

ГОРЬ Ю. В.,

адвокат, аспірант кафедри кримінального процесу і криміналістики; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність

(Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ)

УДК 343.12(477)

ІНІЦІУВАННЯ ПРОВЕДЕННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ДІЙ ЯК ОДНА З ФОРМ УЧАСТІ СТОРОНИ ЗАХИСТУ У ДОКАЗУВАННІ ПІД ЧАС ДОСУДОВОГО ПРОВАДЖЕННЯ

У статті проаналізовано питання щодо реалізації інституту ініціювання проведення процесуальних дій на етапі досудового розслідування стороною захисту. Наведено основні принципи та напрямки діяльності захисника щодо порядку звернення до органів досудового провадження для проведення слідчих дій. Приділено увагу статусу звернення адвоката шляхом подання клопотання, яке є безпосередньою формою участі сторони захисту у кримінальному процесуальному доказуванні.

Ключові слова: захисник, докази, доказування, процесуальні дії, досудове провадження, змагальність, адвокатське розслідування.

В статье проанализированы вопросы реализации института инициирования проведения процессуальных действий на этапе досудебного расследования стороной защиты. Приведены основные принципы и направления деятельности защитника и порядке обращения в органы досудебного расследования для проведения следственных действий. Уделено внимание статусу обращения адвоката путем подачи ходатайства, которое является непосредственной формой участия стороны защиты в уголовном процессуальном доказывании.

Ключевые слова: защитник, доказательства, доказывание, процессуальные действия, досудебное производство, состязательность, адвокатское расследование.

The article analyzes the issues of implementing the institution of initiation of procedural actions at the stage of pre-trial investigation by the defense. The main principles and directions of the defender's activity on the procedure for applying to the bodies of pre-trial investigation for conducting investigative actions are given. Attention is paid to the status of the lawyer's application by filing a petition, which is the direct form of participation of the defense in criminal procedural proof.

Key words: advocate, evidence, evidence, procedural actions, pre-trial proceedings, adversarial activity, lawyer's investigation.

Вступ. Аналізуючи реалізацію повноважень та реального права захисника щодо ініціювання проведення процесуальних дій, як однієї з форм участі сторони захисту у доказуванні під час досудового провадження, цілком справедливо слід відзначити, що процесуально захисник має багато функціонально впливових важелів, та на практиці їх реалізація є досить складним процесом. Одних лише процесуальних гарантій недостатньо для підтримання балансу доказових можливостей сторін у змагальному кримінальному процесі. Тому для забезпечення такого балансу у будь-якому випадку слід передбачити та розробити діючий механізм реалізації ініціативи сторони захисту щодо збирання фактичних даних у кримінальному провадженні, адже це є суттєвим елементом змагальності сторін та захисту інтересів обвинуваченого, що слід розглядати як захист прав і свобод людини.

Дослідження питань ініціювання проведення процесуальних дій на етапі досудового розслідування стороною захисту набуло розвитку у наукових доробках провідних вітчизняних і зарубіжних учених, серед яких: Ю. І. Стецовський, Г. І. Алейніков, А. М. Бірюкова, Т. В. Варфоломєєва, Ю. Б. Пастернак, В. Т. Тертишник та ін.

Останніми роками на питаннях ініціювання проведення процесуальних дій на етапі досудового розслідування стороною захисту акцентували увагу В. В. Вапнярчук, О. В. Гаркавенко, І. О. Крицька, Є. Д. Лук'янчиков, О. Білічак, Ю. М. Грошевий, М. О. Колоколов, О. В. Сурдукової, Т. Г. Трофименко та ін.



Постановка завдання. Метою статті є розгляд особливостей ініціювання проведення процесуальних дій на етапі досудового розслідування стороною захисту.

Результати дослідження. Домінуючою тенденцією розвитку вітчизняного кримінального судочинства останніх десятиліть залишається поступове утвердження принципу змагальності як першооснови системи процесуальних відносин між сторонами кримінального провадження та судом. На даний момент в юридичній науці сформувалося усталене уявлення про те, які саме ознаки характеризують змагальну побудову судочинства. До таких ознак відносяться наступні: а) наявність сторін із протилежними інтересами; б) наділення таких сторін рівними процесуальними правами; в) наявність незалежного від сторін суду, який вирішує справу по суті; г) чітке розмежування прав і обов'язків сторін та суду [11, с. 18; 7, с. 15].

Згідно з приписами ст. 22 КПК України здійснення кримінального провадження на основі змагальності передбачає самостійне обстоювання стороною обвинувачення і стороною захисту їхніх правових позицій, прав, свобод і законних інтересів засобами, передбаченими кримінальним процесуальним законодавством. Проголошується рівність прав щодо збирання та подання до суду речей, документів, інших доказів, а також клопотань і скарг. Передбачений чіткий розподіл функцій державного обвинувачення, захисту та вирішення справи: державне обвинувачення здійснюється прокурором; захист здійснюється підозрюваним або обвинуваченим, його захисником або законним представником; суд, зберігаючи об'єктивність та неупередженість, створює необхідні умови для реалізації сторонами їхніх процесуальних прав та виконання процесуальних обов'язків. Покладання різних процесуальних функцій на один і той самий орган чи службу особу забороняється.

Виходячи із наведених засадничих положень, можна стверджувати, що реалізація змагальності у кримінальному провадженні безпосередньо пов'язана з інститутом кримінального процесуального доказування. О. Г. Яновська цілком справедливо звертає увагу на те, що необхідною умовою змагального кримінального доказування є ефективність участі сторони кримінального процесу у доказуванні. Належне нормативне забезпечення процесуальних можливостей учасників кримінального судочинства брати участь у доказуванні та їх власна діяльність з реалізації таких можливостей у кримінальному процесі забезпечують необхідний рівень захисту прав та законних інтересів [14, с. 24].

Комплексний аналіз норм КПК України та відповідної правозастосовної практики вказує на те, що найбільш рельєфно проблема забезпечення змагальності під час здійснення кримінального процесуального доказування проявляється саме у досудовому провадженні. Як зазначається у літературі, попри декларування гарантій змагальної форми кримінального судочинства, суб'єктами доказування переважно є лише особи, які беруть участь у справі на стороні обвинувачення, сторона ж захисту виглядає пасивним учасником цього процесу [4, с. 210]. На перший погляд, такий інструмент, як змагальність, зазначає Г. І. Алейніков, створює найбільш сприятливі умови для пошуку істини й виголошення справедливого вироку, однак практика доводить, що сторони обвинувачення і захисту приходять до суду з різними «стартовими можливостями». Матеріали кримінальної справи, які надаються суду прокурором, містять цілісну систему обвинувальних доказів, «продублювати» яку у судовому процесі, як правило, не складно. Сторона ж захисту приходять до суду практично лише зі знанням матеріалів справи, а тому її місія здебільшого зводиться до спростування обвинувачення та його доводів, піддавання їх сумніву шляхом логічного доказування: оцінки обвинувальних доказів на належність, допустимість і достовірність. Тож, резюмує автор, основа змагальності повинна закладатися ще на досудових стадіях провадження – на етапі збирання і нагромадження основного обсягу доказів [1, с. 100].

Під час здійснення захисту може виникнути ситуація, коли для ефективного спростування обвинувачення стороною захисту необхідно буде посперечатися на фактичні дані, які поставлять під сумнів наявність зв'язку між аргументами позиції обвинувачення (*factum probans*) та фактами, що стороною обвинувачення доводяться (*factum probandum*). Однак, наявність таких даних у системі доказів, яка була сформована стороною обвинувачення, з огляду на функціональний інтерес останньої видається малоймовірною, адже у протилежному випадку позиція обвинувачення містила б серйозні внутрішні суперечності і навряд чи була б реалізована. Тобто сторона захисту буде суттєво обмежуватись у своїх можливостях щодо спростування обвинувачення у наслідок того, що протилежна сторона, як уповноважений суб'єкт кримінального процесуального доказування, у силу однобічності сприйняття обставин справи не визнаватиме за необхідне збирати ті фактичні дані, які йтимуть у розріз з її власною позицією.

Зважаючи на вищевказане, слід погодитись із тим, що надання одних лише процесуальних гарантій *favor defensionis* недостатньо для підтримання балансу доказових можливостей сторін у змагальному кримінальному процесі. Забезпечення вказаного балансу у будь-якому випадку повинно передбачати механізм реалізації ініціативи стороною захисту щодо збирання фактичних даних у кримінальному провадженні. У протилежному випадку відбувалось би очевидне обмеження свободи сторони у виборі способів захисту [8, с. 291].



Конкретний перелік правових засобів (можливостей), реалізація яких стороною захисту забезпечує її включеність у процес доказування по кримінальному провадженню, передбачений ч. 3 ст. 93 КПК України. Порівнявши їх з аналогічними засобами, доступними для обвинувачення (ч. 2 ст. 93 КПК України), не важко помітити, що єдиною і одночасно принциповою відмінністю між доказовими можливостями сторін кримінального провадження є відсутність у захисту можливості самостійного проведення слідчих (розшукових) чи інших процесуальних дій, у той час як для слідчого та прокурора вказані дії виступають як основний і, безсумнівно, найбільш ефективний правовий інструмент формування доказової бази.

По суті, виходячи із приписів згаданої ч. 3 ст. 93 КПК України, діяльність сторони захисту із самостійного отримання доказів може бути реалізована лише у двох формах: 1) 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; 2) здійснення інших дій, які здатні забезпечити подання суду належних і допустимих доказів.

У зв'язку зі сказаним вище постає питання щодо того, яким саме чином має забезпечуватись згадуваний баланс правових можливостей сторін у формуванні доказової бази конкретного кримінального провадження, зважаючи на передбачену чинним кримінальним процесуальним законодавством України абсолютну монополію сторони обвинувачення в особі слідчого та прокурора на проведення гласних і негласних слідчих (розшукових) та інших процесуальних дій. Як вже було нами встановлено вище, саме вказані дії є основним засобом доказування, реалізація якого передбачає дотримання чіткої процесуальної форми, що у кінцевому рахунку гарантує отримання належних, допустимих і достовірних даних про факти і обставини, які мають значення для кримінального провадження.

Найбільш простим і очевидним варіантом вирішення вказаного питання виглядає урівнювання сторін обвинувачення і захисту у доступних їм засобах (способах) здійснення доказування. Це, у свою чергу, означало б наділення сторони захисту правом самостійного проведення процесуальних дій, спрямованих на збирання доказів у кримінальному провадженні.

Серед вітчизняних процесуалістів активно розроблюваною є концепція так званого «адвокатського розслідування». Так, на думку О. В. Сурдукової, наділення захисника правами зі збирання доказової інформації є значним кроком на шляху реалізації у кримінальному процесі принципу змагальності сторін, а введення адвокатського розслідування сприятиме докорінній зміні існуючої моделі кримінального судочинства та усунення недоліків, притаманних досудовому провадженню [14, с. 101-102]. На необхідність законодавчого закріплення права захисника проводити розслідування паралельно з особою, яка веде кримінальний процес, вказує Т. В. Корчева [5, с. 183]. За визначенням О. В. Рибалки, адвокатське розслідування являє собою вид публічно-правової діяльності, що здійснюється адвокатом у кримінальних справах в інтересах підзахисного або довірителя з метою виявлення і формування доказів та обставин, які мають значення для захисту прав, свобод та законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, потерпілого, цивільного позивача і цивільного відповідача [10, с. 40]. В. О. Попелюшко розглядає інститут адвокатського розслідування як систему кримінальних процесуальних та інших правових норм, що регулюють і дозволяють діяльність адвоката-захисника у кримінальному провадженні, спрямовану на збирання, закріплення (фіксацію), перевірку та оцінку зібраних ним доказів з метою виконання функції захисту. Вказане розслідування є самостійною, відносно відособленою діяльністю захисника-адвоката, пов'язаною з доказами кримінальної справи, до певної міри дистанційованою у просторі від роботи з доказами органу, у провадженні якого перебуває справа, спрямованою на поповнення матеріалів справи саме доказами захисту, тобто доказами виправдальними [9, с. 167].

Тим не менше, як справедливо відзначає В. М. Трофименко, запровадження паралельного адвокатського розслідування, про яке багато років йшлося в юридичній літературі (зокрема, шляхом самостійного проведення адвокатом слідчих дій), в Україні так і не відбулося, хоча у певній мірі ця ідея була матеріалізована у 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 [13, с. 166].

Очевидно, що головною перешкодою для запровадження інституту паралельного розслідування із наданням стороні захисту права самостійно проводити процесуальні дії, спрямовані на отримання доказів, є неможливість наділення такої сторони відповідними владними повноваженнями. При цьому, говорячи про владні повноваження при проведенні процесуальних дій, ми маємо на увазі не тільки можливість безпосереднього застосування процесуального примусу (наприклад, здійснити затримання, проникнути у житло чи інше володіння особи, вилучити речі документи, примусово провести освідування або відібрати зразки для експертизи). Окрім вказаних заходів, підозрюваний чи його



захисник, на відміну від службових осіб органів досудового розслідування, апріорі не можуть мати права викликати інших осіб для участі у процесуальних діях, попереджати їх про юридичну відповідальність за невиконання чи неналежне виконання процесуальних обов'язків. За відсутності владних повноважень, підкріплених можливістю застосування заходів впливу (у тому числі і фізичного характеру), при певних обставинах досить складно або взагалі неможливо забезпечити належний порядок проведення процесуальної дії. Проводячи, наприклад, огляд, захисник у силу відсутності владних повноважень не зможе перешкодити тому чи іншому учаснику слідчої дії самовільно залишити місце огляду до його завершення.

Поряд із неможливістю наділення сторони захисту владними повноваженнями існує і інша проблема, пов'язана із самостійним проведенням такою стороною процесуальних дій, спрямованих на отримання доказів. У науковій літературі неодноразово зверталась увага на те, що докази у готовому вигляді у природі не існують, а тому суб'єкти доказування не збирають уже готові докази – вони поступово формуються під час доказової діяльності. Відтак, для гарантування належності, достовірності і допустимості доказів кримінальний процесуальний закон встановлює чіткі правила виявлення та фіксації відповідної інформації, у результаті чого і відбувається формування таких доказів. І якщо порядок діяльності органів досудового розслідування із проведення процесуальних дій, у ході яких формуються докази, чітко та достатньо деталізовано регламентований кримінальним процесуальним законом, то процесуальна форма діяльності сторони захисту із формування доказів є досить умовною. У зв'язку з цим важко не погодитись з А. М. Бірюковою, яка вважає, що будь-яка інформація, яка опинилася у розпорядженні сторони захисту, може набути силу доказу, якщо вона (інформація) буде втілена у відповідну кримінально-процесуальну форму [2, с. 117].

У цілому, не заперечуючи проти ідеї розширення доказових можливостей сторони захисту та забезпечення належної процесуальної регламентації порядку їх реалізації, все ж варто визнати об'єктивну неможливість в умовах сформованої вітчизняної системи кримінального процесуального доказування наділення вказаної сторони правом самостійного проведення повного комплексу процесуальних дій, спрямованих на формування доказів у кримінальному провадженні. За таких обставин, у силу дії засади змагальності, виникає необхідність запровадження певних компенсаторних механізмів, здатних забезпечити якщо не повну тотожність, то хоча б співрозмірність та збалансованість потенціалів протилежних сторін у відстоюванні своєї позиції засобами доказування, оскільки, за вірним визначенням О. Г. Яновської, жодна зі сторін у відстоюванні своєї позиції у кримінальному провадженні не повинна мати істотних переваг у порівнянні з іншою стороною [14, с. 124]. Поряд із вже згадуваними *favor defensionis*, складовою таких механізмів є інститут ініціювання проведення процесуальних дій.

Тут варто звернути увагу на один досить суттєвий момент. У ч. 3 ст. 93 КПК України ініціювання проведення процесуальних дій визначається як спосіб збирання доказів стороною захисту. Як видається, такий підхід законодавця є не зовсім коректним. В юридичній літературі небезпідставно висловлюється сумнів щодо можливості розглядати вказане ініціювання як спосіб збирання доказів стороною захисту, оскільки у кінцевому рахунку ініційована процесуальна дія проводиться слідчим або прокурором, а тому останні і виступають суб'єктами отримання відповідних доказів [6, с. 244-245]. Докази формуються не у результаті ініціювання та подачі відповідних клопотань, а у наслідок проведення відповідної процесуальної дії, а тому суб'єктом отримання доказів буде особа, яка таку дію проводить.

Погоджуючись із наведеними твердженнями, зауважимо, що найбільш коректно ініціювання проведення процесуальних дій слід розглядати не як засіб збирання стороною захисту доказів, а як форму участі останньої у доказуванні під час здійснення кримінального провадження. Абсолютно правою є Т. В. Варфоломеева, яка розглядає заявлення клопотання не тільки як засіб здійснення функції захисту, а й як форму участі захисника у доказуванні [4, с. 116].

Отже, на наш погляд, законотворцям слід внести певні поправки до статей КПК України, та на законодавчому рівні закріпити інститут паралельного адвокатського розслідування, а також вирішити питання щодо наділення сторони захисту владними повноваженнями. Треба погодитись, що розширити повноваження захисника до рівня повноважень органів досудового розслідування буде не правомірно. Але розумне та логічне розширення та регламентування законодавчо владних повноважень для захисника, стало б новою віхою в історії кримінального процесу, більш того це дало б можливість зняти вагомий тягар навантаження з органів досудового розслідування (слідчих, оперативних працівників) та прискорити процес збору доказової бази, та найголовніше, у сторони обвинувачення з'явилися би реальні шанси доводити свою невинуватість.

Висновки. На підставі вищевикладеного можна зробити висновок, що реалізація стороною захисту такого інструменту, як ініціювання проведення процесуальних дій, обумовлює її «причетність» до процесу доказування у конкретному кримінальному провадженні. Вказане ініціювання є процесуальною формою вираження волевиявлення учасника кримінального провадження у його від-



носінах зі слідчим, прокурором, слідчим суддею, спрямованого на вжиття останніми передбачених кримінальним процесуальним законом заходів, спрямованих на встановлення фактів і обставин, які можуть мати значення для захисту прав і законних інтересів такого учасника. У цьому відношенні право на офіційне звернення до компетентних суб'єктів про необхідність вжиття вказаних заходів процесуального характеру є вкрай важливим, якщо не ключовим елементом механізму захисту прав підозрюваного, обвинуваченого засобами кримінального процесуального доказування. Образно кажучи, ініціювання проведення процесуальних дій є важелем, який запускає у дію змагальність вже на етапі доказування у досудовому провадженні.

Список використаних джерел:

1. Алейніков Г. І. Збирання доказів адвокатом-захисником в досудовому слідстві. Право чи обов'язок? / Г. І. Алейніков. – Підприємництво, господарство і право. – 2002. – №2. – С. 99-101.
2. Бірюкова А. М. Забезпечення адвокатурою конституційного права обвинуваченого на захист у кримінальному процесі : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 / Бірюкова Аліна Миколаївна. – Одеса, 2006. – 206 с.
3. Варфоломеева Т. В. Защита в уголовном судопроизводстве / Т. В. Варфоломеева. – К. : Институт адвокатуры при Киевском университете имени Тараса Шевченко, 1998. – 204 с.
4. Гаркавенко О. В. Доказування стороною захисту та потерпілим як не уповноваженими учасниками кримінального провадження / О. В. Гаркавенко // Науковий вісник Академії муніципального управління. Серія: Право. – 2014. – Вип. 1. – С. 206-211.
5. Корчева Т. В. Проблеми діяльності захисника в досудовому провадженні та в суді першої інстанції : [монографія] / Т. В. Корчева. – Х. : Вид. ФОП Вапнярчук Н.М., 2007. – 200 с.
6. Кримінальний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар / За ред. С. В. Ківалова, С. М. Міщенко, В. Ю. Захарченка. – Х. : Одісей, 2013. – 1104 с.
7. Лунін С. В. Принцип змагальності сторін як конституційна гарантія справедливого судочинства : автореф. дис. на здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук : 12.00.10 / Лунін Сергій Вікторович. – К., 2011. – 22 с.
8. Пастернак Ю. Б. Проблеми участі сторони захисту у кримінально-процесуальному доказуванні / Ю. Б. Пастернак // Часопис Київського університету права. – 2010. – № 2. – С. 289-292.
9. Попелюшко В. О. Предмет захисту та його доказування в кримінальній справі : [монографія] / В. О. Попелюшко. – К. : Прецедент, 2005. – 232 с.
10. Рибалка О. В. Захисник як суб'єкт доказування в кримінальній справі / О. В. Рибалка // Адвокат. – 2011. – №7 (130). – С. 35-40.
11. Смирнов А. В. Состязательный процесс / А. В. Смирнов. – СПб : Альфа, 2001. – 320 с.
12. Сурдукова О. В. Адвокатське розслідування як інститут кримінально-процесуального права / О. В. Сурдукова // Вісник Академії адвокатури України. – 2005. – Вип. 4. – С. 97-103.
13. Трофименко В. М. Особливості участі захисника у доказуванні у кримінальному провадженні: деякі теоретико-прикладні аспекти / В. М. Трофименко // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія, Право. – 2015. – Вип. 33(2) – С. 165-168.
14. Яновська О. Г. Концептуальні засади функціонування і розвитку змагального кримінального судочинства : [монографія] / О. Г. Яновська. – К. : Прецедент, 2011. – 303 с.

