

ЩОДО МОЖЛИВОСТЕЙ І ЗАСОБІВ АДВОКАТСЬКОГО РОЗСЛІДУВАННЯ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Тіщенко В.В.,
*доктор юридичних наук, професор,
професор кафедри криміналістики,
детективної та оперативно-розшукової діяльності
Національного університету «Одеська юридична академія»,
член-кореспондент НАПрН України
ORCID: 0000-0002-2441-7535*

Тіщенко В.В. Щодо можливостей і засобів адвокатського розслідування у кримінальному провадженні.

У статті акцентована увага на окремих положеннях реалізації принципу змагальності у кримінальному провадженні. У статті розглядаються деякі дискусійні питання щодо можливостей і засобів збирання і подання адвокатом доказів на досудовому слідстві. Функція адвоката із збирання і подання доказів слідчому, прокурору, слідчому судді впливає з принципу змагальності сторін обвинувачення і захисту, що забезпечує баланс інтересів і постанову справедливого рішення у суді. Вказується на зміст та особливості можливостей і засобів сторони захисту у збиранні і наданні доказів у відповідності до чинного Кримінального процесуального кодексу України та Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Порівнюються завдання і функції сторін обвинувачення і захисту. Виокремлено та проаналізовано дії адвоката, безпосередньо спрямовані на збирання і подання доказів, та таких, що мають опосередковане спрямування дій на отримання доказової інформації. Звертається увага на проблемні питання, які виникають під час збирання адвокатом доказів та подання їх на розгляд сторони обвинувачення, зокрема щодо права адвоката на самостійне вирішення питання про момент і доцільність надання доступу стороні обвинувачення до документів і речових доказів, які він має використати в суді. Проаналізовані окремі тактичні прийоми захисту підозрюваного, обвинуваченого під час здійснення адвокатської діяльності на досудовому розслідуванні.

Висловлена думка про необхідність більш чіткого і конкретного формулювання у законі дій сторони захисту, спрямованих на збирання і подання доказів, та гарантій забезпечення їх реалізації у практичній діяльності адвоката, слідчого, прокурора, суду.

Запропоновано оформлювати хід і результати збирання і подання доказів – адвокатського розслідування, а також дій адвоката із забезпечення дотримання прав, свобод та законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого у вигляді адвокатського провадження, що завершається висновком, який подається на рівні з обвинувальним актом до суду.

Ключові слова: кримінальне провадження, досудове розслідування, змагальність сторін, адвокат (захисник), слідчий, прокурор, суд, можливості і засоби адвокатського розслідування, збирання та надання доказів стороною захисту, адвокатське провадження.

Tishchenko V.V. Regarding the possibilities and means of legal investigation in criminal proceedings.

The article focuses attention on individual provisions of the implementation of the principle of competition in criminal proceedings. The article considers some debatable issues regarding the possibilities and means of collecting and presenting evidence by a lawyer at a pre-trial investigation. The lawyer's function of gathering and presenting evidence to the investigator, prosecutor, and investigating judge stems from the principle of competition between the prosecution and the defense, which ensures a balance of interests and a fair decision in court. The content and features of the capabilities and means of the defense in collecting and providing evidence in accordance with the current Criminal Procedure Code

of Ukraine are indicated. The tasks and functions of the prosecution and defense parties are compared. The lawyer's actions, which are directly aimed at collecting and presenting evidence, and those that have an indirect direction of actions to obtain evidentiary information are distinguished and analyzed. Attention is drawn to the problematic issues that arise during the lawyer's collection of evidence and their submission to the prosecution, in particular, the lawyer's right to independently decide on the timing and expediency of providing the prosecution with access to documents and physical evidence that he must use in court. Separate tactical methods of defense of the suspect, the accused during the implementation of the lawyer's activity at the pre-trial investigation are analyzed.

An opinion was expressed about the need for a clearer and more specific wording in the law of actions of the defense side, aimed at gathering and presenting evidence, and guarantees of ensuring their implementation in the practical activities of the lawyer, investigator, prosecutor, court.

It is proposed to formalize the course and results of the collection and presentation of evidence - the lawyer's investigation, as well as the lawyer's actions to ensure compliance with the rights, freedoms and legitimate interests of the suspect, the accused in the form of a lawyer's proceeding, which ends with a conclusion, which is submitted to the court at the same time as the indictment.

Key words: criminal proceedings, pre-trial investigation, competition between the parties, lawyer (defender), investigator, prosecutor, court, possibilities and means of legal investigation, collection and presentation of evidence by the defense, legal proceedings.

Постановка проблеми. Принцип змагальності сторін та свобода в поданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості (п. 15 ч. 1 ст. 7 Кримінального процесуального кодексу України) є одним з основоположних принципів кримінального провадження, оскільки забезпечує виконання його завдань, зокрема в частині охорони прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, а також забезпечення повного та неупередженого розслідування і судового розгляду (ст. 2 КПК України).

Стан опрацювання проблематики. Існує багато думок щодо змісту принципу змагальності у кримінальному провадженні. На наш погляд, найбільш вдало його інтерпретує В.М. Тертишник, який бачить в ньому побудову процесу, за якої зацікавлені сторони, сторони обвинувачення та захисту мають рівні можливості для пошуку істини та відстоювання своїх тверджень або оскарження тверджень іншої сторони [1, с. 50]. Слід погодитися з О.М. Дуфенюк, яка вказує на значення принципу змагальності: «Ідея розумного та справедливого балансу інтересів залишиться декларативною, якщо сторони кримінального провадження не володіють процесуальними правами та повноваженнями, здатними забезпечити реалізацію цих інтересів. Своєю чергою, ці права та повноваження не будуть дієвими і залишаться тільки на папері, якщо не існуватимуть реальні фактичні можливості скористатися ними» [2, с. 222-223].

Принцип змагальності поширюється на всі стадії кримінального провадження - як на судове провадження, так і на досудове розслідування. Якщо в ч. 2 ст. 22 КПК вказується на те, сторони кримінального провадження мають рівні права на збирання і подання до суду речей, документів, інших доказів, то це не означає, що захист реалізує свої права у збиранні доказів тільки під час судового провадження. Щоб подати стороні захисту докази на судовому провадженні, їх треба здобути (отримати) ще в ході досудового розслідування.

Але чи дійсно сторони у збиранні та поданні доказів до суду мають рівні права і можливості? В юридичній літературі з проблеми принципу змагальності в кримінальному провадженні та його реалізації у правозастосовній діяльності висловлюються різні погляди різного, інколи протилежного змісту і характеру. Недостатньо відображуються і думки щодо арсеналу можливостей і засобів збирання і подання доказів стороною захисту.

Метою статті є виокремлення можливостей у збиранні та наданні доказів у ході досудового розслідування, а також надання характеристики засобів адвокатського розслідування у кримінальному провадженні.

Виклад основного матеріалу. Проаналізуємо надані процесуальним законом права і можливості сторони захисту у збиранні доказів і відстоюванні інтересів підозрюваного (обвинуваченого) в ході досудового розслідування.

Адвокат як захисник підозрюваного залучається у кримінальне провадження за правилами, що передбачені ст.ст. 48-52 КПК України, з моменту вручення особі письмового повідомлення про підозру, яке здійснюється у випадках і в порядку, викладених у ст.ст. 276-279 КПК України.

Позиція адвоката щодо змісту і тактики ведення захисту у кримінальному провадженні, і зокрема в ході досудового розслідування, повинна бути узгодженою з позицією підозрюваного (обвинуваченого) в інтересах останнього. Таке узгодження спільної позиції щодо підозри або обвинувачення у вчиненні конкретного правопорушення, згоди з фактом кримінальної події чи його заперечення, змісту дій і ролі підзахисного у ній, наявності обставин, які пом'якшують або обтяжують покарання обговорюється і визначається в ході конфіденційного спілкування на зустрічах захисника і підозрюваного без дозволу слідчого та без обмежень в часі й кількості і з заборорою аудіофіксації такого спілкування, на що вказується у ст.ст. 42, 46 КПК України.

Таким чином, законодавець створює певні передумови для гарантованої рівності прав адвоката з іншими учасниками провадження і дотримання засад змагальності і свободи в наданні доказів та доведенні їх переконливості, про що декларується в п. 5 ст. 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» [3]. Крім того, у ч. 1 ст. 47 КПК України від захисника вимагається використовувати всі засоби захисту, передбачені законами України, в забезпеченні прав і законних інтересів підозрюваного і обвинуваченого.

Розглянемо можливості і засоби із збирання і дослідження доказів адвокатом у ході досудового розслідування детальніше.

Слід зазначити, що кримінальний процесуальний закон не передбачає для адвокатської діяльності засоби у вигляді конкретних процесуальних дій, аналогічних зі слідчими (розшуковими) діями. У загальних правилах участі захисника у кримінальному провадженні (ст. 46 КПК України) йдеться про те, що він користується процесуальними правами підозрюваного, обвинуваченого, захист якого здійснює, крім процесуальних прав, які останніми здійснюються безпосередньо і не може бути доручено захиснику. Тобто захисник здійснює свою адвокатську діяльність у тісному контакті та у межах прав підозрюваного, обвинуваченого та їхньої спільної позиції. Серед прав підозрюваного у межах досудового розслідування називається право збирати і подавати слідчому, прокурору, слідчому судді докази (п. 8 ч. 3 ст. 42 КПК). Відповідно це право кореспондується адвокату підозрюваного. Якщо проаналізувати перелік прав підозрюваного, обвинуваченого, що передбачають можливості у збиранні доказової інформації, то необхідно звернути увагу на їх різний зміст і характер.

В цьому аспекті можна виділити дії адвоката у досудовому розслідуванні шляхом безпосереднього отримання ним криміналістично значущої інформації та її подальшої оцінки для використання в процесуальних й тактичних цілях та опосередковане спрямування дій на отримання доказової інформації.

Дії адвоката, безпосередньо спрямовані на збирання і подання слідчому, прокурору, слідчому судді доказів.

Як відомо, збирання доказів є одним з елементів доказування (ч. 2 ст. 91 КПК) і являє собою діяльність з виявлення і фіксації фактичних даних, що мають значення для кримінального провадження [4, с. 276].

Збирання доказів може здійснюватися адвокатом шляхом отримання від підозрюваного, обвинуваченого необхідних документів, предметів, які свідчать про певні обставини події, що розслідується, на користь останнього.

Адвокат може звернутися з адвокатським запитом до органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх служб, посадових та службових осіб, громадських організацій, а також до фізичних осіб (за згодою фізичних осіб) з метою отримання певних речей, документів або їх копій, відповідей на свої запити, скарги тощо, і вони зобов'язані виконувати законні вимоги захисника (ч. 7 ст. 46 КПК, п.п. 1,4–6, 7 ч. 1 ст. 20 і ст. 24 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»). Тобто, в даному випадку адвокат здійснює збирання доказів шляхом витребування та отримання речей, копій документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій, актів перевірок (ч. 3. ст. 93 КПК).

Адвокат може ознайомлюватися на підприємствах, в установах і організаціях для своєї діяльності з потрібними йому документами та матеріалами, крім тих, що містять інформацію з обмеженим доступом (п.3 ч. 1 ст. 20 згаданого Закону).

Адвокат має право ініціювати проведення судової експертизи, самостійно залучити експерта (ст. 243 КПК), відібрати зразки для її проведення (ст. 245 КПК), одержати письмові висновки фахівців, експертів з питань, що потребують спеціальних знань (п. 10 ст. 20 Закону).

Отримані стороною захисту на етапі досудового розслідування речі, документи тощо, які вона вважає доказами на користь підзахисного, надаються слідчому, прокурору, а останні приймають

мотивоване рішення про залучення до матеріалів кримінального провадження або про відмову від залучення. Залучені джерела доказів оцінюються і перевіряються стороною обвинувачення.

Висловлюється думка, що певні предмети і документи захисник може не передавати слідчому, а накопичувати, щоб відкрити їх стороні обвинувачення лише на етапі закінчення досудового розслідування [5, с. 265]. Таке рішення сторони захисту можна розцінити як тактичний прийом, розрахований на розхитування і навіть на спростовування доказів сторони обвинуваченого. Вказані дії сторони захисту не суперечать процесуальним нормам, оскільки сторона захисту, з одного боку, за запитом прокурора зобов'язана надати доступ до документів, речових доказів, які вона має намір використати як докази в суді (абзац перший ч. 6 ст. 290 КПК), а з іншого - має право не надавати прокурору такого доступу, якщо ці матеріали можуть бути використані прокурором на підтвердження винуватості обвинуваченого і прийняти відповідне рішення після ознайомлення захисником до закінчення ознайомлення з матеріалами досудового розслідування (абзац другий ч. 6 ст. 290 КПК). Тобто, з тактичних міркувань сторона захисту може відкрити свої докази лише в суді. Проте положення статті 290 УПК викладені не чітко, містять певні суперечності, а тому припускають різне трактування викладених положень.

Адвокату дозволяється провести опитування конкретних осіб за їх згодою (п. 7 ч. 1 ст. 20 Закону), тобто отримати від них певні пояснення. Гадаємо, що до таких осіб можуть бути віднесені і поняті, що брали участь у відповідних слідчих діях. Отримані стороною захисту пояснення хоча й не розглядаються джерелом доказів (ч. 8 ст. 95 КПК), але вони можуть сприяти виявленню таких джерел, дати орієнтовну інформацію щодо сутності події, що розслідується, окремих її обставин та поведінки її учасників.

На жаль, засоби виявлення джерел доказової інформації та її документального закріплення стороною захисту законом не визначені, а тому переводять вирішення цієї проблеми у тактико-криміналістичну і техніко-криміналістичну площину.

Дії, опосередковано спрямовані на отримання доказової інформації.

Сторона захисту може звернутися до слідчого, прокурора з клопотанням про проведення певних процесуальних дій (п. 12 ч. 3 ст. 42 КПК) з метою з'ясування відповідних обставин події, що розслідується, підтвердження пояснень підозрюваного, спростування пояснень потерпілого або свідка, перевірки конкретних версій тощо. Такі клопотання мають бути розглянуті в строк не більше трьох днів. Про результат їх розгляду особа повинна бути повідомлена, а у випадку відмови у задоволенні клопотання виноситься вмотивована постанова (ст. 220 КПК).

Важливим правом сторони захисту є передбачена законом можливість брати участь у проведенні процесуальних дій (п. 9 ч. 3 ст. 42 КПК). При цьому участь захисника у процесуальних діях, які проводяться за участю підозрюваного, обвинуваченого є обов'язковою (ч. 2 ст. 47 КПК). Такою вимогою підтверджується гарантія неупередженого проведення процесуальної дії і дотримання вимоги про захист прав підозрюваного, обвинуваченого. Законодавець передбачає не пасивну позицію адвоката як спостерігача, а можливість активної участі у проведенні процесуальних дій: ставити запитання, подавати свої зауваження і заперечення щодо порядку проведення таких дій, враховуючи процесуальні, етичні та тактичні їх аспекти, які заносяться до протоколу (п. 10 ч. 3 ст. 42 КПК). Крім того, передбачається можливість стороні захисту під час проведення процесуальної дії застосовувати з додержанням вимог закону технічні засоби для фіксації її ходу і результатів (п. 11 ч. 3 ст. 42 КПК).

В кримінальному процесуальному законі міститься ще доволі багато положень щодо прав і можливостей сторони захисту у досудовому розслідуванні кримінальних правопорушень. І все ж з боку вчених і адвокатів лунає чимало зауважень щодо реалізації принципу змагальності і паритету сторін обвинувачення і захисту, рівних можливостей у збиранні та поданні доказів, існуючої недовіри до матеріалів сторони захисту та представлених нею аргументів стосовно порушень законодавства та обвинувального ухилу в розслідуванні. Звідси випливає думка про розширення можливостей адвоката у збиранні доказів та реального їх забезпечення, про доцільність подання до суду стороною захисту своєї правової позиції у кримінальному провадженні [6, с. 176; 7, с. 60; 8, с. 172; 9, с. 108].

З більшістю подібних пропозицій можна погодитись, але виникає питання: наскільки доцільно розширити адвокатські повноваження і чи будуть вони сприяти справедливому вирішенню завдань кримінального провадження?

Аналізуючи функції сторони обвинувачення у виконанні завдань кримінального провадження та встановлені обставин, що підлягають доказуванню, потрібно відмітити, що до таких функцій відносяться не тільки ті, що спрямовані на встановлення факту кримінального правопорушення, обставин його події, викриття винних осіб, але й фактів, що спростовують наявність кримінальної події, винуватість певної особи, обставин, що обтяжують чи пом'якшують покарання, виключають кримінальну відповідальність або є підставою закриття кримінального провадження, а також є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності або покарання. Отже ці функції сторони обвинувачення, спрямовані не тільки на забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування, на те, щоб кожний порушник кримінального закону був притягнутий до відповідальності, але й на те, щоб жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений, щоб жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу. Проте, не дивлячись на наявність таких вимог закону і покладених на слідчого, прокурора завдань з об'єктивного розслідування, на практиці спостерігається обвинувальний ухил, поверхнєве вивчення та ігнорування аргументів сторони захисту, відсутність слідчих дій з перевірки версій захисту щодо невинуватості підозрюваного або неякісна, формальна їх перевірка, що призводить до неправильної оцінки події та ролі в ній підозрюваного, обвинуваченого і незаконного притягнення особи до кримінальної відповідальності.

Саме у таких випадках і повинен спрацювати принцип змагальності, що передбачає досягнення балансу процесуальних можливостей сторін. Як правильно зауважує О.Ф. Дуфенюк, «рівновага у можливостях сторін у змагальному процесі означає, що вони володіють достатніми, хоча й різними за змістом і формою, правовими інструментами, щоб збирати та подавати докази, обґрунтовувати позицію, впливати на формування внутрішнього переконання суду» [2, с. 233].

Висновки. Функції захисту полягають не тільки у забезпеченні дотримання прав, свобод і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, а й у з'ясуванні обставин, які спростовують підозру чи обвинувачення, пом'якшують чи виключають кримінальну відповідальність підозрюваного, обвинуваченого (ч. 1 ст. 47 КПК). Але тут треба відповісти на питання: чи достатньо у захисника процесуальних засобів і можливостей їх реалізації, щоб досягти мети своєї діяльності, яка полягає у з'ясуванні обставин, які спростовують підозру чи обвинувачення, пом'якшують або виключають кримінальну відповідальність підзахисної особи?

Гадаємо, що засоби і можливості захисту у збиранні та поданні доказів слідчому, прокурору, слідчому судді повинні бути у процесуальному законі сформульовані більш чітко і конкретно, а головне - забезпечені у своїй реалізації на практиці, у кожному кримінальному провадженні.

Дії адвоката, що спрямовані на збирання (виявлення, фіксації і вилучення) доказів на стадії досудового розслідування злочинів в межах завдань і функцій захисту, а також дії адвоката із забезпечення дотримання прав, свобод та законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого - тобто адвокатське розслідування, доцільно було б оформлювати у вигляді *адвокатського провадження*. В матеріалах такого провадження можна зосередити в хронологічному порядку всі документи щодо дій адвоката, починаючи з його вступу у кримінальне провадження і до закінчення досудового розслідування; дій з виявлення, отримання, фіксації джерел доказової інформації, з надання такої інформації слідчому, прокурору, слідчому судді і документи, що свідчать про реакцію на такі подання, клопотання щодо перевірки версій захисту і проведення конкретних слідчих дій, копії протоколів слідчих дій, в яких брав участь адвокат, зауваження, заперечення, скарги щодо організації, проведення слідчих дій, наявності конкретних процесуальних порушень стороною обвинувачення тощо.

Адвокатське провадження доцільно завершувати обґрунтованим *адвокатським висновком*, який подається до суду поряд з *обвинувальним актом*, що надходить від сторони обвинувачення. Це особливо важливо у випадку досудового розслідування тяжких та особливо тяжких злочинів. Таким чином буде досягнута рівновага сторін у поданні та аргументації своїх позицій у правовій та фактичній оцінці сутності та обставин події, а також змісту і характеру правової поведінки обвинуваченого. В такому разі, на нашу думку, суд буде знаходитися в більш сприятливих умовах для винесення справедливого рішення у кримінальному провадженні і визначення долі обвинуваченого.

В даній статті розглянуто далеко не всі дискусійні питання, пов'язані з межами і засобами збирання і надання доказів стороною захисту на досудовому розслідуванні. Ця проблема, що має і теоретичне і практичне значення, заслуговує широкого обговорення і подальших наукових досліджень.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Тертишник В.М. Верховенство права та забезпечення встановлення істини в кримінальному процесі України: монографія. Дніпропетровськ: ДДУВС: Ліра ЛТД, 2009. 404 с.
2. Дуфенюк О.М. Баланс у кримінальному провадженні: інституційний, правозастосовний, особистісний рівні: монографія. Львів: Растр-7, 2023. 508 с.
3. «Про адвокатуру і адвокатську діяльність»: Закон України. *Відомості Верховної Ради*, 2013, № 27, ст. 282
4. Кримінальний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар: у 2 т. Т. 1 / О.М. Бандурка, С.М. Блажівський, Є.П. Бурдоль та ін. Харків: Право, 2012. 768 с.
5. Кримінальний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар. Відп. редактор С.В. Ківалов. Харків: Одисей, 2012. 1184 с.
6. Костюченко О., Дмитрієва Ю. Реалізація принципу змагальності під час досудового розслідування. *Юридичний вісник*. 2014, № 3. С. 175–179.
7. Бугрим М.П. Проблема реалізації принципу змагальності на стадії досудового розслідування. *Журнал східноєвропейського права*. 2017. № 35. С. 55–63.
8. Дяков В. Проблеми реалізації принципу змагальності у кримінальному процесі. *Підприємство, господарство і право*. 2016. № 8. С. 169–174.
9. Сисоєнко Г.І. Змагальність і правова позиція у кримінальному провадженні. *Вісник Академії адвокатури України*. 2017. Т. 14. № 1. С. 105–111.