарання; форма вини.

Слід зазначити, що, виходячи з положень ч. 2 ст. 52 КПК України про обов'язкову участь захисника в кримінальних провадженнях щодо неповнолітніх, до предмета доказування, крім вже раніш зазначених обставин, повинно входити з'ясування відомостей про особу неповнолітнього, ставлення неповнолітнього до вчиненого ним діяння, умови життя й виховання неповнолітнього. За наявності даних про розумову відсталість неповнолітнього, не пов'язану з психічною хворобою, має бути також з'ясовано, чи міг він повністю усвідомлювати значення своїх дій і якою мірою міг керувати ними (ст. 485 КПК України). У кримінальних провадженнях щодо застосування примусових заходів медичного характеру захисник повинен встановити ті обставини, що передбачені положеннями ст. 505 КПК України, які можуть покращити становище його підзахисного.

При цьому ми вважаємо, що до предмета доказування, яке здійснюється захисником, можуть бути зараховані й інші обставини, залежно від конкретної ситуації й даних, на які вказує сам підозрюваний чи обвинувачений.

Наприклад, якщо підозрюваний, обвинувачений визнає себе повністю винним у повідомленій йому підозрі й інші докази також підтверджують його вину, завданням захисника є виключити можливість якої-небудь помилки й довести шире розкаяння його підзахисного, а також інші пом'якшуючі обставини у кримінальному провадженні. При цьому обставинами, що пом'якшують відповідальність особи, можуть бути зокрема: відвернення винним шкідливих наслідків вчиненого кримінального правопорушення, або добровільне відшкодування завданої шкоди, чи усунення заподіяної шкоди; вчинення кримінального правопорушення внаслідок збігу тяжких

особистих або сімейних обставин; вчинення кримінального правопорушення під впливом погрози чи примусу або через матеріальну чи іншу залежність; вчинення кримінального правопорушення під впливом великого душевного хвилювання, спричиненого неправомірними діями потерпілого; вчинення кримінального правопорушення неповнолітнім; вчинення кримінального правопорушення жінкою в стані вагітності; щире розкаяння або явка з повинною, а також сприяння розкриттю кримінального правопорушення тощо [4]. Ми вважаємо, що захисник повинен звертати особливу увагу на ці обставини, будучи суб'єктом доказування.

Для встановлення обставин, які формують предмет доказування, необхідні докази, коло яких, за визначенням В.Д. Арсеньєва, встановлює межі або обсяг доказування. Якщо предмет доказування є загальним для кожного кримінального провадження, як передбачає кримінальне процесуальне законодавство України, то коло доказів, потрібних для його встановлення, визначають слідчий, прокурор і суд за своїм внутрішнім переконанням [5, с. 43]. Внутрішнє переконання в цьому випадку являє собою переконаність у достатності доказів, у доведеності необхідних для встановлення істини обставин. При цьому ми вважаємо, що В.Д. Арсеньєв у своєму висловлюванні не брав до уваги межі доказування, здійснюваного захисником, які, на нашу думку, є вужчими, зважаючи на специфіку обставин, що входять до його предмета. Тому під межами участі захисника в доказуванні слід розуміти необхідну й достатню сукупність доказів, зібраних у кримінальному провадженні, які забезпечують захист підозрюваного, обвинуваченого від підозри, обвинувачення.

За дослідженням чинне кримінальне процесуальне законодавство України не обмежує захисника в можливості отримання інформації, яка може бути використана з метою захисту інтересів підозрюваного, обвинуваченого, і цю обставину слід враховувати й реалізовувати в повному обсязі. При виконанні свого професійного обов'язку, вважає Я.П. Зейкан, захисник повинен аналізувати кожен доказ, що є у кримінальному провадженні, незалежно від того, чи обґрунтовує цей доказ обвинувачення, чи виправдовує підзахисного. У результаті такого аналізу захисник для себе чітко уявляє, що доведено у кримінальному провадженні безумовно, з чим можна не погоджуватися, що не доведено, а що взагалі не може бути доведено [6, с. 51], що ми підтримуємо.

Під час своєї діяльності захиснику можуть стати відомі відомості, які обтяжують відповідальність його підзахисного. У цьому випадку, зазначає Н. Кузнецов, адвокат повинен виходити з того, що його діяльність спрямована на захист інтересів свого підзахисного, у зв'язку з чим він не має права передавати ці відомості посадовій особі, яка веде досудове розслідування [7], що ми підтримуємо.

Але слід пам'ятати: відповідно до положень Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 05.07.2012 р. [8] під час здійснення адвокатської діяльності адвокат зобов'язаний, у тому числі, дотримуватися присяги адвоката України та правил адвокатської етики, що тісно пов'язані з поняттями чесності і сумління у здійсненні захисту. В Правилах адвокатської етики встановлено, що «у своїй професійній діяльності адвокат зобов'язаний використовувати всі свої знання та професійну майстерність для належного захисту й представництва прав та законних інтересів фізичних і юридичних осіб, дотримуючись чинного законодавства України, сприяти утвердженню та практичній реалізації принципів верховенства права та законності. Адвокат не може давати клієнту поради, свідомо спрямовані на полегшення скоєння правопорушень, або іншим чином умисно сприяти їх скоєнню його клієнтом або іншими особами. Адвокат не має права в своїй професійній діяльності вдаватися до засобів та методів, які суперечать чинному законодавству або цим Правилам» [9]. Але ми вважаємо, що не можна назвати чесною й сумлінною поведінку адвоката, якщо він допомагає злочинцеві уникнути відповідальності шляхом неправди й обману, навіть якщо вони використовуються для досягнення законної мети, тобто захисту від обвинувачення. Інакше кажучи, у такому випадку законна мета досягається нечесними засобами. Крім цього, захисник зобов'язаний захищати підозрюваного, обвинуваченого тільки не забороненими законом засобами. Тому, що відповідно до положень Правил адвокатської етики адвокат не повинен подавати суду завідомо неправдиві докази або свідомо брати участь у їх формуванні, посилаючись в суді на завідомо неправдиві або завідомо викривлені фактичні обставини чи обставини, що завідомо не стосуються предмета спору, або на подані клієнтом докази, стосовно яких йому відомо, що вони є неправдивими, або докази, отримані з порушенням положень Правил адвокатської етики. Тільки самому підозрюваному, обвинуваченому законодавством не заборонено для свого захисту використовувати неправду, обман, відмову від дачі показань.

Разом з тим, необхідно пам'ятати, що доказова діяльність захисника у кримінальному провадженні має досить серйозну обмеженість у часі. Так, відповідно до моделі досудового роз-

слідування, передбаченої чинним КПК України, захист набуває конкретної кримінальної процесуальної форми лише після повідомлення особі про підозру або після її затримання за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення. При цьому слід зазначити, що в чинному КПК України не передбачено моменту або строку повідомлення про підозру, окрім випадків затримання особи за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення, коли повідомлення повинно відбутися не пізніше 24 годин із моменту затримання особи.

Висновки. Отже, слід відзначити, що у більшості випадків у кримінальному провадженні захисник може отримати докази лише опосередковано, шляхом направлення клопотань слідчому, прокуророві або слідчому судді про проведення тих чи інших слідчих (розшукових) та процесуальних дій. Паралельно повноцінного самостійного адвокатського розслідування у кримінальному провадженні захисник не здійснює, хоча у сторони захисту є можливість самостійно залучати експерта для проведення експертизи, здійснювати виїмку речей і документів на підставі ухвали слідчого судді, а також реалізувати ті права, спрямовані на збирання доказів, що задекларовано у положеннях ст. 93 КПК України. Разом з тим, можливості захисника щодо проведення експертиз під час досудового розслідування досить обмежені. Так, відповідно до положень ч. 3 ст. 93 КПК України захисник може витребувати лише копії документів, які на практиці не є достатніми для проведення експертизи. Тому, якщо у захисника виникає необхідність надання оригіналів документів, він вимушений звертатися до слідчого з клопотанням про надання оригіналів документів для проведення відповідного експертного дослідження або клопотати про призначення експертизи слідчим.

Список використаних джерел:

1. Фаткуллин Ф.Н. Обвинение и защита по уголовным делам : [учебное пособие] / Фаткуллин Ф.Н., Зинатуллин З.З., Аврах Я.С. – Казань : Издательство Казанского университета, 1976. – 168 с.
2. Рибалка О.В. Захисник як суб'єкт доказування в кримінальній справі / Рибалка О.В. // Адвокат. – Київ, 2011. – № 7 (130). – С. 35–40.
3. Корчева Т.В. Проблеми діяльності захисника в досудовому провадженні та в суді першої інстанції : [монографія] / Корчева Т.В. – Х. : Вид. ФОП Вапнярчук Н. М., 2007. – 200 с.
4. Кримінальний кодекс України : Закон України від 05.04.2001 р. № 2341-III // Офіційний вісник України. – 2001. – № 21. – Ст. 920.
5. Арсеньев В.Д. Вопросы общей теории судебных доказательств / Арсеньев В.Д. – М. : Юрид. лит., 1964. – 179 с.
6. Зейкан Я.П. Захист у кримінальній справі : [наук.-практ. посіб.] / Зейкан Я.П. – К. : Вища школа, 2002. – 271 с.
7. Кузнецов Н. Право защитника собирать доказательства: сущность и пределы / Кузнецов Н., Дадонов С. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.lawmix.ru/comm/4813>.
8. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 05.07.2012 № 5076-VI [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/5076-17>.
9. Правила адвокатської етики. Затверджені Установчим з'їздом адвокатів України 17.11.12 р. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://vkdka.org/pravil-advokatskoji-etiki/>.