

видужання особи, яка вчинила злочин у стані осудності, але захворіла на психічну хворобу до постановлення вироку. Тому потрібно вилучити з ч.1 ст.423 КПК словосполучення "або обмежена осудність".

Як уже зазначалося, важливі роз'яснення щодо порядку провадження досудового слідства у справах про діяння обмежено осудних осіб, судового розгляду таких справ, надані у постанові Пленуму Верховного Суду України від 3 червня 2005р. №7. Однак такі роз'яснення не можуть компенсувати відсутність належної процесуальної форми. У ст.1 КПК зазначено, що призначенням цього Кодексу є визначення порядку провадження у кримінальних справах. Тому вважаємо необхідним внести доповнення до глави 34 КПК, які б установлювали особливості досудового та судового провадження у кримінальних справах про злочини обмежено осудних осіб.

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 3 червня 2005р. "Про практику застосування судами примусових заходів медичного характеру та примусового лікування". / Постанови Пленуму Верховного Суду України в кримінальних справах. – К.: ПАЛИВОДА А.В., 2010. - 456с.
2. Марчак В.Я. Обмежена осудність: психолого-правовий зміст: монографія / В.Я.Марчак. – Чернівці: Чернівецький нац. ун-т. - 400с.
3. Пукач І.Б. Порядок провадження у кримінальних справах щодо обмежено осудних осіб: Автореф. дис...канд. юрид. наук. К., 2011. - 17с.

**ПОПЕЛЮШКО В.О.,**

*доктор юридичних наук, доцент, Національний університет  
"Острозька академія"*

#### АДВОКАТ ЯК СУБ'ЄКТ ДОКАЗУВАННЯ

З'ясування й обстоювання захисником предмета захисту, під яким належить розуміти сукупність фактичних обставин справи та їх формулювання у вигляді відповідних тез, з'ясування та доказування чи заперечення яких спростовує обвинувачення, виключає та/чи пом'якшує кримінальну відповідальність підсудного та покарання, потребує активної, цілеспрямованої та ґрунтованої на кримінально-процесуальному законі доказової діяльності.

Правова регламентація суспільних відносин, які формують процесуальну діяльність і доказування як її складову частину, полягає в тому, що законодавець встановлює коло учасників (суб'єктів) цих відносин, юридичні факти, з огляду на які виникають їх права та обов'язки, зміст прав, обов'язків, заборон, наслідки невиконання чи належного виконання обов'язків і порушення заборон (санкції, відповідальність).

Для виконання захисником завдань із захисту прав і законних інтересів обвинуваченого (підзахисного) важливе значення мають установлені законом правила його діяльності в цьому напрямі, передусім правила з питань доказування.

Закон не дає цілісного визначення поняття кримінально-процесуального доказування, лише визначає його суб'єктів, їх права та обов'язки із доказування, засоби та складові (елементи) процесу доказування. Із цих визначень випливає, що термін та поняття доказування законодавець використовує принаймні в двох значеннях. По-перше, доказування у широкому його значенні означає здійснювану в передбаченому законом порядку діяльність органу дізнання, слідчого, прокурора, суду, з участю інших учасників процесу, спрямовану на збирання, закріплення, перевірку й оцінку доказів, необхідних для встановлення істини у кримінальній справі і вирішення завдань кримінального судочинства. У другому, більш вузькому значенні, доказування – це логічне процесуальне обґрунтування доказами певної тези, твердження, висновків, рішення у справі.



Доказування від усіх інших видів пізнання дійсності відрізняється тим, що спрямоване воно на визначення у законі об'єкт (предмет доказування, обставини-підстави прийняття етапних і допоміжних рішень і доказові факти), має перед собою окреслені в законі цілі та завдання, здійснюється визначеним колом суб'єктів та у встановленій законом процесуальній формі, регламентовано процесуальними строками. У структурі доказування як дослідження органічно поєднані пізнавальні (виявлення джерел доказової інформації та її отримання шляхом проведення слідчих, судових та інших процесуальних дій) процеси, засвідчувально-комунікативні (процесуально-документальне закріплення отриманих фактичних даних та їх джерел з метою збереження та передачі адресатам), оціночно-обґрунтовуючі (оцінка доказів під кутом зору їх належності, допустимості, достовірності та достатності для обґрунтування висновків про фактичні обставини справи).

Оціночна, логічно-процесуальна діяльність пронизує весь процес доказування як дослідження. Слідчий під час пошуку джерел доказів та їх доказової інформації діє цілеспрямовано, а саме на виявлення доказів, які належать до розслідуваної ним справи, а не збирає все, що трапляється. При перевірці доказів він також оцінює їх шляхом порівняння, виявлення нових доказів про ту саму обставину справи, встановлюючи їх достовірність. Але на перших етапах розслідування справи переважає саме розшуково-засвідчувальна сторона його доказової діяльності. Якщо ж слідчий вирішить, що обставини справи з'ясовані ним повно, всебічно, з достовірністю, він приймає рішення про закінчення досудового слідства та розпочинає складання обвинувального висновку, де оцінює зібрані ним докази й обґрунтовує ними тезу поставленого у вину особі обвинувачення.

Те саме має місце при судовому розгляді кримінальної справи як нового дослідженні її обставин, з тією відмінністю, що суд значною мірою досліджує зафіксовані слідчим у матеріалах справи докази. Однак обґрунтування у вирокі суду обставин справи, які він визнав доведеними чи не доведеними, також є суто розумово-логічною діяльністю. Тому, хоча виокремлення в процесі доказування спочатку збирання доказів, а потім дослідження, оцінки й оперування ними досить умовне, але все ж таки має значний практичний сенс.

Суб'єктами обов'язку доказування як з'ясування справжніх обставин справи на досудовому слідстві закон називає особу, яка провадить дізнання, слідчого і прокурора, оскільки саме вони "зобов'язані вжити всіх передбачених законом заходів для всебічного, повного і об'єктивного дослідження обставин справи" (ч. 1 ст. 22 КПК).

Поряд із доказуванням як обґрунтуванням тези у формі заключного етапу доказування як дослідження (за схемою – сам відшукав, закріпив, дослідив, оцінив і прийняв рішення), у кримінальному процесі доказування як обґрунтування тези є окремим видом доказової діяльності. Він полягає в обґрунтуванні учасниками процесу доказами як логічними аргументами, адресованої органу, що здійснює провадження у справі, певної тези. За великим рахунком при такому доказуванні оперують уже не кримінально-процесуальними доказами як такими (сокирою як речовим доказом, показаннями разом з їх носієм тощо), бо це виключається, а сукупним знанням про джерело і фактичні дані (відомості), отримані з даного джерела як вербальними доводами. Тому-то цей вид доказування і здійснюється з використанням усіх положень і законів формальної та діалектичної логіки.

Логічне доказування пронизує, безперечно, доказову діяльність як дослідження усіх інших учасників процесу, в тому числі захисника, де воно здійснюється, так би мовити, в "чистому" вигляді. Причому за суб'єктивним складом, за формою та змістом воно відрізняється залежно від стадії і навіть етапу кримінального судочинства.

На досудовому слідстві логічне доказування дістає свій вияв в усних та письмових клопотаннях учасників процесу, в тому числі про вирішення кримінальної справи по суті (про закриття справи), заявах, скаргах на дії та рішення органу дізнання, слідчого, прокурора та суду, в апеляціях на рішення судді, постановлені під час реалізації судового контролю за досудовим слідством та клопотаннях про звільнення особи від кримінальної відповідальності тощо. Тезою, що доказується, тут є прохання (вимога) особи, адресоване слідчому, прокуророві, судді (суду), а аргументами, – доводи, що наводяться в мотивувальній частині скарги, заяви, клопотання, апеляції, касаційної скарги.



Суб'єктами такого виду доказування на досудовому слідстві є особа, яка подала заяву про порушення кримінальної справи, підозрюваний, обвинувачений, захисник, законний представник обвинуваченого, потерпілий, цивільний позивач, цивільний відповідач та їх представники.

У суді доказування цього виду поряд з доказуванням як дослідженням має інший суб'єктний склад, дещо інший зміст та форму. Тут також відбувається доказування кількох тез, але головними, центральними, як правило, є дві. Перша – у вигляді формулювання інкримінованого особі обвинувачення (формула предмета обвинувачення). Друга – у вигляді показань підсудного, його клопотань та клопотань захисника (формула предмета захисту). Отже, суб'єктами доказування в цьому розумінні є сторони судової справи: сторона обвинувачення – прокурор, потерпілий, цивільний позивач та їх представники, та сторона захисту – підсудний, його захисник та законний представник, цивільний відповідач та його представник.

У разі зміни прокурором обвинувачення в суді та використанні потерпілим і його представником їх права підтримувати обвинувачення у раніше пред'явленому обсязі (ст. 277 КПК), тез обвинувачення, адресованих суду, буде дві, тез же захисту може бути і більше, у разі якщо підсудних декілька і їх захисники та законні представники обрали різні позиції захисту, різні їх предмети. Але важливіше тут інше, а саме те, що суд у процесі судового слідства в жодному разі не є суб'єктом такого доказування, оскільки версії сторін, які вони доводять, адресовані саме йому. Місія суду в цьому плані полягає у тому, щоб, зберігаючи об'єктивність і неупередженість, створити необхідні умови для виконання сторонами їх процесуальних обов'язків і здійснення наданих їм прав, з'ясувати справжні обставини справи та здійснити функцію вирішення справи (ст. 16<sup>1</sup> КПК). Сторони ж справи у суді мають рівні права на участь у доказуванні як дослідженні та рівноправні в доведенні перед судом обстоюваних ними позицій (ст. 261 КПК). Тут їх доказова діяльність у вигляді обґрунтування тези найбільш яскраво та концентровано виявляється у судових дебатах (ст. 318 КПК).

У разі постановлення судом вироку (ухвали, постанови), який не влаштовує сторону захисту, він може бути оскаржений в апеляційному (касаційному) порядку і в апеляції (касаційній скаргі)

мотивується (аргументується) у першу чергу захисником-адвокатом, незгода з вироком. Цього вимагає закон, оскільки в апеляції (касаційній скаргі – ч. 2 ст. 387 КПК) обов'язково “зазначають... 4) посилення на те, в чому полягає незаконність вироку, ухвали, постанови та доводи на її обґрунтування; 5) прохання особи, яка подає апеляцію (ст. 350 КПК)”. В даному випадку в логічному плані захисник працює з двома тезами одночасно – тезою судового рішення, яку він оспорує, спростовує, і тезою-проханням, яку він адресує вищестоящому суду, обґрунтовуючи і ту й іншу доказами-аргументами, дослідженими в суді. У випадку участі в судовому розгляді справи апеляційним (касаційним) судом, захисник, як і інші учасники процесу, дає “пояснення” з приводу поданих апеляцій (касаційних скарг) (ч. 4 ст. 362, ст. 391 КПК), виступає з промовою у дебатах сторін (ч. 6 ст. 362, ст. 394 КПК) тощо, тобто займається виключно логічним доказуванням. Таке доказування в апеляційному суді може, звичайно, поєднуватися з доказуванням як дослідженням, проте лише у разі проведення апеляційним судом судового слідства, що нині трапляється рідко. А в касаційному суді доказування як дослідження доказів взагалі виключається. Додатково подані сторонам матеріали там згідно із законом прирівняні до наявних матеріалів справи (“за наявними в справі і додатково поданими матеріалами” – ч. 1 ст. 395 КПК).

Отже, адвокат-захисник у кримінальному процесі є безперечним суб'єктом розглядуваного виду доказування. А чи є він суб'єктом збирання (формування), перевірки та оцінки доказів, тобто суб'єктом доказування як дослідження (з'ясування)?

Думки з цього питання можна простежити через визначення самого поняття доказування. Так Л.М. Лобойко визначає кримінально-процесуальне доказування як здійснювану в правових і логічних формах частину кримінально-процесуальної діяльності органів дізнання, досудового слідства і суду, що полягає у висуванні можливих версій щодо системи юридично-значущих обставин кримінальної справи, у збиранні, перевірці й оцінці доказів за цими версіями, а також в обґрунтуванні на досудовому слідстві достовірного висновку про доведеність вини особи та його подальшого обстоювання у судових стадіях процесу [1, с. 134]. Прихильник цієї думки В.М. Тертишник вирішує це питання дещо інакше, прямо вказуючи, що суб'єктами доказування є ті учасники



кримінального процесу, на яких покладається обов'язок установлення об'єктивної істини [2, с. 55]. А оскільки на захисника такого обов'язку не покладено, логічно випливає, що він не є суб'єктом доказування у кримінальному процесі.

Інші вчені розглядають доказування як здійснювану у встановленому законом порядку діяльність органів слідства, прокуратури, суду, особи, що провадить дізнання, за участю інших суб'єктів процесу зі збирання, перевірки та оцінки доказів та їх процесуальних джерел, а також формулювання на цій основі певних тез і наведення аргументів для їх обґрунтування [3, с. 105-106]. Суть такого погляду, який був досить поширеним за радянських часів, полягає в тому, що суб'єктами доказування в кримінальному процесі, яке розуміється як збирання, перевірка й оцінка доказів, є орган дізнання, слідчий, прокурор і суд, а інші учасники процесу, в тому числі і захисник, лише беруть участь у доказуванні.

Нарешті, третя група науковців відносить захисника до суб'єктів кримінально-процесуального доказування, що полягає у збиранні, перевірці й оцінці доказів, у ряду інших суб'єктів, зокрема органів держави, діяльність із доказування яких є їх головним обов'язком [4, с. 85].

Доказування як дослідження – різновид практичної людської діяльності щодо пізнання об'єктивної дійсності, яка в гносеологічному плані охоплює сутність чуттєвого та розумового (раціонального) процесів. Воно складається із частин, елементів – збирання, перевірки та оцінки доказів, які загалом не йдуть один за іншим, не є його етапами, а відбуваються одночасно, перемежуються між собою. Однак у ході розвитку доказування, роботи з доказами, така цілком природна закономірність переважання спочатку пошукових, дослідницьких, а наостанок оціночних процесів, має місце. Тому з метою з'ясування реального нинішнього відношення захисника до доказування у кримінальних справах доцільно абстрагуватися від органічної єдності цього процесу та дослідити його участь у збиранні, перевірці й оцінці доказів окремо.

Збирання доказів – поняття комплексне. Одні автори включають в це поняття пошук і виявлення доказів, інші – здобуття доказової інформації за допомогою активних слідчих дій судово-слідчих органів та її процесуальне закріплення, ще інші додатково

включають до цих елементів збереження доказів, їх оцінку (шляхом складання необхідного процесуального документа). Так чи інакше, але таке поняття збирання доказів пов'язується з доказовою діяльністю винятково державних органів, у провадженні яких перебуває справа, що дає підстави для твердження про те, що збирання доказів здійснюють лише особа, яка провадить дізнання, слідчий, прокурор, суддя й суд, а способами їх отримання є слідчі та судові дії, інші процесуальні дії, витребування документів, проведення ревізій тощо [5, с. 63].

Це загалом відповідає дійсності, оскільки в ч. 1 ст. 66 КПК зазначається, що “особа, яка провадить дізнання, слідчий, прокурор і суд в справах, які перебувають в їх провадженні, вправі викликати в порядку, встановленому цим Кодексом, будь-яких осіб як свідків і як потерпілих для допиту або як експертів для дачі висновків...” і т. д. Серед способів збирання доказів шляхом проведення слідчих і судових дій закон називає допит (підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, свідка та потерпілого (ст. ст. 107, 143, 166-171, 300, 303-307 КПК), проведення очної ставки, пред'явлення особи та предметів для впізнання (ст. 172-175 КПК), огляд місцевості, приміщення, предметів та документів (ст. ст. 190-191, 313-315 КПК) тощо. Але захисник має право бути присутнім на допитах підозрюваного, обвинуваченого та при проведенні інших слідчих дій, виконуваних з їх участю або за їх клопотанням чи клопотанням самого захисника, а при виконанні інших слідчих дій – з дозволу дізнавача, слідчого (п. 4 ч. 2 ст. 48 КПК), застосовувати науково-технічні засоби при провадженні тих чи інших слідчих дій, в яких він бере участь (п. 5 ч. 2 ст. 48 КПК), брати участь у судових засіданнях (п. 6 ч. 2 ст. 48 КПК), заявляти клопотання слідчому про виконання слідчих дій, в тому числі про провадження слідчих дій зі збирання доказів з участю захисника (ст. ст. 129, 219, 221 КПК), заявляти клопотання судді при попередньому розгляді справи про витребування додаткових доказів (ст. 253 КПК), заявляти клопотання в суді про виклик нових свідків і експертів, про витребування і приєднання до справи нових доказів (ст. 296 КПК) тощо. А це все – діяльність, пов'язана із участю захисника в збиранні доказів органами, у провадженні яких перебуває справа. Отже, вже з огляду на це захисник є суб'єктом збирання доказів, а тому більш правильна позиція процесуалістів, які у понятті кримінально-



процесуального доказування вбачають діяльність інших учасників процесу, окрім державних органів, що здійснюють провадження у справі, а захисника, зокрема, відносять до суб'єктів доказування [611, с. 76-77].

Між тим, це лише один зі шляхів збирання доказів у кримінальній справі серед інших, передбачених у ст. 66 КПК, озаглавленій “збирання і подання доказів”.

У частині другій статті 66 КПК говориться: “Докази можуть бути подані підозрюваним, обвинуваченим, його захисником, обвинувачем, потерпілим, цивільним позивачем, цивільним відповідачем і їх представниками, а також будь-якими громадянами, установами і організаціями”. Стосовно права захисника подавати докази йдеться і в п. 8 ч. 2 ст. 48, ст. ст. 219, 261 КПК, а в Конституції України надання сторонам суду *своїх доказів* (розр. – *В.П.*) закріплене як неодмінна складова засади змагальності судочинства (п. 4 ч. 3 ст. 129). Отже, закон однозначно називає захисника суб'єктом подання доказів.

Очевидно, щоб захисник міг подати слідчому чи суду докази, він спочатку мусить їх відшукати та у певний спосіб зафіксувати. І ось саме тут виникають проблеми законодавчого, а на їх основі теоретичного та практичного характеру. Річ у тому, що стосовно збирання доказів захисником закон не відзначається ні чіткістю, ні послідовністю. Всупереч наведеним приписам Конституції та КПК, у нормі КПК щодо прав захисника з цього приводу вже зазначається, що з моменту допуску до участі у справі захисник має право: “збирати відомості про факти, що можуть використовуватися як докази у справі ...” (п. 13 ч. 2 ст. 48 КПК). Інколи чомусь саме ця норма вважається керівництвом для дії, а правило ч. 2 ст. 66 КПК “уточнюється” в тому плані, що “точніше було б говорити про подання предметів і документів, які можуть бути використані як докази. Доказами, а точніше джерелами доказів, вони стають після, того як відповідна посадова особа прийме рішення про приєднання цих предметів до кримінальної справи” [7, с. 235].

Такому погляду на правову природу зібраних захисником адвокатом його засобів доказування можна заперечити з формально-логічних позицій, а саме з позицій засади верховенства права та верховенства закону, в силу яких положення п. 13 ч. 2 ст. 48 КПК мало би бути щонайменше приведені у відповідність до

конституційного положення щодо подання сторонами доказів, а захисник (у нашому випадку) названий серед суб'єктів збирання доказів (ч. 1 ст. 66 КПК). Це, звичайно, принципово, але суть ще й в такому.

Не лише про можливість, а й про необхідність самостійного збирання захисником доказів у контексті ч. 2 ст. 66 КПК йшлося в процесуальній науці й за радянські часи. “Адвокат при виконанні своїх функцій, – писав, наприклад, М.С. Строгович, – вправі збирати необхідні йому для захисту відомості, вживати заходи до виявлення осіб, які можуть бути свідками на користь обвинуваченого, і т. ін., при обов'язковій, звичайно, умові, що всі його дії відповідають закону” [8, с. 90-91]. А І.Л. Петрухін резонно ставив питання: “Через що захисник повинен відмовитися від бесіди з людьми, яким щось відомо по справі? І хіба може адвокат ігнорувати прохання свого підзахисного поговорити з особами, які можуть спростувати або пом'якшити обвинувачення? Стає незрозумілим і те, як захисник може здійснити надане йому законом право клопотати про виклик і допит як свідків і потерпілих певних осіб, якщо він не знає, про що хоча б приблизно вони будуть говорити” [9, с. 84].

Інші процесуалісти не обмежували збирання адвокатом-захисником доказової інформації виявленням свідків і бесідами з ними, а й допускали можливість огляду місця події, його фотографування, складання планів, схем тощо [10, с. 26-32]. Таку його діяльність щодо збирання корисної для захисту інформації О.М. Ларін називав “перед/допроцесуальною”, оскільки вона не була наділена процесуальною формою, за результатами якої захисник подавав слідчому (суду) документи та предмети у загальноприйнятому значенні цих термінів, які трансформувалися у документи-докази (ст. 83 КПК) чи речові докази лише при прийнятті їх органом, у провадженні якого перебувала справа, та приєднанні до справи [11, с. 84-93].

Але вже на той час в плані збирання та подання доказів адвокат-захисник виділявся з-поміж інших суб'єктів подання доказів у порядку ч. 2 ст. 66 КПК – учасників процесу (підозрюваних, обвинувачених, потерпілих, цивільних позивачів, цивільних відповідачів і їх представників) тим, що, по-перше, на відміну від них він не належав до категорії джерел доказів (ч. 2 ст. 65 КПК) і не підлягав допиту (ст. 69 КПК), а по-друге, був наділений правом



“запитувати через юридичну консультацію довідки, характеристики й інші документи, необхідні у зв'язку з наданням юридичної допомоги, із державних і громадських організацій” згідно з п. 2 ч. 2 ст. 18 “Положення про адвокатуру Української РСР” від 31 жовтня 1980 р.

Однак така його діяльність, спрямована на збирання корисної для захисту доказової інформації, цілком слушно тоді розглядалася як перед/допроцесуальна, за результатами якої захисник надавав слідчому чи суду документи в загальноприйнятому розумінні цього слова, які трансформувалися в документи-докази (ст. 83 КПК) лише при прийнятті ними даних документів і приєднанні до матеріалів справи.

Тепер же, з наданням захисникові процесуальним законом права самому “збирати відомості про факти, що можуть використовуватися як докази у справі”, така діяльність набула процесуального характеру, стала процесуальною. Більше того, закон визначив орієнтовний (приблизний) перелік процесуальних способів самостійного збирання ним доказових матеріалів, а саме: 1) запитувати і одержувати документи чи їх копії від громадян та юридичних осіб; 2) знайомитися на підприємствах, в установах, організаціях, об'єднаннях громадян з необхідними документами, крім тих, таємниця яких охороняється законом; 3) одержувати письмові висновки фахівців з питань, що вимагають спеціальних знань; 4) опитувати громадян (п. 13 ч. 2 ст. 48 КПК). Ці процесуальні способи є нічим іншим, як адвокатськими процесуальними діями щодо збирання адвокатом-захисником “своїх доказів”.

Противники підходу, що зібрані адвокатом-захисником такими шляхами доказові матеріали є кримінально-процесуальними доказами, посилаються на те, що вони не відповідають вимогам, які закон пред'являє до доказів: закон не встановив процесуальної процедури їх збирання [12, с. 19], їх немає в переліку джерел доказів [13, с. 50], вони не мають ознаки процесуальної форми [14, с. 62], захисника немає в переліку осіб, які вправі проводити слідчі дії [15, с. 115]. Тому ряд науковців і практиків, зважаючи на ці доводи та розглядаючи право захисника з самостійного збирання доказів неодмінним компонентом принципу змагальності, ніби “вимушено” пропонують змінами закону заповнити вказані їх опонентами прогалини і у такий спосіб вийти з ситуації, що нібито склалася зі

збиранням, належним закріпленням і поданням адвокатом захисником “своїх” доказів [2, с. 58-60; 15, с. 87-89].

Проте, по-перше, кримінальна справа поповнюється доказами органом, у провадженні якого перебуває справа, не лише шляхом слідчо-судових дій, процедура проведення яких чітко регламентована законом, а й за рахунок інших процесуальних дій. Зокрема, ч. 1 ст. 66 КПК серед способів збирання доказів особою, яка провадить дізнання, слідчим, прокурором і судом у справах, які перебувають у їх провадженні, називає – “вимагати від підприємств, установ, організацій, посадових осіб і громадян пред'явлення предметів і документів, які можуть встановити в справі фактичні дані; вимагати проведення ревізій, вимагати від банків інформацію, яка містить банківську таємницю, щодо юридичних і фізичних осіб у порядку та обсязі, встановлених Законом України “Про банки і банківську діяльність”.

Навряд чи можна віднайти фактичні та правові відмінності в процедурі та результатах отримання названих документів органом, у провадженні якого перебуває справа в наведеному, так званому, спрощеному порядку, входження в кримінальний процес документів-доказів і документів, одержаних адвокатом-захисником на його запит у порядку п. 13 ч. 2 ст. 48 КПК.

Більше того, процесуально-процедурно не регламентовано передбачені в законі дії прокурора, слідчого, органу дізнання щодо перевірки заяв чи повідомлень про злочини до порушення кримінальної справи. Значиться лише, що вони можуть бути перевірені “шляхом відібрання пояснень від окремих громадян чи посадових осіб або витребування необхідних документів” (ч. 4 ст. 97 КПК). Але вони є законні (передбачені в законі), а дані, отримані за їх результатами, є підставами для прийняття важливого процесуального рішення – порушення чи відмови в порушенні кримінальної справи (ст. ст. 98, 99 КПК).

Оскільки такі дані отримані на підставі закону та із передбачених у законі джерел, використані вони при обґрунтуванні процесуального рішення, їх неможливо не визнати засобами доказування. Ці засоби доказування не відповідають вимогам ст. 65 КПК. Але вони є процесуальними засобами доказування. Про те, що фактичні дані, зібрані у такий спосіб із установлених законом джерел, є кримінально-процесуальними засобами доказування,



беззаперечно свідчить той факт, що, наприклад, такими їх використовує суд (суддя) при розгляді скарг на постанови про відмову в порушенні справи та про порушення справи (ст. 236<sup>2</sup>, 236<sup>4</sup> КПК) тощо.

Прирівняння ж результатів доказової діяльності захисника зі збирання доказів до результатів оперативно-розшукової діяльності, які можуть бути "перетворені" в докази лише кримінально-процесуальним шляхом, оскільки і перші, і другі отримуються поза процесуальною формою [17, с. 17-18], згодом, некоректно, оскільки органи, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність, на відміну від захисника-адвоката, не є суб'єктами кримінальної справи, а отже, й суб'єктами правовідносин у ній. Та й способи збирання ними "своїх" матеріалів знаходяться поза межами кримінально-процесуального регулювання. Адвокат-захисник є учасником процесу (гл. 3 КПК), учасником правовідносин у справі, у якій він здійснює захист, у тому числі правовідносин пов'язаних зі збиранням (п. 13 ч. 2 ст. 48 КПК) і поданням (ч. 2 ст. 66, п. 8 ч. 2 ст. 48, ст. ст. 219, 262 КПК) доказів.

По-друге, а чи треба детально формалізувати діяльність захисника, спрямовану на збирання доказів? Видається, що ні.

Процесуальна форма збирання доказів у вітчизняному кримінальному процесі як одна з основних гарантій забезпечення, з одного боку, охорони прав і законних інтересів фізичних та юридичних осіб, залучених у сферу кримінального судочинства, а з другого – справедливого правосуддя, адресована державним органам, у провадженні яких перебуває справа. Саме вона є умовою того, що отримана з її додержанням інформація може бути використана для доведення вини особи у вчиненні злочину. Істотне ж порушення цієї форми призводить до визнання зібраних у такий спосіб обвинувальних доказів недопустимими.

До діяльності захисника у роботі з доказами така вимога не пред'являється і не пред'являється вона з трьох причин. По-перше, для захисника в плані збирання доказів кримінальний процес – відкрита інформаційна система. Він управі збирати та фіксувати будь-яку корисну для захисту інформацію. По-друге, він управі збирати та фіксувати таку інформацію за будь-якою не забороненою законом процедурою (у будь-якій формі). А по-третє, захисник-адвокат може робити це будь-якими не забороненими законом

способами та подавати слідчому (суду) як "свої докази". І все це з огляду на те, що на його діяльність (і саме в цьому аспекті) розповсюджується дозвільний метод (спосіб) кримінально-процесуального регулювання, вседозвільний його тип – "дозволено все, що прямо не заборонено законом".

У цьому плані роботу українського захисника-адвоката зі збирання доказів у якійсь мірі можна порівняти з роботою зі збирання доказів сторін на стадії розслідування справи у кримінальному процесі держав англосаксонської системи права, де сторони за загальним правилом неформалізованим порядком збирають кожна "свої" докази, легалізуючи їх у кримінально-процесуальні докази шляхом пред'явлення уже перед судом. Там вони, зібрані сторонами на досудових стадіях процесу, до речі, іменуються не "результатами" збирання доказової інформації, "предметами", "документами", "речовинами" тощо, а саме доказами, доказами обвинувачення і доказами захисту, а отримані, зокрема, в результаті застосування новітніх науково-технічних методів дослідження – "науковими доказами". Інша справа, що вимога допустимості доказів пов'язується там в основному із цінністю отриманих відомостей, за основу якої береться належність доказу, під якою розуміють його властивість бути логічно пов'язаним з предметом доказування і яку в кожній справі визначає суд на свій розсуд, з огляду на здоровий глузд і логіку.

Отже, поняття збирання доказів адвокатом-захисником на відміну від поняття їх збирання органом дізнання, слідчим та судом більш гнучке. Воно має низку процесуально-правових переваг, які ще у римському праві отримали назву *favor defensionis*. До таких правил-переваг, як зазначено вище, належать: 1) відкритий характер переліку джерел, із яких адвокат-захисник може почерпнути корисну для захисту інформацію (фактичні дані, відомості); 2) відсутність жорстких вимог до процесуальної форми (процедури) збирання такої інформації; 3) відкритий характер переліку процесуальних способів збирання доказової інформації та її джерел, а також; 4) свобода стосовно розпоряджень "своїми" доказами.

Наведені правила притаманні кримінальному процесу багатьох держав світу і відповідають основоположним принципам професійної діяльності адвоката: "Адвокати, надаючи допомогу своїм клієнтам при здійсненні правосуддя, повинні добиватися



національним та міжнародним правом і повинні завжди діяти вільно (розр. – В.П.) і наполегливо відповідно до закону та визнаних професійних стандартів і етичних норм” [18, с. 20]. Вітчизняний Закон зорієнтований саме на це. А отже, український адвокат-захисник вправі збирати та закріплювати (фіксувати) будь-яку корисну для захисту інформацію, будь-якими не забороненими законом способами, у будь-якій формі та на свій розсуд, з урахуванням інтересів підзахисного, розпоряджатися зібраними ним доказами.

Перше із наведених правил-преваг захисника зі збирання доказів означає, що джерела, із яких він може отримувати інформацію, не обмежені аналогами тих, що передбачені ч. 2 ст. 65 КПК у вигляді закритого їх переліку для органу дізнання, слідчого, суду. Ними можуть бути також, наприклад, матеріали (їх копії) із справ цивільного, адміністративного судочинства, проваджень про адміністративні правопорушення, так чи інакше отриманих захисником матеріалів оперативної та оперативно-розшукової діяльності органів, які її здійснювали, результати аудіозаписів, відеокінозйомки, здійснені самим захисником-адвокатом чи третіми особами тощо. У цьому плані адвокат-захисник має керуватися щонайменше двома критеріями, зокрема, здоровим глуздом, тобто не збирати і не намагатися залучати до справи інформації, отриманої за результатами “чорної” чи “білої” магії та з інших паракриміналістичних джерел, яку, як і надійність її джерела, неможливо перевірити через відсутність чи навіть неможливість застосування відповідних методик, і критерієм належності, тобто здатності підтверджувати чи спростовувати значимі для справи факти та обставини.

Правило друге. Відсутність жорстких вимог до процесуальної форми збирання захисником доказів означає, що адвоката-захисника, на відміну від органу дізнання, слідчого та суду, закон не зобов’язує дотримуватися якоїсь певної процедури виявлення, вилучення (отримання) та закріплення (фіксації) доказової інформації. Він має дотримуватися лише загальних умов для усіх суб’єктів збирання доказів, корпоративних правил, зокрема Правил адвокатської етики, та піклуватися, щоб усі зібрані ним матеріали були використані на користь підзахисного з погляду їх належності та достовірності, або

принаймні як такі, що здатні поставити під сумнів обвинувачення. Адвокати на дотримання цих умов удаються до аналогії, всіляко пристосовуючи свої дії щодо збирання доказів та їх документального закріплення до подібних їм слідчих дій (опитування громадян – до допиту свідка, запит до фахівця з питань, що вимагають спеціальних знань, – до постанови про призначення експертизи і т. ін.).

Третє правило про відкритість способів (шляхів) збирати адвокатом-захисником доказів логічно випливає із припису п. 13 ч. 2 ст. 48 КПК про те, що з моменту допуску до участі у справі він має право “збирати відомості про факти, що можуть використовуватися як докази в справі, в тому числі (розр. – В.П.) запитувати й одержувати документи чи їх копії...”. Застосувавши перед переліком способів реалізації цього права словосполучник “в тому числі”, а не “зокрема”, “а саме” тощо, законодавець визнав тим, що перелік таких способів невичерпний.

Формулювання відкритого переліку способів збирання захисником “своїх” доказів не є недоліком законодавства, а цілком природним видом правового регулювання його доказової діяльності у кримінальній справі, одним зі шляхів збалансування можливостей сторін обвинувачення та захисту в доказуванні, а отже, й в утвердженні принципу змагальності. Доцільне було б не обмеження способів збирання ним доказів, а законодавче встановлення заборон, у який спосіб і в яких формах захиснику збирати докази не дозволяється.

Наступний елемент процесу доказування, перевірки (дослідження) доказів, закон також не визначає. У науці під ним розуміють з’ясування змісту, властивостей, в тому числі належності та допустимості, а в кінцевому підсумку достовірності доказів [19, с. 48].

Загальноприйнято, що перевірка доказів здійснюється як за допомогою розумової (логічної) діяльності, так і шляхом проведення нових чи додаткових практичних дій. Причому при перевірці доказів використовуються як різні логічні прийоми, так і різноманітні практичні дії: аналіз змісту доказу на предмет його повноти, протиріччя/непротиріччя; зіставлення змісту доказу з обставинами предмета доказування та доказовими фактами (перевірка на належність до справи); зіставлення доказу з нормативними приписами про його отримання – з правилами проведення допитів,



доказами тощо (перевірка на допустимість доказу); співставлення різних доказів між собою; проведення нових та додаткових практично-процесуальних дій з метою усунення неповноти в доказовому матеріалі чи усунення суперечностей в цілому, в тому числі шляхом проведення очних ставок, додаткових та повторних експертиз.

Докази перевіряються уже в момент їх збирання, шляхом, наприклад, постановки контрольних питань особі, що допитується, і продовжується при подальшому розслідуванні та розгляді справи по мірі отримання і перевірки інших доказів. Орган, у провадженні якого перебуває справа, при перевірці доказів використовує весь арсенал наданих йому законом процесуальних засобів у формі тих чи інших слідчих та судових дій. Тому суб'єктами перевірки доказів є, безумовно, орган дізнання, слідчий, прокурор та суд.

Якщо при проведенні тих чи інших слідчих, у тому числі слідчо-перевірочних, дій бере участь захисник, незалежно від того, здійснюються такі дії за ініціативи слідчого чи захисника, або іншого учасника процесу, захисник виступає учасником процесу перевірки доказів і може впливати на її перебіг і результати шляхом, наприклад, звернення із заявою, висловлення чи подання зауваження, які заносяться чи долучаються до протоколу слідчих дій (ч. 2 ст. 188, ст. 195 КПК). Якщо захисник присутній при провадженні додаткових слідчих дій, що здійснюються відповідно до ст. 221 КПК, то він з метою дослідження доказів вправі через слідчого ставити питання свідкові, потерпілому, експертові, спеціалістові й обвинуваченому, а також клопотатися про занесення до протоколу обставин, які мають значення для справи (ч. 4 ст. 221 КПК). У судовому ж засіданні захисник має право ставити питання підсудним, потерпілому, свідкам, експерту, спеціалісту, позивачу і відповідачу, брати участь у дослідженні інших доказів (п. 7 ч. 2 ст. 48, ч. 2 ст. 266 КПК) на рівні з іншими учасниками процесу (ст. 261 КПК). Більше того, в суді захисник, як і інші учасники процесу, досліджує докази відповідно до загальних положень судового розгляду, безпосередньо й усно, на рівні з судом (ст. 257 КПК). Суд не вправі дослідити жодного доказу без участі сторін. Тому в судових стадіях процесу його суб'єктів, у тому числі захисника, правильніше називати в розглядуваному тут аналітичному аспекті не учасниками, а рівноправними суб'єктами дослідження доказів.

Але захисник є окремим самостійним суб'єктом дослідження доказів і на досудовому слідстві.

По-перше, він досліджує (перевіряє) "відомості про факти, що можуть використовуватися як докази в справі" (п. 13 ч. 2 ст. 48 КПК) з метою з'ясування їх належності та допустимості уже на стадії збирання ним таких відомостей як розумовим (логічним) шляхом, так і шляхом здійснення нових чи додаткових, не заборонених законом практичних дій. Наприклад, захисник надійність джерела отриманої ним інформації, зафіксованої в одержаному на його запит документі, може перевірити шляхом звернення за висновком до фахівця-почеркознавця, а її достовірність – шляхом опитування осіб, які також володіють знаннями про факт, засвідчений у цьому документі. Або належність до справи предмета, виявленого ним при особистому огляді місця події, захисник перевіряє шляхом дослідження його змісту (ознак і властивостей), а в подальшому, додатково, шляхом з'ясування володільця цього предмета, причин знаходження даного предмета в даному місці тощо, іншими не забороненими законом способами, щоби в кінцевому результаті подати цей предмет як належний до даної справи речовий доказ (ч. 2 ст. 66, 78 КПК).

По-друге, ознайомлення захисника із зібраними слідчим і наявними у справі доказами є нічим іншим, як самостійним дослідженням (перевіркою) ним цих доказів. Таке ознайомлення-дослідження (перевірка) є безпосередньо процесуально-правовою роботою захисника, яка в усіх випадках тягне за собою процесуально-правові наслідки. Якщо це заперечувати і не ставити знака рівності між ознайомленням з матеріалами справи і дослідженням доказів у цьому аспекті, а отже, не надавати такому ознайомленню жодного практичного значення, не визнавати у ньому ніякого сенсу. Між тим, ознайомлення з матеріалами (а це в першу чергу саме докази), якими обґрунтовується затримання підозрюваного чи обрання запобіжного заходу або пред'явлення обвинувачення, а після закінчення досудового слідства – з усіма матеріалами справи, спонукає захисника до прийняття найрізноманітніших рішень: про необхідність збирання додаткових чи нових доказів особисто або шляхом заявлення відповідних клопотань слідчому; про можливість оцінки їх як достатніх для постановки питання про прийняття сприятливого для підзахисного рішення по суті справи; про можливість переходу



справи на наступний етап чи стадію процесу (тобто, що немає необхідності втручатись у процес доказування по справі на момент ознайомлення з матеріалами справи, що також є рішенням захисника); про оскарження дій слідчого щодо збирання доказів прокурору чи до суду з метою визнання їх протиправними тощо.

Незважаючи на те, що в нормі процесуального закону щодо правил оцінки доказів суб'єктом їх оцінки названі лише суд, прокурор, слідчий і особа, яка провадить дізнання (ч. 1 ст. 67 КПК), не має жодного сумніву, що суб'єктом і цього елементу процесу доказування як дослідження виступає захисник (та й усі інші учасники процесу).

Оцінка доказів – винятково розумова, логічна діяльність. Вона полягає та має своєю метою висновок, судження, твердження про належність, допустимість, достовірність, значенні (юридичній силі) кожного доказу та достатності їх сукупності для встановлення обставин справи, що підлягають доказуванню і вирішенню кримінальної справи. Оцінка доказів захисником як суб'єктом сторони захисту нормативно закріплена у конституційній засаді судочинства – “змагальності сторін та свободі в наданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості” (п. 4 ч. 3 ст. 129 Конституції України, ст. 261 КПК), у приписах процесуального закону про участь захисника в судовому розгляді, де він висловлює свою думку при вирішенні судом тих чи інших питань (ч. 2 ст. 281, ч. 1 ст. 282, ч. 1 ст. 290, ч. 1 ст. 292, ч. 1 ст. 299 і ін. КПК), щодо поставлених на вирішення судом клопотань (ст. 296 КПК) тощо. Найбільш рельєфно це виражено в приписах щодо виступу захисника у судових дебатах, де він за законом зобов'язаний висловити суду свою думку про значення перевірених доказів у справі, про наявність обставин, які виправдовують підсудного чи пом'якшують його відповідальність (ч. 2 ст. 266 КПК).

Як розумова логічна діяльність, оцінка доказів усіма суб'єктами процесу підпорядкована законам та правилам людського мислення, логіки, і регулюватися нормами права не може. Однак закон може і приписує для окремих суб'єктів певні правила їх оцінки, а у багатьох випадках й форму вираження результатів оцінки в процесуальному рішенні. Так, від суду, прокурора, слідчого й особи, яка провадить дізнання, закон вимагає оцінювати докази за своїм внутрішнім переконанням, що ґрунтується на всебічному, повному й

об'єктивному розгляді всіх обставин справи в їх сукупності, керуючись законом, і вказує, що для них ніякі докази не мають наперед установленної сили (ст. 67 КПК). Слідчому і прокурору закон приписує мотивувати та обґрунтовувати усі рішення, які вони приймають під час досудового слідства (ст. 130 КПК), зобов'язує слідчого в описовій частині обвинувального висновку наводити доводи обвинуваченого, наведені ним на свій захист, і результати їх перевірки (ч. 2 ст. 223 КПК), а суд – постановлювати обґрунтовані вирoki та наводити в них докази, на яких ґрунтується висновок суду щодо кожного підсудного, із зазначенням мотивів, з яких суд відкидає інші докази (ст. 323, ч. 1 ст. 334 КПК).

Певні правові параметри ставляться також до оцінки доказів захисником. Зокрема, йому й іншим учасникам судових дебатів забороняється у виступах посилатися на докази, які не були досліджені в судовому засіданні (ч. 2 ст. 318 КПК), а в апеляції приписується зазначити вказівку на те, в чому полягає незаконність вирoku, ухвали, постанови та доводи на її обґрунтування (п. 4 ч. 1 ст. 350 КПК).

Інша справа, на кого покладено тягар оцінки доказів у справі в цілому і яке правове значення надає закон результатам оцінки доказів тим чи іншим суб'єктом процесу при провадженні справи. Якщо особу, яка провадить дізнання, слідчого, прокурора та суд закон зобов'язує оцінювати докази, причому оцінювати за своїм внутрішнім переконанням, і рішення, які вони приймають у справах, що перебувають у їх провадженні, мають правове значення в кінцевому результаті як рішення по суті справи, то щодо інших учасників процесу, і захисника в їх числі, така оцінка та її правові наслідки суттєво інші, і залежать вони повністю від їх статусу та процесуальної функції, яку вони здійснюють у відповідності із законом. Захисник, зокрема, і перевіряє, і оцінює докази, лише з позицій однієї сторони – сторони захисту обвинуваченого, а саме, обвинувальні докази перевіряються і оцінюються ним з погляду їх неналежності, недопустимості, недостовірності і недостатності, а виправдувальні – навпаки, з погляду їх належності, допустимості, достовірності і достатності. На цій основі захисник визначає свою позицію по справі, яка може реалізовуватися двома шляхами: або шляхом впливу на переконання суб'єкта вирішення того чи іншого питання та справи в цілому при заявленні та обґрунтуванні усних і



письмових клопотань, висловлюванні своїх думок, виступах у судових дебатах, або, не визначаючи змісту рішення органу дізнання, слідчого, прокурора та суду, певним чином впливати на нього та в правовому відношенні мати своїм наслідком прийняття обов'язкового рішення, яке впливає на рух справи, як, наприклад, при оскарженні постанови про порушення кримінальної справи (ст. 236<sup>7</sup> КПК), при поданні апеляції (ст. 354 КПК) тощо.

Отже, невизнання захисника суб'єктом оцінки доказів [2, с. 67] і категоричне заперечення проти цього, оскільки таким його прямо не названо у нормі процесуального закону про оцінку доказів [20, с. 20], є позиціями хибними, такими, що лишають поза увагою системне тлумачення кримінально-процесуального закону та суперечать фактичному стану речей.

Захисник, захисник-адвокат зокрема, самостійний, професійний суб'єкт сторони захисту не лише оцінки доказів, а й доказування як дослідження у кримінальному процесі України в цілому, оскільки він бере участь у збиранні (формуванні) доказів, сам збирає докази, перевіряє й оцінює їх і на цій основі приймає рішення, спрямовані на досягнення результатів, сприятливих для підзахисного. Проте доказування, здійснюване захисником, за своєю юридичною природою суттєво відрізняється від кримінально-процесуального доказування, що здійснюється органами кримінального переслідування тому, що, з одного боку, воно не підпорядковане меті встановлення об'єктивної істини, а з другого, – протікає багато у чому поза виконанням даними органами слідчих і судових дій у справі.

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Лобойко Л. М. Кримінально-процесуальне право: Підручник. – К.: Істина, 2010. – 496 с.
2. Тертишник В. М. Теория доказательств / В. М. Тертишник, С. В. Слинько. – Х.: Арсис, 1998. – 214 с.
3. Удалова Л. Д. Кримінальний процес України. Загальна частина: Підручник / Л. Д. Удалова. – К.: Кондор, 2005. – 152 с.
4. Яновська О. Г. Кримінально-процесуальне право України: Навч.-метод. посібник / О. Г. Яновська. – К.: КНЕУ, 2003. – 207 с.
5. Кучинська О. П. Кримінальний процес України: Навч. посібн. / О. П. Кучинська, О. А. Кучинська. – К.: Прецедент, 2005. – 202 с.
6. Нор В. Т. Проблеми теорії і практики судових доказів / В. Т. Нор. – Львів: Вища школа, 1978 – 112с.

7. Уголовно-процессуальный кодекс Украины: Научно-практический комментарий / Под общ. редакцией В. Т. Маляренко, Ю. П. Аленина. – Х.: ООО "Одиссей", 2005. – 968 с.
8. Строгович М. С. Деятельность адвокатов в качестве защитников обвиняемых / М. С. Строгович // Советское государство и право. – 1981. – №8. – С. 88-91.
9. Петрухин И. Л. О расширении защиты на предварительном следствии / И. Л. Петрухин // Советское государство и право. – 1982. – №1. – С. 84.
10. Макарова З. Обязанность адвоката-защитника по доказыванию – важная гарантия права обвиняемого на защиту / З. Макарова // Проблемы охраны прав граждан в сфере борьбы с преступностью: Межвузовский сборник научных трудов. – Иваново, 1980. – С. 26-32.
11. Ларин А. М. Доказывание и процессуальная деятельность защитника / А. М. Ларин // Адвокатура и современность. – М.: Институт государства и права АН СССР, 1987. – С. 66-68.
12. Макаренко И. А. Защитник как гарант соблюдения прав и законных интересов несовершеннолетнего обвиняемого / И. А. Макаренко // Закон и право. – 2006. – № 12. – С. 19.
13. Давлетов А. Право защитника собирать оказательства / А. Давлетов // Российская юстиция. – 2003. – №7. – С. 50-51.
14. Шейфер С. А. Роль защиты в формировании доказательственной базы по уголовному делу / С. А. Шейфер // Государство и право. – 2006. – №7. – С. 59-65.
15. Пикалов И. А. Состязательность в системе принципов уголовного процесса и ее реализация стороной защиты на досудебных стадиях / И. А. Пикалов. – М.: Юрлитинформ, 2007. – 160 с.
16. Чучукало О. Вплив змагальності і диспозитивності на криміналістичне забезпечення судового слідства / О. Чучукало // Право України. – 2003. – №5. – С.71-75.
17. Шейфер С.А. Понятие доказательств: спорные вопросы теории / С.А. Шейфер // Государство и право. – 2008. – №3. – С. 17-18.
18. Основные положения о роли адвокатов. Приняты на 8 Конгрессе ООН по предупреждению преступлений в августе 1990 г. // Советская юстиция. – 1991. – №20. – С.20.
19. Ларин А.М. Работа следователя с доказательствами / А.М. Ларин. – М.: Юридическая литература, 1966. – 156 с.
20. Пикалов И.А. Роль защитника в процессе доказывания при производстве расследования по уголовному делу / И.А. Пикалов // Закон и право. – 2004. – №11. – С.19-20.